

ISSN 1339-3995 | ROČNÍK 8. 2020 | 2



UNIVERZITA  
P. J. ŠAFÁRIKA V KOŠICIACH  
Právnická fakulta

# STUDIA IURIDICA *Cassoviensia*



# STUDIA IURIDICA Cassoviensis

**Zodpovedný redaktor:**

doc. JUDr. Radomír Jakab, PhD.

**Výkonný redaktor:**

Ing. Slavka Sedláková, PhD.

**Redakčný výbor:**

doc. JUDr. Radomír Jakab, PhD.

JUDr. Anna Vartášová, PhD.

JUDr. Diana Treščáková, PhD.

**Redakčná rada:**

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

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

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

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

*Univerzita v Lunde, Právnická fakulta, Švédske kráľovstvo*

prof. JUDr. Alexander Bröstl, CSc.

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

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

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

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

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

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

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

*Univerzita v Lubľane, Právnická fakulta, Slovinská republika*

Francesco de Santis, PhD.

*Neapolská univerzita „Federico II“ v Neapole, Taliansko*

dr. hab. Elžbieta Feret, prof. UR

*Univerzita v Rzeszówe, Fakulta práva a verejnej správy, Poľská republika*

prof. JUDr. Peter Vojčík, CSc.

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

**Vydavateľ:**

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

**Adresa redakcie:**

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

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

---

**Ročník 8.2020, číslo 2 / Dátum vydania: 18.9.2020**

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

**ISSN 1339-3995**

## OBSAH / TABLE OF CONTENTS

<b>Obsah / Table of Contents.....</b>	2
<b>Lucia Bakošová</b>	
Etické a právne aspekty použitia umelej inteligencie v zdravotnej a ošetrovateľskej starostlivosti	
<i>Ethical and legal aspects of the use of artificial intelligence in health and nursing care.....</i>	3
<b>Martin Floriš</b>	
Niekol'ko poznámok k námietke zaujatosti v trestnom konaní	
<i>Few remarks on objection of bias in criminal proceedings.....</i>	19
<b>Regina Hučková – Diana Treščáková</b>	
Zásady spracovania osobných údajov podľa GDPR so zreteľom na oblast' poskytovania zdravotnej starostlivosti	
<i>Principles of the personal data processing according to the GDPR with regard to the sphere of a provision of a healthcare.....</i>	30
<b>Kamil Majewski - Patrycja Majewska</b>	
Koncept účastníkov konania v poľskom všeobecnom správnom konaní	
<i>Conception of a party to proceedings in polish general administrative procedure.....</i>	45
<b>Lukáš Michal'ov</b>	
Trestnoprávne alternatívne opatrenia vo vzťahu k opatreniam pozбавujúcim osobnú slobodu v Slovenskej republike v porovnaní so Španielskom, Talianskom, Portugalskom a Rakúskom	
<i>Criminal alternative measures in relation to deprivation of liberty measures in Slovak republic compared to Spain, Italy, Portugal and Austria .....</i>	56
<b>Jiří Mulák – Vladislav Vnenk</b>	
Projevy zásady kontradiktornosti v českém trestním a civilním procesu	
<i>Reflection of the principle of contradictory in the Czech criminal and civil process.....</i>	70
<b>Jana Žuľová – Marek Švec</b>	
Odloženie lekárskych preventívnych prehliadok zamestnancov	
<i>Delay of preventive medical inspections of employees.....</i>	81

# ETHICAL AND LEGAL ASPECTS OF THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN HEALTH AND NURSING CARE

## ETICKÉ A PRÁVNE ASPEKTY POUŽITIA UMELEJ INTELIGENCIE V ZDRAVOTNEJ A OŠETROVATEĽSKEJ STAROSTLIVOSTI

*Lucia Bakošová<sup>1</sup>*

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-2-01>

### ABSTRACT

*The aim of this paper is to analyse current approaches and perspectives on the development of ethical and legal regulation of artificial intelligence with special regard to its use in health and nursing care. Inextricably linked to this is an analysis of current international and national binding legislation, as well as legally non-binding instruments designed for artificial intelligence developers, manufacturers and users. In addition to the positive benefits of artificial intelligence in health and nursing care, we point out the ethical and legal aspects of its use, such as the legal personality of artificial intelligence, patients' right to privacy, personal data protection and civil liability for damage caused by artificial intelligence. We place the main emphasis on the legislation of the European Union, which has a direct impact on the national legislation of the Slovak Republic.*

### ABSTRAKT

*Cieľom tohto príspevku je analyzovať aktuálne prístupy a pohľady na vývoj etickej a právnej úpravy umelej inteligencie s osobitným zreteľom na jej použitie v zdravotnej a ošetrovateľskej starostlivosti. S tým je neodmysliteľne spojená analýza súčasnej medzinárodnej a vnútrostátnnej právnej záväznej úpravy, ako aj právne nezáväzných nástrojov, ktoré sú určené pre vývojárov, výrobcov a užívateľov umelej inteligencie. Okrem pozitívneho prínosu umelej inteligencie v zdravotnej a ošetrovateľskej starostlivosti poukážeme na etické a právne aspekty jej použitia, akými sú právna subjektivita umelej inteligencie, právo pacientov na súkromie, ochrana osobných údajov a občianskoprávna zodpovednosť za ujmu spôsobenú umelou inteligenciou. Hlavný dôraz kladieme na právne predpisy Európskej únie, ktoré majú priamy dosah na vnútrostátnu úpravu Slovenskej republiky.*

### I. INTRODUCTION

Human society is constantly evolving and, increasingly, this development is marked by enormous technical progress. Current development concepts are based on considerable automatization and the introduction of artificial intelligence systems (hereinafter “AI”) into our daily lives. This simplifies and streamlines human activities, or even replaces people in performing hazardous work. The introduction of AI therefore has a significant economic, social, demographic and legal impact. A few years ago, we considered autonomous vehicles, intelligent home helpers, robots who assist medical staff in medical procedures, or autonomous weapon systems as part of the scientific fiction. Nowadays, we would not be able

<sup>1</sup> Mgr., PhD. Candidate, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika  
University of Pavol Jozef Šafárik in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic.

to imagine the performance of some work without AI. Of particular importance is the use of AI in the field of health and nursing care, whether through robotic surgery<sup>2</sup>, the robotic replacement of reduced or lost human organ functions<sup>3</sup>, robots for home rehabilitation<sup>4</sup> or care for the elderly<sup>5</sup> or people with disabilities. The United Nations (hereinafter "UN") *World Aging Report* states that the number of people over the age of 60 has tripled since 1950 and that a similar increase is expected by 2050, when more than 2.1 billion people on the planet will have over 60 years.<sup>6</sup> This is directly related to the increase in the volume of provided health and nursing care, which is already confronted with a lack of qualified staff. According to the World Health Organization (hereinafter "WHO"), there will be a global shortage of 18 million health workers by 2030. AI can help reduce this problem by helping physicians diagnose and evaluate patients with degenerative diseases, such as cancer and Parkinson's disease, quickly and effectively.<sup>7</sup> By collecting and analysing data from connected facilities and medical records, healthcare systems will be able to provide proactive and predictive medical care. The possibilities and benefits of AI in this area seem endless. Analysis of health care provision has shown that 75 percent of health care organizations are actively implementing or planning to implement AI strategies.<sup>8</sup> Last but not least, in 2030, AI-powered predictive healthcare networks are expected to help reduce waiting times and take on the ever-increasing administrative burden. Learning from each patient, each diagnosis, and each procedure creates AI experiences that are tailored to professionals and patients.<sup>9</sup> This will have a significant impact on the provision of effective health and nursing care in the future. The importance of the use of AI in health and nursing care has its undeniable advantages, but it should be noted that it is still an area that is only to a small extent regulated by legal norms, whether national or international law.

In the novel *Runaround* (1942), writer Isaac Asimov imagined a world in which human-like robots would behave like servants and whose activities would be regulated by a set of programming rules that would prevent robots from causing harm. Asim's "*Handbook of Robotics*", which was applied in 2058, contains three rules, namely: 1.) A robot may not injure a human being or, through inaction, allow a human being to come to harm; 2.) A robot must obey orders given it by human beings except where such orders would conflict with the First Law; 3.) A robot must protect its own existence as long as such protection does not conflict with the First or Second Law. Since the publication of these rules, there has been significant technological progress that has changed our view of what robots can look like and how we will interact with them. Therefore, in the recent times, new rules of robotics have been adopted, which reflect the current and partly the future development.

<sup>2</sup> MARKOFF, J.: *New Research Center Aims to Develop Second Generation of Surgical Robots*, The New York Times, 23 October 2014. Online:

[http://www.nytimes.com/2014/10/23/science/new-research-center-aims-to-develop-second-generation-of-surgical-robots-.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2014/10/23/science/new-research-center-aims-to-develop-second-generation-of-surgical-robots-.html?_r=0).

<sup>3</sup> MATARIĆ, M., OKAMURA, A., CHRISTENSEN, H.: *A Research Roadmap for Medical and Healthcare Robotics*, Workshop „A Research Roadmap for Medical and Healthcare Robotics“, Arlington, 2008, p. 6.

Online: <http://bdml.stanford.edu/twiki/pub/Haptics/HapticsLiterature/CCC-medical-healthcare-v7.pdf>.

<sup>4</sup> DÍAZ, I., CATALAN, J. M., BADESCA, F. J.: *Development of a Robotic Device for Post-Stroke Home Tele-Rehabilitation*, Advances in Mechanical Engineering, Vol. 10, No. 1, 2018.

<sup>5</sup> MITZNER, T., TIBERIO, L., KEMP, CH.: *Understanding healthcare providers' perceptions of a personal assistant robot*, Gerontechnology, Vol. 17, No. 1, 2018, p. 48 – 55.

<sup>6</sup> United Nations: *World Population Ageing 1950 - 2050*, New York, 2017, p. 2. Online:

[https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/ageing/WPA2017\\_Report.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/ageing/WPA2017_Report.pdf).

<sup>7</sup> WHO: *Addressing the 18 million health worker shortfall – 35 concrete actions and 6 key messages*, 2019. Online:

<https://www.who.int/hrh/news/2019/addressing-18million-hw-shortfall-6-key-messages/en/>.

<sup>8</sup> MORSE, S.: *Artificial Intelligence ROI is coming sooner than you think*, Healthcare Finance, 16 November 2018. Online:

<https://www.healthcarefinancenews.com/news/artificial-intelligence-roi-coming-sooner-you-think>.

<sup>9</sup> KRIWET, C.: *Here are 3 ways AI will change healthcare by 2030*, World Economic Forum, 7 January 2020. Online:

<https://www.weforum.org/agenda/2020/01/future-of-artificial-intelligence-healthcare-delivery/>.

The aim of this paper is to analyse current approaches and perspectives on the development of ethical and legal regulation of artificial intelligence with special regard to its use in health and nursing care. Inextricably linked to this is an analysis of current international and national binding legislation, as well as legally non-binding instruments designed for AI developers, manufacturers and users. This is an overview article with a holistic approach, which serves as an introduction to the researched issues. In addition to the positive benefits of AI in health and nursing care, we point out the ethical and legal aspects of its use, such as the legal personality of AI, patients' right to privacy, personal data protection and civil liability for damage caused by AI. We place the main emphasis on the legislation of the European Union (hereinafter "EU"), which has a direct impact on the national legislation of the Slovak Republic.

## II. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS A MODERN SUBJECT OF INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW

### 1. Artificial Intelligence - Definition

We encounter the term artificial intelligence or "AI" regularly, whether in the context of scientific research, in discussions on future legislation in this area, but also in the dissemination of technical knowledge, which is important for our daily lives. There are currently several attempts to define the term AI, but there is no clear definition of this term. Both the academic community and the legislative bodies of States, international organizations and non-governmental organizations operating in this field are trying to define this term. *Frankish and Ramsey* see AI as "a cross-disciplinary approach to understanding, modelling, and replicating intelligence and cognitive processes by invoking various computational, mathematical, logical, mechanical, and even biological principles and devices."<sup>10</sup> *McCarthy* defines AI as "the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically observable."<sup>11</sup> *Stuart Russell* and *Peter Norvig*, authors of a popular university textbook on AI, summarized eight definitions of AI differentiated according to how they reflect expectations of human thinking and behaviour or rational (machine) thinking and behaviour.<sup>12</sup> Finally, they favoured a rational use approach in which machines operate autonomously, perceive their environment, persist over a long period of time, adapt to change and produce and monitor the best expected result. AI is one of the main examples of an interdisciplinary research space because it combines numerous and diverse disciplines such as computer science, psychology, cognitive science, logic, mathematics and philosophy.<sup>13</sup>

The High Level Expert Group on Artificial Intelligence set up by the European Commission has also come up with its own definition, defining AI as systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their

<sup>10</sup> FRANKISH, K., RAMSEY, W. M.: *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*. Cambridge, Cambridge University Press, 2014, ISBN: 978-0-521-87142-6, p. 7.

<sup>11</sup> McCARTHY, J.: *What is Artificial Intelligence?* Stanford University, 12 November 2007, p. 2. Online: <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>.

<sup>12</sup> RUSSELL, S., NORVIG, P.: *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Third Edition, Pearson Education, New Jersey, 2011, ISBN: 978-0-13-604259-4, p. 1 – 5.

<sup>13</sup> UNESCO: *Report of the World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology on Robotics Ethics*, September 2017, SHS/YES/COMEST-10/17/2 REV., para. 38. Online: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000253952>.

previous actions. AI as a scientific discipline includes several approaches and techniques, such as machine learning (specific examples of which are in-depth learning and reinforcement learning), machine derivation (which includes planning, programming, representation and derivation of knowledge, search and optimization) and robotics (into which include control, perception, sensors and controllers, as well as the integration of all other techniques into cyber-physical systems).<sup>14</sup> The term AI can also include the end product of AI research, i.e. a machine or artifact that embodies some form of "intelligence", i.e. is able to "think" or solve problems in a similar way to human thinking.<sup>15</sup>

There are several different perspectives on both the definition of AI itself and its categorization. Mention may be made, for example, of the *Kurzweil* classification, which proposes an informal classification system based on the "strength" of the basic algorithm or its ultimate effect. On this basis, he classified AI into the so-called "narrow" and "strong".<sup>16</sup> Narrow AI is machine learning algorithms that are designed to perform one particular task, without the prospect of performing anything else. In contrast, a strong AI consists of an algorithm or series of algorithms that could not only narrow down tasks, but also functionally think for themselves and propose solutions to a broader class of problems.<sup>17</sup> On the other hand, *Guibot, Matthew and Suzor* consider such a distinction to be unsatisfactory because it is based on different considerations of the power of AI. They therefore suggest that the qualification of AI be based on the risks associated with its use. According to that qualification, the authors defined the various classes of AI on the basis of whether AI poses a low, medium or high risk to society or to human safety or well-being. Such a division is inevitably related to the development of new legal norms that will reflect the individual risks associated with AI.<sup>18</sup>

## 2. International initiatives in the field of artificial intelligence

The field of AI, its development and regulation, is given considerable attention by a number of States, international intergovernmental as well as non-governmental organizations, expert groups, or the developers, manufacturers and users of AI themselves. These include e.g. the UN, the Organization for Economic Co-operation and Development (hereinafter "OECD"), the Council of Europe (hereinafter "CoE") or the EU. The UN, as a universal international intergovernmental organization, provides an appropriate forum for establishing a common approach to the adoption of adequate ethical and legal standards for AI. The UN Secretary-General's High-Level Panel on Digital Cooperation presented activities that the UN should address as a matter of priority, namely the inclusive digital economy and society, the protection of human rights, trust, security, stability and global digital cooperation. In 2020, we expect "*Global Commitment on Digital Cooperation*" to be adopted, setting out common values, principles, understandings and goals for enhanced global digital cooperation.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> EU: *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence Set Up by the European Commission, 8 April 2019, Brussels, p. 36.

Online: [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2019/11-06/Ethics-guidelines-AI\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2019/11-06/Ethics-guidelines-AI_EN.pdf).

<sup>15</sup> UNESCO: *Report of the World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology on Robotics Ethics*, 14 September 2017, SHS/YES/COMEST-10/17/2 REV., para. 43.

<sup>16</sup> KURZWEIL, R.: *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*, Penguin Books, London, 2005, ISBN: 0-670- 03384-7, p. 206 and 222.

<sup>17</sup> HOROWITZ, M.: *Artificial Intelligence, International Competition and the Balance of Power*, Texas National Security Review, Vol. 1, No. 3 May 2018, ISSN: 2576-1153, p. 42.

<sup>18</sup> GUIBOT, M., MATTHEW, A., SUZOR, N.: *Nudging Robots: Innovative Solutions to Regulate Artificial Intelligence*, Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, Vol. 20, No. 2, 2017, p. 393.

<sup>19</sup> United Nations: *The Age of Digital Interdependence*, Report of the UN Secretary-General's High-level Panel on Digital Cooperation, June 2019, p. 2 – 4.

Online:

<https://www.un.org/en/pdfs/HLP%20on%20Digital%20Cooperation%20Report%20Executive%20Summary%20-%20ENG.pdf>.

UN specialized agencies also play an active role, in particular the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (hereinafter "UNESCO"), the WHO and the International Telecommunication Union (hereinafter "ITU"). UNESCO has adopted several documents relevant to AI in recent years, such as Report of the World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology on the *Robotics Ethics*<sup>20</sup>, or the *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*<sup>21</sup>. The significance of these documents lies in the effort to define the ethical and legal framework for the use of AI in various areas. In the case of the use of AI, it is necessary, according to the Commission, to apply the following ethical principles and values, namely human dignity, autonomy, privacy, "do no harm" principle, responsibility, beneficence and justice.<sup>22</sup>

With regard to health and nursing care, it is important to mention the *WHO Digital Health* resolution, which urges States to promote the use of digital technologies, including improving access to quality data and monitoring, and to develop data protection legislation and policies on, for example, access to data sharing, informed consent, security, privacy, interoperability and inclusiveness in line with international human rights obligations.<sup>23</sup> The WHO has set up an expert group on Ethics of AI for health and is currently in the process of setting up an expert group on creating framework on Regulations of AI for health.<sup>24</sup> With a view of further development in this area, Focus Group on AI for Health has been established, with the aim of creating a standardized framework for the evaluation of AI-based methods related to health, diagnosis, classification or treatment. AI models are expected to offer improvements over current quality or efficiency practices that are expected to lead to better health outcomes or financial efficiency.<sup>25</sup> The Group works on the premise that a standardized and transparent evaluation of AI methods would benefit from the widespread adoption of AI in the field of health. It should be noted that the group does not intend to specify AI for the health algorithms themselves as an ITU recommendation, nor to standardize medical data formats, nor to set performance criteria for the hardware on which the AI algorithms are based.<sup>26</sup>

In May 2019, OECD member countries adopted the *OECD Principles on Artificial Intelligence* through the *OECD Council Recommendation on Artificial Intelligence*. The recommendation sets out five principles based on the values of responsible stewardship of trustworthy AI, namely: (a) AI should benefit people and the planet through inclusive growth, sustainable development and prosperity; (b) AI systems should be designed to respect the rule of law, human rights, democratic values and diversity, and should include appropriate safeguards - for example, allowing for human intervention if necessary - in order to ensure a just society; (c) there should be transparency and responsible publicity about AI systems to ensure that people understand and can challenge AI-based results; (d) AI systems must operate reliably and safely throughout their life cycles and potential risks should be continuously assessed and managed; (e) organizations and individuals developing,

<sup>20</sup> UNESCO: *Report of the World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology on Robotics Ethics*, 14 September 2017, SHS/YES/COMEST-10/17/2 REV.

<sup>21</sup> UNESCO: *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, 19. October 2005, 33 C. Online: [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=31058&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

<sup>22</sup> UNESCO: *Report of the World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology on Robotics Ethics*, 14 September 2017, SHS/YES/COMEST-10/17/2 REV, p. 49 – 52.

<sup>23</sup> WHO: *Digital Health*, 26 May 2018, A71/VR/7, para. 7 and 10.

Online: [https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/WHA71/A71\\_R7-en.pdf](https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA71/A71_R7-en.pdf).

<sup>24</sup> ITU: *United Nations Activities on Artificial Intelligence (AI)*, 2019, p. 71. Online:

[https://www.itu.int/dms\\_pub/ituus/opb/gen/S-GEN-UNACT-2019-1-PDF-E.pdf](https://www.itu.int/dms_pub/ituus/opb/gen/S-GEN-UNACT-2019-1-PDF-E.pdf).

<sup>25</sup> WIEGAND, T., KRISHNAMURTHY, R., KUGLITSCH, M.: *WHO and ITU establish benchmarking process for artificial intelligence in health*, The Lancet, March 2019, ISSN: 0140-6736, p. 9 – 10.

<sup>26</sup> SALATHÉ, M., WIEGAND, T., WENZEL, M., KRISHNAMURTHY, R.: *Focus Group on Artificial Intelligence for Health*, 2018, pp. 3. Online: [https://www.itu.int/en/ITU-T/focusgroups/ai4h/Documents/FG-AI4H\\_Whitepaper.pdf](https://www.itu.int/en/ITU-T/focusgroups/ai4h/Documents/FG-AI4H_Whitepaper.pdf).

implementing or operating AI systems should be responsible for their proper functioning in accordance with the above principles.<sup>27</sup>

In the field of human rights protection in the use of AI, one of the leading roles has been taken over by the CoE, which in cooperation with the Rathenau Institute published a report *Human Rights in the Robotic Age*. The report addresses the possible negative impact of robotics on a number of human rights issues, including respect for the right to privacy, human dignity, property, security and responsibility, freedom of expression, non-discrimination, access to justice and access to a fair trial. The report recommends the introduction of two new human rights: (1) the right not to be measured, analysed or coached (in relation to possible AI misuse, data collection) and (2) the right to meaningful human contact (in relation to possible misuse, intentional or unintentional, of robots providing care).<sup>28</sup> The authors of this study believe that the public debate on the various dimensions of human rights algorithms lags behind technological developments and needs to be strengthened rapidly to ensure that human rights and individuals' interests are effectively and sustainably protected in accordance with the values set out in the *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms* and other international human rights treaties. The aim of policy makers must be to ensure that these technologies are used in accordance with the principle of "human superiority" and that our increasingly technology-oriented societies are designed to effectively enforce and exploit the rights of all human beings.<sup>29</sup> In addition to the above-mentioned document, in 2017 the Council of Europe adopted *Guidelines on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data in the World of Big Data*, reiterating its call on Parties to take measures to prevent the potential negative impact of big data on human dignity, human rights and fundamental freedoms, in particular, the protection of personal data.<sup>30</sup>

### **3. The role of the European Union in the field of artificial intelligence**

The European Union is one of the leading international organizations dedicated to supporting the development, implementation as well as legal and ethical regulation of AI. One of the first documents adopted in the EU in the field of AI is the *Declaration on Cooperation on Artificial Intelligence*, which aims, inter alia, to provide an appropriate legal and ethical framework based on the EU's fundamental rights and values, including the right to privacy and personal data protection, as well as the principles of transparency and accountability.<sup>31</sup> Following this document, the Commission announced in April 2018 a strategy for AI<sup>32</sup> that addresses the socio-economic aspects of increasing investment in research, innovation and AI capacity across the EU. The European AI Strategy and the Coordinated Plan show that trust is a prerequisite for ensuring a people-centred approach to AI. In order to achieve trust, it is essential that legal and ethical regulation reflect the existing values on which the EU is

<sup>27</sup> OECD: *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, 22 May 2019, OECD/LEGAL/0449, para. 1.1 – 1.5. Online: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

<sup>28</sup> VAN EST, R., GERRITSEN, J.: *Human rights in the robot age: Challenges arising from the use of robotics, artificial intelligence, and virtual and augmented reality*, 28 April 2017, Parliamentary Assembly of the Council of Europe, p. 17 – 46. Online: <https://www.rathenau.nl/sites/default/files/2018-02/Human%20Rights%20in%20the%20Robot%20Age-Rathenau%20Instituut-2017.pdf>.

<sup>29</sup> Council of Europe: *Study on the Human Rights Dimensions of Automated Data Processing Techniques (in Particular Algorithms) and Possible Regulatory Implications*, DGI(2017)12, 2018, p. 44. Online: <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>.

<sup>30</sup> Council of Europe: *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*, 23 January 2017, T-PD(2017)01. Online: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/displayDCTMContent?documentId=09000016806f06d0>.

<sup>31</sup> EU: *Declaration on Artificial Intelligence Cooperation*, 10 April 2018. Online: <https://ec.europa.eu/jrc/communities/en/community/digitranscope/document/eu-declaration-cooperation-artificial-intelligence>.

<sup>32</sup> EU: *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Artificial Intelligence for Europe*, 25 April 2018, COM/2018/237.

founded. These values include respect for human dignity, freedom, solidarity, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities.<sup>33</sup> The EU, together with Member States, agreed on a coordinated plan<sup>34</sup> to align strategies and, in addition, set up a high-level expert group representing a wide range of stakeholders to task with developing ethical guidelines on AI, as well as preparing a set of recommendations for broader AI policy.

In 2020, several documents were adopted as a further step in the development of EU AI policies, which is inextricably linked to the revision of existing EU legislation. In February, the European Parliament adopted a *Resolution on automated decision-making processes: ensuring consumer protection and free movement of goods and services*, calling on the Commission to put forward proposals to amend EU safety rules for products covered by specific EU legislation laying down harmonized requirements, including Directive on Machinery<sup>35</sup>, the Toy Safety Directive<sup>36</sup>, the Radio Equipment Directive<sup>37</sup> and the Low Voltage Directive<sup>38</sup>, and for “non-harmonized products” covered by the General Product Safety Directive<sup>39</sup>, in order to ensure that the new rules are fit for their purpose, users and consumers are protected from harm, manufacturers are clearly aware of their responsibilities and users understood how to use products with automated decision-making capabilities.<sup>40</sup>

The European Parliament further recalls that the existing regulatory framework for services consisting of the Directive on Services in the Internal Market<sup>41</sup>, the Professional Qualifications Directive<sup>42</sup>, the Proportionality Test Directive<sup>43</sup>, the E-Commerce Directive<sup>44</sup> and the General Data Protection Regulation<sup>45</sup> already covers many aspects of services policy, including automated decision-making processes, including rules on consumer protection, ethics and accountability. It notes that such rules should apply to both traditional services and services involving automated decision-making processes.<sup>46</sup> The issue of the use of AI in health and nursing care is addressed in the *European Parliament's resolution on a*

<sup>33</sup> EU: *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, OJ C 326, 26 October 2012.

<sup>34</sup> EU: *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Coordinated Plan on Artificial Intelligence*, 7 December 2018, COM(2018) 795.

<sup>35</sup> EU: *Directive 2006/42/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on machinery, and amending Directive 95/16/EC (recast)*, OJ L 157, 9 June 2006.

<sup>36</sup> EU: *Directive 2009/48/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 on the safety of toys*, OJ L 170, 30 June 2009.

<sup>37</sup> EU: *Directive 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to the making available on the market of radio equipment and repealing Directive 1999/5/EC*, OJ L 153, 22 May 2014.

<sup>38</sup> EU: *Directive 2014/35/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to the making available on the market of electrical equipment designed for use within certain voltage*, OJ L 96, 29 March 2014.

<sup>39</sup> EU: *Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council of 3 December 2001 on general product safety*, OJ L 11, 15 January 2002.

<sup>40</sup> EU: *Resolution of the European Parliament of 12 February 2020 on automated decision-making processes: ensuring consumer protection and free movement of goods and services*, 12 February 2020, 2019/2915(RSP), para. 6.

<sup>41</sup> EU: *Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market*, OJ L 376, 27 December 2006.

<sup>42</sup> EU: *Directive 2013/55/EU of the European Parliament and of the Council of 20 November 2013 amending Directive 2005/36/EC on the recognition of professional qualifications and Regulation (EU) No 1024/2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System*, OJ L 354, 28 December 2013.

<sup>43</sup> EU: *Directive (EU) 2018/958 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 on a proportionality test before adoption of new regulation of professions*, OJ L 173, 9 July 2018.

<sup>44</sup> EU: *Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market*, OJ L 178, 17 July 2000.

<sup>45</sup> EU: *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*, OJ L 119, 4 May 2016.

<sup>46</sup> EU: *Resolution of the European Parliament of 12 February 2020 on automated decision-making processes: ensuring consumer protection and free movement of goods and services*, 12 February 2020, 2019/2915(RSP), point 9.

comprehensive European industrial policy on artificial intelligence and robotics, which emphasizes that the current system for approving medical devices may not be suitable for AI technologies. It therefore calls on the Commission to monitor closely the progress of these technologies and, if necessary, to propose changes to the regulatory framework in order to establish a framework for determining the respective responsibilities of the user (doctor/specialist), the technology manufacturer and the healthcare facility providing the treatment.<sup>47</sup>

Earlier this year, the Commission published a *White Paper on Artificial Intelligence - A European Approach to Excellence and Trust*, which includes measures to make research more effective, promote cooperation between Member States and increase investment in AI development and implementation. Any changes to the regulatory framework should be limited to clearly identified problems for which realistic solutions exist.<sup>48</sup> AI developers and users are already subject to European legislation on fundamental rights (e.g. data protection, privacy, non-discrimination), consumer protection and product safety and liability. However, the application and enforcement of this legislation may be complicated by some specific features of AI. It is therefore necessary to examine whether the current legislation can cope with the risks of AI and whether it can be effectively enforced, whether it needs to be adapted or whether new legislation is needed.<sup>49</sup>

### III. ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN HEALTH AND NURSING CARE

The primary purpose of using AI in health and nursing care is to improve the quality of diagnosis and treatment, attempts to increase the independence and social inclusion of vulnerable people such as the elderly and people with disabilities, especially in view of the aging population and the expected shortage of health and nursing staff. The use of robots and AI raises or exacerbates problems typical of healthcare and medical ethics, such as disagreements in treatment decisions, access to healthcare for vulnerable groups, medical errors, and the provision of informed consent.<sup>50</sup> When using any form of AI, whether it is a system that performs only one repetitive activity or system that is able to diagnose and learn on a case-by-case basis, it is essential that ethical principles and values, as well as, relevant legislation are respected. The main motivation for the development of new or revision of existing legislation is to pave the way for the development of the market for products with AI systems and, on the other hand, to protect users from the negative consequences of their use.

#### 1. Ethical aspects of the use of artificial intelligence in health and nursing care

If we want AI to play a beneficial and constructive role in today's and tomorrow's society, then it is essential that these systems operate in accordance with a set of ethical principles and values. There are currently several codes of ethics that find application, whether in the regulation of general AI or AI for the health and nursing care sector. The best-known documents on AI ethical principles include the *Asilomar Artificial Intelligence Principles*<sup>51</sup>, the *Montreal Declaration for a Responsible Artificial Intelligence*<sup>52</sup> (hereinafter

<sup>47</sup> EU: *European Parliament resolution of 12 February 2019 on a comprehensive European industrial policy on artificial intelligence and robotics*, 12 February 2019, 2018/2088(INI), point 77.

<sup>48</sup> EU: *White Paper On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*, European Commission, 19 February 2020, COM(2020) 65, p. 11. Online: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf).

<sup>49</sup> Ibid., p. 29.

<sup>50</sup> KERR, I., MILLAR, J., CORRIVEAU, N.: *Robots and Artificial Intelligence in Health Care*, Canadian Health Law and Policy, 5th Edition, LexisNexis Canada, Toronto, 2017, ISBN: 9780433490319, p. 267.

<sup>51</sup> Future of Life Institute: *Asilomar AI Principles*. Online: <https://futureoflife.org/ai-principles/>.

<sup>52</sup> University of Montreal's Technosocial Innovation Centre: *Montreal Declaration for a Responsible AI*. Online: <https://www.montrealdeclaration-responsibleai.com/>.

“Montreal Declaration”), the *Top Ten Principles for Ethical Artificial Intelligence*<sup>53</sup>, the World Commission’s *Report on Ethics, Scientific Knowledge and Technology on Ethics robotics, Ethically Aligned Design: A Vision for Prioritizing Human Well-being with Autonomous and Intelligent Systems*<sup>54</sup> and the *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence* (hereinafter “Ethics Guidelines”), adopted under the auspices of the EU. The analysis of the above-mentioned codes of ethics confirms that, despite the number of sources governing AI ethical issues, there is a degree of coherence and overlap from which it can be concluded that there is a set of fundamental principles and values in which society as a whole is interested, namely: (a) respect for human autonomy; (b) prevention of harm; (c) clarity; and (d) justice. As stated by the High Level Expert Group on AI, many of these principles are already largely reflected in existing legal requirements for which mandatory compliance is required.<sup>55</sup>

The provision of health and nursing care is inextricably linked to the principle of respect for human autonomy, which requires that the values and preferences of patients are respected. In order to respect the patient’s autonomy, it is necessary to obtain their informed consent to the proposed care. AI systems should not unduly subordinate, coerce, or manipulate people, but should instead design care that enhances, complements, and strengthens human cognitive, social, and cultural skills. The division of functions between people and AI systems should be guided by the principles of human-centred design and leave meaningful opportunities to human decision-making.<sup>56</sup> Applying the principle of autonomy in the context of AI therefore means finding a balance between the decision-making power that we retain ourselves and the power that we delegate to AI.<sup>57</sup>

The principle of prevention of harm is the so-called red line for AI systems.<sup>58</sup> This principle serves to prevent the occurrence of harm, or its increase, and to prevent the misuse of AI systems for other purposes. For instance, the Montreal Declaration requires that every person involved in AI development must exercise caution by anticipating, as far as possible, the adverse consequences of AI systems use and by taking appropriate measures to avoid them.<sup>59</sup> The protection of human dignity, as well as, mental and physical integrity is closely linked to the principle of prevention of harm. AI systems and the environments in which they operate must be secure and protected. Greater attention should be paid to vulnerable people, who should be involved in the development and deployment of AI systems. Particular attention must also be paid to situations in which AI systems could cause or exacerbate adverse effects due to power asymmetries or the availability of information. The principle of prevention of harm must also take into account the natural environment and all living beings.

Given the complexity of the design, construction and programming of AI systems, the central ethical issue is “clarity”, i.e. the ability to trace the causes of all past actions (and omissions) of an AI system. For AI with a high level of autonomy, decision-making and learning ability, this requirement of explainability is problematic. This is due to the fact that such robots are not only programmed to perform specific tasks, but to learn and further

<sup>53</sup> UNI Global Union: *Top 10 Principles for Ethical Artificial Intelligence*. Online: [http://www.thefuture.worldofwork.org/media/35420/uni\\_ethical\\_ai.pdf](http://www.thefuture.worldofwork.org/media/35420/uni_ethical_ai.pdf).

<sup>54</sup> The Institute of Electrical and Electronics Engineers: *Ethically Aligned Design: A Vision for Prioritizing Human Well-being with Autonomous and Intelligent Systems*. Online: <https://standards.ieee.org/content/dam/ieee-standards/standards/web/documents/other/ead1e.pdf>.

<sup>55</sup> EU: *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence Set Up by the European Commission, 8 April 2019, Brussels, p. 14.

Online: [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2019/11-06/Ethics-guidelines-AI\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2019/11-06/Ethics-guidelines-AI_EN.pdf).

<sup>56</sup> Ibid., p. 14 – 15.

<sup>57</sup> See for instance: *Montreal Declaration Responsible AI*, point 2; *Asilomar AI Principles*, point 6.

<sup>58</sup> UNESCO: *Report of the World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology on Robotics Ethics*, 14 September 2017, SHS/YES/COMEST-10/17/2 REV., para. 226.

<sup>59</sup> University of Montreal’s Technosocial Innovation Centre: *Montreal Declaration Responsible AI*, point 8.

develop in interaction with their environment, which requires adjustments to current legal and ethical frameworks. It is not always possible to explain why a model produced a particular output or decision (and what combination of input factors contributed to them). These cases are called algorithms “black box” and require special attention.

Justice, as the last of these principles, is usually applied in the context of resource allocation, such as new and experimental treatment options or simply the general availability of conventional health and nursing care. As with other principles already mentioned, interpretations of what justice means as an ethical principle are largely similar, but contain minor differences. In the analysed documents, justice is affected in various ways: (a) the use of AI to correct past wrongs, such as elimination of discrimination; (b) ensuring that the use of AI creates benefits that are shared; and (c) the prevention of new harm, such as undermining of existing social structures.<sup>60</sup> The importance of justice is explicitly stated in the *Montreal Declaration*, which states that the development of AI should promote justice and work to eliminate all forms of discrimination,<sup>61</sup> while the *Asilomar Principles* equate justice with the need for shared benefit and shared prosperity.<sup>62</sup> *Ethics Guidelines* distinguish justice in terms of its substantive and procedural dimension. The substantive dimension entails a commitment to ensure an equal and fair distribution of benefits and costs and to ensure that individuals and groups are not exposed to unfair bias, discrimination and stigmatization. The procedural dimension of justice includes the ability to challenge the decisions of AI systems and the people who run them, and to demand effective redress. To this end, it must be possible to identify the body responsible for the decision and the decision-making processes should be explainable.<sup>63</sup>

## 2. Legal aspects of the use of artificial intelligence in health and nursing care

There are several legal aspects associated with the use of AI in health and nursing care, which are actively addressed by legislators, international organizations and academia. The main legal aspects of the use of AI in the analysed area are the legal status of AI, liability for damage caused by AI, protection of personal data processed by AI, or protection of human rights, especially the right to privacy. Considering the regulation of new technologies, former Australian Supreme Court Justice *Michael Kirby* noted that “normal regulatory bodies often appear powerless.”<sup>64</sup> As was the case in other sectors, the AI legislation subsequently responds to changes in society. However, when adopting new legal instruments, it is important to define the definition of AI flexibly enough to take account of technical progress, while being precise enough to provide the necessary legal certainty.<sup>65</sup>

Due to the features of AI systems, we often come across the opinion that AI systems could have a specific legal status, e.g. in the form of an electronic person, the so-called an e-person who will be responsible for compensating for any damage they may cause and, where applicable, applying the electronic personality to cases where they make independent decisions or otherwise communicate independently with third parties.<sup>66</sup> An example is a robot

<sup>60</sup> FLORIDI, L., COWLS, J., BELTRAMETTI, M. (et al.): *AI4People — An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, Minds and Machines, Springer, 2018, ISSN: 1572-8641, p. 698 –699.

<sup>61</sup> University of Montreal’s Technosocial Innovation Centre: *Montreal Declaration Responsible AI*, recommendation no. 5

<sup>62</sup> Future of Life Institute: *Asilomar AI Principles*, point 14 and 15.

<sup>63</sup> EU: *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence Set Up by the European Commission, 8 April 2019, Brussels, p. 15.

<sup>64</sup> KIRBY, M.: *New Frontier: Regulating Technology by Law and “Code”*, in: BROWNSWORD, R., YEUNG, K. (eds.): *Regulating Technologies*, Hart Publishing, Portland, 2008, ISBN: 978-1-84113-788-9, p. 367.

<sup>65</sup> EU: : *White Paper On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*, European Commission, 19 February 2020, COM(2020) 65, p. 18.

<sup>66</sup> EU: *European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*, 18 July 2018, 2015/2103 (INL), OJ C 252, para.59 f).

capable of buying drugs, food or otherwise entering into legal relationships. However, acknowledging the legal personality of AI appears to be problematic for several reasons. According to the UNESCO report on the Robotics Ethics, it is counterproductive to call AI "people" unless they have some of the other characteristics that are usually associated with human persons, such as freedom of will, intentionality, self-awareness or a sense of personal identity.<sup>67</sup> Second, even if the legal personality of the AI were established in a similar way as the legal personality of the legal entity, it would also be an inappropriate solution, as the legal person is also responsible for the action of the natural person, which is not the case for AI.<sup>68</sup> In this context, the European Parliament has made civil law recommendations in the field of robotics, which include a proposal to examine the possibility of introducing so-called e-subjectivity for robots so that they can be held liable under civil law for the damage they cause. However, the European Economic and Social Committee does not share this view and opposes any form of legal status for robots or AI systems, as this creates an unacceptable moral hazard. Civil liability implies a preventive action to change behaviour, which can disappear as soon as the owner no longer bears the risk of liability because it has been transferred to the robot (or AI system). In addition, there is a risk of inappropriate use and abuse of this legal form.<sup>69</sup> Unlike traditional product liability regimes, where a product can be characterized as "defective" due to the manufacturer's negligence, which in turn can be considered to cause harm - in the case of machine learning, there is no equivalent error. This is because AI has not been explicitly programmed to work in a specific way. In many cases, AI developers will not be able to provide a traditional causal explanation of AI behaviour based on their programming inputs. The complexity of large information inputs combined with ever-changing learned behaviour disrupts the traditional occasional connections between programmers' input and system behaviour.<sup>70</sup> It seems that there is usually a "shared" or "distributed" responsibility among robot designers, engineers, programmers, manufacturers, investors, vendors and users. At the same time, this solution weakens the aspect of responsibility. The main challenge is to avoid the possible paralyzing effect of taking and attributing responsibility. One solution to take responsibility may be to develop techniques to anticipate the impacts of robotic development as much as possible.<sup>71</sup> Another solution is to carefully address the necessary occurrence of unexpected consequences by considering the social introduction of robotic technologies as a "social experiment" that needs to be carried out with great care.<sup>72</sup>

Many of the nursing robots currently being tested or used in homes or public institutions are equipped with cameras and other recording devices that monitor the user and store various types of data, in addition to physiological parameters and preferences, habits and user preferences. Thanks to these capabilities, AI can offer very useful information to caregivers and relatives. For example, it could issue warning messages to prevent falls, programming suggestions, reminders or telemedicine services. However, such options can also cause a

<sup>67</sup> UNESCO: *Report of the World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology on Robotics Ethics*, 14 September 2017, Paris, SHS/YES/COMEST-10/17/2 REV., para. 201.

<sup>68</sup> O'SULLIVAN, S. (et al.): *Legal, regulatory, and ethical frameworks for development of standards in artificial intelligence (AI) and autonomous robotic surgery*, The International Journal of Medical Robotics and Computer Assisted Surgery, 2019, ISSN: 1478-596X, p. 7.

<sup>69</sup> EU: *Opinion of the European Economic and Social Committee on 'Artificial intelligence — The consequences of artificial intelligence on the (digital) single market, production, consumption, employment and society'* (own-initiative opinion), OJ C 288, 31 August 2017, point 3.33.

<sup>70</sup> KERR, I., MILLAR, J.: *Delegation, Relinquishment and Responsibility: The Prospect of Robot Experts*, in: CALO, R., FROOMKIN, A. M., KERR, I.: *Robot Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, ISBN: 978-1-78347-672-5, p. 106 – 108.

<sup>71</sup> WAELBERS, K., SWIERSTRA, T.: *The Family of the Future: How Technologies Can Lead to Moral Change*, in: VAN DEN HOVEN, J., DOORN, J., SWIERSTRA, T. (eds.): *Responsible Innovation*, Springer, Dordrecht, 2014, ISBN: 978-94-017-8956-1, p. 219 – 236.

<sup>72</sup> VAN DE POEL: *Why New Technologies Should Be Conceived as Social Experiments*, Ethics, Policy & Environment, Vol. 16, No. 3, 2013, ISSN: 21550085, p. 352 - 355.

problem with the protection of the right to privacy.<sup>73</sup> The right to privacy is guaranteed through a number of international human rights treaties, national legislation or non-legally binding documents. For instance, the *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, which provides for the right to respect for private and family life, home and correspondence.<sup>74</sup> As a possible solution, Sharkeys suggests that the robot always make its presence detectable and should seek permission and provide clear indications for recording or monitoring before entering the room.<sup>75</sup> According to Feil-Seifer and Mataric, another solution could be to distinguish between confidential and non-confidential information, but they express some doubt as to whether the robot would be able to distinguish such information.<sup>76</sup>

AI monitoring and recording capabilities can also cause data breaches. The legal framework for data protection in Europe provides detailed requirements and restrictions on the processing of personal data and contains new provisions on automated decision-making and profiling, which pose interesting challenges for robot developers. Important in this area is therefore the General Data Protection Regulation with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, which gives data subjects the right not to be exposed to decisions based solely on automated processing if the decision has legal effects or similarly affects him or her.<sup>77</sup>

#### IV. CONCLUSION

Artificial intelligence is and will be an important means of providing effective, human-centred, health and nursing care. AI is increasingly involved in surgical procedures, replacing reduced or lost human organ functions, or providing care to the most vulnerable persons. Although there is no universal definition or categorization of AI to date, this has not affected the interest of States, international intergovernmental and non-governmental organizations or other actors in its development and implementation of AI into everyday life, as well as in adopting adequate ethical and legal regulation. Despite the number of sources governing the ethical issues of AI, there is a degree of coherence and overlap from which it can be inferred that the main ethical principles in the use of AI are respect for human autonomy, principle of prevention of harm, clarity of AI conduct and justice. There are several legal aspects associated with the use of AI in health and nursing care, such as the legal status of AI, liability for damage caused by AI, the protection of personal data processed by AI, or the protection of human rights, in particular the right to privacy. Despite numerous opinions on the introduction of the so-called electronic subjectivity, however, we believe that it would rather serve to relieve of responsibility the developers, programmers and producers of AI. In the provision of nursing care in particular, it is essential to ensure the protection of fundamental rights, in particular the right to privacy, and also to ensure the protection of the data of patients being treated. One way to ensure the protection of the right to privacy is the obligation to obtain informed consent from the patient. At present, AI is insufficiently regulated, which may be due to the fact that it is a new and rapidly evolving area whose impact on the real world and

<sup>73</sup> SALVINI, P.: *On Ethical, Legal and Social Issues of Care Robots*, in: SAMER, M., MORENO, J., KONG, K., AMIRAT, Y. (eds.): *Intelligent Assistive Robots: Recent Advances in Assistive Robotics for Everyday Activities*, Springer, New York, 2015, ISBN: 978-3-319-12922-8, p. 441.

<sup>74</sup> Council of Europe: *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, November 1950, art. 8.

<sup>75</sup> SHARKEY, A., SHARKEY, N.: *Granny and the robots: Ethical issues in robot care for the elderly*, Ethics and Information Technology, Vol. 14, 2012, ISSN: 1572-8439, p. 30 – 31.

<sup>76</sup> FEIL-SEIFER, D. J., MATARIĆ, M. J.: *Ethical Principles for Socially Assistive Robotics*, IEEE Robotics & Automation Magazine, Vol. 18, No. 1, 2011, ISSN: 1070-9932, p. 24 – 31.

<sup>77</sup> EU: *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*, OJ L 119, 4 May 2016, art. 22.

its legal consequences is difficult to conceptualize and predict. In case of the adoption of new legislation, whether international or national, it is necessary to find a suitable compromise, which would, on the one hand, support the further development of AI, but at the same time would not expose humanity to harm. It is therefore essential to involve all relevant public and private stakeholders. In the future, it will be necessary to ensure that AI continues to serve people and be a driving force for good in the society.

## KEY WORDS

Artificial Intelligence, Ethical Aspects, European Law, Health and Nursing Care, Legal Aspects

## KLÚČOVÉ SLOVÁ

Umelá inteligencia, etické aspekty, európske právo, zdravotná starostlivosť a ošetrovateľská starostlivosť, právne aspekty

## BIBLIOGRAPHY

1. BROWNSWORD, R., YEUNG, K. (eds.): *Regulating Technologies*, Hart Publishing, Portland, 2008, ISBN: 978-1-84113-788-9, <https://doi.org/10.5040/9781472564559.ch-001>.
2. CALO, R., FROOMKIN, A. M., KERR, I.: *Robot Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, ISBN: 978-1-78347-672-5, <https://doi.org/10.4337/9781783476732>.
3. *Cooperation on Artificial Intelligence*, 14 April 2018, Brussels. Online: <https://www.vicepremier.gov.sk/wp-content/uploads/2018/10/Deklaracia-o-spolupraci-v-oblasti-umelej-inteligencie-ilovepdf-compressed-1.pdf>.
4. Council of Europe: *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, November 1950.
5. Council of Europe: *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*, 23 January 2017, T-PD(2017)01.
6. Council of Europe: *Study on the Human Rights Dimensions of Automated Data Processing Techniques (in Particular Algorithms) and Possible Regulatory Implications*, DGI(2017)12, 2018. Online: <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>.
7. DÍAZ, I., CATALAN, J. M., BADESCA, F. J.: *Development of a Robotic Device for Post-Stroke Home Tele-Rehabilitation*, Advances in Mechanical Engineering, Vol. 10, No. 1, 2018, <https://doi.org/10.1177/1687814017752302>.
8. EU: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*, 8 April 2019, COM(2019) 168.
9. EU: *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Artificial Intelligence for Europe*, 25 April 2018, COM/2018/237.
10. EU: *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Coordinated Plan on Artificial Intelligence*, 7 December 2018, COM(2018) 795.
11. EU: *Declaration on Artificial Intelligence Cooperation*, 10 April 2018. Online: <https://ec.europa.eu/jrc/communities/en/community/digitranscope/document/eu-declaration-cooperation-artificial-intelligence>.

12. EU: *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence Set Up by the European Commission, 8 April 2019, Brussels. Online:  
[https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2019/11-06/Ethics-guidelines-AI\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2019/11-06/Ethics-guidelines-AI_EN.pdf).
13. EU: *European Parliament resolution of 12 February 2019 on a comprehensive European industrial policy on artificial intelligence and robotics*, 12 February 2019, 2018/2088(INI).
14. EU: *European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*, 18 July 2018, 2015/2103(INL), OJ C 252.
15. EU: *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, OJ C 326, 26 October 2012.
16. EU: *Opinion of the European Economic and Social Committee on 'Artificial intelligence — The consequences of artificial intelligence on the (digital) single market, production, consumption, employment and society' (own-initiative opinion)*, OJ C 288, 31 August 2017.
17. EU: *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*, OJ L 119, 4 May 2016.
18. EU: *Resolution of the European Parliament of 12 February 2020 on automated decision-making processes: ensuring consumer protection and free movement of goods and services*, 12 February 2020, 2019/2915(RSP).
19. EU: *White Paper On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*, European Commission, 19 February 2020, COM(2020) 65. Online:  
[https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf).
20. FEIL-SEIFER, D. J., MATARIĆ, M. J.: *Ethical Principles for Socially Assistive Robotics*, IEEE Robotics & Automation Magazine, Vol. 18, No. 1, 2011, ISSN: 1070-9932, <https://doi.org/10.1109/mra.2010.940150>.
21. FLORIDI, L., COWLS, J., BELTRAMETTI, M. (et al.): *AI4People — An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, Minds and Machines, Springer, 2018, ISSN: 1572-8641, <https://doi.org/10.1007/s11023-018-9482-5>.
22. FRANKISH, K., RAMSEY, W. M.: *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*. Cambridge, Cambridge University Press, 2014, ISBN: 978-0-521-87142-6, <https://doi.org/10.1017/cbo9781139046855>.
23. Future of Life Institute: *Asilomar AI Principles*. Online: <https://futureoflife.org/ai-principles/>.
24. GUIHOT, M., MATTHEW, A., SUZOR, N.: *Nudging Robots: Innovative Solutions to Regulate Artificial Intelligence*, Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, Vol. 20, No. 2, 2017, <https://doi.org/10.31228/osf.io/5at2f>.
25. HORÁK, O.: *Vyvájajú autonómny mobilný robot, vlane ho vyskúšali v košickej nemocnici*, Denník N, 7 April 2019. Online: <https://dennikn.sk/1433088/vyvijaju-autonomny-mobilny-robot-minuly-rok-ho-vyskusali-v-kosickej-nemocnici/>.
26. HOROWITZ, M.: *Artificial Intelligence, International Competition and the Balance of Power*, Texas National Security Review, Vol. 1, No. 3, 2018, ISSN: 2576-1153, <https://doi.org/10.15781/T2639KP49>.
27. ITU: *United Nations Activities on Artificial Intelligence (AI)*, 2019. Online: [https://www.itu.int/dms\\_pub/itu-s/opb/gen/S-GEN-UNACT-2019-1-PDF-E.pdf](https://www.itu.int/dms_pub/itu-s/opb/gen/S-GEN-UNACT-2019-1-PDF-E.pdf).

28. KERR, I., MILLAR, J., CORRIVEAU, N.: *Robots and Artificial Intelligence in Health Care*, Canadian Health Law and Policy, 5th Edition, LexisNexis Canada, Toronto, 2017, ISBN: 9780433490319, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3395890>.
29. KOETSIER, J.: *Stephen Hawking Issues Stern Warning On AI: Could Be 'Worst Thing' For Humanity*, Forbes, 6 November 2017.  
Online: <https://www.forbes.com/sites/johnkoetsier/2017/11/06/stephen-hawking-issues-stern-warning-on-ai-could-be-worst-thing-for-humanity/#bce8ac353a7c>.
30. KRIWET, C.: *Here are 3 ways AI will change healthcare by 2030*, World Economic Forum, 7 January 2020. Online: <https://www.weforum.org/agenda/2020/01/future-of-artificial-intelligence-healthcare-delivery/>.
31. KURZWEIL, R.: *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*, Penguin Books, London, 2005, ISBN: 0-670-03384-7, <https://doi.org/10.2307/20031996>.
32. MARKOFF, J.: *New Research Center Aims to Develop Second Generation of Surgical Robots*, The New York Times, 23 October 2014.  
Online: [http://www.nytimes.com/2014/10/23/science/new-research-center-aims-to-developsecond-generation-of-surgical-robots.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2014/10/23/science/new-research-center-aims-to-developsecond-generation-of-surgical-robots.html?_r=0).
33. MATARIC, M., OKAMURA, A., CHRISTENSEN, H.: *A Research Roadmap for Medical and Healthcare Robotics*, Workshop „A Research Roadmap for Medical and Healthcare Robotics“, Arlington, 2008..
34. McCARTHY, J.: *What is Artificial Intelligence?*, Stanford University, 12 November 2007. Online: <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>.
35. MITZNER, T., TIBERIO, L., KEMP, CH.: *Understanding healthcare providers' perceptions of a personal assistant robot*, Gerontechnology, Vol. 17, No. 1, 2018, <https://doi.org/10.4017/gt.2018.17.1.005.00>.
36. MORSE, S.: *Artificial Intelligence ROI is coming sooner than you think*, Healthcare Finance, 16 November 2018..
37. MURPHY, R.: *Introduction to AI Robotics*, The MIT Press, Cambridge, 2000, ISBN: 0-262-13383-0, <https://doi.org/10.1108/ir.2001.28.3.266.1>.
38. OECD: *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, 22 May 2019, OECD/LEGAL/0449. Online: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.
39. O'SULLIVAN, S. (et al.): *Legal, regulatory, and ethical frameworks for development of standards in artificial intelligence (AI) and autonomous robotic surgery*, The International Journal of Medical Robotics and Computer Assisted Surgery, 2019, ISSN: 1478-596X, <https://doi.org/10.1002/rcs.1968>.
40. RUSSELL, S., NORVIG, P.: *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Third Edition, Pearson Education, New Jersey, 2011, ISBN: 978-0-13-604259-4.
41. SALATHÉ, M., WIEGAND, T., WENZEL, M., KRISHNAMURTHY, R.: *Focus Group on Artificial Intelligence for Health*, 2018. Online: [https://www.itu.int/en/ITU-T/focusgroups/ai4h/Documents/FG-AI4H\\_Whitepaper.pdf](https://www.itu.int/en/ITU-T/focusgroups/ai4h/Documents/FG-AI4H_Whitepaper.pdf).
42. SAMER, M., MORENO, J., KONG, K., AMIRAT, Y. (eds.): *Intelligent Assistive Robots: Recent Advances in Assistive Robotics for Everyday Activities*, Springer, New York, 2015, ISBN: 978-3-319-12922-8, <https://doi.org/10.1007/978-3-319-12922-8>.
43. SHARKEY, A., SHARKEY, N.: *Granny and the robots: Ethical issues in robot care for the elderly*, Ethics and Information Technology, Vol. 14, 2012, ISSN: 1572-8439, <https://doi.org/10.1007/s10676-010-9234-6>.
44. The Institute of Electrical and Electronics Engineers: *Ethically Aligned Design: A Vision for Prioritizing Human Well-being with Autonomous and Intelligent Systems*. Online: <https://standards.ieee.org/content/dam/ieee-standards/standards/web/documents/other/ead1e.pdf>.

45. UNESCO: *Report of the World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology on Robotics Ethics*, 14 September 2017, SHS/YES/COMEST-10/17/2 REV. Online: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000253952>.
46. UNESCO: *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, 19 October 2005, 33 C. Online:[http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=31058&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).
47. UNI Global Union: *Top 10 Principles for Ethical Artificial Intelligence*. Online: [http://www.thefutureworldofwork.org/media/35420/uni\\_ethical\\_ai.pdf](http://www.thefutureworldofwork.org/media/35420/uni_ethical_ai.pdf).
48. United Nations: *The Age of Digital Interdependence*, Report of the UN Secretary-General's High-level Panel on Digital Cooperation, June 2019. Online: <https://www.un.org/en/pdfs/HLP%20on%20Digital%20Cooperation%20Report%20Executive%20Summary%20-%20ENG.pdf>.
49. United Nations: *World Population Ageing 1950 - 2050*, New York, 2017. Online: [https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/ageing/WPA2017\\_Report.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/ageing/WPA2017_Report.pdf).
50. University of Montreal's Technosocial Innovation Centre: *Montreal Declaration Responsible AI*. Online: <https://www.montrealdeclaration-responsibleai.com/>.
51. VAN DEN HOVEN, J., DOORN, J., SWIERSTRA, T. (eds.): *Responsible Innovation*, Springer, Dordrecht, 2014, ISBN: 978-94-017-8956-1, <https://doi.org/10.1007/978-94-017-8956-1>.
52. VAN DE POEL: *Why New Technologies Should Be Conceived as Social Experiments*, Ethics, Policy & Environment, Vol. 16, No. 3, 2013, ISSN: 21550085, <https://doi.org/10.1080/21550085.2013.844575>.
53. VAN EST, R., GERRITSEN, J.: *Human rights in the robot age: Challenges arising from the use of robotics, artificial intelligence, and virtual and augmented reality*, 28 April 2017, Parliamentary Assembly of the Council of Europe. Online: <https://www.rathenau.nl/sites/default/files/2018-02/Human%20Rights%20in%20the%20Robot%20Age-Rathenau%20Instituut-2017.pdf>
54. WHO: *Addressing the 18 million health worker shortfall – 35 concrete actions and 6 key messages*, 2019. Online: <https://www.who.int/hrh/news/2019/addressing-18million-hw-shortfall-6-key-messages/en/>.
55. WHO: *Digital Health*, 26 May 2018, A71/VR/7. Online: [https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/WHA71/A71\\_R7-en.pdf](https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA71/A71_R7-en.pdf).
56. WIEGAND, T., KRISHNAMURTHY, R., KUGLITSCH, M.: *WHO and ITU establish benchmarking process for artificial intelligence in health*, The Lancet, March 2019, ISSN: 0140-6736, [https://doi.org/10.1016/s0140-6736\(19\)30762-7](https://doi.org/10.1016/s0140-6736(19)30762-7).

## CONTACT DETAILS OF THE AUTHOR

**Mgr. Lucia Bakošová**

PhD. Candidate

Pavol Jozef Šafárik University in Košice

Faculty of Law, Institute of International Law and European Law

Kováčska 26, P.O.BOX A-45, 040 75 Košice

E-mail: [lucia.bodisova@student.upjs.sk](mailto:lucia.bodisova@student.upjs.sk)

Tel.: + 421 55 234 4158

# NIEKOLKO POZNÁMOK K NÁMIETKE ZAUJATOSTI V TRESTNOM KONANÍ

## FEW REMARKS ON OBJECTION OF BIAS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

*Martin Floriš<sup>1</sup>*

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-2-02>

### ABSTRAKT

Právo na spravodlivé súdne konanie vedené pre nezávislým a nestranným súdom, analogicky rozšíriteľné aj o rozmer nezávislosti a nestrannosti orgánov činných v trestnom konaní (s výnimkou vzťahov nadriadenosti a podriadenosti, o ktorej v prípade súdu<sup>2</sup> nemožno hovoriť), je dlhodobo verejne diskutovanou témom, o aktuálnosti ktorej svedčia aj aktuálne znepokojivé zistenia o zlyhávaní nezávislosti minimálne časti súdnej moci, či (opäť) minimálne individuálnych zlyhaní súdcov ako osôb, ktorých mandát má a v budúcnosti musí byť garantom práva na spravodlivý proces. Pokial' ide o nestrannosť, táto objektívne musí byť súčasťou právnej kultúry demokratického štátu. Pre úplnosť je však nutné dodat', že právna úprava analyzuje len stav *de lege ferenda* a jej skutočné pretavenie bude vždy aspoň čiastočne závislé od osôb vykonávateľov štátnej moci, čo však tomuto článku nebráni analyzovať zákonom predpokladaný postup v prípade konania o námietke zaujatosti v trestnom konaní.

### ABSTRACT

The right to a fair trial conducted by an independent and impartial tribunal, extending by analogy to the dimension of independence and impartiality of the law-enforcement authorities (with the exception of relations of superiority and subordination, which cannot be observed in court-structures), the timeliness of which can be also confirmed by the current disturbing findings, related to the failure of the independence of at least part of the judiciary, or (again) at least the individual-observed failure of judges as persons whose mandate has and must be in future guarantor of the right to a fair trial. As far as impartiality is concerned, it must objectively be part of the legal culture of a democratic state. However, for the sake of completeness, it should be added that the legislation only analyzes the state of *de lege ferenda* and that its actual remittance will always be at least partly dependent on the persons executing the state power, but this fact does not prevent this article from analysing that kind of proceedings.

### I. ÚVOD

Právny režim konania o námietke zaujatosti v zmysle ustanovení § 31 a 32 Trestného poriadku možno propedeuticky rozdeliť do dvoch kategórií. V prvom prípade ide o konania na podklade námietky zaujatosti vznesenej priamo osobou, vystupujúcou v pozícii úradnej osoby<sup>3</sup> a teda osobou, ktorej sa tento dôvod týka (vzniesenie námietky vlastnej zaujatosti). V druhom prípade ide o konanie na podklade podania strany trestného konania. Druhá menovaná

<sup>1</sup> JUDr., Mgr. PhD., Okresný súd Trnava, Slovenská republika,  
District Court in Trnava, Slovak republic.

<sup>2</sup> S výnimkou právneho názoru súdu vyššieho stupňa.

<sup>3</sup> V danom článku používame pre označenie osôb, o ktorých pojednáva priamo Trestný poriadok v § 31 ods. 1 svojho textu sumárny pojem „úradná osoba“, ktorý je nepochybne zjednodušením, avšak postačuje pre dosiahnutie účelu výkladu.

kategória je z praktického uhla pohľadu častejšie sa vyskytujúca a okrem realizácie procesného oprávnenia účastníka možno konštatovať, že nezriedka má aj obstrukčný charakter sledujúci účel predĺženia konania. V prvom prípade môže mať charakter preventívny (v sporných situáciach úradná osoba namietne vlastnú zaujatosť s tým, že nadriadený subjekt o jej prípadnej zaujatosti rozhodne bez záväznosti jej subjektívnym postojom, avšak aj na podklade jej vyjadrenia).<sup>4</sup> Odborná literatúra nezriedka analyzuje otázky súvisiace s námietkou zaujatosti v závislosti od postavenia úradnej osoby (tzn. zaujatosti sudsu, prokurátora, znalca a pod.). V nasledujúcich riadkoch sa zameriame najmä na predpoklady pre konštatovania zaujatosti resp. nezaujatosti, za súčasného rešpektovania rôznorodosti procesného postavenia relevantných osôb.<sup>5</sup> V texte sa nevyhneme dôrazu na postavenie sudsu ako garanta trestného konania, pretože práve na túto osobu sú kladené najprísnejšie požiadavky na jej nestrannosť. Aj súdna prax sa v rozhodujúcej miere venuje analýze zaujatosti a nezaujatosti sudsov, pričom v prípade iných úradných osôb používa skôr primeranú úpravu (ktorú navyše možno často spojiť so široko chápanou procesnou prevenciou, ktorá by v prípade sudsu mohla byť považovaná za odňatie práva na zákonného sudsu).

## II. NÁMIETKA ZAUJATOSTI A POSTUP PRI KONANÍ O NEJ<sup>6</sup>

V prípade zistenia dôvodu zaujatosti, je úradná osoba povinná tento dôvod oznámiť subjektu oprávnenému rozhodnúť o jej prípadnom vylúčení alebo neexistencii dôvodov na takýto postup; uvedenú procedúru je spravidla nevyhnutné dodržať aj v prípade ak existuje dôvod vylúčenia ex lege, v zmysle § 31 ods. 2 a ods. 4 Trestného poriadku, t. j. v prípadoch existencie nevyvráiteľnej domnenky zaujatosti.<sup>7</sup>

### 1. Sudca pre prípravné konanie/samosudca/člen senátu

V prípade sudsu alebo prísediaceho ide o senát nadriadeného súdu, v prípade člena senátu odvolacieho alebo dovolacieho súdu ide o iný senát toho istého súdu, pričom zastupovanie je riešené účinným rozvrhom práce schváleným na daný rok.<sup>8</sup> V prípade, ak námietku zaujatosti voči sudsovi resp. členovi senátu (vrátane predsedu) vznesie strana trestného konania<sup>9</sup> postup je pomerne odlišný, keďže o vylúčení rozhoduje orgán, proti ktorému námietka smeruje – t. j. sudsca pre prípravné konanie, samosudsca alebo súd v senáte na neverejnom zasadnutí.

<sup>4</sup> Nemožno tiež vylúčiť motiváciu k „zbaveniu sa“ problémovej veci, ktorá je sice pochopiteľnou, avšak právne nežiadúcou motiváciou.

<sup>5</sup> Ak nadobudne čitateľ dojem, že článok pojednáva vo zvýšenej miere o súdnej etape konania, bude to zrejme spôsobené snahou doplniť teoretické úvahy o praktickej skúsenosti zo súdnej praxe. V článku sa však snažíme o komplexnejšie poňatie inštitútov, t.j. nielen v súdnej etape konania.

<sup>6</sup> Trestný poriadok rozlišuje oznamenie vlastnej zaujatosti úradnej osoby a námietku zaujatosti vznesenú stranou; postup a konanie sa líši v závislosti od postavenia úradnej osoby a úpravy vzťahujúcej sa na toto postavenie.

<sup>7</sup> K tomu vid' napr.: RAJNÍČ, M. – SEPEŠI, P.: Komentár k § 32 zákona č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok. EPI komentáre – elektronická verzia alebo RAJNÍČ, M. – SEPEŠI, P.: Komentár k § 32 zákona č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok. Eurokódex komentár zákona č. 301/2005 Z. z., komentáre – elektronická verzia.

<sup>8</sup> V prípade prísiediacich používa zákon formuláciu „*podľa pokynu predsedu senátu*“. Ide o mätúci pojem, keďže predseda senátu v takomto prípade určí iného prísiediaceho, avšak iba zo zoznamu prísiediacich príslušného senátu (okrem prípadu, keď v konaní vystupuje náhradný prísiedaci, tento inštitút nie je primárne zameraný na zaujatosť člena senátu, ide však o logickú aktivitu smerujúcu k urýchleniu konania).

<sup>9</sup> Pojem „strana trestného konania“ je vymedzený v ustanovení § 2 ods. 11 Trestného poriadku, v zmysle ktorého, je v konaní pred súdom stranou „ten, proti komu sa vedie trestné konanie, poškodený, zúčastnená osoba a prokurátor; rovnaké postavenie ako strana má aj zástupca občianskeho združenia, dôveryhodná osoba, ako aj iná osoba, na ktorej návrh alebo žiadosť sa konanie vedie alebo ktorá podala opravný prostriedok a v konaní proti mladistvému aj orgán sociálnoprávnej ochrany detí a sociálnej kurality. Ak sa v tomto zákone používa pojem strana, rozumie sa tým v predsúdnom konaní aj subjekti trestného konania, ak z jednotlivého ustanovenia nevyplýva niečo iné.“ Je však nepochybne, že z hľadiska periodicity, sú najčastejšie námietky zaujatosti podané obvineným resp. obžalovaným.

## 2. Prokurátor

V prípade prokurátora<sup>10</sup> rozhoduje o zaujatosti prokurátora aktuálne vykonávajúceho úkony v danej trestnej veci bezprostredne nadriadený prokurátor. Hoci sa uvedený pojem zdá byť pomerne vágnym, osobitný predpis, ktorým je zákon č. 153/2001 Z. z. o prokuratúre v znení neskorších predpisov, vymedzuje bezprostredne nadriadeného prokurátora v § 53 ods. 1 a 2 svojho textu<sup>11</sup>, pričom aplikabilita na trestné konanie je podčiarknutá aj v odseku 3 citovaného ustanovenia. Zmienená úprava je výrazom monokratického poňatia prokuratúry v podmienkach SR; zároveň upravuje aj aspekt úpravy Európskej prokuratúry.

## 3. Súdni úradníci

V prípade oznamenia zaujatosti probačným a mediačným úradníkom, vyším súdnym úradníkom alebo súdnym tajomníkom (alebo aj asistentom senátu), o zaujatosti týchto rozhodne predsedu senátu<sup>12</sup>, t. j. rozhodnutím vydaným ex cathedra<sup>13</sup>. Podobný postup sa aplikuje aj v prípade námiety zaujatosti vznesenej stranou.

## 4. Právny čakateľ prokuratúry, asistent prokurátora<sup>14</sup> a zapisovateľ

Ak oznámi svoju zaujatosť osoba činná v trestnej veci, kde koná prokurátor (v prípade zapisovateľa, iba v prípade ak je činný pre prokuratúru, napr. v rámci konania o dohode o vne) a treste), rozhodne o vylúčení resp. nevylúčení prokurátor, v ktorého veci sú tieto osoby činné (tzn. prokurátor vykonávajúci dozor).

Na tomto mieste je teda potrebné pozorovať, že ak sa zaujatosť netýka osoby, ktorej zákon zveruje de facto najvyššiu kompetenciu v rámci danej inštancie (t. j. predsedu senátu, resp. osoba nesúca jeho postavenie, alebo dozorujúci prokurátor), je táto kompetencia zverená práve týmto osobám ako osobám nesúcim zodpovednosť za zákonnosť súdneho, resp. prípravného konania.

## 5. Zapisovateľ resp. asistent senátu a technický asistent

Ak sme vyššie poukázali na postavenie asistenta senátu, je potrebné poznamenať, že Trestný poriadok hovorí o zapisovateľovi a tento inštitút je nevyhnutne aplikovať na asistenta senátu<sup>15</sup>. V prípade zaujatosti zapisovateľa rozhoduje ten orgán, ktorý zapisovateľa pribral, v konaní

<sup>10</sup> Hoci to Trestný poriadok explicitne neupravuje pôjde najmä o etape prípravného konania.

<sup>11</sup> Bezprostredne nadriadeným prokurátorom je :

- a) generálny prokurátor, ak ide o námestníka generálneho prokurátora, špeciálneho prokurátora, krajského prokurátora a prokurátora, ktorý vo funkcií národného člena zastupuje Slovenskú republiku v Eurojuste,
- b) príslušný vedúci prokurátor generálnej prokuratúry, ak ide o ostatných prokurátorov generálnej prokuratúry,
- c) príslušný krajský prokurátor, ak ide o prokurátora krajskej prokuratúry alebo príslušného okresného prokurátora,
- d) príslušný okresný prokurátor, ak ide o prokurátora okresnej prokuratúry.

Bezprostredne nadriadeným prokurátorom prokuratúry vo veciach patriacich do pôsobnosti Európskej prokuratúry je prokurátor Európskej prokuratúry alebo orgán Európskej prokuratúry podľa osobitného predpisu.

<sup>12</sup> Postavenie predsedu senátu má aj súdca pre prípravné konanie a samosudca.

<sup>13</sup> Pôjde zrejme o uznesenie, ako v prípravnom konaní, tak aj v súdnom, resp. vykonávacom konaní.

<sup>14</sup> Inštitút asistenta prokurátora bol do právneho poriadku SR inkorporovaný zákonom č. 220/2011 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 153/2001 Z. z. o prokuratúre v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony, teda novelou zákona o prokuratúre a ďalších súvisiacich predpisov. Je potrebné dodať, že novela ostala pomerne obsolentnou, keďže neprisko k naplnenie stavov asistentov prokurátorov, pričom vymedzenie ich postavenia získalo zmysel až opakováním inkorporovaním inštitútu právneho čakateľa prokuratúry, ktorého právomoc bola vymedzená rovnako ako v prípade zamýšľaných asistentov prokurátora.

<sup>15</sup> Asistent resp. asistentka senátu sú pojmy, ktoré pozná zákon o súdnych úradníkoch (zákon č. 549/2003 Z. z. o súdnych úradníkoch v znení neskorších predpisov). Trestný poriadok používa pojem „zapisovateľ“ (§ 27 Trestného poriadku) ako pojem všeobecnejší. Pri konaní pred súdom je potrebné postavenie zapisovateľa vzťahnuť aj na postavenie asistenta senátu, napokľko okrem činností vykonávaných mimo rámca trestného konania vykonáva aj činnosti predpokladanú Trestným poriadkom.

pred súdom je to predseda senátu.<sup>16</sup> Obdobné postavenie ako zapisovateľ má aj technický asistent (§ 27 Trestného poriadku).

## **6. Znalec, tlmočník alebo prekladateľ**

V prípade znalca, tlmočníka alebo prekladateľa ide o osoby zúčastňujúce sa na konaní, ktoré majú v určitom (aj keď de facto minimálnom) rozsahu postavenie účastníka konania, hoci uvedené vymedzenie nie je explicitne uvedené v texte procesného predpisu trestného práva a ide skôr o aplikáciu teoretických právnych východísk na prax trestného práva. Postavenie vymenovaných subjektov je špecifické aj tým, že o ich prípadnej zaujatosti pojednáva osobitný predpis, ktorým je zákon č. 382/2004 Z. z. o znalcoch, tlmočníkoch a prekladateľoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov. V zmysle § 11 ods. 2 citovaného predpisu, ak sa znalec, tlmočník alebo prekladateľ dozvie o skutočnostiach, pre ktoré je vylúčený, bezodkladne to musí oznámiť zadávateľovi a ak je zadávateľom súd alebo iný orgán verejnej moci, rozhodne o jeho vylúčení tento orgán. Z hľadiska praktického prichádza do úvahy rozhodovanie o vylúčení znalca (prekladateľa alebo tlmočníka), ktorý bol do konania pribratý orgánom činným v trestnom konaní, teda nie je dôvodné rozhodovať o vylúčení iných znalcov (prekladateľov alebo tlmočníkov), ako tých, ktorí majú reálne v konaní vystupovať a o ich ustanovení sa strany dozvedajú spravidla pri ich ustanovení. V praxi sa nezriedka stáva, že orgán činný v trestnom konaní alebo súd preventívne zistuje, či nie je daný potenciálny dôvod zaujatosti takýchto osôb pred ich ustanovením, pričom v prípade pochybností (keďže spravidla do úvahy prichádza väčšie množstvo osôb, či už zo zoznamu stálych znalcov alebo tzv. ad hoc znalcov, resp. tlmočníkov či predkladateľov) problematická osoba nie je do konania pribratá. Ak aj napriek takému zisťovaniu bola ustanovená osoba, u ktorej existuje pochybnosť o jej nezaujatosti, bude potrebné postupovať rovnako ako v prípade ustanovenia takejto osoby bez predchádzajúcej konzultácie<sup>17</sup>. Ak je teda ustanovená osoba, ktorej je známy potenciálny dôvod jej vylúčenia, táto má povinnosť túto skutočnosť oznámiť orgánu, ktorý ju ustanobil. Možnosť strán namietať zaujatosť znalca je tiež umožnená postupom podľa § 142 ods. 3 Trestného poriadku<sup>18</sup>, pričom „osobou znalca“ sa v tomto ohľade myslí aj prípadná zaujatosť resp. nezaujatosť osoby znalca; vecné dôvody potom budú znamenať skôr možnosť namietať vecnú správnosť položených otázok; ohľadom procesnej ekonomiky - v tomto ohľade máme za to, že tento inštitút je použiteľný iba v obmedzenej miere (napr. v prípade zjavne neúčelných rozhodnutí o pribratí takejto osoby), keď v opačnom prípade by bol orgán prejednávajúci vec nútený nepriamo konať v niektorých prípadoch v rozpore so zásadou zistenia skutkového stavu bez dôvodných pochybností (v prípade znalcov), resp. v prípade prekladateľov a tlmočníkov v rozpore so zásadou prevencie.<sup>19</sup> V prípade tlmočníkov a predkladateľov, títo na rozdiel od znalcov nie sú pribratí formou uznesenia, ale formou opatrenia (t. j. formou, ktorá nepripúšťa opravný prostriedok) a o ich zaujatosti pojednáva § 29

<sup>16</sup> V jeho postavení aj samosudca a sudca pre prípravné konanie. Uvedené ustanovenie má za dôsledok zdôraznenie skutočnosti, že o zaujatosti zapisovateľa (asistenta senátu) rozhoduje predseda senátu a to aj v prípadoch výsluchu uvedeného napr. vyšším súdnym úradníkom.

<sup>17</sup> Je ale potrebné dodať, že v zmysle zásady procesnej ekonomiky a vybavovania vecí v primeraných lehotách, konajúci orgán nebude mať záujem vystavovať sa riziku výkonu procesne neefektívnych úkonov, ktoré sú nielen spôsobilé predlžiť konanie, ale aj v prípade ich nesprávneho vykonania založiť procesnú vadu, potenciálne umožňujúcu zrušenie rozhodnutia v merite veci, alebo procesne ukončujúceho konanie bez meritórnego rozhodnutia (napríklad zastavenie trestného stíhania v zmysle § 215 ods. 2 písm. b) Trestného poriadku z pohľadu závažnosti skutku vyhodnotenej na podklade znaleckého posudku zaujatého znalca).

<sup>18</sup> O pribratí znalca sa rozhodne uznesením. Proti uzneseniu možno podať sťažnosť pre vecné dôvody alebo pre osobu znalca.

<sup>19</sup> Zásadou prevencie, vo forme v akej ju prezentujeme, máme na mysli najmä potrebu výkonu niektorých aj sporných úkonov za účelom ich zabezpečenia pre prípadné preskúmavacie konanie (odvolacie, dovolacie, konanie o sťažnosti). Netreba tiež opomenúť fakt, že súd vychádza nielen z aktuálne platnej a účinnej právnej úpravy, ale aj aktuálneho stavu judikatúry, pričom napríklad dramatická zmena v náhľade na niektorý právny inštitút napr. v odvolacom konaní nie je považovaná za retroaktivitu. Preto je vhodné akceptovať fakt, že súd vykoná aj také úkony, ktoré nebudú neprimerane zdľavé a nákladné za účelom lepšej preskúmateľnosti vlastného rozhodnutia. V tomto prípade nehovoríme tak ani o aspekto právnom, ako skôr metaprávnom resp. psychologickom.

ods. 1 Trestného poriadku, ktorý však len odkazuje na citovaný zákon o znalcoch, tlmočníkoch a prekladateľoch. Výkladom tohto ustanovenia môžeme dospiť k názoru, že súd musí rozhodnúť o vylúčení resp. nevylúčení prekladateľa alebo tlmočníka uznesením.<sup>20</sup>

## 7. Nezúčastnená osoba/figurant a odborný konzultant

Ustanovenia Trestného poriadku (§ 30 ods. 1 až 3 citovaného predpisu) upravujú postavenie nezúčastnenej osoby resp. figuranta. V prípade nezúčastnenej osoby Trestný poriadok predpokladá absenciu pochybnosti o jej nezaujatosti vo vzťahu k prejednávanej veci alebo osobám, ktorých sa úkon priamo dotýka, k ich obhajcom, zákonným zástupcom a splnomocnencom alebo k orgánu činnému v trestnom konaní resp. súdu. Z povahy veci preto vyplýva, že takúto osobu do konania pribere orgán vykonávajúci daný úkon (napr. domovú resp. osobnú prehliadku v zmysle § 105 ods. 2 Trestného poriadku). V prípade figuranta zákon takýto postup neustanovuje, pričom ale možno rozhodne z preventívnych dôvodov zvažovať pribratie iného figuranta v prípade pochybnosti o jeho zaujatosti, tým skôr, že v prípade vzťahu figuranta k osobám napr. svedkov je možné z uvedeného dôvodu identifikovať podstatnú vadu úkonu trestného konania a z tohto prameniacu jeho procesnú nepoužiteľnosť. Pôsobnosť odborného konzultanta upravuje ustanovenie § 151 Trestného poriadku. Zákonná úprava explicitne nereaguje na vylúčenie odborného konzultanta, v danom prípade nie je možné sa oprieť ani o judikatúru, keďže pribratie odborného konzultanta do konania je pomerne zriedkavý postup, ktorý často nahrádza v konaní znalecké dokazovanie. Hoci zaujatosť odborných konzultantov nie je patrične zákonne ukotvená, možno s poukazom na základné zásady trestného konania odporučiť skúmanie potenciálneho dôvodu zaujatosti aj u tejto osoby v rozsahu ako sa skúma pri znalcoch. Tento názor je do istej miery analógiou, avšak nie analógiou *in malam partem*, a preto podľa nášho názoru prípustnou formou analógie.

## III. DÔVODY PRE VYLÚČENIE OSÔB

V prípade dôvodov pre vylúčenie osôb používa Trestný poriadok formuláciu „*možno mať pochybnosť o (ich) nezaujatosti pre (ich) pomer*“ k veci alebo k osobám. Je viac ako vhodné poznamenať, že absolútна väčšina rozhodnutí pojednáva o zaujatosti resp. nezaujatosti súdcu, ako pomyselného garanta zákonnosti, pričom je to spravidla osoba súdcu, ktorej riadny postup garantuje zákonnosť a spravodlivosť celého konania<sup>21</sup>. Je tiež potrebné poukázať, že Ústava SR garantuje v článku 46 ods. 1 svojho textu právo na nezávislý a nestranný súd, pričom v zmysle § 48 ods. 1 svojho textu nemožno nikoho odňať jeho zákonnému súdcovi. Tento prístup ale znamená, že garancia práva na zákonného súdcu neplatí v prípade súdneho úradníka, znalca, tlmočníka a ani v prípade prokurátora či policajta. Dôvody pre vylúčenie osoby je nutné chápať ako taxatívne.<sup>22</sup>

V zmysle záverov judikatúry je na nestrannosť potrebné hľadiť z dvoch uhlov pohľadu: „*zo subjektívneho hľadiska nestrannosti, čo znamená, že je potrebné zistit' osobné presvedčenie súdcu prejednávajúceho prípad a z objektívneho hľadiska nestrannosti, t. j. je potrebné zistit', či sú poskytnuté dostatočné záruky pre vylúčenie akejkoľvek pochybnosti v danom smere.* V

<sup>20</sup> Na tomto mieste si dovoľujeme podčakovať recenzentom za podnetnú pripomienku. Pôvodne sme zastávali názor, že rozhodnutie o vylúčení prekladateľa resp. tlmočníka má technicko-organizačnú povahu a preto postačuje forma opatrenia. Tento názor sme prehodnotili na podklade stanoviska recenzentov, ktorí zároveň poukázali na prípustnosť stážnosti a dvojínštančnosť rozhodovania o takomto vylúčení tlmočníka resp. prekladateľa.

<sup>21</sup> „Účelom ustanovenia o vylúčení súdcu a príslušiaceho z vykonávania úkonov trestného konania v konkrétej veci je upevňovanie dôvery účastníkov konania a verejnosti v nestrannosť postupu týchto orgánov. Preto treba zabezpečiť, aby sa na rozhodovaní nepodieľal ten súdca, ktorý má preukázať ne k pojednávanej veci alebo k osobám uvedeným v § 31 ods. 1 Trestného poriadku taký pomer, ktorý môže objektívne vzbudiť pochybnosť o jeho spôsobilosti rozhodovať nestranne.“ (uznesenie Najvyššieho súdu SR, sp. zn.: 5 Tdo 30/2008, publikované ZSP 33/2009).

<sup>22</sup> „*Ustanovenie § 31 ods. 1 TP vylúčuje z vykonávania úkonov trestného konania ten orgán, u ktorého by mohli vzniknúť pochybnosti o jeho nezaujatosti. Dôvody možného vzniku týchto pochybností sú stanovené taxatívne.*“ (Zbierka stanovísk NS a rozhodnutí súdov SR 58/1994 - rozsudok NS SR zo dňa 18. 02. 1993, sp. zn.: 8 Tz 53/1992 ).

*prípade subjektívneho hľadiska nestrannosti sa nestrannosť sudcu prezumuje až do predloženia dôkazu o opaku*“ (Piersack v. Belgicko – rozsudok ESLP z 1. októbra 1982, podobne aj uznesenie NS SR, sp. zn.: 6 Ndt 1/2016 zo dňa 09.03.2016), resp. „*Objektívna nestrannosť sa posudzuje podľa vonkajších objektívnych skutočností. Platí tzv. teória zdania, podľa ktorej nestačí, že sudca je subjektívne nestranný, ale musí sa ako taký objektívne javiť v očiach strán i verejnosti. Objektívne hľadisko je založené na existencii dostatočných záruk pre vylúčenie akejkoľvek legitímnej pochybnosti o zaujatosti sudcu. Pri objektívnej nestrannosti stačí, ak sú tu okolnosti, ktoré môžu vyvolať pochybnosti o nestrannosti súdu. Podľa ESLP je potrebné „ist' ďalej než ako sa vec javí“ (looking behind appearances). Spravodlivosť nielenže má byť vykonaná, ona sa musí aj javiť, že je vykonaná* (justice must not only be done, it must also be seen to be done)“ (Delcourt v. Belgicko – rozsudok ESLP zo 17. januára 1970, Saraiva de Carvalho v. Portugalsko zo dňa 22.04.1994, . resp. uznesenie NS SR, sp. zn.: 3 Ndt 7/2017 zo dňa 05.04.2017). V prípade subjektívneho kritéria nestrannosti je teda v zmysle záverov judikatúry prezumovaná jej existencia až do momentu rozhodnutia nadriadeného súdu, pričom ide o pretavenie požiadavky kladenej na súdcov, v maximálnej možnej miere sa odosobniť od vnútorných okolností, spôsobujúcich pochybnosť o ich zaujatosti a až v prípade dosiahnutia istej miery potom žiadať o vylúčenie vlastnej osoby z konania a rozhodovania v konkrétnej veci. Na prvý pohľad by sa mohlo zdať, že koncepcia objektívnej stránky nezávislosti je v podmienkach SR uchopená diametrálnie odlišne, čo sa v plnej miere nezakladá na pravde. Práve objektívne hľadisko (t. j. to, či sa sudca javí nestranne pre účastníkov, ale aj pre verejnosť ako celok) podlieha nielen „*zdaniu sa nezávislosti*“, ale je aj existenciou dostatočnej záruky nestrannosti súdu. Za takúto záruku sa považujeme práve úprava postavenia súdcu a záruky jeho statusu.<sup>23</sup> Ked'že subjektívne hľadisko je pomerne ľahko kvantifikovateľné (vnútorný postoj súdcu je možné reprodukovať, ale aj kapacita jednotlivcov je v tomto smere rôzna), býva práve objektívna stránka nestrannosti tou časťou, ktorej sa v praxi prikladá najväčší dôraz. V prípade testu objektívnej nestrannosti, konanom spravidla na podklade námiestky zaujatosti vznesenej stranou v konaní, je však nevyhnutné zdôrazniť, že musí íst' o patrične preukázané skutočnosti. Pritom sa nemôže jednať o okolnosti bežného charakteru.

Okrem tvrdenia strany, ktoré samé o sebe spravidla nepostačuje, je možné uvažovať aj o listinných dôkazoch; najčastejším dôkazom pravdivosti je potvrdenie danej skutočnosti príslušným súdcom. Do úvahy potenciálne prichádzajú aj ďalšie dôkazné prostriedky, hoci tieto možno označiť za výsostne zriedkavé. Nie je vylúčená ani požiadavka preukázať subjektívnu stránku zaujatosti, hoci v tomto prípade je pomerne problematický výpočet možných dôkazov (v prípade subjektívnej stránky sa skôr možno stretnúť s požiadavkou podrobného popísania potenciálneho dôvodu zaujatosti osoby, o ktorej sa koná). V prípade námiestky zaujatosti vznesenej stranou, táto v princípe vysloví svoj subjektívny postoj o zaujatosti úradnej osoby (najmä súdcu), o ktorej tvrdí že existujú dôvody, ktoré sa môžu javiť ako spochybňujúce nestrannosť aj v objektívnej rovine. „*Uplatnenie inštitútu § 30 ods. 1 Tr. por. prichádza do úvahy len vtedy, ak je existencia pomeru vzbudzujúceho pochybnosť o nezaujatosti preukázaná. Pre takýto záver nepostačuje len subjektívny, objektívnymi faktami nepodložený pocit obvineného, založený výlučne na vlastnom nestotožnení sa s možným, pre neho nepriaznivým, rozhodnutím orgánu činného v trestnom konaní, o vylúčenie ktorého ide*“<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Uvedomujeme si, že tento záver v zmysle medializovaných informácií o osobných a profesijných zlyhaniach súčasných a minulých súdcov z povolania vrhajú vyslovené tvrdenia do iného svetla, v akom by v podmienkach Slovenskej republiky mali fungovať. V predmetnej veci je ale potrebné dodať, že podľa nášho názoru už súčasná právna úprava predstavuje dostatočnú záruku nestrannosti konania, pričom ale je možné uvažovať o ďalšom prehľbení takejto kontroly z dôvodu posilnenia dôvery v právny štát. Ak by totiž nedochádzalo k porušeniu platnej a učinnej právnej úpravy, máme za to, že ani medializované prípady by logicky nemohli nastat. Nejde preto podľa nášho názoru o zlyhanie inštitucionálnej úpravy, ale skôr procesu kontroly. Na tomto mieste je nevyhnutné poznamenať, že posilnenie kontroly nestrannosti súdcov od akýchkoľvek nežiaducích faktorov je prehľbením princípov právneho štátu, ale nesmie prichádzať v takej forme, ktorá by princíp právneho štátu fakticky negovala.

<sup>24</sup> Uznesenie Najvyššieho súdu SR z 2. 4. 2008 sp. zn. 3Tdo 9/2008.

Hoci aplikovateľnosť inej ako trestnoprávnej judikatúry na podmienky trestného práva môže byť sporná, považujeme za vhodné súhlasiť s názorom Najvyššieho súdu SR, ktorý uznesením 3Nc/4/2015 zo dňa 26.03.2015 judikoval, že je nevyhnutné predpokladat aj u osôb sudcov uzavretie právnych vzťahov istého druhu (napr. zmluva o účte v banke, používaní mobilného telefónu a internetu, káblovej televízie, odoberaní vody, plynu, elektriny, o hypoteckom úvere, o pôžičke, prípadne leasingovú zmluvu a pod.). Samotný vstup súdci do takéhoto právne vzťahu nezakladá dôvod vylúčenia (a to ani v prípade, ak uzavrel zmluvy so subjektom, ktorý vystupuje v danom konaní ako strana). Pre účely trestného konania možno podotknúť, že dôvod zaujatosti rovnako nie je daný ani v prípade, ak takýto subjekt vystupuje napr. na strane poškodeného, keďže v prípade subjektov uzatvárajúcich hromadne tzv. spotrebiteľské zmluvy nie je väzba medzi sudcom ako spotrebiteľom a spolukontrahentom dostatočne silná. V prípade zmluvných vzťahov patrične individualizovaných (napr. medzi sudcom ako prenajímateľom nehnuteľnosti a obžalovaným ako nájomcom, bude zrejme závisieť od okolností konkrétneho prípadu, pričom bude musieť byť zachovaná teória zdania sa nestrannosti súdci, v opačnom prípade musí prísť k vylúčeniu súdci z konania a prejednávania trestnej veci).

## 1. Pomer k veci

Pomerom k prejednávanej veci možno rozumieť „*určitú zainteresovanosť orgánu trestného konania na skutkoch, pre ktoré sa vedie trestné stíhanie (napr. ak orgán trestného konania, prípadne jeho príbuzní boli poškodení konaním, pre ktoré je vedené trestné stíhanie, prípadne orgán trestného konania mohol byť svedkom skutku, pre ktorý sa trestné stíhanie vedie a pod.).*“<sup>25</sup> V prípade pomeru k veci, v prípade jeho preukázania dochádza k vylúčeniu osoby bez ďalšieho dokazovania. Je potrebné dodat, že na rozdiel od pomeru k osobe, býva pomer k veci zriedkavejšie tvrdený dôvod vylúčenia osoby, avšak jeho existencia spôsobuje vylúčenie osoby častejšie<sup>26</sup>. Za špecifický dôvod pomeru k veci môžeme z propedeutického hľadiska chápať aj existenciu postavenia osoby, o ktorej vylúčení sa koná v inom procesnom postavení (§ 31 ods. 2 Trestného poriadku); tento dôvod však v zmysle právnej úpravy platnej v SR je v trestnom konaní chápaný ako separátny dôvod pre vylúčenie osoby, t. j. stricto sensu sa nepokladá za pomer k veci.

## 2. Pomer k osobe

Trestný poriadok rozlišuje ako dôvod zaujatosti pomer k niektornej osobe, ktorej sa úkon trestného konania priamo dotýka alebo k jej obhajcovi, zákonnému zástupcovi, splnomocnencovi alebo pre pomer k inému orgánu činnému v tomto konaní. Osobou, ktorej sa úkon priamo dotýka sa rozumejú najmä strany v trestnom konaní, predovšetkým obvinený (rovnako aj obžalovaný a odsúdený), ale takisto osobou môže byť napríklad aj poškodený, svedok, resp. teoreticky aj znalec, tlmočník, či prekladateľ. Takýmto pomerom sa rozumie predovšetkým príbuzenský<sup>27</sup> alebo iný obdobný pomer (napr. vzťah druha a družky, blízky priateľský vzťah a pod.), ktorý by mohol odôvodniť pochybnosť o nezaujatosti úradnej osoby. Takúto povahu však môže mať aj nepriateľský vzťah, alebo vzťah založený na minulom konflikte.<sup>28</sup> Súdna prax však v pomerne extenzívnej forme diferencuje pomer k osobe vzniknutý v rámci trestného konania a mimo rámca trestného konania, inými slovami vzťahy

<sup>25</sup> RAJNÍČ, M. – SEPEŠI, P.: Komentár k § 31 zákona č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok. EPI komentáre – elektronická verzia.

<sup>26</sup> Uvedené tvrdenie opierame o poznatok, že pomer medzi sudcom a inou osobou býva spravidla vzdialenejší (týka sa skôr širšieho okruhu známych ako bezprostrednej rodiny a priateľov), avšak v prípade pomeru k veci je tento častejšie chápaný ako bezprostredný aspekt. Ponecháme bokom obstrukčné snahy niektorých obžalovaných, u ktorých z hľadiska výskytu nachádzame skôr poukaz na pomer k osobe resp. osobám ako pomer k veci.

<sup>27</sup> Nie každý príbuzenský pomer je dôvodom pre vylúčenie veci. Takýmto dôvodom napríklad nebude vzdialenosť príbuzenský pomer, na základe ktorého sa osoby ani nepoznajú, resp. poznajú ale nestretávajú ani spolu nekomunikujú.

<sup>28</sup> RAJNÍČ, M. – SEPEŠI, P.: Komentár k § 31 zákona č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok. Eurokódex komentár zákona č. 01/2005 Z. z., komentáre – elektronická verzia.

vznikajúce vedením trestného konania súdna prax<sup>29</sup> nepovažuje za dôvod pre vylúčenie osoby<sup>30</sup>.

Možno konštatovať, že spôsob vedenia trestného konania osobou, predovšetkým vedenia pojednávania, výsluchu, či verejného resp. neverejného zasadnutia samosudcom, sudcom pre prípravné konanie a predsedom senátu na jednej strane a spôsob a výsledok predchádzajúceho konania (najmä predchádzajúce odsúdenie sudcom v inej veci, inom konaní, alebo v inej etape konanie, s ktorou zákon nespája vylúčenie sudsu ex lege – pozn. konanie v merite veci vylučuje sudsu z konania o návrhu na obnovu konania v zmysle § 397 ods.2 Trestného poriadku, avšak nevylučuje napríklad sudsu konajúceho v merite veci, ktorý konal v prípravnom konaní ako sudsca pre prípravné konanie napr. o návrhu na vzatie obvineného do väzby) nie je dôvodom pre vylúčenie sudsu aj z dôvodu, že tento aspekt bol často zámienkou procesných obštrukcií, resp. býval nepochopený zo strany osôb, voči ktorým je vedené trestné stíhanie, nakoľko tito sa cítili ukrivení postupom súdu. Z hľadiska účelu trestného práva by akýkoľvek iný výklad nastavil sudsom neprimerane úzky manévrovací priestor v konaní, keďže zásadou je skúmanie postupu súdu nadriadeným súdom iba v prípade konania o opravnom prostriedku, čo býva buď v merite veci, resp. v prípadoch taxatívne vymedzených v zákone, z nich najvýznamnejším sa zdá byť konanie o väzbe obvinenej resp. obžalovanej osoby. Máme teda za to, že zákon predpokladá autonómny postup súdu v takej forme, ktorej zákonnosť možno skúmať iba vo vymedzených prípadoch. Nie je bez právneho významu ani skutočnosť, že nie každá vada konania má taký význam a povahu, že umožňuje napr. zrušiť rozhodnutie súdu prvého stupňa (napr. preklep v názve obce obvineného, na poklade ktorej poštový doručovateľ vadu rozozná a doručí zásielku riadne adresátovi).

Mierne nejednoznačná situácia nastáva v prípade, ak konajúci sudska vystupuje v trestnom konaní v pozícii poškodeného v súvislosti s činnosťou obvineného resp. obžalovaného v predmetnej trestnej veci (ak by išlo o pozícii poškodeného na podklade iných skutočností, ako tých, ktoré vznikli pri prejednávaní veci, išlo by zrejmé o zaujatosť z titulu pomeru k osobe). Fenoménom posledných rokov, najmä v prípade väzobných vecí, je zvýšená forma provokácie obvinených resp. obžalovaných vo vzťahu k osobám konajúcim v mene orgánov činných v trestnom konaní a súdov, pričom ide o rôzne druhy hrubo urážlivých podaní, ktoré rôzne oscilujú medzi snahou uvádzať aspoň približne reálne skutočnosti, až po čisté fabulácie. Nezriedkavou motiváciou je docieliť vylúčenie konajúceho sudsu, predĺženie konania a v dôsledku aplikácie § 277 ods. 5 Trestného poriadku pri zmene samosudcu alebo senátu dosiahnuť predĺženie konania tak, že v dôsledku väzobných lehôt podľa § 76 ods. 6 a 7 Trestného poriadku (alebo aj § 76a Trestného poriadku) nutne musí prísť k prepusteniu z väzby. Judikatúra v tomto smere nie je jednotná a možno uvažovať o posudzovaní podľa okolnosti konkrétneho prípadu (pre zaujímatosť uvádzame uznesenia Krajského súdu v Trnave z 25.02.2016, sp. zn. 5 Nto 3/2016, zo 7. júla 2016, sp. zn. 6Nto 10/2016, ktorými nebol zákonný sudska z prejednávanej veci vylúčený, avšak uznesením Krajského súdu v Trnave zo dňa 18.

<sup>29</sup> „Len skutočnosť, že sudska alebo príslušiaci rozhodoval v inej trestnej veci obvineného, resp. v inej jeho právnej veci, nesúvisiaci s prejednávaným prípadom, nie je dôvodom na jeho vylúčenie z vykonávania úkonov v pojednávanej veci.“ (uznesenie Najvyššieho súdu SR sp. zn.: 5 Tdo 30/2008, publikované ZSP 33/2009). , „Žaloba na ochranu osobnosti podaná obžalovaným v občianskoprávnom súdnom konaní proti predsedničke senátu, ktorý pojednáva trestnú vec obžalovaného, sama osobe nesplňa zákonné podmienky uvedené v § 31 ods. 1 Tr. por. na jej vylúčenie z vykonávania úkonov trestného konania v predmetnej veci.“ Uznesenie KS v Nitre, sp. zn. 2 Tos 42/2010 (Zbierka rozhodnutí a stanovísk súdov SR č. 22/2011).

<sup>30</sup> Aj podľa explicitného znenia § 31 ods. 1 Trestného poriadku nie je skoršie rozhodnutie sudska alebo senátu o obvinenom, spoluobvinenom alebo o iných obvinených, ktorých trestné činy spolu súvisia dôvodom pre vylúčenie sudska alebo senátu. V prípade nesúvisiacich vecí možno judikatúrny výklad výkladom len privítať. Pre úplnosť je však potrebné dodať, že námiestky zaujatosti sa v praxi zo strany obhajcov vyskytujú aj naprieck takejto praxi a danej úprave (k tomu vid' napr. uznesenie Špecializovaného trestného súdu zo dňa 15.04.2020, sp. zn.: PK-2T32/2019; k medializovaným informáciám bližšie KELLÖOVÁ, L.: Kauza Kuciak: Kočner namietal, že sudsia sú voči nemu zaujatí. Neuspel. Dostupné na portáli: aktuality.sk, <https://www.aktuality.sk/clanok/782215/online-kauza-kuciak-sud-kocner-zsuzsova-15-april-2020/> [cit. Dňa 08.05.2020], pričom tieto snahy pramenia z niektorých (podľa nášho názoru prekonaných) tendencií judikatúry NS SR.

augusta 2016, sp. zn. 5Nto 13/2016 bol rovnaký sudca vylúčený z prejednávania tej istej právnej veci, čo bolo zdôvodnené gradáciou útokov obžalovaného na zákonného sudska a podaním trestného oznámenia sudska na obžalovaného za prečin ohovárania podľa § 373 ods. 1 Trestného zákona). Pre úplnosť dodávame, že ani samotné podanie trestného oznámenia sudscom nie je podľa nášho názoru dôvodom na vylúčenie sudska, môže však byť jedným z dôvodov, ktoré tento postup odôvodňuje. Je tiež primerane potrebné poukázať na judikatúru vnútrostátnych súdov aj ESLP, v zmysle ktorej musí byť miera zraniteľnosti verejného činiteľa rádovo iná ako v prípade ostatných osôb. Z toho podľa nášho názoru plynne minimálne etický záväzok sudskej tolerovať správanie obvinených a obžalovaných vo zvýšenej miere a týmto spôsobom reagovať až v prípade neúnosnej situácie.

V zásade podobný aspekt možno pozorovať aj v prípade vzťahu konajúcej osoby k obhajcovi, zákonnému zástupcovi, splnomocnencovi. V prípade vzťahu týchto osôb súdnej prax zdôrazňuje, že osobné poznanie resp. pracovný či profesijný vzťah nie je dôvodom pre vylúčenie osoby, minimálne nie v prípade ak vzťah nemá „*patričnú hlbku*“, je totiž dôvodné očakávať, že na určitom území sa budú poznať sudsckia, obhajcovia, zástupcovia poškodených (najmä zamestnanci úradu práce, sociálnych veci a rodiny, resp. advokáti zastupujúci poškodených) a prokurátori. Známost' uvedených osôb nie je problematická, ak má výhradne profesijnú rovinu, v prípade osobnej roviny možno pozorovať istý vývoj v nazeraní na problematiku a posun k potrebe redukcie voľnočasových aktivít sudsiek a zamestnancov súdov, resp. podporne aj osôb vystupujúcich v štruktúrach orgánov činných v trestnom konaní.

### 3. Vylúčenie osoby rozhodujúcej v danej veci v inom stupni

Ustanovenie § 31 ods. 4 Trestného poriadku vylučuje z konania osobu (explicitne sudska, prísediaceho, probačného a mediačného úradníka, vyššieho súdneho úradníka a súdneho tajomníka), ktorý vo veci rozhodoval v inom stupni, spravidla na súde nižšieho stupňa, pričom ale nie je vylúčené ani rozhodovanie na súde vyššie stupňa (napr. na základe dočasného pridelenia sudska na súd vyššie stupňa alebo preradenia na súd nižšieho stupňa na základe rozhodnutia disciplinárneho senátu), pričom uvedené sa v prípade súdov týka de facto prvostupňového, odvolacieho aj dovolacieho súdu. V prípade prokurátora tento je vylúčený z rozhodovania o stážnosti na nadriadenom orgáne, ak napadnuté rozhodnutie vydal, alebo dal naň pokyn, resp. súhlas<sup>31</sup>. Podstatou uvedeného ustanovenia je zabezpečiť, aby bola dôsledne dodržiavaná nestranná dvojstupňová kontrola meritórnych rozhodnutí súdov<sup>32</sup>, v prípade rozhodnutia iného prokurátora ide o zachovanie revízneho princípu resp. princípu dvojinštančnosti, ktorý platí vo vymedzených prípadoch aj pre rozhodnutia orgánov činných v trestnom konaní.

<sup>31</sup> V tomto prípade zákon expresiss verbis hovorí iba o rozhodovaní na prokuratúre vyššieho stupňa; tu poukazujeme na fakt, že ustanovenie pojednáva iba o procese rozhodovania o opravnom prostriedku t. j. nie o konaní ako celku a teda takto vymedzená zaujatost' má krátkodobý charakter. Trestný poriadok vymedzuje prípady, keď prokurátor vydáva súhlas k určitému úkonu (napr. súhlas pre policiajtu na prehliadku tela, na odber krvi alebo na iný obdobný úkon v zmysle § 155 ods. 4 Trestného poriadku). V prípade pokynov nadriadeného prokurátora, tieto upravuje § 6 zákona č. 153/2001 Z. z. o prokuratúre v znení neskorších predpisov, pričom zákon upravuje náležitosť pokynu nadriadeného prokurátora a obsahuje aj negatívne vymedzenie obsahu takéhoto pokynu. Pokyn prokurátora ako „pána“ prípravného konania vo vzťahu k policiajtovi upravuje Trestný poriadok na viacerých miestach (napr. § 203 ods. 2 Trestného poriadku, § 204 ods. 2 Trestného poriadku a pod.). V tejto súvislosti možno aspoň heslovite poukázať na oprávnenie prokurátora odňať vec policiajtovi (bez limitácie prípadným dôvodom, teda uvedené možno aplikovať aj na pochybnosti o nezaujatosti) podľa § 230 ods. 2 písm. f) Trestného poriadku.

<sup>32</sup> RAJNÍČ, M. – SEPEŠI, P.: Komentár k § 31 zákona č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok. EPI komentáre – elektronická verzia.

## IV. ZÁVER

Námietka zaujatosti a konanie o nej predstavujú pozoruhodné fenomény trestného práva, ktorých podstatou je ukotviť, zdôrazniť a zabezpečiť jeden z podstatných aspektov práva na spravodlivý proces. Je nevyhnutné dodať, že nesprávny postup pri námietke zaujatosti má závažné dôsledky, pretože je spravidla dôvodom pre zrušenie rozhodnutia z dôvodu existencie podstatnej chyby konania, ktoré napadnutým výrokom rozsudku predchádzali (§ 321 ods.1 písm. a) Trestného poriadku), pričom na existenciu takejto vady sa musí prihliadnuť aj v prípade, ak nebola odvolaním priamo vytknutá<sup>33</sup> resp. (ak by náprava neprišla ani v odvolacom konaní, resp. vada by sa týkala postupu odvolacieho súdu) v dovolacom konaní (§ 371 ods. 1 písm. c) Trestného poriadku). Je tiež dôvodné očakávať, že v prípade vzniku takejto vady konania v dovolacom konaní by došlo k zrušeniu rozhodnutia na podklade tzv. stážnosti fyzickej alebo právnickej osoby<sup>34</sup> v zmysle čl. 127 Ústavy SR. Vzhľadom na závažnosť takýchto ustanovení je potrebné ich poznáť a v trestnom konaní na ne primerane reagovať procesne konformným spôsobom. Hoci právna úprava platná a účinná v podmienkach SR obsahuje niekoľko bŕzd brániacich zneužitiu tohto inštitútu, je potrebné citlivovo pristupovať aj k tomuto problému, keďže tendencie zneužívať tento inštitút na obstrukčné správanie osôb, voči ktorým je vedené trestné stíhanie, sú stále aktuálne a tento stav zrejme nevymizne ani v blízkej budúcnosti.

## KLÚČOVÉ SLOVÁ

zaujatosť v trestnom konaní, námietka zaujatosti a konanie o nej

## KEY WORDS

bias in criminal proceedings, an objection of bias and regarding procedures

## POUŽITÁ LITERATÚRA

### Komentáre

1. RAJNÍČ, M. – SEPEŠI, P. : Komentár k § 31 zákona č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok. EPI komentáre – elektronická verzia. Dostupné na portáli: epi.sk, [verzia od 01.01.2019].
2. RAJNÍČ, M. – SEPEŠI, P.: Komentár k § 31 zákona č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok. Eurokódex komentár zákona č. 301/2005 Z. z., komentáre – elektronická verzia, dostupné na portáli: epi.sk, [verzia od 01.01.2019].
3. RAJNÍČ, M. – SEPEŠI, P. : Komentár k § 32 zákona č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok. EPI komentáre – elektronická verzia, dostupné na portáli: epi.sk, [verzia od 01.01.2019].
4. RAJNÍČ, M. – SEPEŠI, P.: Komentár k § 32 zákona č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok. Eurokódex komentár zákona č. 301/2005 Z. z., komentáre – elektronická verzia dostupné na portáli: epi.sk, [verzia od 01.01.2019].

### Súdne rozhodnutia

1. Uznesenie Najvyššieho súdu SR sp. zn.: 5 Tdo 30/2008, publikované ZSP 33/2009.
2. Rozsudok NS SR z 18. 02. 1993, sp. zn.: 8 Tz 53/1992 - Zbierka stanovísk NS a rozhodnutí súdov SR 58/1994.
3. Uznesenie Najvyššieho súdu SR z 2. 4. 2008, sp. zn. 3Tdo 9/2008.
4. Uznesenie Najvyššieho súdu SR z 26.03.2015, sp. zn.: 3Nc/4/2015.
5. Uznesenie Krajského súdu v Nitre z 24.09.2010, sp. zn. 2 Tos 42/2010 (Zbierka rozhodnutí a stanovísk súdov SR č. 22/2011, sp. zn.: Tpj 100/2010-6).
6. Uznesenie Krajského súdu v Trnave z 25.02.2016, sp. zn. 5 Nto 3/2016.

<sup>33</sup> § 317 ods. 1 Trestného poriadku.

<sup>34</sup> V dôsledku zavedenia inštitútu trestnej zodpovednosti právnických osôb, odhliadnuc od faktu, že právnická osoba mohla vystupovať v konaní napr. v postavení poškodeného už pred zavedením takejto úpravy.

7. Uznesenie Krajského súdu v Trnave zo 7. júla 2016, sp. zn. 6Nto 10/2016.
8. Uznesenie Krajského súdu v Trnave z 18. augusta 2016, sp. zn. 5Nto 13/2016.
9. Rozsudok ESLP Piersack v. Belgicko z 1. októbra 1982.
10. Uznesenie Najvyššieho súdu SR, z 09.03.2016, sp. zn.: 6 Ndt 1/2016.
11. Rozsudok ESLP Delcourt v. Belgicko zo dňa 17. januára 1970.
12. Rozsudok ESLP Saraiva de Carvalho v. Portugalsko zo dňa 22. apríla 1994.
13. Uznesenie Najvyššieho súdu SR z 05.04.2017, sp. zn.: 3 Ndt 7/2017.
14. Uznesenie Najvyššieho súdu SR z 26.03.2015, sp. zn.: 3Nc/4/2015.

#### Ďalšie zdroje

1. KELLÖOVÁ, L.: Kauza Kuciak: Kočner namietal, že sudcovia sú voči nemu zaujatí. Neuspel. Dostupné na portáli: aktuality.sk, <https://www.aktuality.sk/clanok/782215/online-kauza-kuciak-sud-kocner-zsuzsova-15-april-2020/> [cit. Dňa 08.05.2020].

#### KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA

**JUDr. Mgr. Martin Floriš, PhD.**

Predsedu senátu/samosudca/ sudca pre prípravné konanie

Okresný súd Trnava

Hlavná 49, 917 83 Trnava

E-mail: [floris.martin1@gmail.com](mailto:floris.martin1@gmail.com)

Tel: + 421 33 882 15 11

# ZÁSADY SPRACOVANIA OSOBNÝCH ÚDAJOV PODĽA GDPR SO ZRETEĽOM NA OBLASŤ POSKYTOVANIA ZDRAVOTNEJ STAROSTLIVOSTI<sup>1</sup>

## PRINCIPLES OF THE PERSONAL DATA PROCESSING ACCORDING TO THE GDPR WITH REGARD TO THE SPHERE OF A PROVISION OF A HEALTHCARE

*Regina Hučková,<sup>2</sup> Diana Treščáková<sup>3</sup>*

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-2-03>

### ABSTRAKT

*Pred viac ako dvoma rokmi nadobudlo účinnosť Nariadenie č. 2016/679 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov a v nadväznosti na európsku právnu úpravu bola aj naša tuzemská právna úprava modifikovaná. Tento článok reflekтуje novú právnu úpravu, po 2 rokoch aplikácie analyzuje vplyv novej právnej úpravy v špecifickej sfére zdravotníctva. Autorky sa zamýšľajú nad jednotlivými zásadami spracovania osobných údajov samostatne, i vo vzájomnej korelácií.*

### ABSTRACT

*More than two years ago, Regulation no. 2016/679 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and in connection with European legislation, our domestic legislation has also been modified. This article reflects the new legislation, after 2 years of application analyzes the impact of the new legislation in a specific sphere of health care. The authors consider the individual principles of personal data processing separately and in mutual correlation.*

### I. ÚVOD

V máji 2018 nadobudlo účinnosť Všeobecné nariadenie Európskeho parlamentu a Rady č. 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov (General Data Protection Regulation on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data) (ďalej len „nariadenie“), ktoré so sebou prinieslo nielen sprísnenie podmienok pre nakladanie s osobnými údajmi, ale aj nové práva a povinnosti osôb, ktoré s osobnými údajmi nakladajú, zavedenie nových inštitútov a pod. Na základe nariadenia bol v slovenskom legislatívnom konaní prijatý zákon č. 18/2018 Z.z. o ochrane osobných údajov, ktorý zrušil dovtedy platný zákon o ochrane osobných údajov. Nadobudol účinnosť dňa 25.05.2018 rovnako ako nariadenie. Uvedené zmeny sa výrazne dotkli aj sektoru zdravotníctva a všetkých úkonov súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti. Do popredia sa dostáva otázka

<sup>1</sup> Tento článok bol vypracovaný v rámci projektu „Priateľské dátové prostredie v zdravotníctve“ (kód projektu 314011L790), ktorý je podporený z Európskeho sociálneho fondu v rámci operačného programu Efektívna verejná správa.

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

<sup>3</sup> JUDr., PhD., Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika  
University of Pavol Jozef Šafárik in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic  
European Information Society Institute, o. z., Štítová 1, 040 01 Košice, Slovenská republika.

ochrany práv pacienta, ktorá spočíva aj v ochrane osobných údajov. Zdravotnícky personál je povinný dodržiavať jednak zákonné zásady spracovania osobných údajov uvedené priamo v zákone a jednak odporúčania a metodické usmernenia vydávané Úradom na ochranu osobných údajov. Aplikačná prax však v mnohých prípadoch nerešpektuje zákonnú úpravu a dochádza tak k porušovaniu ochrany osobných údajov a tým aj práv pacienta.

Zásady sú fenoménom objavujúcim sa v právnom poriadku ako určitý právny regulátor. Je ich potrebné považovať za významný prameň práva. Možno uviesť, že zásady sú chápane ako východiskové body čohokoľvek, ako obecný stav alebo teóra, na ktorej závisia ďalšie stavy alebo vety.<sup>4</sup> Právne zásady tvoria základ každého právneho odvetvia alebo odboru, a to nielen teoretický, ale aj významne praktický. Príkladom môže byť zásada poctivého obchodného styku, ktorá je jednou zo základných zásad obchodného práva a je výrazne uplatňovaná v praxi. Konanie subjektov v súlade so zásadou poctivého obchodného styku je posudzované aj v súdnych sporoch a odkazuje na ňu mnohokrát aj súdna judikatúra.

Právno-teoretická dilema rozlišovania medzi inštitútom právnych princípov a právnych zásad je tradičným objektom vedeckých polemík.<sup>5</sup> Diapazón názorov pritom na názorovej priamke osciluje vo dvoch krajných polohách, na jednej strane striktného odlišovania princípu a zásady a na strane druhej ich synonymického používania. Mnohí právni teoretici zásady a princípy považujú za synonymá a niektorí ich pojmovu odlišujú.<sup>6</sup>

Odlišné významové východisko majú zásady v rámci ich aplikácie v určitých procesoch, ide na rozdiel od predchádzajúcich zásad (či princípov) o procesnoprávne zásady. Procesnoprávne zásady vytvárajú právny rámec priebehu určitého procesného úkonu, či úkonov. Priebeh tohto procesného úkonu, či celého procesu legitimujú. Procesné princípy alebo zásady sú explicitne regulované v základných procesných kódexoch tuzemského právneho poriadku, sú regulované v Civilnom sporovom poriadku ako „základné princípy“ tvoriace rámec výkladových pravidiel, v súlade s ktorými majú byť aplikované a interpretované právne normy Civilného súdneho poriadku a subsidiárne aj Civilného mimosporového poriadku a Správneho súdneho poriadku.<sup>7</sup> Správny súdny poriadok, zákon č. 162/2015 Z. z. obsahuje osobitné princípy konania podľa tohto zákona, ktoré sa aplikujú na konanie pred správnym súdom. Naproti tomu procesné normy trestného práva, teda najmä Trestný poriadok reguluje jednotlivé časti konania prostredníctvom zásad, nie princípov. V tuzemskom právnom poriadku panuje nejednotnosť čo sa týka používania týchto pojmov na označenie zásadných hmotnoprávnych alebo procesnoprávnych floskúl.<sup>8</sup> Vo sfére správneho práva, v správnom poriadku sa používa ďalší pojem, a to pravidlá konania. Teda, popri princípoch a zásadách zaviedol zákonodarca pre oblasť správneho konania pojem pravidlá. Pojem pravidlá používa aj zákon o ochrane osobných údajov, pričom z hľadiska hierarchizácie ustanovení právneho predpisu ich analýzou dochádzame k záveru, že pojem „pravidlá“ je v tomto právnom predpise použitý v širšom význame ako pojem zásady. Druhá časť právneho predpisu je označená ako „*všeobecné pravidlá ochrany osobných údajov fyzických osôb pri ich spracúvaní*“ a prvá hlava tejto časti je označená ako „*zásady spracúvania osobných údajov*“, čo zo systematického hľadiska signalizuje inkorporáciu zásad regulujúcich

<sup>4</sup> Ottův slovník náučný. Díl dvacátý, Praha: Argo, 2000, str. 696.

<sup>5</sup> BOGUSZAK, J., Právni princípy: kolokvium. 1. vydání. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999; KNAPP, V., Teorie práva. 1. vydání. Praha, C.H.Beck, 1995; WINTR, J., Ríše princípů, obecné a odvětvové principy současného českého práva. 1. vydání. Praha, Karolinum, 2006; TRYZNA, J. Právni princípy a právni argumentace, k vlivu právnych principov na právnu argumentaci pri aplikaci práva. 1. vydání. Praha, Auditorium, 2010; HAMULÁK, O., Principy a zásady v právu - teorie a praxe. Olomouc, UPOL, 2010.

<sup>6</sup> Pozri napríklad DOSTÁLOVÁ, J., HARVÁNEK, J.: Právni princípy, zásady a pravidla. In BOGUSZAK, J.: Právni princípy: kolokvium. 1. vydání. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, str. 106 a násled. Ďalej tiež PINZ, J.: Právni princípy, zásady a legis ratio. In BOGUSZAK, J.: Právni princípy: kolokvium. 1. vydání. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, str. 111.

<sup>7</sup> Dôvodová správa k Civilnému sporovému poriadku.

<sup>8</sup> Pozri bližšie GÁBRIŠ, T., Princípy a/alebo zásady. In: <https://www.pravnennoviny.sk/principy-a-alebo-zasady>, stránka navštívená 31.5. 2020.

proces spracúvania osobných údajov do širšieho spektra pravidiel ochrany osobných údajov. Nepochybne je to z hľadiska konštrukcie zákonného aktu v poriadku, keďže procesné pravidlá je možné aktivovať nielen cez inštitút zásad, ale je treba konštatovať, že pri využívaní jednotlivých termínov nie je ani v rámci správneho procesného práva jednotnosť. Pri analýze textu Nariadenia je zreteľné, že európsky zákonodarca vychádzal z pojmu „zásady“. Preto aj v texte budú autorky používať jednotný pojem „zásady“, ako aj z dôvodu používania tejto terminológie vo vnútrostátejnej právnej úprave ochrany osobných údajov.

V ďalšej časti článku sa zameriame na jednotlivé vybrané zásady regulujúce proces získania a nakladania s údajmi so zvláštnym akcentom na oblast' zdravotníctva, ktorá je zvlášť senzitívna vzhľadom na osobné údaje, ktoré môžu byť objektom spracovania. V článku akcentujeme aj viaceré poznatky plynúce z realizovaného prieskumu ochrany osobných údajov vo vybraných zdravotníckych zariadeniach.<sup>9</sup>

## II. VYMEDZENIE PACIENTA AKO DOTKNUTEJ OSOBY

V zmysle záonnej úpravy, a to § 4 ods. 2 písm. a) zákona o ochrane osobných údajov je dotknutou osobou každá fyzická osoba, ktorej sa osobné údaje týkajú. Možno povedať, že pôjde o fyzickú osobu, ktorej osobné údaje sa spracúvajú. Z uvedenej definície je zrejmé, že dotknutou osobou nemôže byť právnická osoba, čo zároveň vyplýva aj z druhej časti odôvodnenia 14 Nariadenia, v zmysle ktorého sa nariadenie nevzťahuje na spracúvanie osobných údajov, ktoré sa týka právnických osôb, a najmä podnikov založených ako právnické osoby, vrátane názvu, formy a kontaktných údaj právnických osôb.<sup>10</sup>

V súvislosti s ochranou osobných údajov pri poskytovaní zdravotnej starostlivosti vystupuje ako dotknutá osoba pacient. V prípade, ak pacient požiada o vyšetrenie alebo akýkoľvek zdravotnícky úkon, musí poskytnúť v zmysle § 16 ods. 1 zákona o ochrane osobných údajov pravdivé osobné údaje a informácie o ňom. Poskytnutie osobných údajov pacienta a ich spracúvanie je nevyhnutné za účelom poskytovania zdravotnej starostlivosti. Neposkytnutie osobných údajov pacienta v potrebnom rozsahu môže mať za následok neposkytnutie zdravotnej starostlivosti. Uvedené platí aj pre informovaný súhlas pacienta, ktorým takpovediac pacient umožňuje zdravotníckym pracovníkom poskytnúť mu zdravotnú starostlivosť určitým navrhovaným spôsobom. Samozrejme z uvedeného platia výnimky. Pôjde o akúrne stavy, napríklad o situácie vznikajúcej pri dopravných nehodách, ak nie je možné ošetrovanú osobu identifikovať a ona sama sa v dôsledku napríklad poškodenia hlavy, bezvedomia a pod. nedokáže identifikovať. V takomto prípade musí dôjsť k poskytnutiu života zachraňujúcim úkonom avšak následne je aj tak nevyhnutné dodatočne danú osobu identifikovať poskytnutím osobných údajov a udelenia informovaného súhlasu.

Ako bolo uvedené vyššie, poskytovateľ zdravotnej starostlivosti má od pacienta požadovať poskytnutie osobných údajov v nevyhnutnom rozsahu. Pôjde najmä o údaje ako sú meno, priezvisko, dátum narodenia, rodné číslo, adresa bydliska a zdravotné údaje potrebné na zistenie anamnézy. Uvedené údaje, ktoré sú poskytnuté pacientom sa uchovávajú v zdravotnej dokumentácii, ktorú musí prevádzkovateľ riadne zabezpečovať.

Podľa čl. 4 bod 1 nariadenia sú osobnými údajmi akékolvek informácie týkajúce sa identifikovanej alebo identifikateľnej fyzickej osoby (ďalej len „dotknutá osoba“), pričom identifikateľná fyzická osoba je osoba, ktorú možno identifikovať priamo alebo nepriamo, najmä odkazom na identifikátor, ako je meno, identifikačné číslo, lokalizačné údaje, online identifikátor, alebo odkazom na jeden či viaceré prvky, ktoré sú špecifické pre fyzickú, fyziologickú, genetickú, mentálnu, ekonomickú, kultúrnu alebo sociálnu identitu tejto fyzickej

<sup>9</sup> Viac o projekte: <https://www.eisionline.org/index.php/sk/projekty-m-2/priatelske-datove-prostredie-v-zdravotnictve>.

<sup>10</sup> BERTHOTY J. In.: BERTHOTY J. a kol.: Všeobecné nariadenie ochrane osobných údajov. Praha: C.H.Beck, 2018, s. 137.

osoby.<sup>11</sup> Môže sa teda jednať o údaje ako sú titul, meno, priezvisko, dátum narodenia, bydlisko, fotka, e-mailová adresa, kontaktné informácie, číslo bankového účtu, zdravotné informácie, ale aj počítačová IP adresa (okrem tzv. maskovanej IP adresy a IP adresy pridelenej k sieti využívanej viacerými používateľmi), súbory cookies.<sup>12</sup>

V súvislosti s vymedzením osobných údajov pri poskytovaní zdravotnej starostlivosti je potrebné zamerať sa aj na nariadenie, ktoré sa vo svojich viacerých bodoch venuje ich špecifikácii. V bode 35 nariadenia možno nájsť aj špecifikáciu osobných údajov týkajúcich sa zdravia s tým, že je uvedené, že osobné údaje týkajúce sa zdravia by mali zahŕňať všetky údaje týkajúce sa zdravotného stavu dotknutej osoby, ktoré poskytujú informácie o minulom, súčasnom alebo budúcom fyzickom alebo duševnom zdravotnom stave dotknutej osoby. Ďalej uvádza, že tieto údaje zahŕňajú informácie o fyzickej osobe získané pri registrácii na účely poskytovania služieb zdravotnej starostlivosti danej fyzickej osobe alebo pri ich poskytovaní podľa smernice Európskeho parlamentu a Rady 2011/24/EÚ číslo, symbol alebo osobitný údaj, ktorý bol fyzickej osobe pridelený na individuálnu identifikáciu tejto fyzickej osoby na zdravotné účely. Ďalej pôjde o informácie získané na základe vykonania testov alebo prehliadok častí organizmu alebo telesných látok vrátane genetických údajov a biologických vzoriek. Uvedené tiež zahŕňa akékoľvek informácie napríklad o chorobe, zdravotnom postihnutí, riziku ochorenia, anamnéze, klinickej liečbe alebo o fyziologickom alebo biomedicínskom stave dotknutej osoby bez ohľadu na zdroj týchto informácií, či už pochádzajú napríklad od lekára alebo iného zdravotníckeho pracovníka, z nemocnice, zo zdravotnej pomôcky alebo z vykonania diagnostického testu *in vitro*.

Osoba pacienta ako dotknutá osoba má so zreteľom na ochranu osobných údajov svoje špecifiká najmä v tom, že o pacientovi je potrebné za určitých okolností zbierať aj osobitné kategórie osobných údajov. Nová úprava prijatá po vzore nariadenia zakazuje spracúvanie osobitných kategórií osobných údajov, pričom medzi osobitnými kategóriami sú zaradené aj údaje súvisiace so zdravotným stavom osôb – t.j. genetické údaje, biometrické údaje, údaje týkajúce sa zdravia alebo údaje týkajúce sa sexuálneho života alebo sexuálnej orientácie fyzickej osoby. Pre spracúvanie týchto kategórií osobných údajov platí všeobecný zákaz, ak nie je naplnená výnimka predvídaná zákonom. Dôvodom výnimky môže byť napríklad účel plnenia osobitných práv prevádzkovateľa v oblasti verejného zdravotného poistenia. Ďalším dôvodom pre spracúvanie osobitných kategórií údajov je zabezpečenie verejného záujmu v oblasti verejného zdravia, ako je ochrana proti závažným cezhraničným ohrozeniam zdravia alebo zabezpečenia vysokej úrovne kvality a bezpečnosti zdravotnej starostlivosti, liekov, dietetických potravín alebo zdravotníckych pomôcok.

Vzťah medzi poskytovateľom zdravotnej starostlivosti a pacientom, teda pre účely ochrany osobných údajov prevádzkovateľom a dotknutou osobou, sa spravuje Nariadením, zákonom o ochrane osobných údajov a právnymi predpismi regulujúcimi sféru zdravotníctva. Vo vzťahu k dotknutej osobe má prevádzkovateľ množstvo povinností, ktoré sme vyššie uviedli a dotknutá osoba – pacient má viacero oprávnení, ktoré korešpondujú s povinnosťami prevádzkovateľa.

<sup>11</sup> Uvedeným sa tiež zaoberá KASL, F.: Internet včí a ochrana dát v europském kontextu. In.: Revue pro právo a technologie [Online]. 2016, č. 13, s. 120 dostupné na <https://journals.muni.cz/revue/article/view/5422/pdf>.

<sup>12</sup> K tomu pozri RÓZENFELDOVÁ, L.: Ochrana súkromia a osobných údajov v prípade používania súborov cookies. In: Studia Iuridica Cassoviensia, Roč. 8, č. 1 (2020), s. 60-72, online, dostupné na [https://sic.pravo.upjs.sk/ecasopis/82020-1/6\\_ROZENFELDOVA\\_Ochrana\\_sukromia\\_a\\_osobnych\\_udajov.pdf](https://sic.pravo.upjs.sk/ecasopis/82020-1/6_ROZENFELDOVA_Ochrana_sukromia_a_osobnych_udajov.pdf). Tiež Rózenfeldová, L.: Súhlasit' či nesúhlasit' - čo sú Cookies? In: Jarná internacionalizovaná škola doktorandov 2018 : zborník príspevkov z 5. ročníka Jarnej internacionalizovanej školy doktorandov UPJS. - Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2018, s. 210.

### III. ZÁSADY SPRACÚVANIA OSOBNÝCH ÚDAJOV

Ako už bolo poukázané v úvode tohto článku, zásady sa vyskytujú tak v civilnom konaní, ako aj v trestnom konaní a iných súkromnoprávnych a verejnoprávnych odvetviach. Rovnako, aj pri problematike ochrany osobných údajov sa vyskytujú zásady, ktoré vytvárajú právny základ problematiky ochrany osobných údajov. Zásady slúžia tiež na stanovenie určitých „mantinelov“, v intenciách ktorých sa musí postupovať pri spracúvaní osobných údajov.

Funkciu zásad ochrany osobných údajov možno vymedziť v dvoch rovinách. V prvom rade ide o základné myšlienky, ktoré sú v ďalších ustanoveniach pretavené do podrobného výkladu a konkrétnych pravidiel spracúvania osobných údajov. Druhým aspektom základných zásad je to, že by mali fungovať ako interpretačné pravidlá pri výklade jednotlivých ustanovení v prípade tzv. sivých zón. Každé riešenie spornej alebo nejasnej situácie musí byť v súlade so základnými zásadami spracovateľských operácií.<sup>13</sup>

Zásady pri spracúvaní osobných údajov sú vymedzené všeobecne a platia pre každé spracúvanie osobných údajov v akýchkoľvek situáciách a oblastiach. Z toho vyplýva, že aj pri poskytovaní zdravotnej starostlivosti je nevyhnutné konáť v súlade so zásadami, ktoré sú vymedzené priamo v legislatíve, a to v nariadení (čl. 5), ako aj v zákone o ochrane osobných údajov (druhá časť zákona, prvá hlava). Priame vymedzenie v právnej norme znamená, že nekonaním v súlade so zásadami na ochranu osobných údajov dochádza k porušeniu právnej normy a k vyvodeniu zodpovednosti a sankciám.

Ako už bolo uvedené, zásady ochrany osobných údajov sa musia dodržiavať najmä pri spracúvaní osobných údajov a v rámci toho už pri ich samotnom získavaní.

V zmysle § 4 ods. 3 písm. a) zákona o ochrane osobných údajov sa pod spracúvaním osobných údajov rozumie *vykonávanie operácií alebo súboru operácií s osobnými údajmi, najmä ich získavanie, zhromažďovanie, šírenie, zaznamenávanie, usporadúvanie, prepracúvanie alebo zmena, vyhľadávanie, prehliadanie, preskúvanie, kombinovanie, premiestňovanie, využívanie, uchovávanie, blokovanie, likvidácia, ich cezhraničný prenos, poskytovanie, sprístupňovanie alebo zverejňovanie*.

Možno tiež uviesť, že ide o *každú spracovateľskú operáciu alebo niekoľko na seba nadvážujúcich operácií (nadväznosť v čase nie je podstatná)*, ktoré prevádzkovateľ alebo sprostredkovateľ vykonáva na splnenie určitého vymedzeného účelu, systematicky, a to bez ohľadu na spôsob a využitie prostriedky (alebo ich kombináciu) spracúvania.

Spracúvanie môže byť vykonávané rôznymi spôsobmi, formou ľudskej činnosti, automatizovane, ide teda o charakteristiku toho, ako sú jednotlivé spracovateľské operácie u prevádzkovateľa alebo sprostredkovateľa vykonávané, technicky nastavené.

Nariadenie poskytuje pozitívne vymedzenie toho, na aké informácie by sa mali zásady ochrany osobných údajov vzťahovať. V zmysle bodu 26 nariadenia by sa zásady ochrany údajov mali vzťahovať na všetky informácie týkajúce sa identifikovanej alebo identifikovateľnej fyzickej osoby. Uvedené ustanovenie obsahuje však aj negatívne vymedzenie predmetu zásad ochrany údajov. Tieto by sa nemali uplatňovať na anonymné informácie, konkrétnie na informácie, ktoré sa nevzťahujú na identifikovanú alebo identifikovateľnú fyzickú osobu, ani na osobné údaje, ktoré sa stali anonymnými takým spôsobom, že dotknutá osoba nie je alebo už nie je identifikovateľná.

V zmysle platnej právnej úpravy možno uviesť, že základné zásady ochrany osobných údajov sú nasledovné:

1. zásada zákonnosti
2. zásada obmedzenia účelu
3. zásada minimalizácie osobných údajov
4. zásada správnosti

<sup>13</sup> KORDÍK, M. In.: BERTHOTY J. a kol.: Všeobecné nariadenie ochrane osobných údajov. Praha: C.H.Beck, 2018, s. 201.

5. zásada minimalizácie uchovávania
6. zásada integrity a dôvernosti
7. zásada zodpovednosti

V porovnaní so smernicou 95/46/ES možno konštatovať, že zásady boli rozšírené a bližšie špecifikované.<sup>14</sup>

Uvedené vymedzenie zásad predstavuje ich vymedzenie vo všeobecnosti pri každom spracúvaní osobných údajov. Z tohto dôvodu budeme uvedené zásady pre účely tohto článku aplikovať na poskytovanie zdravotnej starostlivosti a ochranu osobných údajov pacienta, ktorý je dotknutou osobou.

### **Zásada zákonnosti**

Prvou zo základných zásad ochrany osobných údajov je zásada zákonnosti. Vychádzajúc z právej úpravy, či už vnútrostátnej alebo komunitárnej možno uviesť, že zásada zákonnosti spracovania osobných údajov znamená, že osobné údaje možno spracúvať len spôsobom ustanoveným zákonom a v jeho medziach tak, aby nedošlo k porušeniu základných práv a slobôd dotknutých osôb, najmä k porušeniu ich práva na zachovanie ľudskej dôstojnosti alebo k iným neoprávneným zásahom do ich práva na ochranu súkromia. Uvedené atribúty musí splňať aj spracúvanie osobných údajov v súvislosti s poskytovaním zdravotnej starostlivosti podľa osobitného zákona.<sup>15</sup>

V zmysle čl. 6 nariadenia je spracúvanie zákonné iba vtedy a iba v tom rozsahu, keď je splnená aspoň jedna z týchto podmienok:

- a) dotknutá osoba vyjadriala súhlas so spracúvaním svojich osobných údajov na jeden alebo viaceré konkrétné účely;
- b) spracúvanie je nevyhnutné na plnenie zmluvy, ktorej zmluvnou stranou je dotknutá osoba, alebo aby sa na základe žiadosti dotknutej osoby vykonali opatrenia pred uzavorením zmluvy;
- c) spracúvanie je nevyhnutné na splnenie zákonnej povinnosti prevádzkovateľa;
- d) spracúvanie je nevyhnutné, aby sa ochránili životne dôležité záujmy dotknutej osoby alebo inej fyzickej osoby;
- e) spracúvanie je nevyhnutné na splnenie úlohy realizovanej vo verejnom záujme alebo pri výkone verejnej moci zverenej prevádzkovateľovi;
- f) spracúvanie je nevyhnutné na účely oprávnených záujmov, ktoré sleduje prevádzkovateľ alebo tretia strana, s výnimkou prípadov, keď nad takýmito záujmami prevažujú záujmy alebo základné práva a slobody dotknutej osoby, ktoré si vyžadujú ochranu osobných údajov, najmä ak je dotknutou osobu dieťa.

Pre účely poskytovania zdravotnej starostlivosti je dôležité splnenie najmä podmienky uvedenej v bode b), v prípade, ak sa poskytovanie zdravotnej starostlivosti realizuje na základe dohody o poskytovaní zdravotnej starostlivosti (napríklad dohoda so všeobecným lekárom, gynekológom, pediatrom a pod.) a spracúvanie je nevyhnutné na plnenie zmluvy, ktorej zmluvnou stranou je dotknutá osoba a tiež v bode c), kedy poskytovateľ zdravotnej starostlivosti ako prevádzkovateľ si plní svoje povinnosti vyplývajúce mu zo zákona o zdravotnej starostlivosti. Spracúvanie osobných údajov je tiež nevyhnutné v prípadoch, aby sa ochránili životne dôležité záujmy dotknutej osoby, a to zdravie/život.

Zákonnosť spracúvania osobných údajov v súvislosti s poskytovaním zdravotnej starostlivosti je možné vidieť vo viacerých aspektoch. Dôležité je tiež uviesť, že zdravotná starostlivosť sa poskytuje na základe zákona č. 576/2004 Z.z. o zdravotnej starostlivosti, službách súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti, zdravotníckych pracovníkoch,

<sup>14</sup> KORDÍK, M. In.: BERTHOTY J. a kol.: Všeobecné nariadenie ochrane osobných údajov. Praha: C.H.Beck, 2018, s. 208.

<sup>15</sup> Osobitným zákonom je zákon č. 576/2004 Z.z. zákon o poskytovaní zdravotnej starostlivosti, službách súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti, zdravotníckych pracovníkoch, stavovských organizáciách v zdravotníctve a o zmene a doplnení niektorých zákonov a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

stavovských organizáciách v zdravotníctve a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „zákon o zdravotnej starostlivosti“). V zmysle platnej legislatívy na úseku ochrany osobných údajov, je možné spracúvanie osobných údajov len na určitom právnom základe. Bud' sa jedná o súhlas dotknutej osoby podľa § 11 zákona o ochrane osobných údajov alebo právnym základom spracúvania osobných údajov je v zmysle § 10 zákona o ochrane osobných údajov určitý právny predpis, napríklad osobitný zákon. V prípade poskytovania zdravotnej starostlivosti je týmto osobitným zákonom zákon o zdravotnej starostlivosti.

Okrem zákona o zdravotnej starostlivosti sú na úseku poskytovania zdravotnej starostlivosti osobitnými zákonmi, ktoré tvoria právny základ spracúvania osobných údajov pacienta aj zákon č. 577/2004 Z.z. o rozsahu zdravotnej starostlivosti uhrádzanej na základe verejného zdravotného poistenia a o úhradách za služby súvisiace s poskytovaním zdravotnej starostlivosti, zákon č. 578/2004 Z.z. o poskytovateľoch zdravotnej starostlivosti, zdravotníckych pracovníkoch, stavovských organizáciách v zdravotníctve, zákon č. 580/2004 Z.z. o zdravotnom poistení, zákon č. 581/2004 Z.z. o zdravotných poistovniach, dohľade nad zdravotnou starostlivosťou, zákon č. 153/2013 Z.z. o národnom zdravotníckom systéme a zákon č. 395/2002 Z.z. o archívoch a registratúrach. Ak sa spracúvanie osobných údajov realizuje v intenciách uvedených zákonov budú osobné údaje pacienta spracúvané v súlade so zásadou zákonnosti. Z tohto teda vyplýva, že na to, aby sa pri poskytovaní zdravotnej starostlivosti mohli spracúvať osobné údaje pacienta, nie je potrebný jeho súhlas. Napriek tomu však by mal byť pacient poučený o tom, že sa jeho osobné údaje budú spracúvať na základe zákona o zdravotnej starostlivosti avšak len v súvislosti s poskytovaním zdravotnej starostlivosti. Ak by sa osobné údaje pacienta mali spracúvať v súvislosti s inými úkonmi ako je poskytovanie zdravotnej starostlivosti, tam by už bolo nevyhnutné udeliť jeho súhlas. Takýto súhlas môže pacient aj kedykoľvek odvolať.

Čo sa týka poučenia pacienta o spracúvaní jeho osobných údajov pri poskytovaní zdravotnej starostlivosti, zákon o ochrane osobných údajov priamo neuvádza, či toto poučenie má byť v ústnej alebo písomnej forme, avšak prevádzkovateľ, v tomto prípade poskytovateľ zdravotnej starostlivosti musí vedieť preukázať, že si splnil svoju zákonnú povinnosť a pacienta o spracúvaní jeho osobných údajov poučil. Zákon nevyžaduje, aby poskytovateľ zdravotnej starostlivosti poučoval pacienta pri každej návšteve zdravotníckeho zariadenia. Je to však nevyhnutné pri každom novom pacientovi a pacientovi, ktorý požiadal o poskytnutie zdravotnej starostlivosti po účinnosti nariadenia a zákona o ochrane osobných údajov.

Pre splnenie zákonnosti spracúvania osobných údajov treba brat' na zreteľ aj skutočnosť, že spracovanie osobných údajov je vtedy zákonné, ak spracovanie realizujú osoby, ktoré zo zákona môžu osobné údaje spracúvať. V zmysle ustanovenia § 5 ods. 2 zákona o ochrane osobných údajov, môžu osobné údaje spracúvať iba prevádzkovateľ a sprostredkovateľ.<sup>16</sup>

Práve na tomto mieste, v súvislosti so zákonnosťou spracúvania osobných údajov pri poskytovaní zdravotnej starostlivosti, je potrebné objasniť pojem „prevádzkovateľ“, a to konkrétnie vo vzťahu k poskytovaniu zdravotnej starostlivosti, keďže právne predpisy týkajúce sa regulácie zdravotnej starostlivosti tento pojem nepoužívajú a vzhľadom na odlišný objekt regulácie, ktorým je poskytovanie zdravotnej starostlivosti, používajú iný terminologický aparát. V zmysle § 4 ods. 2 písm. b) je prevádzkovateľom každý, kto sám alebo spoločne s inými vymedzí účel spracúvania osobných údajov, určí podmienky ich spracúvania a spracúva osobné údaje vo vlastnom mene.

V rámci procesov poskytovania zdravotnej starostlivosti je poskytovateľ zdravotnej starostlivosti v pozícii prevádzkovateľa.

Poskytovateľ zdravotnej starostlivosti je vymedzený v zákone č. 578/2004 Z.z. o poskytovateľoch zdravotnej starostlivosti, zdravotníckych pracovníkoch, stavovských

<sup>16</sup> K vymedzeniu pojmu prevádzkovateľ a sprostredkovateľ pozri MESARČÍK, M – ZIMEN, O. In: BERTHOTY, J. a kol.: Všeobecné nariadenie ochrane osobných údajov. Praha: C.H.Beck, 2018, s. 163 – 168.

organizáciách v zdravotníctve a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Podľa ustanovenia § 4 zákona sú vymedzené viaceré kategórie poskytovateľov. Sú to:

1. fyzická osoba – podnikateľ alebo právnická osoba, ktoré poskytuje zdravotnú starostlivosť na základe:
  - povolenia (§ 11 zákona) alebo povolenia na poskytovanie lekárenskej starostlivosti podľa zákona č. 362/2011 Z.z. o liekoch a zdravotníckych pomôckach,
  - živnostenského oprávnenia podľa zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní, alebo
2. fyzická osoba – podnikateľ, ktorá poskytuje zdravotnú starostlivosť na základe licencie na výkon samostatnej zdravotníckej praxe alebo,
3. fyzická osoba – podnikateľ alebo právnická osoba, ktorá poskytuje zdravotnú starostlivosť na základe povolenia na prevádzkovanie prírodných liečebných kúpeľov alebo povolenia na prevádzkovanie kúpeľnej liečebne podľa zákona o zdravotnej starostlivosti.

### **Zásada obmedzenia účelu**

Ďalšou zásadou ochrany osobných údajov je zásada obmedzenia účelu spracúvania osobných údajov. Uvedenú zásadu vymedzuje aj nariadenie, a to v čl. 5. Zmyslom tejto zásady je vymedziť účel spracúvania osobných údajov, ak sa osobné údaje nespracúvajú na základe osobitných zákonov. Účel spracúvania osobných údajov musí byť jasný, vymedzený jednoznačne a konkrétnie a musí byť v súlade s Ústavou Slovenskej republiky, ústavnými zákonmi, zákonmi a medzinárodnými zmluvami, ktorými je Slovenská republika viazaná.

Spracúvané osobné údaje majú byť primerané, relevantné a obmedzené na zoznam alebo rozsah osobných údajov nevyhnutný vzhľadom na účel, na ktorý sa spracúvajú. Účel je základným obmedzujúcim faktorom najmä vo vzťahu k zoznamu alebo rozsahu spracúvaných osobných údajov a vo vzťahu k dobe spracúvania, ako aj uchovávania spracúvaných osobných údajov. Účel má byť vymedzený dostatočne jasne a určito, aby z neho bolo jasné, aké spracovateľské operácie na základe neho budú a nebudú prebiehať, alebo aké spracovateľské operácie dotknutá osoba môže očakávať, že s jej osobnými údajmi na základe jeho vymedzenia môžu prebiehať. Spracúvať osobné údaje na iný účel, než na ktorý boli získané je zakázané, ibaže by tento iný účel súvisel s pôvodným účelom spracúvania, bol s ním zlučiteľný.

Nariadenie ďalej upravuje špecifické situácie, v ktorých platí prezumpcia automatickej zlučiteľnosti účelov (archivácia vo verejnem záujme, vedecký alebo historický výskum a štatistické účely) za splnenia ďalších podmienok stanovených v práve Únie alebo v práve členských štátov.<sup>17</sup>

V súvislosti s poskytovaním zdravotnej starostlivosti musí byť jasne vymedzený účel, na ktorý sa budú osobné údaje pacienta spracúvať. Poskytovateľ zdravotnej starostlivosti je povinný o tomto účele pacienta informovať, a to aj v prípade, ak sa osobné údaje nezískavajú priamo od dotknutej osoby. Je potrebné, aby tieto informácie boli dotknutej osobe poskytnuté najneskôr pri získavaní jej osobných údajov, respektívne v dostatočnom časovom predstihu, jasne a zrozumiteľne a takým spôsobom, aby sa s týmito informáciami mohla skutočne oboznámiť a porozumela im.

Prevádzkovateľ je tiež povinný informovať o spracovateľských operáciách, ktoré budú v súvislosti s jeho osobnými údajmi prebiehať. Jedným zo spôsobov ako informovať dotknuté osoby o účele a spôsobe spracúvania ich osobných údajov je zverejnenie týchto informácií na webovom sídle prevádzkovateľa, teda poskytovateľa zdravotnej starostlivosti alebo priamo v priestoroch poskytovateľa zdravotnej starostlivosti na viditeľnom mieste tak, aby pacient nemal problém sa s týmito informáciami oboznámiť. Konkrétnie situácie spracúvania osobných údajov by mali byť s pacientom prekonzultované individuálne a pacient by mal byť o spracúvaní jeho osobných údajov poučený.

<sup>17</sup> KORDÍK, M. In.: BERTHOTY J. a kol.: Všeobecné nariadenie ochrane osobných údajov. Praha: C.H.Beck, 2018, s. 208.

### Zásada minimalizácie osobných údajov

Zásada minimalizácie osobných údajov je ďalšou významnou zásadou ochrany osobných údajov, ktorá nie je podľa prieskumu jej reálnej aplikácie v medicínskej praxi častokrát dodržiavaná.<sup>18</sup> Uvedená zásada znamená, že spracúvané osobné údaje musia byť primerané, relevantné a obmedzené na nevyhnutný rozsah daný účelom, na ktorý sa spracovávajú. Poskytovateľ zdravotnej starostlivosti musí postupovať zákonným spôsobom, a teda od dotknutých osôb vyžadovať len údaje, ktoré nevyhnutne potrebuje. Zásada minimalizácie údajov obmedzuje každého prevádzkovateľa spracovávať údaje v určitom rozsahu. Tento rozsah je determinovaný primeranost'ou, relevantnou a obmedzením na nevyhnutný rozsah, ktorý je daný účelom spracúvania. Ako už bolo uvedené vyššie, v praxi sa častokrát zásada minimalizácie osobných údajov neaplikuje. Je tomu tak z dôvodu, že poskytovateľ zdravotnej starostlivosti požaduje od pacienta mnohokrát aj údaje, ktoré momentálne pri určitom zdravotníckom výkone nepotrebuje. Tieto sa následne evidujú do zdravotnej dokumentácie, či už v elektronickej alebo papierovej forme a ostávajú jej súčasťou po celý čas jej trvania a vedenia. Uvedené môže danú osobu napríklad diskriminovať. Pôjde najmä o citlivé informácie o pacientovi napríklad predchádzajúce psychiatricke vyšetrenia, užívanie omamných a iných látok v minulosti a pod. Uvedené úzko súvisí aj so zásadou minimalizácie uchovávania osobných údajov. Máme za to, že správnym postupom by bolo, v prípade, ak už určité údaje a informácie o osobe nie sú pre poskytovanie zdravotnej starostlivosti potrebné a nevyhnutné, malo by nasledovať ich odstránenie zo zdravotnej dokumentácie, čo sa bežne pri výkone medicínskej praxi nerealizuje.

### Zásada správnosti

V zmysle odporúčaní ÚOOÚ možno spracúvať len správne, úplné a podľa potreby aktualizované osobné údaje vo vzťahu k účelu spracúvania<sup>19</sup>. Nesprávne a neúplné osobné údaje je prevádzkovateľ povinný blokovať a bez zbytočného odkladu opraviť alebo doplniť. Nesprávne a neúplné osobné údaje, ktoré nemožno opraviť alebo doplniť tak, aby boli správne a úplné, je prevádzkovateľ povinný zreteľne označiť a bez zbytočného odkladu zlikvidovať.<sup>20</sup>

Zásada správnosti osobných údajov sa vždy musí posudzovať vzhľadom na účel spracúvania. V prípade, ak je účel spracúvania priamo úmerný (závislý) od správnosti údajov, údaje musia byť aktuálne. V prípade, ak špecifické spracovateľské operácie môžu spôsobiť dotknutej osobe nepriaznivé dôsledky, tak zásada správnosti spracúvaných údajov by mala byť aplikovaná precíznejším spôsobom. Možno konštatovať, že čím viac je kvalita údajov potrebná pre naplnenie účelu, tým viac snahy by mal prevádzkovateľ vyvinúť na dosiahnutie súladu so zásadou správnosti údajov. Zásada správnosti preto nepredstavuje povinnosť prevádzkovateľa spracúvať len objektívne alebo absolútne správne osobné údaje, ale povinnosť vyvinúť primerané úsilie na to, aby sa spracúvali správne a podľa potreby aktualizované osobné údaje z hľadiska účelov spracúvania.<sup>21</sup>

Pre účely poskytovania zdravotnej starostlivosti toto znamená, že aj údaje uvedené v zdravotnej dokumentácii musia byť správne a aktuálne z dôvodu, že poskytovanie zdravotnej

<sup>18</sup> Prieskum u vybraných prevádzkovateľov zdravotnej starostlivosti (Letecká vojenská nemocnica Košice, Ústav experimentálnej medicíny UPJŠ v Košiciach, Združená tkanivová banka UNLP Košice, niektoré súkromné ambulancie a iní poskytovatelia zdravotnej starostlivosti plus anonymný dotazníkový prieskum) realizoval riešiteľský kolektív projektu OPEVS – Priateľské dátové prostredie v zdravotníctve, operačný program Efektívna verejná správa, kód projektu - 314011L790. V rámci výskumu sa jednotliví riešitelia zamerali na oblasť ochrany osobných údajov pri poskytovaní zdravotnej starostlivosti a dodržiavanie zásad pri spracúvaní osobných údajov pacientov. Zistenia v rámci výskumu, boli prenesené okrem iného aj do analytického materiálu, ktorý bol v rámci projektu spracovaný a odoslaný na príslušnú sekciu Ministerstva vnútra SR a budú aj obsahom záverečného publikáčného výstupu riešiteľov projektu.

<sup>19</sup> K tomu pozri Metodické usmernenie č. 3/2014 k účelu spracúvania osobných údajov dostupné na <https://dataprotection.gov.sk/uouu/node/56>.

<sup>20</sup> Tamtiež.

<sup>21</sup> KORDÍK, M. In.: BERTHOTY J. a kol.: Všeobecné nariadenie ochrane osobných údajov. Praha: C.H.Beck, 2018, s. 216.

starostlivosti vo vzťahu k zdraviu fyzických osôb plní zásadne významný účel. Spracovateľské operácie na základe nesprávnych údajov tak môžu pacientovi ako dotknutej osobe spôsobiť výrazne nepriaznivé účinky. Z tohto dôvodu spracúvať správne a aktuálne informácie je dôležité z dôvodu správne poskytnutej zdravotnej pomoci a starostlivosti. Okrem toho je to významné aj z dôvodu, aby nedochádzalo k porušovaniu ochrany osobných údajov pacientov a k ich diskriminácii na základe údajov. V tomto prípade sa jedná najmä o osobitné kategórie osobných údajov, vymedzené v úvode tohto článku.

### **Zásada integrity a dôvernosti**

Zásada integrity a dôvernosti znamená, že osobné údaje musia byť spracúvané spôsobom, ktorý prostredníctvom primeraných technických a organizačných opatrení zaručuje primeranú bezpečnosť osobných údajov vrátane ochrany pred neoprávneným spracúvaním osobných údajov, nezákoným spracúvaním osobných údajov, náhodnou stratou osobných údajov, výmazom osobných údajov alebo poškodením osobných údajov.

Osobné údaje by sa mali spracúvať tak, aby sa zabezpečila ich primeraná bezpečnosť a dôverosť vrátane predchádzania neoprávnenému prístupu k osobným údajom a prostriedkom spracúvania osobných údajov. Prijaté bezpečnostné opatrenia musia byť adekvátnie spracúvaným osobným údajom, a to tak po technickej, personálnej, ako aj po organizačnej stránke.<sup>22</sup>

V súvislosti s poskytovaním zdravotnej starostlivosti je dôležitá otázka zabezpečenia zdravotnej dokumentácie, či už v papierovej alebo elektronickej forme z dôvodu, že táto obsahuje všetky osobné údaje, ktoré pacient poskytovateľovi zdravotnej starostlivosti poskytol.

Pri každom vyšetrení pacienta sa musí vykonať zápis do zdravotnej dokumentácie, či už v papierovej alebo elektronickej forme. V zmysle § 21 zákona o zdravotnej starostlivosti zápis obsahuje nasledovné údaje:

- dátum a čas zápisu,
- spôsob poučenia, obsah poučenia, odmietnutie poučenia, informovaný súhlas, odmietnutie informovaného súhlasu a jeho odvolanie,
- dátum a čas poskytnutia zdravotnej starostlivosti, ak je odlišný od dátumu a času zápisu,
- rozsah poskytnutej zdravotnej starostlivosti a služieb súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti,
- výsledky iných vyšetrení, ak sú súčasťou poskytovanej zdravotnej starostlivosti, o ktorej sa vykonáva zápis,
- identifikáciu ošetrovujúceho zdravotníckeho pracovníka,
- identifikáciu osoby, ktorej sa zdravotná starostlosť poskytla

Vzhľadom ku skutočnosti, že zdravotná dokumentácia obsahuje osobné údaje pacienta, ako aj citlivé informácie o jeho zdravotnom stave, rodinnej anamnéze a pod., musí byť uchovávaná a zabezpečená tak, aby žiadnym spôsobom nedošlo k úniku týchto informácií. V týchto prípadoch musí byť uložená tak, aby k nej nemohla mať prístup nepovolaná osoba. V zmysle § 22 zákona o zdravotnej starostlivosti, za zabezpečenie zdravotnej dokumentácie zodpovedá poskytovateľ zdravotnej starostlivosti. Ten je povinný zdravotnú dokumentáciu ukladať a ochraňovať tak, aby nedošlo k jej poškodeniu, strate, zničeniu alebo zneužitiu, a to v zmysle zákona po dobu 20 rokov po smrti osoby v prípade všeobecného lekára. Ostatnú zdravotnú dokumentáciu je povinný poskytovateľ uchovávať po dobu 20 rokov od posledného poskytnutia zdravotnej starostlivosti.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Pozri k tomu Dôvodovú správu k zákonu č. 18/2018 Z.z. o ochrane osobných údajov dostupná z <https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/DocumentPreview.aspx?DocID=443222>.

<sup>23</sup> K tomu pozri aj KOROMHÁZ, P.: Všeobecne o zdravotnej dokumentácii. In: MMK 2017: Mezinárodní Masarykova konference pro doktorandy a mladé vědecké pracovníky Hradec Králové: MAGNANIMITAS, 2017 alebo aj Odborné

V rámci ochrany osobných údajov dotknutej osoby v súvislosti so zdravotnou dokumentáciou a poskytovaním zdravotnej starostlivosti nariadenie uvádza, že dotknutá osoba by mala mať právo na prístup k osobným údajom, ktoré boli o nej získané, pričom toto právo si môže dotknutá osoba v primeraných intervaloch aj uplatňovať. Prístup k osobným údajom slúži najmä za účelom kontroly zákonnosti spracovania samotnou dotknutou osobou. Pôjde napríklad o údaje v lekárskych záznamoch obsahujúcich informácie ako diagnóza, výsledky vyšetrení, posudky ošetrujúcich lekárov a akákoľvek poskytnutá terapia alebo uskutočnené zákroky.

Vychádzajúc však z analyzovania praxe pri poskytovaní zdravotnej starostlivosti je možné uviest', že aplikačná prax je častokrát odlišná od „ideálneho stavu“, ktorý predpokladá legislatíva. Väčšinou sa pacient nemá možnosť dozviedieť vyššie uvedené informácie. Pacienti sú málokedy poučení napríklad o dobe spracúvania osobných údajov, o spracovateľských operáciách, o spôsobe zabezpečenia ich údajov a pod.

V súvislosti s prijatím technických a organizačných opatrení nariadenie zaviedlo novinku, a to tzv. privacy by design a privacy by default.

Ochrana údajov v súlade s princípom by design znamená špecificky navrhnutú ochranu osobných údajov a dotknutých osôb zohľadňujúcu celý životný cyklus zhromažďovaných údajov. V prípade prevádzkovateľa v oblasti poskytovania zdravotnej starostlivosti to znamená reflektovať špecifickosť spracúvania údajov v predmetnej sfére. Povinnosť prevádzkovateľa aplikovať špecificky navrhnutú ochranu údajov znamená špecificky zabudovať zásady spracúvania osobných údajov, a teda právo na ochranu osobných údajov v predstihu pred budúcim spracovaním, a to už v návrhu aplikácie, služby a produktu, ktoré budú určené alebo založené na spracovaní osobných údajov.<sup>24</sup> Špecificky navrhnutá ochrana osobných údajov spočíva v prijatí primeraných technických a organizačných opatrení, najmä vo forme pseudonymizácie, v účinnom zavedení primeraných záruk ochrany osobných údajov a dodržiavaní základných zásad ochrany osobných údajov podľa § 6-12 zákona o ochrane osobných údajov.

Súkromie by default znamená štandardne a trvalo udržateľným spôsobom vykonávať ochranu údajov vo všetkých procesoch a spracovateľských operáciách v čase samotného spracúvania. To znamená, že prevádzkovateľ príjme primerané technické a organizačné opatrenia na zabezpečenie spracúvania osobných údajov len na konkrétny účel, so zámerom minimalizácie množstva získaných údajov a bez možnosti štandardného prístupu neobmedzeného počtu fyzických osôb k týmto údajom.

### Zásada zodpovednosti

Dalšou významnou zásadou ochrany osobných údajov je zásada zodpovednosti. Zásada zodpovednosti sa považuje za jednu z najväčších noviniek oproti predchádzajúcej právnej úprave ochrany osobných údajov na úrovni Európskej únie.<sup>25</sup>

Uvedená zásada znamená, že prevádzkovateľ a sprostredkovateľ musia vedieť preukázať, že splnili zákonné požiadavky počas celej doby spracúvania osobných údajov. Zásada zodpovednosti výrazne presúva povinnosť dôkazného bremena v súvislosti s dodržiavaním zákonnosti pri spracúvaní osobných údajov z dozorných orgánov na subjekty vykonávajúce spracúvanie osobných údajov. Pôjde tu najmä o subjekty prevádzkovateľa a sprostredkovateľa. Pri zásade zodpovednosti možno uviest', že ide o primárnu zodpovednosť povinných osôb tzv. accountability principle, ktorý je potrebné odlišovať od sekundárnej zodpovednosti tzv. liability.

<sup>24</sup> usmernenie Ministerstva zdravotníctva SR o vedení zdravotnej dokumentácie č. 07594/2009 OZS dostupné z [http://www.fntt.sk/dokumenty/Odborne\\_usmernenie\\_SR\\_o\\_vedeni\\_zdrav\\_dokum\\_c\\_07594\\_2009\\_OZS.pdf](http://www.fntt.sk/dokumenty/Odborne_usmernenie_SR_o_vedeni_zdrav_dokum_c_07594_2009_OZS.pdf).

<sup>25</sup> HUDECOVÁ, CYPRICHOVÁ, MAKATURA a kol., Nariadenie o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov/GDPR. Bratislava, Eurokódex, 2018, s. 304 a nasl.

<sup>25</sup> KORDÍK, M. In.: BERTHOTY J. a kol.: Všeobecné nariadenie ochrane osobných údajov. Praha: C.H.Beck, 2018, s. 218.

Nariadenie v čl. 5 vymedzuje zásadu zodpovednosti. Bližšie ju však rozvíja čl. 24 nariadenia, ktorý je označený ako zodpovednosť prevádzkovateľa. V zmysle ods. 1 tohto článku s ohľadom na povahu, rozsah, kontext a účely spracúvania, ako aj na riziká s rôznou pravdepodobnosťou a závažnosťou pre práva a slobody fyzických osôb je prevádzkovateľ povinný prijať vhodné technické a organizačné opatrenia, aby zabezpečil a bol schopný preukázať, že spracúvanie sa vykonáva v súlade s týmto nariadením. Uvedené opatrenia sa podľa potreby preskúmajú a aktualizujú. V rámci uvedeného má prevádzkovateľ zvážiť aj zavedenie primeraných politík ochrany osobných údajov. Ods. 3 tohto článku dáva zároveň návod ako uľahčiť toto preukazovanie zákonnosti. Možnosťou je dodržiavanie schválených kódexov správania alebo schválených certifikačných mechanizmov.

Kódexy správania upravuje nariadenie v čl. 40 a certifikačné mechanizmy zase v čl. 42, pričom uvedené kódexy obsahujú mechanizmy, ktoré umožňujú povinnému subjektu monitorovanie dodržiavania schváleného kódexu správania. Kódexy správania vypracúva združenie zastupujúce kategóriu prevádzkovateľov alebo sprostredkovateľov alebo iný subjekt zastupujúci kategóriu prevádzkovateľov. Pre účely poskytovania zdravotnej starostlivosti to budú rôzne združenia alebo asociácie združujúce poskytovateľov zdravotnej starostlivosti.

Zásada zodpovednosti zahŕňa aj schopnosť preukázať obmedzenie účelu využívania dát pri ich zákonom a transparentnom spracúvaní vo vzťahu k dotknutej osobe.<sup>26</sup>

Poskytovateľ zdravotnej starostlivosti je povinný preukázať aj to, že voči pacientovi ako dotknutej osobe vykonal všetky potrebné úkony v súvislosti so získavaním a spracúvaním jeho osobných údajov. Uvedené platí v napríklad v prípade poučenia pacienta o spracúvaní jeho osobných údajov. Ako bolo uvádzané vyššie, zákon o ochrane osobných údajov neurčuje, či poučenie má byť v ústnej alebo písomnej forme. Dôležité je, aby poskytovateľ zdravotnej starostlivosti vedel preukázať, že si splnil svoju zákonnú povinnosť a pacienta o spracúvaní jeho osobných údajov poučil. Spravidla však majú poskytovatelia zdravotnej starostlivosti vypracované vzory poučení, ktoré dávajú pacientom podpisovať. V takomto prípade sa nemôžu dostať do dôkaznej nûdze a v prípade kontroly sa vedia poukázať pacientom podpísaným poučením o spracúvaní jeho osobných údajov.

Dôležitým momentom je to, že poskytovateľ zdravotnej starostlivosti je povinný preukázať, že dodržiava všetky pravidlá na úseku ochrany osobných údajov počas celej doby poskytovania zdravotnej starostlivosti. Na tomto mieste je potrebné dodať, že je nevyhnutné, aby si uvedené povinnosti plnil aj po skončení poskytovania zdravotnej starostlivosti, t.j. v čase povinnej archivácie zdravotnej dokumentácie.

K zásadám, ktoré sú zákonne vymedzené možno priradiť aj zásadu transparentnosti uvedenú v nariadení v čl. 12. V zmysle tohto čl. si zásada transparentnosti vyžaduje, aby všetky informácie určené dotknutej osobe boli stručné, ľahko prístupné a ľahko pochopiteľné, formulované jasne a jednoducho, a navyše ak je to vhodné, ľahko zrakovo vnímateľné. Uvedené sa musí aplikovať najmä v prípade informácií určených osobitne dieťaťu. Informácie sa poskytujú písomne alebo inými prostriedkami, vrátane v prípade potreby elektronickými prostriedkami. Ak o to požiadala dotknutá osoba, informácie sa môžu poskytnúť ústne za predpokladu, že sa preukázala totožnosť dotknutej osoby iným spôsobom.

Ako uvádza Kordík, transparentnosť by predovšetkým mala byť zjavná hlavne pri:

- informovaní o spracovateľskej operácii,
- prístupnosti a pochopiteľnosti poskytnutých informácií,
- vysvetlenie vecnej stránky spracovateľskej operácie (účel, dĺžka spracovania, typ údajov...),
- upozornení na riziká, pravidlá, záruky a práva pri spracúvaní osobných údajov,

<sup>26</sup> K tomu pozri aj ZIMEN, O.: Princíp zodpovednosti. Zdroj dostupný na <https://www.pravnenoviny.sk/princip-zodpovednosti-podla-gdpr-compliance-2-0>.

- explicitnom vymedzení účelu.<sup>27</sup>

#### IV. ZÁVER

Zásady predstavujú určitý právny regulátor, pričom však názory na vzťah k obdobným inštitútom vyskytujúcim sa v (nielen) tuzemskom právnom poriadku nie sú jednotné. Nebolo zámerom tohto článku prispiť k højnej vedeckej polemike na túto tému. Naším zámerom bolo analyzovať osobitosti zásad determinujúcich proces nakladania s osobnými údajmi regulovaný od roku 2018 európskym nariadením a novým zákonom o ochrane osobných údajov. Európske nariadenie prijaté so zámerom zjednotenia regulácie ochrany údajov v celom priestore Európskej únie vmanévrovalo tuzemské právne poriadky do situácie, keď museli svoje predchádzajúce právne režimy nakladania s osobnými údajmi zanechať a prispôsobiť sa novému jednotnému európskemu režimu. Osobitosťou zásad, o ktorých pojednáva tento článok je, že sa jedná o zásady, ktoré sú regulované v právnom predpise prijatom v súvislosti s Nariadením. Európske nariadenie svojou právnou silou vytvorilo právny rámec, v rámci ktorého mal tuzemský zákonodarca len minimálne manévrovacie možnosti. Našu pozornosť v tomto článku sme zúžili na oblasť poskytovania zdravotníckej starostlivosti, vzhľadom na to, že svoju vedeckú kapacitu venujeme analýze tejto problematiky.

Pri porovnaní súčasnej právnej úpravy ochrany osobných údajov a predchádzajúcej právnej úpravy možno konštatovať, že v prípade zásad týkajúcich sa spracovania osobných údajov došlo minimálne k prekopaniu normatívneho textu zákona. Minimálne preto, lebo je pri analýze „starého“ zákona o ochrane osobných údajov<sup>28</sup> zreteľné, že mnoho zásad bolo implicitne obsiahnutých v zákone. Je ich potrebné z textu abstrahovať, a i keď zákon explicitne nepomenoval zásadu zákonnosti, či zásadu minimalizácie osobných údajov, tak v právnej úprave neabsentovali. Nová právna úprava však z nášho pohľadu priniesla intenzívny dôraz práve na zásady spracovania osobných údajov. Tie dôvody vidíme vo viacerých dimenziách. V prvom rade v tom, že nový zákon po vzore európskej úpravy explicitne pomenúva postupy pre proces spracovania údajov, t.j. zásady. Nachádzame ich v článku 5 a nasledujúcich Nariadenia a následne v tuzemskej právnej úprave. V našej zákonnej úprave účinnej od mája 2018 možno identifikovať infláciu ustanovení spadajúcich pod zásady spracovania údajov, i keď ako sme vyššie uviedli skôr ide o vyabstrahovanie a formuláciu ustanovení, ktoré z predchádzajúcej právnej úprave vyplývali. Príkladom môže byť zásada zodpovednosti upravená v článku 5 odsek 2 Nariadenia a § 12 zákona o ochrane osobných údajov. Predchádzajúca úprava na viacerých miestach akcentovala zodpovednostný rozmer v súvislosti so spracovaním osobných údajov. Súčasná úprava v § 12 vymedzuje relatívne samozrejmú záležitosť, t.j. zodpovednosť prevádzkovateľa za dodržiavanie základných zásad spracúvania osobných údajov.

V tomto článku sme sa snažili poukázať i na dodržiavanie jednotlivých zásad prevádzkovateľmi pri praktickom realizovaní spracovania osobných údajov v oblasti zdravotníctva. Z našich zistení vyplynulo, že v niektorých prípadoch prevádzkovatelia postupuje výslovne formalisticky, teda snažia sa naplniť literu zákona. Problémovou sa ukázala najmä zásada minimalizácie osobných údajov, keďže výklad kvalitatívnych parametrov determinujúcich túto zásadu môže byť intenzívne subjektívny. Pojmy primeranost, relevantnosť a rozsah daný účelom, na ktorý sa spracúvajú, môžu „zvádzat“ k subjektívному pohľadu na ich obsah a môžu sa od prípadu k prípadu riešiť. Tu by už mal nastúpiť ústredný orgán štátnej správy so svojou metodickou činnosťou.

<sup>27</sup> KORDÍK, M. In.: BERTHOTY J. a kol.: Všeobecné nariadenie ochrane osobných údajov. Praha: C.H.Beck, 2018, s. 206.

<sup>28</sup> Zákon č. 122/2013 Z.z. o ochrane osobných údajov a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

**KLÚČOVÉ SLOVÁ**

Osobný údaj, ochrana osobných údajov, pacient, poskytovanie zdravotnej starostlivosti

**KEY WORDS**

Personal data, personal data protection, patient, provision of a health care

**POUŽITÁ LITERATÚRA**

1. BERTHOTY J. a kol.: Všeobecné nariadenie ochrane osobných údajov. Praha: C.H.Beck, 2018.
2. BOGUSZAK, J., Právni princípy: kolokvium. 1. vydání. Pelhřimov, Vydavatelství 999, 1999.
3. GÁBRIŠ, T., Princípy a/alebo zásady. In: <https://www.pravnenoviny.sk/principy-a-alebo-zasady>.
4. HAMULÁK, O., Principy a zásady v právu - teorie a praxe. Olomouc, UPOL, 2010.
5. HUDECOVÁ, CYPRICHOVÁ, MAKATURA a kol., Nariadenie o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov/GDPR. Bratislava, Eurokódex, 2018.
6. KASL, F.: Internet včí a ochrana dát v europském kontextu. In.: Revue pro právo a technologie [Online]. 2016, č. 13.
7. KNAPP, V., Teorie práva. 1. vydání. Praha, C.H.Beck, 1995.
8. KOROMHÁZ, P.: Všeobecne o zdravotnej dokumentácii. In: MMK 2017: Mezinárodní Masarykova konference pro doktorandy a mladé vědecké pracovníky Hradec Králové: MAGNANIMITAS, 2017, DOI: <https://doi.org/10.33543/mmkk.2019.10>.
9. RÓZENFELDOVÁ, L.: Ochrana súkromia a osobných údajov v prípade používania súborov cookies. In: Studia Iuridica Cassoviensia, Roč. 8, č. 1 (2020), s. 60-72, online, DOI: <https://doi.org/10.33542/SIC2020-1-06>.
10. RÓZENFELDOVÁ, L.: Súhlasit' či nesúhlasit' - čo sú Cookies? In: Jarná internacionalizovaná škola doktorandov 2018 : zborník príspevkov z 5. ročníka Jarnej internacionalizovanej školy doktorandov UPJŠ. - Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2018, s. 210.
11. TRYZNA, J. Právni princípy a právní argumentace, k vlivu právnych principov na právni argumentaci při aplikaci práva. 1. vydání. Praha, Auditorium, 2010.
12. WINTR, J., Říše principů, obecné a odvětvové princípy současného českého práva. 1. vydání. Praha, Karolinum, 2006..
13. ZIMEN, O.: Princíp zodpovednosti. Zdroj dostupný na <https://pravnenoviny.sk/princip-zodpovednosti-podla-gdpr-compliance-2-0>.
14. Dôvodová správa k zákonom č. 18/2018 Z.z. o ochrane osobných údajov.
15. Metodické usmernenie č. 3/2014 k účelu spracúvania osobných údajov.
16. Ottův slovník náučný. Díl dvacátý, Praha: Argo, 2000.
17. Odborné usmernenie Ministerstva zdravotníctva SR o vedení zdravotnej dokumentácie č. 07594/2009.

**KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTOROV**

**doc. JUDr. Regina Hučková, PhD.**

docent

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach,

Právnická fakulta, Katedra obchodného práva a hospodárskeho práva

Kováčska 26, 040 01 Košice

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

Tel.: + 421 55 234 4176

**JUDr. Diana Treščáková, PhD.**

odborný asistent

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach,

Právnická fakulta , Katedra obchodného práva a hospodárskeho práva

Kováčska 26, 040 01 Košice

E-mail: diana.trescakova@upjs.sk

Tel.: + 421 55 234 4137

# CONCEPTION OF A PARTY TO PROCEEDINGS IN POLISH GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE

## KONCEPT ÚČASTNÍKOV KONANIA V POĽSKOM VŠEOBECNOM SPRÁVNOM KONANÍ

Kamil Majewski<sup>1</sup>, Patrycja Majewska<sup>2</sup>

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-2-04>

### ABSTRACT

The authors characterizes the Polish concept of a party to administrative proceedings. The authors proves that a party to proceedings is a central institution of Polish general administrative procedure. The authors indicates that complete absence of a subject or absence of a subject that may be considered a party to administrative proceedings leads to a situation in which an administrative procedure may not proceed – it will not be initiated if this fact comes out prior to such initiation (as a result of preliminary check) or will be discontinued non-substantively (without any resolution in the case) if such fact comes out in the course of proceedings or if a given subject loses the status of a party to pending proceedings.

### ABSTRAKT

Autori charakterizujú koncept účastníkov konania v poľskom všeobecnom správnom konaní. Autori dokazujú, že účastník konania je ústrednou inštitúciou poľského všeobecného správneho konania. Autori naznačujú, že úplná neprítomnosť subjektu alebo neprítomnosť subjektu, ktorý môže byť považovaný za účastníka správneho konania, vedie k situácii, keď správne konanie nemusí pokračovať - nebude začaté, ak k tomu dôjde pred takýmto začatím (v dôsledku predbežnej kontroly) alebo bude zastavené bezdôvodne (bez prípadného rozhodnutia vo veci), ak takáto skutočnosť vyjde v priebehu konania alebo ak daný subjekt strati postavenie účastníka v prebiehajúcom konaní.

### I. GENERAL REMARKS

Specification of the range of the parties to proceedings is one of the first actions undertaken by the competent public administration authority.<sup>3</sup> Consequences of the findings made by the authority are essential to further existence of administrative proceedings. In effect, it is beyond doubt that the institution of a party to proceedings is an essential institution of administrative procedure and, as such, deserves extensive analysis both from theoretical and practical perspective. This study, with a view to fully discussing that procedural institution, is going to rely on the currently available literature in the field (output of the doctrine of administrative procedure) and the latest opinions of the judiciary, including predominantly case-law of administrative courts (Supreme Administrative Court<sup>4</sup>, Voivodeship Administrative Courts<sup>5</sup>)

<sup>1</sup> PhD Candidate, Uniwersytet Śląski w Katowicach, Wydział Prawa i Administracji, Polska University of Silesia in Katowice, Faculty of Law and Administration, Poland, ORCID NO: 0000-0003-3775-2815.

<sup>2</sup> Master's degree, Uniwersytet Śląski w Katowicach, Wydział Prawa i Administracji, Polska University of Silesia in Katowice, Faculty of Law and Administration, Poland, ORCID NO: 0000-0002-9264-1598.

<sup>3</sup> C.f judgment of the Voivodeship Administrative Court in Poznań of 6 November 2019, file reference: IV SA/Po 276/19, Legisal no. 2246867.

<sup>4</sup> Hereinafter referred to as "SAC."

<sup>5</sup> Hereinafter referred to as "VAC." Since there are several Voivodeship Administrative Court in Poland, the seat of the court will also be indicated to distinguish between them.

and the Supreme Court.<sup>6</sup> Rulings delivered by ordinary courts may also be incidentally cited. The analysis was carried out predominantly using the formal dogmatic method, based on the Polish legislation applicable to the discussed subject matter, and, complementarily, using the empirical method, based on the abovementioned judicial practice.

## II. LEGISLATION ON POLISH ADMINISTRATIVE PROCEDURE

The principal legislative act on Polish general administrative procedure is the Act of 14 June 1960 – Code of Administrative Procedure.<sup>7</sup> CAP governs (Art. 1, Art. 2 and Art. 2a CAP):

- 1) proceedings before public administration authorities in cases that are within the jurisdiction of such authorities and individually decided by way of administrative decision or without notice;
- 2) proceedings before other state authorities and other entities appointed to decide matters specified in item 1 by operation of law or on the basis of agreement;
- 3) in disputes regarding jurisdiction between local government authorities and governmental authorities or between the authorities and entities referred to in paragraph 2;
- 4) proceedings in matters regarding the issuance of certificates;
- 5) imposition or meting out of administrative monetary penalties or granting relief in the enforcement of such penalties;
- 6) the procedure of European administrative cooperation;
- 7) procedure in matters of complaints and proposals (Part VIII) before state authorities, local government authorities or governing bodies of social organisations;
- 8) compliance with of the duty specified in Art. 13(1) and (2) of the Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)<sup>8</sup> in matters listed in items 1-7 above (in CAP, such scope has been provided for in Art. 1 CAP – in respect of items 1 to 6 and in Art. 2 CAP – in respect of item7).<sup>9</sup>

Regardless of the above, the Polish legislator decided also to introduce an exhaustive catalogue of matters in which the CAP shall not apply. This catalogue was specified in Art. 3 CAP.<sup>10</sup>

In the Polish legal order, there is a principle presuming application of the CAP<sup>11</sup> (interpretative rule). Under Art. 5 § 1 CAP, if a provision of law mentions generally provisions

<sup>6</sup> Hereinafter referred to as the “SC.”

<sup>7</sup> I.e. Dz.U. 2020, item 256; hereinafter referred to as “CAP.”. As regards the last major amendment to the Act, c.f. K. Majewski, *General principles of Code of Administrative Procedure after amendment of 2017*, Annals of the Administration and Law no. 17 (1), Sosnowiec 2017, p. 165-182.

<sup>8</sup> OJ L 119 of 04.05.2016, p. 1, as amended.; hereinafter referred to as “GDPR.”

<sup>9</sup> At the same time, CAP stipulates that performance of the duty mentioned in Art. 13(1) and (2) GDPR shall be independent of the duties of public authorities as provided in the CAP and shall not affect the course and outcome of the proceedings (Art. 2a § 2 CAP).

<sup>10</sup> Regarding consequences of such an approach, c.f. judgment of the SAC of 12 March 2014, file reference: II OSK 2477/12, Legalis no. 1067705.

<sup>11</sup> Certain authors refer to that principle as “principle of exclusive application of the CAP’s provisions,” c.f. ADAMIAK B., *Komentarz do art. 5 Kodeksu postępowania administracyjnego*, In: ADAMIAK B., BORKOWSKI J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis. However, such an approach to the provision of Art. 5 § 1 CAP is not accurate. Exclusive application of the CAP’s provisions would exclude the possibility of applying other provisions. InThe Polish legal order, there are plenty procedural provisions contained in other statutory acts which not only apply directly but also modify the solutions adopted in the CAP. They may be referred to as *lex specialis* in relation to the provisions of the CAP. An example of such provision is Art. 11 of the Act of 21 July 2006 on financial market supervision (i.e. Dz.U. of 2020, item 180). As regards the abovementioned modifications, see the judgment of the SAC of 12 December 2016, file reference: II GSK 1924/15, Legalis no. 1591300, judgment of the SAC of 29 April 2014, file reference: II GSK 320/13, Legalis no. 1042396, judgment of the SAC of 27 January 2014, file reference: II GSK 1626/12, Legalis no. 909829, judgment of the SAC of 7 August 2013, file reference: II GSK 567/12, Legalis no. 737850, judgment of the VAC in Warsaw of 10 November 2009, file reference: VI SA/Wa 1092/09, Legalis no. 828525.

of administrative procedure, this shall be understood as the CAP provisions. As a result, it is beyond any doubt that the CAP shall apply to administrative proceedings held by public administration authorities.<sup>12</sup> The rule under Art. 5 § 1 CAP is subject to certain restrictions. In literature of the subject, it is accepted that “it does not refer to situations when legal provisions expressly invoke specific norms of the Code (most often citing specific article numbers) or provide for merely appropriate application of the CAP’s provisions.”<sup>13</sup> It must be emphasized, as P. Gołaszewski and K. Wąsowski did, that an (external) reference mentioned in Art. 5 § 1 CAP should be included in generally applicable legal provisions. The presumption of applicability of the CAP does not prevent the legislator from including procedural rules of administrative nature in other statutory acts. Such provisions, once enacted, are in principle *lex specialis* in relation to the norms of the CAP. In the light of the above, according to the principle *lex specialis derogat legi generali*, they will exclude application of the CAP’s provisions or result in their appropriate application. Introduction of the rule assuming application of the Code of Administrative Procedure (k.p.a.) should be considered positive. This principle fills in a possible gap in the legislation and, in consequence, makes the system consistent and complete. Therefore, the Polish legal order does not require supplementation in that area.

### III. CONCEPTION OF A PARTY TO PROCEEDINGS IN THE CAP

The definition of party to administrative proceedings was included in Art. 28 CAP. Under that provision, a party to proceedings (“a party”) is any person whose legal interests or obligations are the object of the proceedings or who requires the intervention of an authority in respect of their legal interests or obligations. The literal understanding of the above provision indicates that the precondition (criterion) of recognizing a given subject as party to the proceedings is the establishment (existence) of a legal interest<sup>14</sup> or obligation. None of the two concepts derive from procedural law provisions, but they relate to substantive law,<sup>15</sup> i.e. there is a need for a substantive law provision granting a legal interest or imposing an obligation.<sup>16</sup> Consequently, Art. 28 CAP does not include, in this regard, any self-sufficient legal norm<sup>17</sup> – instead, it must apply in conjunction with a substantive law rule.<sup>18</sup> Once again, this obviously refers to generally applicable legal provisions.<sup>19</sup>

Provisions of law, including norms of the CAP, do not contain any legal definition of legal interest. As a result, one can only rely on the literature of administrative procedure and judicial practice. In the opinion of the SAC, to have a legal interest means that “it is possible to find a generally applicable provision under which one may successfully (by participation in administrative proceedings) demand an action by an authority with a view to satisfying a certain need, or demand the authority to refrain from or limit actions contrary to the needs of the given person.”<sup>20</sup> It is also emphasized in case-law that a legal interest should have the following characteristics: objectivism, individualism, concreteness.<sup>21</sup> In addition, its existence, apart from being derived from substantive law provisions, should be legally protected.<sup>22</sup> In a specific case, the existence of a legal interest should be confirmed by facts of the case which are preconditions

<sup>12</sup> WĄSOWSKI K., *Komentarz do art. 5 Kodeksu postępowania administracyjnego*, In: WIERZBOWSKI, M. WIKTOROWSKA A. (eds.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis.

<sup>13</sup> C.f. GOŁASZEWSKI P., WĄSOWSKI K., *Komentarz do art. 5 Kodeksu postępowania administracyjnego*, In: HAUSER R., WIERZBOWSKI M. (eds.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis.

<sup>14</sup> C.f. judgment of the SAC of 6 March 2019, file reference: II OSK 967/17, Legalis no. 1893222.

<sup>15</sup> C.f. judgment of the SAC of 22 October 2019, file reference: I OSK 344/18, Legalis no. 2253634.

<sup>16</sup> C.f. judgment of the SAC of 10 December 2019, file reference: II OSK 263/18, Legalis no. 2268792.

<sup>17</sup> C.f. judgment of the SAC of 26 November 2019, filer reference: II OSK 42/18, Legalis no. 2270647.

<sup>18</sup> C.f. judgment of the SAC of 26 November 2019, file reference: II OSK 191/18, Legalis no. 2262225.

<sup>19</sup> C.f. judgment of the SAC of 16 April 2019, file reference: I OSK 1711/17, Legalis no. 1899145.

<sup>20</sup> Judgment of the SAC of 10 July 2019, file reference: II GSK 2056/17, Legalis no. 2196440.

<sup>21</sup> Concreteness refers both to the legal interest itself and to the legal basis (legal provision) from which it derives, c.f. judgment of the SAC of 22 October 2019, file reference: I OSK 346/18, Legalis no. 2253631.

<sup>22</sup> C.f. judgment of the VAC in Kielce of 16 May 2019, file reference: II SA/Ke 165/19, Legalis no. 1941745.

to the application of the given substantive law norm.<sup>23</sup> Although it is undoubted that Art. 28 CAP is not a self-sufficient norm (requirement of a legal basis in substantive law), case-law is inconsistent as to the nature of the substantive law from which legal interests may derive. A view is voiced that the substantive law provisions from which legal interests derive do not necessarily have to be administrative law rules.<sup>24</sup> On the other hand, an opinion may be encountered that the concept of party, including the legal interest as an element predetermining the status of a party to proceedings in the understanding of Art. 28 CAP, may be derived only from administrative substantive law.<sup>25</sup>

The abovementioned objectivism means that the existence of a legal interest does not derive from an internal conviction of a given subject<sup>26</sup> but – as indicated above – from a specific legal provision. In other words, it is not sufficient that a given subject is internally convinced thereof<sup>27</sup> to conclude that in a given situation there is, indeed, a legal interest. Establishment of legal interests in specific situation boils down to determining a substantive law connection between an applicable substantive law norm and the legal situation of a particular legal subject, i.e. the act of applying such norm may affect the legal situation of such subject with regard to the subject's substantive law position (concretization of a given legal norm).<sup>28</sup>

It follows from the above considerations that the problems with application of Art. 28 k.p.a. may result from the lack of a legal definition of legal interest, which is an important element resolving whether or not a given subject has the status of a party. With the above in mind, to remove doubts, the said provision should be accordingly supplemented<sup>29</sup>. This view is unaffected even by the auxiliary role of abundant judicial practice. The views expressed in court rulings, although helpful in the practice of applying the law, are not the legal basis for the steps made. Judicial practice, especially that it already covers several decades, should be used in defining the concept of legal interest. So defined a term would fully address the practical needs relating to application of the law. From the legislative point of view, this could be done so that the current Art. 28 k.p.a. becomes § 1 of the said provision and § 2 contains the desired definition.

The CAP's provisions on the concept of a party to proceedings are not exhausted by the definition under Art. 28 CAP. According to Art. 29 CAP, both natural persons and legal persons may be parties, and as far as governmental or local government organisational units or social organisations are concerned, these can also be entities without legal personality. On the other hand, legal capacity and capacity to perform legal acts are assessed in accordance with the provisions of civil law, provided that there are no specific provisions to the contrary (Art. 30 § 1 CAP). Although the wording of Art. 30 § CAP mentions the provisions of civil law, that is of a legal branch (collective approach), in fact, it refers to the provisions of the CC, since these are the norms that actually govern both legal capacity and the capacity to perform legal acts.

<sup>23</sup> C.f judgment of the SAC of 14 November 2019, file reference: I GSK 1679/18, Legalis no. 2262434.

<sup>24</sup> C.f. judgment of the SAC of 22 October 2019, file reference: I OSK 344/18, Legalis no. 2253634. As regards examples of such diversity and additional requirements that must be met, c.f. judgment of the SAC of 22 October 2019, file reference: I OSK 347/18, Legalis no. 2253632, judgment of the SAC of 17 October 2019, file reference: II OSK 2442/18, Legalis no. 263027, judgment of the SAC of 15 October 2019, file reference: II OSK 2879/17, Legalis no. 2247091.

<sup>25</sup> C.f. judgment of the SAC of 26 September 2019, file reference: I OSK 178/18, Legalis no. 2247417. In certain decisions, such opinion is less radical, i.e. it is not argued that those may be only provisions of substantive administrative law, but it is indicated that those may not be provisions of a specific statutory act, e.g. the Act of 23 April 1964 – Civil Code (i.e.: Dz.U. of 2019, item 1145; hereinafter referred to as "CC"), c.f. judgment of the SAC of 12 June 2019, file reference: II OSK 1617/18, Legalis no. 1977786.

<sup>26</sup> C.f. judgment of the SAC of 16 April 2019, file reference: I OSK 1711/17, Legalis no. 1899145.

<sup>27</sup> C.f. judgment of the SAC of 26 September 2019, file reference: I OSK 178/18, Legalis no. 2247417.

<sup>28</sup> C.f. judgment of the SAC of 3 July 2019, file reference: II OSK 2158/17, Legalis no. 2232820.

<sup>29</sup> In the scope of practical problems resulting from the lack of this regulation, c.f. K. MAJEWSKI, *Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 21 lutego 2017 r., sygn. akt: VI SA/Wa 2550/16 (Prezes Zarządu SKOK/członek zarządu banku a strona postępowania prowadzonego przed KNF)*, Roczniki Administracji i Prawanr XVIII (1), Sosnowiec 2018, p. 405-416.

However, the solution adopted in Art. 30 § 1 CAP should be evaluated positively because of its flexibility (no need for amendment in case of replacement of the CC by another instrument).

## 1. Natural persons

In the CC, the concepts of legal capacity and the capacity to perform legal acts were referred to natural persons.<sup>30</sup> Legal capacity is held by every individual since birth<sup>31</sup> (Art. 8 CC). The end to the legal capacity of a given natural person is set by their death or an event legally equivalent in terms of consequences.<sup>32</sup> Legal capacity means “the capacity to be (become) a subject of rights and obligations in the area of widely understood civil law”<sup>33</sup> – a party to civil law relationships.<sup>34</sup> The capacity to perform legal acts, just as legal capacity, has not been defined in Polish legislation. It is assumed in the doctrine that the concept refers to the capacity to perform such acts<sup>35</sup> through one’s own actions and on one’s own behalf,<sup>36</sup> including to incur obligations. The capacity to perform legal acts may assume two forms, i.e.:

- 1) full capacity to perform legal acts,
- 2) limited capacity to perform legal acts.

Full capacity to perform legal acts is acquired upon reaching the age of majority<sup>37</sup> (Art. 11 CC). Full capacity to perform legal acts may be forfeited also after attaining the required age, as a result of partial incapacitation (limited capacity) or full incapacitation (deprivation of capacity). Since incapacitation limits of deprives of the said capacity, it is undisputed that prior incapacitation leads to a situation in which reaching the age of maturity does not trigger acquisition of full capacity to perform legal acts by an incapacitated person.

Limited capacity to perform legal acts – as already signalled – is held by partially incapacitated persons and minors who have reached the age of thirteen (Art. 15 CC). Since, in

<sup>30</sup> Both legal capacity and the capacity to perform legal acts were regulated in Section I entitled “Natural persons.” The provisions on legal persons was covered by Section II, entitled “Legal persons”. Doctrinal authors point out that the basic difference between natural persons and legal persons is that the former category has a physical (palpable) dimension whereas the other is a legal construct, c.f. KSIĘŻAK P., *Komentarz do art. 8 Kodeksu cywilnego* (in:) Osajda K. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis.

<sup>31</sup> A specific case is that of so called *nasciturus*, that is conceived but yet unborn baby, c.f. judgment of the SC of 29 May 1996, file reference: III ARN 96/95, Legalis no. 30013, judgment of the VAC in Wrocław of 8 February 2006, file reference: IV SA/Wr 798/04, Legalis no. 375043, judgment of the VAC in Białystok of 27 October 2005, file reference: II SA/Bk 503/05, Legalis no. 72965, judgment of the VAC in Warszawa of 16 May 2005, file reference: V SA/Wa 363/05, Legalis no. 101952, judgment of the VAC in Lublin of 16 March 2005, file reference: II SA/Lu 102/05, Legalis no. 331594, judgment of the Court of Appeal in Rzeszów of 3 February 2011, file reference: I ACA 434/10, Legalis no. 526617, and regarding the opinion of civil law doctrine: Gniewek E. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, p. 34 and the literature cited therein.

<sup>32</sup> Under Art. 29 § 1 CC, A missing person can be declared dead when ten years have passed from the end of the calendar year in which, according to existing information, that person was still alive; however, if at the time he is declared dead, the missing person had attained seventy years of age, a period of five years is sufficient. A person cannot be declared dead before the end of the calendar year in which the missing person would have attained twenty three years of age (art. 29 § 2 CC). A missing person is presumed to have died at the time given in the decision declaring the person dead (Art. 31 § 1 CC). The time of the presumed death of a missing person is the time which, according to circumstances, is most probable and, in the absence of any available data, the first day of the period the passing of which makes it possible for the person to be declared dead (Art. 31 § 2 CC). Just as any legal presumption, also the one expressed in Art. 31 § 1 CC may be rebutted, c.f. judgment of the SC of 25 November 2004, file reference: III CK 611/03, Legalis no. 67730.

<sup>33</sup> GNIEWEK E. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, p. 32.

<sup>34</sup> KSIĘŻAK P., *Komentarz do art. 8 Kodeksu cywilnego*, In: Osajda K. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis; Strugała R., *Komentarz do art. 8 Kodeksu cywilnego*, In: Gniewek E. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis.

<sup>35</sup> GNIEWEK E. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, p. 40.

<sup>36</sup> KSIĘŻAK P., *Komentarz do art. 8 Kodeksu cywilnego* (in:) Osajda K. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis.

<sup>37</sup> Terminological consistency is missing in the Polish legal order. At one place, the term “major” is used (Art. 11 CC) while at another one the legislator used the term “adult” (Art. 43 CAP). In case of the two cited expressions, they both mean the same, c.f. decision of the SAC of 9 September 2010, file reference: II OSK 1697/10, Legalis no. 709097. However, this is not a rule. In certain situations, the meaning of the terms used is different, c.f. judgment of the Court of Appeal in Lublin of 30 November 2000, file reference: II AKa 216/00, Legalis no. 52159.

accordance with Art. 12 CC, upon reaching the age of maturity a natural person, as long as they have not been incapacitated, acquires full capacity to perform legal acts, limited capacity refers, in principle, to the age span from thirteen to the eve of the eighteenth birthday.

The above is complemented by total lack of the capacity to perform legal acts, which refers to persons who have not reached the age of thirteen or persons who have been fully incapacitated (Art. 12 CC).

The legal situation of a party to proceedings being a natural person without the capacity to perform legal acts is decided by Art. 30 § 2 CAP, which provides that such persons shall act through their statutory representatives. In the absence of an analogical provision in the CAP with regard to partially incapacitated persons, bearing in mind the wording of Art. 30 § 1 CAP, it must be concluded that their legal situation as parties to proceedings is governed in administrative proceedings by the provisions of the CC in conjunction with Art. 30 § 1 CAP.<sup>38</sup>

## 2. Legal persons

Under Art. 33 CC, legal persons are the State Treasury and organisational units which are accorded legal personality by specific regulations. Against the background of that provision, it is justly argued in the literature of the subject that the existence and form of legal persons “depends on the legislator’s selective intention.”<sup>39</sup> It follows from the literal reading of Art. 33 CC that the catalogue of legal persons, based on the CC, is open. These are special provisions, i.e. provisions of other system-wide acts,<sup>40</sup> that decide what subjects (organisational units) are to be accorded legal personality (such provisions make legal persons).<sup>41</sup> This conclusion does not relate to the State Treasury which was recognized as legal person directly under Art. 33 CC.<sup>42</sup> The fact that a given organisational unit is granted legal personality implies at the same time that the unit is given both legal capacity and full capacity to perform legal acts.<sup>43</sup> An organisational unit acquires legal personality upon its entry in the appropriate register, unless otherwise provided in special provisions (Art. 37 § 1 CC), and loses such personality upon being stricken out of the same register.<sup>44</sup> Under Art. 38 CC, legal persons act through their bodies in the manner prescribed by the law and their articles of association based on the law<sup>45</sup> (so called organ theory of legal persons).<sup>46</sup> In the same way, acts performed by bodies of a legal person are considered to be acts performed by the legal person itself.<sup>47</sup> It must be emphasized that such scope of competence is also referred to in the CAP, which provides in Art. 30 § 3 CAP that parties other than natural persons (including predominantly legal persons) act through their statutory representatives empowered by statutory law or articles of association.

At this place, one should point to the specific status of the so-called Civil Code partnership, governed by the provisions of the CC. Under Art. 860 § 1 CC, by a contract of partnership, the partners commit to strive to achieve a common economic purpose by acting in a specified way,

<sup>38</sup> C.f. judgment of the VAC in Poznań of 7 May 2013, file reference: II SA/Po 229/13, Legalis no. 780829.

<sup>39</sup> GNIEWEK E. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, p. 83.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> As a matter of example, c.f. judgment of the VAC in Gliwice of 10 February 2017, file reference: I SA/Gl 1166/16, Legalis o. 1597556.

<sup>42</sup> Regarding the nature of that legal person, c.f. judgment of the SC of 11 May 1999, file reference: I CKN 1148/97, Legalis no. 44463. Regarding the grant of personality by Art. 33 CC, c.f. judgment of the SAC of 22 June 1994, file reference: SA/Wr 104/94, Legalis no. 38659. As regards the need to properly specify and represent the State Treasury, c.f. decision of the SC of 8 January 2003, file reference: II CK 90/02, Legalis no. 56971.

<sup>43</sup> GNIEWEK E. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, p. 83.

<sup>44</sup> C.f. judgment of the VAC in Poznań of 23 June 2010, file reference: I SA/Po 226/10, Legalis no. 252845.

<sup>45</sup> The articles of association, as mentioned in Art. 38 CC, may assume different forms, c.f. judgment of the SC of 13 April 2012, file reference: I CSK 451/11, Legalis no. 490976.

<sup>46</sup> It should be remembered that a legal person is liable for acts of persons holding its managerial positions, c.f. judgment of the Court of Appeal in Łódź of 2 November 2017, file reference: I AAc 1622/16, Legalis no. 1743645.

<sup>47</sup> C.f. judgment of the SAC of 5 October 2010, file reference: I FSK 1657/09, Legalis no. 343526.

especially by making contributions.<sup>48</sup> As a result, a Civil Code partnership is not a separate entity (separate legal subject<sup>49</sup>), since it has neither legal personality<sup>50</sup> nor legal capacity – these are partners that act in commercial transactions.<sup>51</sup> In fact, a Civil Code partnership gives rise to consequences in the internal sphere (between partners),<sup>52</sup> understood as “an undertaking incurred by each of the partners vis-a-vis all other partners.”<sup>53</sup> As a result of the above, a Civil Code partnership will also not be an entrepreneur in the understanding of the CC’s provisions. That status is attributed to its partners.<sup>54</sup> Such conclusions follow also from other provisions of the CC, including in particular Art. 863 and Art. 875 CC, which refer to the joint property of partners and to shares in that property or its specific assets and, at the same time, do not indicate that the partnership has any assets.<sup>55</sup> In light of the above, according to the legislator’s assumption, parties to administrative proceedings in the understanding of the CAP’s provisions and a vast majority of substantive law rules, upon fulfilment of the requirements set out in those provisions and substantive law rules applicable to the given case, should be the partners of a Civil Code partnership, and they should be indicated as parties.<sup>56</sup> This conclusion is essential insofar as incorrect addressing of a decision may lead to a situation in which the decision is materially defective, and such defect should be remedied by way of extraordinary proceedings.<sup>57</sup>

#### IV. SUMMARY

A party to proceedings is a central institution of Polish general administrative procedure. Special significance of that institution boils down to the fact that recognition of a given subject as party to the proceedings is a precondition to the possibility of such proceedings being held. In other words, complete absence of a subject<sup>58</sup> or absence of a subject that may be considered a party to administrative proceedings<sup>59</sup> leads to a situation in which an administrative procedure may not proceed – it will not be initiated if this fact comes out prior to such initiation (as a result of preliminary check)<sup>60</sup> or will be discontinued non-substantively (without any resolution

<sup>48</sup> The construction of Civil Code partnership is derived from Roman law. In the doctrine of civil law, Civil Code partnerships are treated as a legal form of economic cooperation, c.f. GNIEWEK E. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, p. 1425.

<sup>49</sup> C.f. GNIEWEK E. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, p. 1426.

<sup>50</sup> C.f. ULIASZ R., *Komentarz do art. 860 Kodeksu cywilnego*, In: Załucki M., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis, and: judgment of the VAC in Warsaw of 5 May 2011, file reference: VIII SA/Wa 36/11, Legalis no. 372072, judgment of the Court of Appeal in Białystok of 26 October 2012, file reference: I ACa 484/12, Legalis no. 733714.

<sup>51</sup> Such legal situation brings consequences in many legal branches, including tax law, c.f. resolution of the panel of 7 judges of the SAC of 13 March 2017, file reference: II FPS 5/16, Legalis no. 1575484, judgment of the VAC in Gliwice of 6 February 2019, file reference: I SA/Gl 1066/18, Legalis no. 1881948, judgment of the VAC in Olsztyn of 27 September 2017, file reference: I SA/Ol 300/17, Legalis no. 1730659, in labour law, c.f. judgment of the SC of 4 March 2015, file reference: I UK 255/14, Legalis no. 1242096, or even in banking law, c.f. judgment of the SAC of 4 June 2013, file reference: II FSK 1533/12, Legalis no. 763468. However, there are provisions in the Polish legal system which modify this general assumption so as to attribute legal consequences to the partnership rather than its partners, c.f. judgment of the SAC of 21 April 2017, file reference: I GSK 936/15, Legalis no. 1638128, otherwise: judgment of the SAC in Kielce of 27 June 2013, file reference: I SA/Ke 213/13, Legalis no. 1886185.

<sup>52</sup> C.f. judgment of the Court of Appeal in Poznań of 22 August 2012, file reference: I ACa 602/12, Legalis no. 737677.

<sup>53</sup> C.f. NOWACKI A., *Komentarz do art. 860 Kodeksu cywilnego*, In: Osajda K., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis.

<sup>54</sup> C.f. GNIEWEK E. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013, p. 1425.

<sup>55</sup> C.f. judgment of the Court of Appeal in Białystok of 26 October 2012, file reference: I ACa 484/12, Legalis no. 733714.

<sup>56</sup> C.f. judgment of the SAC of 18 October 2017, file reference: II OSK 2592/16, Legalis no. 1724635; otherwise: c.f. judgment of the SAC of 12 April 2000, file reference: V SA 1935/99, Legalis no. 48834.

<sup>57</sup> The SAC attaches such consequences to a decision being addressed to a Civil Code partnership, c.f. judgment of the SAC of 8 May 2014, file reference: II GSK 377/13, Legalis no. 951419.

<sup>58</sup> In relation to a deceased person, no administrative procedure may be initiated or conducted and no ruling (decision) may be delivered, c.f. judgment of the SAC of 1 December 2015, file reference: I OSK 626/14, Legalis no. 1400130.

<sup>59</sup> The lack of a party to administrative proceedings should be distinguished from the lack of a subject at all, c.f. judgment of the SAC of 1 October 2019, file reference: II OSK 2064/19, Legalis no. 2247318.

<sup>60</sup> C.f. judgment of the SAC of 20 February 2019, file reference: II OSK 812/17, Legalis no. 1898908, judgment of the VAC in Lublin of 17 May 2019, file reference: I SA/Lu 76/19, Legalis no. 1943467.

in the case) if such fact comes out in the course of proceedings<sup>61</sup> or if a given subject loses the status of a party to pending proceedings. Having the status of a party to proceedings predetermines also the possibility of exercising the rights under legal provisions.<sup>62</sup> Proper specification of the parties to proceedings is also essential from the point of view of the resolution delivered by the public administration authority. Defective addressing of a decision, i.e. its delivery to a subject other than a party may result in material defect of an administrative decision. Proper specification of the parties to proceedings (their existence or absence) requires that public administration authorities are familiar not only with the provisions of the CAP but also provisions of other acts of different nature, including especially provisions of the CC.

In the light of the importance of the institution of party to proceedings, as discussed above, the statutory regime should be complete and precise. The Polish Code of Administrative Procedure requires to be supplemented in that area by the definition of legal interest. It is postulated that such definition be introduced in Art. 28 k.p.a.

## KEY WORDS

Parties to proceedings, administrative procedure, legal situation of a party to proceedings, legal interests, legal obligations

## KLÚČOVÉ SLOVÁ

účastník správneho konania, správne konanie, právny stav účastníka konania, právny záujem, zákonná povinnosť

## BIBLIOGRAPHY

1. ADAMIAK B., BORKOWSKI J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019.
2. GNIEWEK E. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019.
3. GNIEWEK E. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2013.
4. HAUSER R., WIERZBOWSKI M. (eds.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2020.
5. MAJEWSKI K., *General principles of Code of Administrative Procedure after amendment of 2017*, Annuals of the Administration and Law no. 17 (1), Sosnowiec 2017.
6. MAJEWSKI, K. *Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 21 lutego 2017 r., sygn. akt: VI SA/Wa 2550/16 (Prezes Zarządu SKOK/członek zarządu banku a strona postępowania prowadzonego przed KNF)*, Roczniki Administracji i Prawa nr XVIII (1), Sosnowiec 2018.
7. OSAJDA K. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa , 2020.
8. WIERZBOWSKI M., WIKTOROWSKA A. (eds.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2019.
9. ZAŁUCKI M., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019.
10. Judgment of the SC of 29 May 1996, file reference: III ARN 96/95, Legalis no. 30013.
11. Judgment of the SC of 11 May 1999, file reference: I CKN 1148/97, Legalis no. 44463.
12. Judgment of the SC of 13 April 2012, file reference: I CSK 451/11, Legalis no. 490976.
13. Judgment of the SC of 4 March 2015, file reference: I UK 255/14, Legalis no. 1242096.
14. Decision of the SC of 8 January 2003, file reference: II CK 90/02, Legalis no. 56971.
15. Resolution of the panel of 7 judges of the SAC of 13 March 2017, file reference: II FPS 5/16, Legalis no. 1575484.

<sup>61</sup> Regarding essential effects of continuing a procedure, including a decision being addressed, as a result of such procedure, to a deceased person, c.f. judgment of the SAC of 18 June 2019, file reference: I OSK 2215/17, Legalis no. 2194377.

<sup>62</sup> C.f. judgment of the VAC in Rzeszów of 19 November 2019, file reference: I SA/Rz 647/19, Legalis no. 2258187, judgment of the VAC in Rzeszów of 19 November 2019, file reference: I SA/Rz 646/19, Legalis no. 2258186.

16. Judgment of the SAC of 22 June 1994, file reference: SA/Wr 104/94, Legalis no. 38659.
17. Judgment of the SAC of 12 April 2000, file reference: V SA 1935/99, Legalis no. 48834.
18. Judgment of the SAC of 5 October 2010, file reference: I FSK 1657/09, Legalis no. 343526.
19. Judgment of the SAC of 4 June 2013, file reference: II FSK 1533/12, Legalis no. 763468.
20. Judgment of the SAC of 7 August 2013, file reference: II GSK 567/12, Legalis no. 737850.
21. Judgment of the SAC of 27 January 2014, file reference: II GSK 1626/12, Legalis no. 909829.
22. Judgment of the SAC of 12 March 2014, file reference: II OSK 2477/12, Legalis no. 1067705.
23. Judgment of the SAC of 29 April 2014, file reference: II GSK 320/13, Legalis no. 1042396.
24. Judgment of the SAC of 8 May 2014, file reference: II GSK 377/13, Legalis no. 951419.
25. Judgment of the SAC of 1 December 2015, file reference: I OSK 626/14, Legalis no. 1400130.
26. Judgment of the SAC of 12 December 2016, file reference: II GSK 1924/15, Legalis no. 1591300.
27. Judgment of the SAC of 21 April 2017, file reference: I GSK 936/15, Legalis no. 1638128.
28. Judgment of the SAC of 18 October 2017, file reference: II OSK 2592/16, Legalis no. 1724635.
29. Judgment of the SAC of 20 February 2019, file reference: II OSK 812/17, Legalis no. 1898908.
30. Judgment of the SAC of 6 March 2019, file reference: II OSK 967/17, Legalis no. 1893222.
31. Judgment of the SAC of 16 April 2019, file reference: I OSK 1711/17, Legalis no. 1899145.
32. Judgment of the SAC of 12 June 2019, file reference: II OSK 1617/18, Legalis no. 1977786.
33. Judgment of the SAC of 18 June 2019, file reference: I OSK 2215/17, Legalis no. 2194377.
34. Judgment of the SAC of 3 July 2019, file reference: II OSK 2158/17, Legalis no. 2232820.
35. Judgment of the SAC of 10 July 2019, file reference: II GSK 2056/17, Legalis no. 2196440.
36. Judgment of the SAC of 26 September 2019, file reference: I OSK 178/18, Legalis no. 2247417.
37. Judgment of the SAC of 1 October 2019, file reference: II OSK 2064/19, Legalis no. 2247318.
38. Judgment of the SAC of 15 October 2019, file reference: II OSK 2879/17, Legalis no. 2247091.
39. Judgment of the SAC of 17 October 2019, file reference: II OSK 2442/18, Legalis no. 2263027.
40. Judgment of the SAC of 22 October 2019, file reference: I OSK 344/18, Legalis no. 2253634.
41. Judgment of the SAC of 22 October 2019, file reference: I OSK 346/18, Legalis no. 2253631.
42. Judgment of the SAC of 22 October 2019, file reference: I OSK 347/18, Legalis no. 2253632.
43. Judgment of the SAC of 14 November 2019, file reference: I GSK 1679/18, Legalis no. 2262434.
44. Judgment of the SAC of 26 November 2019, file reference: II OSK 42/18, Legalis no. 2270647.
45. Judgment of the SAC of 26 November 2019, file reference: II OSK 191/18, Legalis no. 2262225.
46. Judgment of the SAC of 10 December 2019, file reference: II OSK 263/18, Legalis no. 2268792.
47. Decision of the SAC of 9 September 2010, file reference: II OSK 1697/10, Legalis no. 709097.

48. Judgment of the VAC in Lublin of 16 March 2005, file reference: II SA/Lu 102/05, Legalis no. 331594.
49. Judgment of the VAC in Warszawa of 16 May 2005, file reference: V SA/Wa 363/05, Legalis no. 101952.
50. Judgment of the VAC in Białystok of 27 October 2005, file reference: II SA/Bk 503/05, Legalis no. 72965.
51. Judgment of the VAC in Wrocław of 8 February 2006, file reference: IV SA/Wr 798/04, Legalis no. 375043.
52. Judgment of the VAC in Warszawa of 10 November 2009, file reference: VI SA/Wa 1092/09, Legalis no. 828525.
53. Judgment of the VAC in Poznań of 23 June 2010, file reference: I SA/Po 226/10, Legalis no. 252845.
54. Judgment of the VAC in Warsaw of 5 May 2011, file reference: VIII SA/Wa 36/11, Legalis no. 372072.
55. Judgment of the VAC in Poznań of 7 May 2013, file reference: II SA/Po 229/13, Legalis no. 780829.
56. Judgment of the VAC in Gliwice of 10 February 2017, file reference: I SA/Gl 1166/16, Legalis no. 1597556.
57. Judgment of the VAC in Olsztyn of 27 September 2017, file reference: I SA/Ol 300/17, Legalis no. 1730659.
58. Judgment of the VAC in Kielce of 16 May 2019, file reference: II SA/Ke 165/19, Legalis no. 1941745.
59. Judgment of the VAC in Lublin of 17 May 2019, file reference: I SA/Lu 76/19, Legalis no. 1943467.
60. Judgment of the VAC in Poznań of 6 November 2019, file reference: IV SA/Po 276/19, Legalis no. 2246867.
61. Judgment of the VAC in Rzeszów of 19 November 2019, file reference: I SA/Rz 646/19, Legalis no. 2258186.
62. Judgment of the VAC in Rzeszów of 19 November 2019, file reference: I SA/Rz 647/19, Legalis no. 2258187.
63. Judgment of the Court of Appeal in Lublin of 30 November 2000, file reference: II AKA 216/00, Legalis no. 52159.
64. Judgment of the Court of Appeal in Rzeszów of 3 February 2011, file reference: I ACA 434/10, Legalis no. 526617.
65. Judgment of the Court of Appeal in Poznań of 22 August 2012, file reference: I ACA 602/12, Legalis no. 737677.
66. Judgment of the Court of Appeal in Białystok of 26 October 2012, file reference: I ACA 484/12, Legalis no. 733714.
67. Judgment of the Court of Appeal in Łódź of 2 November 2017, file reference: I ACA 1622/16, Legalis no. 1743645.

## **CONTACT DETAILS OF THE AUTHORS**

**Kamil Majewski**

PhD Candidate (law)

University of Silesia in Katowice,

Faculty of Law and Administration, Institute of Legal Sciences

Bankowa 11b, 40-007 Katowice (Poland)

ORCID NO: 0000-0003-3775-2815

E-mail: majewski.kamil.87@gmail.com

**Patrycja Majewska**

Master's degree (law)

ORCID NO: 0000-0002-9264-1598

E-mail: pati.majewska@gmail.com

# CRIMINAL ALTERNATIVE MEASURES IN RELATION TO DEPRIVATION OF LIBERTY MEASURES IN SLOVAK REPUBLIC COMPARED TO SPAIN, ITALY, PORTUGAL AND AUSTRIA<sup>1</sup>

## TRESTNOPRÁVNE ALTERNATÍVNE OPATRENIA VO VZŤAHU K OPATRENIAM POZBAVUJÚCIM OSOBNÚ SLOBODU V SLOVENSKEJ REPUBLIKE V POROVNANÍ SO ŠPANIELSKOM, TALIANSKOM, PORTUGALSKOM A RAKÚSKOM

Lukáš Michal'ov<sup>2</sup>

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-2-05>

### ABSTRACT

In this article, the author deals with alternative criminal measures, possibilities of their imposition and execution in the Slovak Republic in comparison with selected European countries, namely Spain, Italy, Portugal and Austria. By alternative measures the author understands not only alternative sentences, but also alternatives to deprivation of liberty in pre-trial proceedings and alternatives to imprisonment during its execution. The purpose of this article is to analyze chosen alternative measures in selected countries, to compare them with the Slovak national legislation and to look for inspiration for potential changes in the Slovak national legislation.

### ABSTRAKT

Autor sa v tomto článku zaobráva trestnoprávnymi alternatívnymi opatreniami, možnosťami ich ukladania a výkonu v Slovenskej republike v porovnaní s vybranými štátmi Európy, a to Španielskom, Talianskom, Portugalskom a Rakúskom. Alternatívnymi opatreniami autor chápe nielen alternatívne tresty, ale aj alternatívy k pozbaveniu osobnej slobody v predsúdnom konaní a alternatívy k nepodmienečného trestu počas jeho výkonu. Účelom tohto článku je analyzovať jednotlivé alternatívne opatrenia vo vybraných štátoch, tieto komparovať so slovenskou vnútrostátnou úpravou a hľadať takto inšpiráciu aj pre potenciálne zmeny slovenskej vnútrostátej pravnej úpravy.

### I. INTRODUCTION

The issue of alternative measures is a reflection of the so-called concepts of restorative sentencing and justice. A key aspect of the concept of restorative sentencing, respectively the concept of restorative justice is an effort to find an alternative solution to criminal cases, not

<sup>1</sup> This scientific paper came with support and is the output of a research project of the Agency for the Support of Research and Development in Slovak Republic in the framework of the project: Privatization of Criminal Law - substantive, procedural, criminological and organizational - technical aspects; no. APVV-16-0362; Tento príspevok vznikol s podporou a je výstupom riešenia výskumného projektu Agentúry na podporu výskumu a vývoja v rámci projektu: Privatizácia trestného práva – hmotnoprávne, procesnoprávne, kriminologické a organizačno-technické aspekty; č. APVV-16-0362.

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

only in the area of substantive criminal law, but also in the area of criminal procedural law. The system of restorative sentencing represents a way of treating offenders different from the classical concept of retributive sentencing, or retributive justice (so-called punitive justice). Retributive justice is generally associated with the notion of sentence, the imposition of which on the offender is a basic access to solve the crime. On the other hand, restorative justice is generally considered to be a process in which several parties are involved as a result of the crime committed by offender and harm caused to the victim.<sup>3</sup> Restorative justice is built on the idea of the existence of criminal justice, in which elements emphasizing the rights of victims and the extrajudicial hearing of criminal cases are represented. This relatively new concept in our conditions considers the crime primarily as harming one person by another. Restorative justice is therefore often referred to as restoring justice.

Alternative measures in criminal law have recently had an irreplaceable place. Modern legal systems of European countries already reflect the need to implement alternative measures, because these measures can reduce the negative effects of imprisonment on the offender and reduce negative economic effects on the country and at the same time the protection of society is secured.

In this article, we will focus on the legislation of these alternatives in selected European countries that are also members of the European Union, namely Spain, Portugal, Italy and Austria and we will briefly compare it with the Slovak legislation.

In terms of the structure of the article, we will focus our attention on the following types of alternatives:

1. Pre-trial alternatives, understood as alternatives to deprivation of liberty before the conviction of the offender,
2. Alternative sentences (sanctions) understood as alternatives to unconditional imprisonment,
3. Alternatives during the execution of imprisonment understood as alternatives that can be used during the execution of imprisonment to shorten the duration of imprisonment.

## 1. What led European countries to implement alternative measures

There are several reasons that have led modern European countries to implement alternative measures. The search for new forms of sentencing and new forms of justice is inextricably linked with the development of society.<sup>4</sup> Countries have realized that unconditional imprisonment does not always correct the offender. In addition, the offender is able to absorb criminal influences in the prison facility that have an impact on his future criminal career. Other reasons are of an economic nature, which are related to the cost of imprisonment and the gradual overcrowding of the prisons, which can currently be seen as a Europe-wide problem. However, reasons can also be found in strengthening the rights of the victim and victims position in the criminal proceedings, where an alternative measure can significantly help to eliminate the side effects of the crime and restore it to its original state, of course in the case of less serious crimes. Other reasons that cannot be overlooked are historical, social or geopolitical ones, including migration, especially in the countries of southern Europe where criminality has increased and it consequently affects prison capacities and causes prison overcrowding.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> KLÁTIK, J. a kol. Trestné právo hmotné. Všeobecná časť. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2018. - ISBN 9788073807252.

<sup>4</sup> ALBRECHT, H. Sanction Policies and alternative measures to incarceration: European experiences with intermediate and alternative criminal penalties. Available on web: [https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS\\_No80/No80\\_07VE\\_Albrecht.pdf](https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No80/No80_07VE_Albrecht.pdf).

<sup>5</sup> JUNGER-TAS, J. Alternatives to prison sentences. Experiences and developments. Studies on crime and justice, a series from the Dutch research and documentation centre.1994. ISBN 90-6299-111-4. Available on web: [https://english.wodc.nl/binaries/ov-1994-01-full-text\\_tcm29-77924.pdf](https://english.wodc.nl/binaries/ov-1994-01-full-text_tcm29-77924.pdf).

All selected European countries are aware of the need for a probation service to exist and be strengthened, because the probation service is necessarily related to alternative measures. It is the probation service that ensures the control and effective execution of alternative measures and it is necessary to provide it with sufficient personnel, material and technical support.<sup>6</sup>

## 2. Slovak Republic

The Slovak Republic is a relative novice in the field of alternative measures, especially in relation to the alternative sentences. New forms of justice have been enshrined in the Criminal Code since 2006, but their use and actual implementation have encountered many legal or organizational-technical obstacles and problems that have caused that these alternative measures have not been imposed. A relative novelty in the Slovak Republic is the introduction of electronic monitoring by Act no. 78/2015 Coll. on the control of the enforcement of certain decisions by technical means, which has extended the possibilities for imposing alternative measures and the effectiveness of their enforcement.<sup>7</sup>

### *Pre-trial alternatives*

Pre-trial alternatives in the Slovak Republic include so-called reasons for the replacement of custody<sup>8</sup> (bond, detention), among which we recognize the replacement of custody by a guarantee of a trustworthy person or an interest association of citizens, a written promise of the accused, replacement under the supervision of a probation and mediation officer, or a financial guarantee (bail, deposit).

When replacing custody, the judge may impose one or more appropriate restrictions or obligations, in particular

- a ban on traveling abroad,
- a prohibition on carrying out an activity in which a criminal offense has been committed,
- a ban on visits to designated places,
- the obligation to hand over a legally held weapon,
- a ban on moving away from the place of residence or residence itself, except under defined conditions,
- the obligation to appear regularly or at a specified time at a state body designated by the court,
- a ban on driving a motor vehicle and the handing over a driving license,
- a ban on contact with certain persons or a prohibition on intentionally approaching a person at a distance of less than five meters,
- the obligation to deposit funds for the purpose of securing the injured party's claim for damages,
- prohibition or restriction of contact with the designated person in any form, including contact by electronic communications service or any other similar means; or

<sup>6</sup> FERENČÍKOVÁ, S. Možnosti aplikácie inštitútu probácie pri výkone detencie. In: Aplikácia nových prístupov k človeku v kontexte mediačnej a probačnej práce : zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie Dni probácie a mediácie. Prešov : Prešovská univerzita v Prešove, 2017. - ISBN 9788055518206.

<sup>7</sup> See, for example:

KLIMEK, L. Execution of Electronic Monitoring in Slovak Criminal Justice. In Academic International Conference on Interdisciplinary Legal Studies, Vol. 10. Oxford Conference Series. Livingston: FLE Learning, 2019, ISBN 978-1-911185- 90-1, pp. 22-29. KLIMEK, L. Costs of Electronic Monitoring in Slovak Criminal Justice. In Academic International Conference on Social Sciences and Education. Cambridge Conference Series. Vancouver: FLE Learning, 2019, ISBN 978- 1-913016-23-4, pp. 8- 13. KLIMEK, L. – KLÁTIK, J. Electronic Monitoring in Slovak Criminal Justice. In HÁJEK, P. – VÍT, O. Innovations in Science and Education. CBU International Conference Proceedings 2019. Prague: CBU Research Institute, 2019, ISBN 978- 80-907722-0-5, pp. 459-463.

<sup>8</sup> Provisions of § 80 et seq. of the Slovak Criminal Procedural Code.

- a prohibition on staying in the vicinity of the designated person's residence or in the designated place where such person is staying or visiting.<sup>9</sup>

Custody in the conditions of the Slovak Republic is not understood as a sentence, but as a measure used to ensure the presence of the accused for the purposes of criminal proceedings. We recognize three basic types of custody, namely flee, collusion (influencing) and prevention custody. We also recognize anti-terrorism custody and others.

#### *Alternative sentences*

Alternative sentences that compete with unconditional imprisonment include Home prison (detention), Compulsory work, Financial sentence (fine), The ban of participation in public events, Conditional suspension of imprisonment, Conditional suspension of imprisonment with the probation supervision and Expulsion.

Home prison<sup>10</sup> (detention), its front-end type, can currently be imposed for crimes with a maximum imprisonment of up to ten years. This sentence has undergone several legislative changes. The purpose of this sentence is that the offender will serve the entire sentence in a chosen dwelling while using electronic monitoring. The offender is not excluded from everyday life, he can work, shop and move at the time determined by the court, which undoubtedly affects the subsequent reintegration of the offender into everyday life after serving this sentence, because social, family or work ties and relationships have not been broken<sup>11</sup>.

Compulsory work<sup>12</sup> is another typical alternative sentence for less serious crimes. It is interesting that it can be imposed only with the consent of the offender, because not every country, using this sentence, requires the consent of the offender for its imposing. Compulsory work can be imposed in an extent of forty to three hundred hours. The offender is obliged to perform the sentence of compulsory work personally, in his free time without the right to be paid.

Financial sentence<sup>13</sup> (fine) is another necessary alternative in the system of alternative sentences, especially in the case of property and economic crimes or crimes where imposition of financial sentence is necessary for society protection and punishing the offender.

The ban on participation in public event<sup>14</sup> is the latest alternative sentence and its purpose is to eliminate the offender's access to events in which his participation is from a criminological point of view, the cause of the crime. It is especially effective in relation to sport events for non-adaptable fans.

Conditional suspension<sup>15</sup> of imprisonment and conditional suspension of imprisonment with probation supervision are other alternatives for less serious crimes. The purpose of these alternatives is that imprisonment is imposed by a court to offender, but it is suspended on a probationary period of up to five years. If the offender leads a proper life during the probationary period, he does not have to serve imprisonment.

Expulsion<sup>16</sup> is also considered by some authors as an alternative sentence, the purpose of which is to exclude a person (offender) from the country in which he commits crime and prohibit his entry into the territory of the country if the crime is related to the need to protect the country and public order.

<sup>9</sup> Provisions of § 82 of the Slovak Criminal Procedural Code.

<sup>10</sup> Provision of § 53 of Slovak Criminal Code.

<sup>11</sup> TÓTHOVÁ, V., FERENČIKOVÁ, S. Innovation in criminal policy of imposing alternative sanctions in Slovak Republic. In: CBU International Conference Proceedings 2019: Innovations in Science and Education: March 20-22, 2019, Prague, Czech Republic. - Praha: CBU Research Institute, 2019. - ISBN 9788090772212.

<sup>12</sup> Provisions of § 54 and 55 of Slovak Criminal Code.

<sup>13</sup> Provisions of § 56 and 57 of Slovak Criminal Code.

<sup>14</sup> Provision of § 62a of Slovak Criminal Code; Effective from 2014.

<sup>15</sup> Provisions of § 49 et seq. of the Slovak Criminal Code.

<sup>16</sup> Provision of § 65 of Slovak Criminal Code.

*Alternatives during execution*

Conditional release from imprisonment (Parole) is an important institute for offenders who have shown during the execution in prison that they can behave properly, have shown that they have learned from their failure, regret their crime and will be able to lead a proper life. Legislation dealing with conditional release from imprisonment always depends on criminal policy of the country and is related to realistic conditions for the execution of imprisonment, for example prison overcrowding. It is a very popular and requested institute. In the Slovak Republic offender can be released after half, two thirds, or three quarters of the imprisonment imposed. It depends on the seriousness of the crime. Offenders sentenced for life imprisonment may be released on parole at the earliest after serving twenty five years of imprisonment.

The back-end type or Conversion of the remainder of imprisonment into a home prison (detention) is a relatively new institute that allows the offender to serve the last part of the imprisonment in a home prison (detention). So far, this institute is not very popular, because offenders significantly prefer parole.

### 3. Spain

Regarding to increasing a prison population in Spain, politicians pointed out the need to continue providing more importance to development of alternatives to short sentences of imprisonment. It all started in 2000. The implementation of alternatives measures was, along with others, one of the government strategies to reduce or control prison numbers.

*Alternative sentences*

We can recognize two main alternative sentences in Spanish legislation, Suspension and Substitution of imprisonment.

Suspension<sup>17</sup> of imprisonment is possible for sentences up to two years. It is used for example for first time offenders with the possibility of the fulfilment of other obligations. It is also available for offenders with serious illness or with incurable disease, when it is not necessary to fulfil requirements. If the offender committed a crime because of his dependence on drugs for imprisonment up to five years, it can be imposed only with combination of detoxification programs.

Substitution<sup>18</sup> of imprisonment is a real alternative, where imprisonment is substituted by one of alternatives, or combination of alternatives. Imprisonment can be substituted by Fine for sentences up to one year, by Community service for sentences up to one year. One day of imprisonment equals one day of work. The offender is obliged to render assistance unpaid in certain activities of public interest, which may include to repair on the damage caused or to support victims as well as participation in workshops or education training or retraining, labor, cultural, traffic, sexual and so on. Permanent location is another alternative for sentences of imprisonment up to six months. One day of imprisonment equals one day of permanent location. The last one is Expulsion for foreigners, combined with prohibition to come back to Spain.

In the case of Suspension and Substitution of imprisonment the court may also impose obligations and duties, for example:

- Prohibition to visit a certain place,
- Prohibition to approach the victim, or his relatives or other persons determined by the court or to communicate with them,
- Prohibition to leave the residence without authorization by a court,
- Personal appearance in court or police station,

<sup>17</sup> Provisions of § 80 – 87 of Spanish Criminal code.

<sup>18</sup> Provisions of § 88 and 89 Spanish Criminal code.

- Participation in training, labor, employment, cultural programs, driver and traffic education, sexual and environmental defense training program, animal protection program or similar activities,
- Other duties imposed by court for resocialization with the offender's approval, as long as these are not contrary to offender personal dignity.

#### *Alternatives during execution*

Very interesting is possibility to substitute imprisonment during its execution by Expulsion<sup>19</sup> for foreigners and imprisonment up to six years. Imprisonment can be substituted by expulsion or prohibition to come back in five to ten years. It is necessary that offender has served already three quarters of the sentence. Foreigner may not be allowed to return to Spain within ten years from the date of his expulsion in any case. Slovak legislation does not use expulsion as an alternative during execution of imprisonment.

Parole (Conditional release from imprisonment) is very important institute. General requirement is that offender has served three quarters of sentence and has favorable prognosis of social reintegration. There are also exceptional circumstances to encourage collaboration in the treatment (overtaking possibility of release upon completion of two thirds or half of the sentence, in consideration of the merits contracted by participating in continuous and profitably own activities). And special circumstances provided for cases of elderly or sick offenders, where is possible temporary release without prior compliance requirement on humanitarian grounds, difficulty and little danger crime, those punishable by seventy or more years old, as well as seriously ill with incurable diseases.<sup>20</sup>

Electronic monitoring is also considered as alternative, which allows a specific form of sentences serving in open regime, replacing mandatory minimum time staying at the establishment by electronic means or other suitable control systems. The prison administration currently has the following electronic surveillance:

- By bracelets monitoring system for telephone service or via switched network (fixed) or via mobile, through the so-called cell units,
- Voice verification systems, both through fixed telephones on the control sites, or through devices that transmit information using cell lines,
- Continuous monitoring systems internally by GPS technologies that allow the Administration to know the geographical location of the subject at all times, and it establishes areas of mandatory stay or unauthorized access (areas of inclusion or exclusion),
- Mobile monitoring units to control inmates with telematic bracelets in different usual locations (for example the workplace),
- Combined systems of location with telematic systems bracelets with alcohol control remotely.

#### **4. Portugal**

One of the reasons for considering alternative measures in Portugal was big mortality in Portuguese prison facilities. They wanted to reduce prison population and make imprisonment more effective by thinking of alternatives. With the financial crisis of 2008-2009 the prison overcrowding alarm sounded again. An ambitious mega-prison building program ran out of funding. The government attempted to remedy the problem of overcrowding by stuffing more beds into existing facilities. Yet the problem continued to grow with prison population

<sup>19</sup> Provision of § 89 of Spanish Criminal Code.

<sup>20</sup> OCANA M., Alternatives to prison in Europe Spain. European Prison Observatory. Alternatives to detention. 2015, ISBN 978-88-98688-18-0. Available on web: [http://www.prisonobservatory.org/alternatives/\\_ALTERNATIVES%20TO%20PRISON%20%20EUROPE.%20SPAIN.pdf](http://www.prisonobservatory.org/alternatives/_ALTERNATIVES%20TO%20PRISON%20%20EUROPE.%20SPAIN.pdf).

reaching 120% of the capacity. Using electronic monitoring is nowadays important in Portugal. Electronic monitoring was subject of many public debates and various studies. It was first legislated in 1999 and codified in 2001. After a trial period (2002-2004) involving pre-trial detainees, it became an option for the application of other existing alternative measures by the courts. Its application may be, in practical terms, the most significant alternative measure in the Portuguese system.<sup>21</sup>

#### *Pre-trial alternatives*

We found out that Portugal has many options of pre-trial alternatives. First, Term of identity and residence is an alternative to pre-trial detention. This measure may be imposed by the police authority once the individual has been charged. This measure consists of requirement of presentation to authorities and to inform of any change of address for more than five days.

Bail is an alternative to pre-trial detention and consists of paying an amount set by the court. If the offender cannot afford pay bail, the court may substitute bail for any other measure. The amount of bail depends on the type of the crime, damages that may have occurred and the socioeconomic situation of the offender.

Mandatory periodic presentation is another alternative to pre-trial detention. It can be applied in cases with potential sentences of more than six months of imprisonment. The offender is obliged to present himself periodically (the period determined by the court) at some official location, such as a police station, or a courthouse. It is very similar to probationary supervision in the Slovak legislation.

Suspension of work, function, activities or rights can be applied to crimes with a maximum sentence to two years of imprisonment. The offender may be ordered to suspend any professional activity or any other occupation, parental rights, rights to manage property or any other rights according to the crime.

Prohibition and imposition of activities as another alternative can be applied to crimes with a maximum imprisonment to three years. Access to some areas, possessing items such as weapons, or contacting with certain individuals can be prohibited.

Conditional Suspended case is an alternative to pre-trial detention. The case may be suspended upon request of the accused to the Prosecutor's Office or by the prosecutor's own initiative. The case may be suspended for up to two years. If the accused complies with all suspension, duties and obligations throughout the duration of the suspension, the case is then dismissed.

House arrest (home prison, or detention in pre-trial proceedings) is another alternative to pre-trial detention. The individual may not leave the place of residence (private residence, treatment center or health care facility) in prescribed time without prior authorization. Offender can be authorized to work. Usually electronic monitoring is being used.

#### *Alternative sentences*

Some alternative sentences in Portugal are very similar to Slovak alternatives. Some are the total novelty and inconceivable in Slovak legislation.

Community service<sup>22</sup> is a typical alternative sanction, which can be applied as substitution for imprisonment of up to two years and requires the consent of the individual as in the Slovak Republic. This sanction consists of unremunerated services for the state, other collective public entities or private entities whose aims may be considered as the public interest. Each day of the imprisonment corresponds to one hour of work, to a maximum of

<sup>21</sup> DORES, A., PONTES, N., LOUREIRO, R. Alternatives to prison Europe Portugal. European Prison Observatory. Alternatives to detention. 2015, ISBN 978-88-98688-20-3. Available on web: <http://www.prisonobservatory.org/alternatives/ALTERNATIVES%20TO%20PRISON%20IN%20EUROPE.%20PORTUGAL.pdf>.

<sup>22</sup> Provision of § 58 of Portuguese Criminal Code.

four hundred and eighty hours. The work can be performed on weekdays, weekends or holidays. If the offender is employed, the community service cannot interfere with the performance of employment.

Suspended sentence of imprisonment<sup>23</sup> is an alternative sanction which can be used as alternative to maximum three years of imprisonment. The court considers personality of sentenced, circumstances and behavior of the sentenced and so on. The court also imposes the suspension period, which is fixed between one and five years counting from the time the sentence had become definite.

Substitution of imprisonment sentence is an alternative sanction for sentences not higher than one year. Imprisonment can be substituted for a fine or for another sentence, with the exception of cases where imprisonment is necessary to prevent future crimes. If the individual fails to pay the fine, imprisonment must then be served.

Home prison (detention) is an alternative sanction based on electronic monitoring and with the consent of the offender, what we find very interesting comparing to the Slovak legislation. The court may impose this alternative for sentences up to a maximum of one year (or up to two years, if the subject is younger than twenty one or older than sixty five, has a serious disease or disability, is in charge of minors or has someone dependent for care).

Imprisonment by free days<sup>24</sup> is a partially alternative sanction for sentences up to a maximum of one year. The court may permit the sentence to be served on the weekend. Semi imprisonment regime<sup>25</sup> is a partially alternative sanction for sentences of up to one year. The court may permit the sentence to be served in prison but with permission to leave daily to work or to attend school. This alternative requires the consent of the individual. Imprisonment by free days is impossible in the Slovak legislation. Semi imprisonment regime is very similar to execution of imprisonment in an open section in a prison facility with a minimum degree of guarding in the Slovak Republic.

#### *Alternatives during execution of sentence*

Parole (Conditional release from imprisonment) is included in the work of the Probation Department. It consists of the earlier release, upon completion of a prescribed minimum, always with the consent of the individual.

Sentence modification for need is not a typical alternative. This measure permits the exceptional release of sick offenders.

## 5. Italy

Between 2000 and 2005, Italy has ratified three Acts having a great impact on the increasing of prison population, the Act on immigration (2002), the Act on drugs (2006) and the Act on strengthening punishments and making the access to alternatives to imprisonment more difficult or even impossible for recidivists (2005). As the only reaction to prison overcrowding, in 2006 the Parliament ratified a pardon, after prison population restarted unavoidably growing. In January 2010, the Government declared a state of emergency in relation to the penitentiary system. It started to take measures aiming at decreasing the number of prisoners, first of all with the possibility of serving the last part of the sentence at home. In January 2013 the European court of Human rights convicted Italy for violation of art. 3 in relation to prison overcrowding. It was a pilot-judgment, which imposed Italy to solve the systemic problem of overcrowding within one year. Italy reacted with new acts by strengthening alternative measures and reducing of sentenced for good behavior. These normative changes have contributed to the decrease of prison population.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Provisions of § 50 - 57 of Portuguese Criminal Code.

<sup>24</sup> Provision of § 45 of Portuguese Criminal Code.

<sup>25</sup> Provision of § 46 of Portuguese Criminal Code.

<sup>26</sup> MARIETTI, S. Alternatives to prison Europe Italy. European Prison Observatory. Alternatives to detention. 2015, ISBN

### *Pre-trial alternatives*

Italy legislation has many pre-trial alternatives comparing to the other examined countries. Home detention (prison) is ordered by judge, when offender is not authorized to leave his home or another private house. Usually electronic monitoring is used. The judge can prohibit or limit the communication between the offender and people not living with him. If the offender has no other means of support, the judge can permit him to leave the established place for the minimum time necessary to provide his needs or to work.

Then we recognize Prohibition to leave the Country, which is ordered by judge, when the offender is not allowed to leave the country without permission. Other is the Requirement to report all the information about work activities and residence to police on a periodic basis. Prohibition to visit the home is used when the offender is obliged to leave the house where his family lives, if adding prohibitions to frequency places that are often visited by some members of the family are needed and the obligation of economically contributing to the family life. Prohibition to visit places visited by the victim is special prohibition to visit places frequented by victim or persons having some kind of emotional relationship with the victim. Prohibition or obligation to live in some specified places is used when it is necessary to keep or keep out the offender in a specified place. Then we recognize other pre-trial alternatives in Italy as, Suspension of parental rights, Suspension from a public office or service, Temporary interdiction from performing professional activities.

„Messa alla prova,“ as pre-trial alternative can be used in case of crimes punishable with no more than four years of imprisonment, when the offender has the possibility of requiring the suspension of the criminal proceeding. If the suspension is conceded, the person is put on probation under the control of the social services and with a program to be followed. The program involves actions directed to the restoration of the damage caused by the offence. The suspension of the criminal proceeding on probation cannot be conceded more than once. The positive ending of the probation extinguishes the crime.<sup>27</sup>

### *Alternative sanctions*

Financial sanction (Fine) is an alternative to imprisonment. There are two kinds of financial sanctions called „multa“ and „ammenda“ depending on the seriousness of the crime. The ‘multa’ consists of the payment to the State of an amount between 50 € to 50.000 €. The ‘ammenda’ consists of the payment to the State of an amount of money between 20 € and 10.000 €.

Semi-imprisonment is an alternative which can be used for the imprisonment lower than six months. Offenders are obliged to spend at least ten hours per day in special prison sections. One day of imprisonment equals to one day of semi-imprisonment. The number of hours and the location depends on working or educational needs of the sentenced. Semi-imprisonment involves also other duties and obligations. If these are not respected by the sentenced, semi-imprisonment is converted into imprisonment.

Supervised liberty. Sentence to three months of imprisonment or lower can be substituted with the prohibition to leave the Municipality in which the offender lives (except in case of authorization granted time by time for working, educational, familiar or health reasons). One day of imprisonment equals to two days of supervised liberty. Supervised liberty involves also other duties and obligations, for example to go at least once a day to the law enforcement station, the driver license suspension, the passport withdrawal and so on. The surveillance

---

978-88-98688-21-0. Available on web: <http://www.prisonobservatory.org/alternatives/ALTERNATIVES%20TO%20PRISON%20IN%20EUROPE.%20ITALY.pdf>.

<sup>27</sup> MARIETTI, S. Alternatives to prison Europe Italy. European Prison Observatory. Alternatives to detention. 2015, ISBN 978-88-98688-21-0. Available on web: <http://www.prisonobservatory.org/alternatives/ ALTERNATIVES%20TO%20PRISON%20IN%20EUROPE.%20ITALY.pdf>.

judge can involve the social services in interventions directed to the social reintegration of the offender.

Expulsion of the irregular foreigner. Imprisonment imposes for unintentional crimes considered to be lower than two years of imprisonment can be substituted with the offender's expulsion from Italy in case of irregular foreigners.

Community service is an alternative sanction, which consists in unpaid work in favor of the community, public authorities or private organizations. Community service requests the offender's consent what is common in examined countries.

#### *Alternatives during execution of sentence*

The Italian penitentiary law provides more alternatives during execution of imprisonment, which include Involvement in social service programs (being free and having a program to be followed), semi-liberty (being free during part of the day and spending the night in prison) and home detention (serving the sentence at home). It also provides the possibility of working outside prison. Finally, it provides the possibility of spending some days at home and the possibility of having a reduction of imprisonment of forty five days (raised to seventy five days during the years of the emergency related to prison overcrowding) for semester if the sentenced respects prison rules. Then Italian penitentiary law provides Community service, Expulsion of the foreign prisoners and Parole - Conditional release from imprisonment as alternatives during execution of imprisonment.

## 6. Austria

In Austria, government also recognized the need to seek new forms of justice, from probation and mediation to other alternative measures.<sup>28</sup> In this regard, we dare to say that Austria had a great inspiration in Germany.

#### *Pre-trial alternatives*

Detention in Austria can be replaced by institutes which are also regulated in procedural rules, as well as by others. As a "milder substitute for detention" is used:

- a promise that the accused will not flee or hide until the termination of the criminal proceedings, nor will he leave his place of residence without the permission of prosecutor,
- a promise that the accused will not try to obstruct or complain about investigation,
- in the case of domestic violence, a promise to refrain from any contact with the victim, not to enter a particular apartment and its immediate surroundings, or not to violate the entry ban, including the removal of all keys from the apartment,
- the order to live in a certain place, with a certain family, to avoid certain flats, certain places or certain contacts, to avoid alcoholic beverages or other addictive substances or to get engaged in organized work,
- an order to report any change of residence or to report to the police or another place at certain intervals,
- temporary withdrawal of passports, motor vehicle documents or other authorizations,
- preliminary social guardianship,
- provision of security,
- an order with the consent of the accused to undergo addiction treatment, medical care, psychotherapy, or a medical measure.<sup>29</sup>

These alternatives are very similar to the Slovak legislation.

<sup>28</sup> STRÉMY, T., KLÁTIK, J. Alternatívne tresty. Bratislava : C.H. Beck, 2018, ISBN 978-80-89603-56-5.

<sup>29</sup> BUCEKOVÁ, M. Podmienky rozhodovania o väzbe v Rakúsku. In. Magister Officiorum 3/2012. Available on web: [http://www.ucps.sk/PODMIENKY\\_ROZHODOVANIA\\_O\\_VAZBE\\_V\\_RAKUSKU](http://www.ucps.sk/PODMIENKY_ROZHODOVANIA_O_VAZBE_V_RAKUSKU).

Austrian criminal procedural law also recognizes the so-called domestic detention, which is carried out in the place of residence in which the accused has established his residence. The accused is not taken out of his social environment, lives in orderly living conditions and agrees to his observation through appropriate means of electronic surveillance. Leaving the place of residence is not permitted, with the exception of going to the place of employment or preparation for employment, in order to obtain the necessary things for life and to receive the necessary medical assistance.

#### *Alternative sentences*

Home prison in Austria is not regulated as a typical alternative to imprisonment as in the Slovak Republic, but applies as a specific form of serving imprisonment, but it also can be replaced by the pre-trial detention as described above. Since 2010, electronically monitored home prison has been enshrined in Austrian law. Depending on this, electronically monitored home prison can replace the execution of imprisonment in full (front-end type) or only after the execution of part of the sentence (back-end type). The Austrian legislation thus makes the serving of a sentence in the form of a home prison on the offender's activity, since he must express an interest in the home prison imposing and express his consent by requesting such a form of imprisonment.

Compulsory work or community service used to be served as an alternative sentence first for juvenile offenders. Only later, since 2000, it has been possible to impose this sentence on adult offenders. It cannot be imposed as a separate sentence as in the Slovak Republic, only as an alternative to imprisonment with a maximum of two hundred forty hours, a maximum of eight hours per day and forty hours per week.<sup>30</sup>

Financial penalty (fine) is other alternative, the difference from the Slovak Republic is that it is imposed in the form of daily fines.

#### *Alternatives during execution of sentence*

In principle, these alternatives identified as same as in several states, namely Conditional release from imprisonment (Parole) with similar conditions as in other states, namely the execution of a certain part of the sentence and decent behavior without a prognosis of recidivism) and Back-end type of home prison.

## **7. Comparative evaluation**

By comparing the legal systems of the examined European countries in the field of alternative measures, we found that these are indeed in many ways similar, partly harmonized, nevertheless we still find a number of differences and inspirations for changes in Slovak legislation.

Differences can be justified by several factors. There is no doubt that geopolitical and historical aspects in particular need to be taken into account.

It is also necessary to take into account that not all alternatives are alternatives in our Slovak understanding. These alternatives are various exceptions, respectively institutes that are flexible but not pure alternative measures compared to our Slovak national legislation.

Pre-trial alternative measures in Portugal, Italy, but also Austria are a great inspiration for Slovak criminal law. For example, home detention (custody) is nothing new and exceptional in the examined countries or in other countries. However, the Slovak criminal law regulation does not recognize home detention (custody), what we consider as a huge negative. Many offenders prosecuted for a crime do not belong to the prison environment and living in a prison environment can have destructive effects on their mental health and psyche and can

<sup>30</sup> RIDERSTALLER, J. Alternatives to custody for young offenders. International juvenile justice observatory. Available on web: [http://www.oijj.org/sites/default/files/baaf\\_austria1.pdf](http://www.oijj.org/sites/default/files/baaf_austria1.pdf).

affect their future lives. And especially in cases where the offender is not facing an unconditional sentence of imprisonment.

Otherwise, other alternative measures in pre-trial proceedings are very similar to the reasons for replacing detention (custody) under the Slovak Criminal Procedural Code.

In relation to alternative sentences, practically every examined legislation knows the conditional suspension of the execution of imprisonment, compulsory work, a fine, or home prison. These are typical alternative sentences of modern European legal systems. What would be an absolute novelty in the conditions of the Slovak Republic is Imprisonment by free days in Portugal, when the offender is serving imprisonment on weekends. What is also worth mentioning is the Semi imprisonment regime in Portugal or Italy, which has similar features to the execution of imprisonment in an open section of a prison facility with a minimum degree of guarding. These alternatives are inspiring, but unthinkable in the current conditions of the Slovak Republic. Greater flexibility in the prison system and special prison facilities would be needed if we want to think about these alternatives. These are all alternative institutes that can be used to inspire and significantly improve the national Slovak legislation, which appears to be slightly rigorous and conservative in comparison with the examined countries.

Common alternative measures during the execution of imprisonment include, in particular, parole and back-end type of home prison (detention). Even in relation to these measures, the Slovak Republic can seek inspiration in the legal systems of the examined countries.

As for the comparison among individual states, perhaps the biggest intersections can be seen between the Slovak Republic and Austria, which is certainly caused by the geopolitical situation, economic orientation, legal principles, common borders and history within one country. For example, Spain has the largest intersections in the examined area with Portugal, but also with Italy.

## II. CONCLUSION

Legislation according to alternative measures is currently necessary in modern criminal law. European countries are struggling with many existential problems in the area of criminal law, and effective regulation and implementation of alternative measures is one of the solutions.

The Slovak Republic is a newcomer to alternative measures but is working to improve alternative institutes. However, we are convinced that more can be done in the area of alternative measures.

That is why the purpose of this article was to map and analyze the issue of alternative measures in other European countries such as Spain, Italy, Portugal and Austria, as these countries have better developed legislation in many areas.

In functioning systems, it is possible to look for inspiration and knowledge, and it is also necessary to think about potential legislative changes in the Slovak Republic, especially in the area of alternatives to detention (custody) in criminal proceedings, or more effective execution of alternative sentences for less serious crimes. We believe that the academic public can also contribute to these issues by summarizing alternative institutes in European countries.

## KEY WORDS

alternative measures, alternative sentences, imprisonment, parole, selected European countries

## KLÚČOVÉ SLOVÁ

alternatívne opatrenia, alternatívne tresty, trest odňatia slobody, podmienečné prepustenie, vybrané štáty Európy

## BIBLIOGRAPHY

1. ALBRECHT, H. *Sanction Policies and alternative measures to incarceration: European experiences with intermediate and alternative criminal penalties.* Available on web: [https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS\\_No80/No80\\_07VE\\_Albrecht.pdf](https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No80/No80_07VE_Albrecht.pdf).
2. BUCEKOVÁ, M. *PODMIENKY ROZHODOVANIA O VĀZBE V RAKÚSKU.* In. Magister Officiorum 3/2012. Available on web: [http://www.ucps.sk/PODMIENKY\\_ROZHODOVANIA\\_O\\_VAZBE\\_V\\_RAKUSKU](http://www.ucps.sk/PODMIENKY_ROZHODOVANIA_O_VAZBE_V_RAKUSKU).
3. DORES, A., PONTES, N., LOUREIRO, R. *Alternatives to prison Europe Portugal.* European Prison Observatory. Alternatives to detention. 2015, ISBN 978-88-98688-20-3. Available on web: <http://www.prisonobservatory.org/alternatives/ALTERNATIVES%20TO%20PRISON%20IN%20EUROPE.%20PORTUGAL.pdf>.
4. FERENČÍKOVÁ, S. *Možnosti aplikácie inštitútu probácie pri výkone detencie.* In: Aplikácia nových prístupov k človeku v kontexte mediačnej a probačnej práce : zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie Dni probácie a mediácie. - Prešov : Prešovská univerzita v Prešove, 2017. - ISBN 9788055518206.
5. HOCHMAYR, G. *Elektronisch überwachter Hausarrest, Zur Regelung in Deutschland und Österreich.* In Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik [www.zis-online.com]. 2012, roč. 6, č. 11 [cit. 2016-02-28] Dostupné na internete: [http://www.zisonline.com/dat/artikel/2012\\_11\\_712.pdf](http://www.zisonline.com/dat/artikel/2012_11_712.pdf).
6. JUNGER-TAS, J. *Alternatives to prison sentences. Experiences and developments.* Studies on crime and justice, a series from the Dutch research and documentation centre. 1994. ISBN 90-6299-111-4. Available on web: [https://english.wodc.nl/binaries/ov-1994-01-full-text\\_tcm29-77924.pdf](https://english.wodc.nl/binaries/ov-1994-01-full-text_tcm29-77924.pdf).
7. KLÁTIK, J. a kol. *Trestné právo hmotné. Všeobecná časť.* Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2018. - ISBN 9788073807252.
8. KURUCOVÁ, V. *Úspech trestu domáceho väzenia v okolitých krajinách - návod pre nás?.* In Zahraniční vlivy na vnitrostátní právo. Praha: Leges, 2014. ISBN 978-80-7502-017-8, s. 121-129.
9. MARIETTI, S. *Alternatives to prison Europe Italy.* European Prison Observatory. Alternatives to detention. 2015, ISBN 978-88-98688-21-0. Available on web: <http://www.prisonobservatory.org/alternatives/ALTERNATIVES%20TO%20PRISON%20IN%20EUROPE.%20ITALY.pdf>.
10. OCANA M., *Alternatives to prison is Europe Spain.* European Prison Observatory. Alternatives to detention. 2015, ISBN 978-88-98688-18-0. Available on web: <http://www.prisonobservatory.org/alternatives/ALTERNATIVES%20TO%20PRISON%20IN%20EUROPE.%20SPAIN.pdf>.
11. PADFIELD, N, van ZYL SMIT, D., DUNKEL, F. *Release from Prison.* European policy and practice. 2010. Routledge. Available on web: [https://books.google.sk/books?id=RABSREEQtoUC&pg=PA198&dq=conditional+release+from+prison&hl=cs&sa=X&ved=0ahUKEwj8mvWV\\_PoAhW6RhUIHcaYDLEQ6AEIJzAA#v=onepage&q=conditional%20release%20from%20prison&f=false](https://books.google.sk/books?id=RABSREEQtoUC&pg=PA198&dq=conditional+release+from+prison&hl=cs&sa=X&ved=0ahUKEwj8mvWV_PoAhW6RhUIHcaYDLEQ6AEIJzAA#v=onepage&q=conditional%20release%20from%20prison&f=false).
12. RIDERSTALLER, J. *Alternatives to custody for young offenders.* International juvenile justice observatory. Available on web: [http://www.oijj.org/sites/default/files/baaf\\_austria1.pdf](http://www.oijj.org/sites/default/files/baaf_austria1.pdf).
13. ROMŽA, S. *Alternatívne spôsoby výkonu trestov.* - Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2018. - ISBN 9788081526534.

14. STRÉMY, T., KLÁTIK, J. Alternatívne tresty. Bratislava : C.H. Beck, 2018, 288s, ISBN 978-80-89603-56-5.
15. TÓTHOVÁ, V., FERENČIKOVÁ, S. *Innovation in criminal policy of imposing alternative sanctions in Slovak Republic*. In: CBU International Conference Proceedings 2019: Innovations in Science and Education : March 20-22, 2019, Prague, Czech Republic.- Praha : CBU Research Institute, 2019. - ISBN 9788090772212.
16. Criminal Code of the Kingdom of Spain. Available on web: [https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain\\_CC\\_am2013\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf).
17. Criminal Code of Portugal. Available on web: [https://www.legislationline.org/download/id/4288/file/Portugal\\_CC\\_2006\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/4288/file/Portugal_CC_2006_en.pdf).
18. Criminal Code of Slovak Republic.
19. Criminal procedural Code of Slovak Republic.

**CONTACT DETAILS OF THE AUTHOR****JUDr. Lukáš Michalov, PhD.**

Assistant Professor

Pavol Jozef Šafárik University in Košice  
Faculty of Law, Department of Criminal Law  
Kováčska 26, 040 75 Košice  
E-mail: lukas.michalov@upjs.sk  
Tel.: + 421 55 234 4148

# PROJEVY ZÁSADY KONTRADIKTORNOSTI V ČESKÉM TRESTNÍM A CIVILNÍM PROCESU

## REFLECTION OF THE PRINCIPLE OF CONTRADICTION IN THE CZECH CRIMINAL AND CIVIL PROCESS

Jiří Mulák<sup>1</sup>, Vladislav Vnenk<sup>2</sup>

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-2-06>

### ABSTRAKT

Příspěvek<sup>3</sup> se zabývá zásadou kontradiktornosti a jejími projevy v trestním a civilním procesu. Nejprve je pojednáno o uplatnění zásady kontradiktornosti v trestním řízení, zejména ve stadiu hlavního líčení, a posléze o jejím uplatnění v civilním procesu. Zvláštností trestního procesu je jeho členění na předsoudní stadium a řízení před soudem, přičemž obě stadia se významným způsobem odlišují, přesto se ovlivňují a do značné míry také předurčují. Specifikem civilního procesu, u kterého z povahy věci absentuje klasické předsoudní stadium, je jeho diferenciace na řízení sporné a nesporné. Zásada kontradiktornosti, jako právo na přístup k informaci a reakci na ni, nabývá v těchto variacích různého obsahu.

### ABSTRACT

The paper deals with the principle of contradictory and its reflection in criminal and civil proceedings. First, the application of the principle of contradictory in criminal proceedings is discussed, especially at the stage of the main trial, and then its application in civil proceedings. The peculiarity of the criminal process is its division into the pre-trial stage and court proceedings, while the two stages differ significantly, yet they influence each other and to a large extent also predetermine them. The specificity of the civil process, in which the classical pre-trial stage is absent by the nature of the matter, is its differentiation into a controversial and indisputable procedure. The principle of contradictory, as the right to access and respond to information, takes on different content in these variations.

### I. ÚVOD

Kontradiktornost v tom nejobecnějším smyslu slova bývá v nauce označována za pravidlo přirozeného práva ovládající každé soudní řízení,<sup>4</sup> z čehož logicky plyne označení principu kontradiktornosti<sup>5</sup> za jeden z fundamentálních a imanentních principů soudního procesu vůbec, resp. za jednu z „hlavních záruk soudního řízení“.<sup>6</sup> Své historické kořeny má v klasické zásadě „audiatur et altera pars“ (nechť je slyšena i druhá strana).

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

<sup>2</sup> JUDr., Západočeská univerzita v Plzni, Fakulta právnická, Plzeň, Česká republika  
University of West Bohemia in Pilsen, Faculty of Law, Czech Republic.

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

<sup>4</sup> REPÍK, B.: Evropská úmluva o lidských právech a trestní právo, Orac, Praha 2002, s. 147.

<sup>5</sup> Německy „Grundsatz des kontradiktionsverfahrens“, francouzsky „le principe du contradictoire“, anglicky „the right to adversarial proceedings“ či „the principle of proceedings which are contradictioire“.

<sup>6</sup> Rozhodnutí ESLP Feldbrugge proti Nizozemsku ze dne 29. 5. 1986, stížnost č. 8562/79.

Podle B. Repíka bez tohoto principu „vůbec nelze mluvit o procesu, když podstatou procesu je konfrontace dvou stran, z nichž každá musí mít možnost vyjádřit se, popírat návrhy, argumenty a důkazy druhé strany a předkládat vlastní“.<sup>7</sup> Pakliže vyjdeme z těchto tezí, můžeme kontradiktornost označit za pojmový znak moderního soudního procesu jakožto typizovaného a právně formalizovaného způsobu řešení sociálních, resp. právních konfliktů, přičemž není rozhodně namísto jej asociovat s určitou právní kulturou nebo systémem, např. se systémem common law.<sup>8</sup>

Princip kontradiktornosti je dále možné označit za přímý výraz diskurzivity v procesní oblasti, neboť je založen na myšlence, že sporné skutečnosti se během řízení prezentují ve formě polemiky (kontradikce). Nezbytným předpokladem kontradiktornosti řízení je rovné postavení obou procesních stran, které tak mají stejnou možnost hájit svá stanoviska před nestranným a nezávislým soudem. Právě procesní rovnost je nejlepším garantem, že se soudci podaří objasnit co nejlépe skutkový stav a poskytnout co nejvhodnější interpretaci relevantního práva. Rovnost účastníků řízení je založena na premise, že zacházet s lidmi spravedlivě znamená zacházet se všemi stejně a neposkytovat jedné ze stran jakékoliv neospravedlnitelné výhody. Procesní strany totiž nejsou pouhými objekty, ale naopak mají možnost aktivně se účastnit na tvorbě výsledného rozhodnutí. Rozhodování soudu tak sice zůstává autoritativní, pozbývá však svého autoritářského charakteru tím, že soud neumlučuje procesní strany a nezůstává uzavřen do svého pojetí práva, ale naopak bere v úvahu všechny jejich vznesené argumenty, propůjčuje svému rozhodnutí nezbytnou legitimitu, která se nezakládá pouze na soudcovské autoritě, ale navíc je podpořena racionalitou soudního rozhodnutí, kde výsostné místo zaujímá odůvodnění rozhodnutí. Testem respektu soudce k této pravidlům dokazování je přesvědčivost odůvodnění rozhodnutí, které za stanovených podmínek podléhá instančnímu přezkumu v rámci řádného a za určitých podmínek i mimořádného opravného řízení, což je cesta vedoucí k odpovědnosti soudce za příslušné rozhodnutí. Procesní předpisy stanovují, jakým způsobem mají být rozsudek (§ 120 a § 125 tr. rádu; § 157 o.s.r.) a usnesení odůvodněny (§ 134 odst. 2 tr. rádu; § 167 odst. 2 a § 169 o.s.r.). Kontradiktornost řízení je jedním z fundamentálních předpokladů existence práva na spravedlivý proces a ve své podstatě znamená, že obě procesní strany mají právo seznámit se se všemi důkazy či vyjádřeními, které budou mít vliv (relevanci) na rozhodnutí ve věci, a to bez ohledu na to, zda je soudu předložila druhá strana nebo zda si je vyžádal, vyhledal či jinak sám soud.

## II. UPLATNĚNÍ ZÁSADY KONTRADIKTORNOSTI V TRESTNÍM PROCESU

České trestní řízení (český trestní rád) je typickým představitelem kontinentálního modelu trestní řízení, neboť je vystavěno na zásadách tzv. osvícené inkvizice, resp. refomovaného kontinentálního modelu. Pro kontinentální model je charakteristické to, že vychází z doktríny právního státu, přičemž státy kontinentálního modelu jsou v zásadě etatistické (svěřující státním orgánům – orgánům činným v trestním řízení – velkou pravomoc, ale i velkou odpovědnost), proaktivní, dogmatické, hierarchické a centralizované. Chápání trestního procesu je zde veřejnoprávní, kdy hlavním (určujícím) cílem je ochrana společnosti, byť na významu nabývá též ochrana práv jednotlivce (osoby, proti které je vedeno trestní řízení – obviněného, ale i poškozeného). Zvláštností trestního řízení jsou jeho fáze (stadia), jimiž jsou přípravné řízení (vnitřně členěné na tzv. *inkvizici generální* - prověřování a *inkvizici speciální* – vyšetřování), předběžné projednání obžaloby, hlavní líčení, opravné řízení a vykonávací řízení. Zde pro úplnost dodejme, že vztah mezi předsoudním stadiem a řízení před soudem, pokud jde o rozsah dokazování, patří mezi nejsložitější otázky trestního práva procesního. Pokud jde o řízení před

<sup>7</sup> REPÍK, B.: Evropská úmluva o lidských právech a trestní právo, Orac, Praha 2002, s. 147.

<sup>8</sup> Rozhodnutí ESLP *Brandstetter proti Rakousku* ze dne 28. 8. 1991, stížnosti č. 11170/84, 12876/87, 13468/87.

soudem jedná se v duchu kontinentální tradice o tzv. „judge-led“ model, nikoliv o tzv. „party-driven“ model, typický pro anglo-americké soudní řízení.

Nejtypičtější základní zásadou českého trestního řízení je zásada oficiality (§ 2 odst. 4 tr. rádu) s určitými výjimkami ve prospěch zásady dispoziční. Tato profilující zásada nachází svůj projev v otázce zahájení trestního řízení (stíhání) v zásadě legality (§ 2 odst. 3 tr. rádu)<sup>9</sup> a v oblasti dokazování v zásadě vyhledávací (§ 2 odst. 5 tr. rádu).<sup>10</sup> Je to právě zásada vyhledávací, která spolu se zásadou materiální pravdy (obě upravené v § 2 odst. 5 tr. rádu) a zásadou volného hodnocení důkazů (§ 2 odst. 6 tr. rádu) tvoří triádu typických zásad kontinentálního modelu v oblasti dokazování, které je jinak jádrem trestního řízení.

Podstatou inkvizičního (osvícené inkvizice) systému je to, že se ponechává na státním orgánu (veřejném žalobci a *in fine* soudci), aby ve veřejném zájmu přiměřenými a zákonnými prostředky zajistil, že bude v rámci dokazování zjištěno, jak to „opravdu bylo“ (praktická jistota), tedy důkazní prostředky jsou v rukou státního orgánu (zásady oficiality, legality, vyhledávací, volné hodnocení důkazů, materiální pravda) a obhajoba (existující díky obžalovací zásadě, jejíž podstatou je rozdělení procesních funkcí mezi jednotlivé subjekty) je tu zejména od toho, aby tyto státní orgány kontrolovala, aby vytvořila právo na spravedlivý proces tím, že nedovolí státnímu orgánu se odchýlit od pravidel, která jsou mu - v duchu ústavního imperativu zásady enumerativnosti veřejnoprávních pretenzí (*secundum et intra legem*; čl. 2 odst. 3 Ústavy ČR a čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod) - předem zákonem stanovena (presumpce neviny, zásada rádného zákonného procesu, právo na obhajobu, možnost podávat opravné prostředky, *favor defensionis, ne bis in idem*).

## 1. Evropské souvislosti

Výše bylo naznačeno, že zásadu kontradiktornosti lze charakterizovat jako prvek práva na spravedlivé projednání věci, které je samo integrální součástí práva na spravedlivý proces. V určitém smyslu doplňkem kontradiktornosti je zásada rovnosti zbraní, která v kontradiktorním řízení dává oběma stranám šanci před soudem efektivně prosazovat své oprávněné zájmy. Jde o to, že samotný požadavek kontradiktorního projednání věci by neměl takový význam, kdyby stranám nebyla zaručena rovnost. Hovoříme o principu „rovnosti zbraní“ (tj. principu, že každá ze stran v procesu musí mít stejnou možnost hájit své zájmy a že žádná z nich nesmí mít podstatnou výhodu vůči straně odpůrčí). V oblasti dokazování princip rovnosti zbraní zejména vyžaduje, aby každá strana měla možnost navrhnout nebo předkládat důkazy k podpoře svého tvrzení nebo na svoji obhajobu. Jedná se o principy zcela zásadní, ve kterých B. Repík, emeritní soudce Evropského soudu pro lidská práva, viděl postavení obou zásad „*v samé podstatě spravedlnosti*“, kdy bez kontradiktornosti vůbec nelze mluvit o procesu. Konkrétní podoba obou zásad je ve smyslu EÚLP určena evolutivním výkladem ESLP, neboť i zde dochází k autonomnímu výkladu pojmu v zájmu zajištění jednotného chápání v jurisdikci EÚLP.

V této souvislosti je potřeba uvést, že EÚLP neupravuje dokazování jako takové, přičemž se dotýká přímo či nepřímo jen jeho některých aspektů. Úprava dokazování v trestních věcech je závislá na vnitrostátním právu a EÚLP státům nepředepisuje žádnou zvláštní úpravu, což je pochopitelné vzhledem k rozmanitosti právní úpravy dokazování v evropských právních systémech, resp. v jurisdikcích členských států Rady Evropy. Ani Evropský soud pro lidská práva se nikdy vyslovil v tom směru, že by snad reformovaný kontinentální systém nesplňoval elementy kontradiktornosti. Judikatura ESLP však stanovila určité mantinely, ve kterých se musí dokazování pohybovat, a se zřetelem na ně se určité pravidlo dokazování může ukázat být v rozporu s požadavkem spravedlivého procesu podle článku 6 EÚLP, resp. v rozporu čl. 6 odst. 1 či 3 EÚLP, případně obou ustanovení. Každá strana musí mít možnost seznámit se se

<sup>9</sup> MULÁK, J.: Základní zásady trestního řízení a právo na spravedlivý proces. Praha: Leges, 2019, s. 139 an.

<sup>10</sup> MULÁK, J.: Základní zásady trestního řízení a právo na spravedlivý proces. Praha: Leges, 2019, s. 207 an., 294 an.

všemi podklady, tvrzeními, důkazy protistrany a zároveň musí mít možnost vyjádřit se k tvrzením, důkazům, argumentům protistrany. Musí mít dále možnost popírat důkazy a argumenty protistrany stejně jako právo na to, aby v řízení byly vyslechnuty její argumenty, návrhy a požadavky. Postulát kontradiktornosti se pochopitelně vztahuje i na informace a důkazy obstarané samotným soudem. Nejčastěji se právo na kontradiktorní proces uplatňuje při zajištění účasti obviněného na řízení před soudem, při předkládání důkazů a při provádění důkazů, zejména při výslechu svědků. Zde lze odkázat na čl. 6 odst. 3 písm. d) EÚLP, ve kterém se uvádí, že obviněný má právo vyslýchávat svědky proti sobě a dosáhnout předvolání a výslech svědků ve svůj prospěch za stejných podmínek jako svědků proti sobě.<sup>11</sup> Princip kontradiktornosti potom můžeme chápát jako způsob hledání pravdy, nebo jako právo stran na obhajobu, anebo jako kritérium soudního procesu, k čemuž se váží příslušné základní zásady trestního řízení (§ 2 tr. rádu).<sup>12</sup>

Zásada kontradiktornosti trestního řízení se skládá ze dvou neoddělitelných komponentů – jednak z práva na informace (tj. práva, resp. povinnosti seznámit se se všemi dokumenty a důkazy, které mohou ovlivnit rozhodnutí) a z práva vyjádřit se k předloženým důkazům, přičemž za součást kontradiktorního řízení považuji prvky rovnost zbraní, právo obviněného účastnit se řízení před soudem a předkládat důkazy a právo na kontradiktorní výslech svědka.<sup>13</sup> Nejedná se však o práva absolutní, o čemž svědčí bohatá rozhodování praxe Evropského soudu pro lidská práva.

## 2. Česká reflexe

Projevy zásady kontradiktornosti můžeme naleznout, jak v přípravném řízení, tak i v řízení před soudem. Z povahy věci je však takové uplatnění podstatnější v hlavním líčení, neboť se z hlediska dokazování jedná o jádro trestního řízení, byť jde o stadium fakultativní. Předně je třeba poznamenat, že současný trestní řád princip kontradiktornosti nikde nedefinuje (není například uveden mezi základními zásadami trestního řízení), což by měly změnit rekodifikační práce na novém trestním řádu.<sup>14</sup> Vyšetřovací fáze přípravného řízení (tzv. inkvizice speciální) a trestní stíhání počíná usnesením o zahájení trestního stíhání, proti němuž je přípustná stížnost, která z povahy věci nemá odkladný účinek. Toto usnesení typicky vydáváno policejním orgánem a o stížnosti tak zpravidla rozhoduje dozorující státní zástupce. Vzhledem k tomu, že stížnost je možné podat pro nesprávnost výroku usnesení nebo pro porušení ustanovení o řízení, které usnesení předcházelo, a zároveň jí lze opřít o nové skutečnosti a důkazy (§ 145

<sup>11</sup> K tomu podrobněji RÍHA, J.: Vybrané aspekty použitelnosti protokolů o dřívějších svědeckých výpovědích v hlavním líčení s ohledem na judikaturu ESLP. In: JELÍNEK, J. a kol.: Dokazování v trestním řízení v kontextu práva na spravedlivý proces. Praha: Leges, 2018, s. 233.

<sup>12</sup> OLEJ, J. – KOLCUNOVÁ, M. – KOLCUN, J.: Kontradiktornosť v trestnom konaní, Bratislava: C. H. Beck, 2014, s. 49-67; MULÁK, J.: Základní zásady trestního řízení a právo na spravedlivý proces. Praha: Leges, 2019, s. 101, 275 an.

<sup>13</sup> MULÁK, J.: Zásada kontradiktornosti trestního řízení – evropské souvislosti a česká reflexe. Bulletin advokacie, 2019, č. 3, s. 33 – 38.

<sup>14</sup> Klíčový dokument, kterým jsou Východiska a principy nového trestního řádu, vymezuje zásadu kontradiktornosti následovně:

Zásada kontradiktornosti: (1) *Při dokazování v řízení před soudem mají strany právo provádět důkazy za stejných podmínek. Důkaz provádí ta strana, která důkaz navrhla. Jestliže provedení důkazu navrhne shodně více stran, rozhodne předseda senátu o tom, která z nich důkaz provede.* (2) *V případě provedení důkazu soudem mají strany právo vyjádřit se k provedenému důkazu. Spočívá-li provedení důkazu ve výslechu svědka nebo znalce, má každá ze stran právo klást otázky za stejných podmínek.* (3) *Obviněný nesmí být odsouzen výlučně či v převažující míře na základě důkazu, k němuž neměl možnost se sám nebo prostřednictvím obhájce vyjádřit a, jde-li o výpověď svědka, klást mu otázky.* Oproti tomu pracovní verze osnovy nového trestního řádu zakotvuje zásadu kontradiktornosti takto: § 8 Kontradiktornost řízení: (1) *Obviněný má právo být způsobem a za podmínek uvedených v trestněprocesním zákoně seznámen s tím, co je mu kladenou za vinu a jaký trestní čin je v tom spatřován, a s důkazy, které orgány činné v trestním řízení v přípravném řízení opatřily, a to jak v jeho prospěch, tak i v neprospěch, a vyjádřit se k nim.* (2) *Strany mají právo pramen důkazu nebo důkazní prostředek vyhledat, předložit, navrhnout jeho provedení nebo jej v souladu se zákonem provést, klást vyslýcháným osobám otázky a vyjádřit se k provedeným důkazním prostředkům a k důkazům z nich vyplývajícím.*

odst. 1, 2 tr. rádu), je kontradiktornost s ohledem na toto stadium trestního řízení, v němž státní zástupce nemá ještě postavení strany (§ 12 odst. 6 tr. rádu), zachována.

Jak vyplývá ze znění trestního rádu, tak možnost napadat nesprávnost výroku usnesení je poměrně široká – lze napadat nezákonnost nebo neodůvodněnost. Vady usnesení mohou být povahy skutkové i právní.<sup>15</sup> Tím ovšem předpokládaná aktivita obhajoby (tj. obviněného a jeho obhájce) v přípravném řízení z pohledu kontradiktornosti ve smyslu polemiky se závěry policejního orgánu nebo státního zástupce končí. Obviněný sice může prostřednictvím svého obhájce činit podání, kterými se bude vyjadřovat například k dosavadnímu průběhu dokazování, policejní orgán ani státní zástupce však nemusí na argumentaci v nich obsaženou reagovat. V této souvislosti pak nelze opomenout ustanovení § 165 tr. rádu, které jednak stanoví připouštění možnost obviněného na vyšetřovacích úkonech (odst. 1), jednak stanoví procesní nárok obhájce být přítomen při vyšetřovacích úkonech, jejichž výsledek může být použit jako důkaz v řízení před soudem, ledaže nelze provedení úkonu odložit a vyrozumění o něm zajistit (odst. 2). V obou případech je umožněno klást otázky vyslychaným svědkům. Institut skončení vyšetřování (§ 166 tr. rádu) je spojen toliko s možností prostudovat spisy a učinit návrhy na doplnění dokazování.

Klíčovým rozhodnutím, kterým se trestní věc přenáší z přípravného řízení do řízení před soudem, je obžaloba.<sup>16</sup> Toto rozhodnutí *sui generis* však na dosavadní obhajobu obviněného reagovat nemusí. I kdyby tedy obhajoba učinila podání (stanovisko k obžalobě), což jí trestní řád nezakazuje (zde platí zásada legální licence) a v němž by argumentovala, že skutek kladený obviněnému za vinu není správně právně kvalifikován, nebo že skutkové hodnocení dosavadního dokazování je chybné, státní zástupce není povinen se s takovou obhajobou v obžalobě vypořádat, neboť trestní řád mu žádnou takovou povinnost nestanoví, což ovšem neznamená, že to nemůže do textu obžaloby uvést.<sup>17</sup> Absenci jakékoli kontradiktorní právní argumentace ve fázi podávání obžaloby nenapravuje ani právní úprava následného fakultativního stadia trestního řízení, kterým je předběžné projednání obžaloby (§ 185 tr. rádu).

V hlavním líčení by se měl princip kontradiktornosti prosazovat v zásadě bez jakéhokoli omezení. Lze konstatovat, že česká právní úprava má v tomto však značné rezervy. Obžalovaný má sice možnost vyjádřit se k obžalobě, a to jako první, musí tak ovšem učinit v rámci svého výslechu. Český trestní proces nezná anglo-americký institut úvodního prohlášení (*opening statement*), v němž by mohl obviněný (obžalovaný) uvést, zda se cítí vinen či nevinen (*guilty plea*), a dále by se mohl, a to i prostřednictvím obhájce vyjádřit k podané obžalobě. Vzhledem k tomu, že státní zástupce přednáší obžalobu v úvodu hlavního líčení, měla by i obhajoba mít možnost ovlivnit mínění nezávislého soudu, který navíc poté provádí dokazování. Uvedené by pak podle Pelce mělo platit zvláště v naší koncepci trestního řízení, v níž dokazování v hlavním líčení je převážně v režii soudu (jde o tzv. *judge led model*).<sup>18</sup> Stejně tak v průběhu dokazování v hlavním líčení je polemika stran trestního řízení omezená a jejímu plnému uplatnění chybí *expressis verbis* zakotvená možnost obžalovaného vyjadřovat se k provedeným důkazům prostřednictvím svého obhájce (srov. § 214 tr. rádu). Ustanovení § 215 tr. rádu pak stanoví součinnost stran při dokazování.<sup>19</sup> Lze konstatovat, že jedinou zákonem předvídanou možností,

<sup>15</sup> JELÍNEK, J. a kol.: Trestní právo procesní. Praha: Leges, 2018, s. 665.

<sup>16</sup> Vedle obžaloby je to návrh na potrestání, návrh na schválení dohody o vině a trestu a také návrh na uložení ochranného opatření.

<sup>17</sup> Ustanovení § 177 písm. a) tr. rádu hovoří o tom, že obžaloba mj. musí obsahovat odůvodnění žalovaného skutku s uvedením důkazů, o které se toto odůvodnění opírá, a seznam důkazů, jejichž provedení se v hlavním líčení navrhuje, jakož i právní úvahy, kterými se státní zástupce řídil při posuzování skutečnosti podle příslušných ustanovení zákona

<sup>18</sup> PELC, V.: Kontradiktornost – realita nebo chiméra českého trestního procesu? In: JELÍNEK, J. a kol.: Ochrana základních práv a svobod prostředky trestního práva procesního. Praha: Leges, 2020 (v tisku).

<sup>19</sup> § 215 odst. (1) *Státní zástupce, obžalovaný, jeho obhájce a opatrovník, zúčastněná osoba, poškozený a jejich zmocněnci mohou se souhlasem předsedy senátu klást vyslychaným otázky, a to zpravidla tehdy, když předseda senátu své dotazy skončil a když už nemají otázek členové senátu.*

jak v hlavním líčení kvalifikovaně a souhrnně přednést argumenty obhajoby ke *questiones facti et iuris* jsou závěrečné řeči, neboť právo závěrečné řeči má i obhájce (§ 216 tr. rádu). Po stížnosti proti usnesení o zahájení trestního stíhání tak jde o jediný skutečně kontradiktorní prvek, v jehož rámci může dojít ke skutečné a komplexní polemice s obžalobou.

### 3. Možnosti a perspektivy

I přes výše uvedené „deficity“ kontradiktornosti lze konstatovat, že současný model dokazování v trestním řízení, který soudce zavazuje v nezbytném rozsahu doplňovat dokazování, přitom neshledávám žádný rozpor s právem na spravedlivý proces, neboť z podstaty trestního práva je zájem nikoliv pouze na tom, aby nedošlo k nespravedlivému odsouzení nevinného, nýbrž i na tom, aby byl skutečný pachatel spravedlivě potrestán. Pokud se tedy v jisté fázi řízení zjistí, že je třeba doplnit dokazování, neboť např. důkazy předložené státním zástupcem ještě neprokazují vinu obviněného bez důvodných pochybností, je přece za účelem ochrany veřejného zájmu, resp. vyvažování veřejného a soukromého zájmu a zjištění materiální pravdy, která je finálním cílem trestního řízení nezbytné, aby soudce v potřebném rozsahu dokazování doplnil. Musíme tedy vycházet z teze, že soud je nestranný, a cokoliv dělá, dělá proto, aby dospěl ke spravedlivému rozhodnutí,<sup>20</sup> neboť jeho úkolem je vyvažování veřejného zájmu na potíráni kriminality, reprezentované veřejným žalobcem, a ochranou základních práv a svobod osob, proti kterým je vedeno trestní řízení (srov. čl. 4 Ústavy ČR, který hovoří o tom, že základní práva a svobody jsou pod ochranou soudní moci). Touží-li zákonodárce po zvýšení aktivity procesních stran, at' tak v žádném případě nečiní na úkor zásady vyhledávací, neboť v takovém případě by se hledání materiální pravdy v trestním řízení mohlo stát již toliko ideálem. Také je nutné mít na zřeteli specifické postavení státního zástupce, který je procesní stranou, ale z povahy svého postavení (jako ochránce veřejného zájmu) musí být nestranný a objektivní. Jde totiž o to, že zájem veřejného žalobce není jednostranný, nýbrž proměnlivý, jelikož se v závislosti na skutkových zjištěních učiněných v trestním řízení může později shodovat se zájmem (původní „protistrany“) obviněného. Z tohoto důvodu má také např. nejšírsí možnost u odvolacího práva [§ 246 odst. 1 písm. a) tr. rádu].

Nepromyšlené posilování sporné povahy soudní fáze trestního řízení (např. zavedením formálního důkazního břemene, jako tradičního institutu sporného civilního řízení) může vést k prolamování některých důležitých pilířů trestního procesu kontinentálního typu, tedy příkladmo zásady presumpce neviny, materiální pravdy, vyhledávací a volného hodnocení důkazů. Jako vhodnější se jeví přeměna obecného pravidla (tedy že předseda provádí dokazování) ve výjimku (státní zástupce provádí důkazy ve prospěch obžaloby vždy bez ohledu na to, zda byly navrženy již v obžalobě nebo při hlavním líčení, pokud si jejich provedení nevyhradí předseda senátu) a dále uložení povinnosti obhájci provést důkaz navržený obhajobou. Zavedení plně kontradiktorního (ve smyslu adversárního) trestního řízení, spojeného s úplným formálním důkazním břemenem státního zástupce, by nutně znamenalo to,

(2) Státní zástupce, obžalovaný a jeho obhájce mohou žádat, aby jim bylo umožněno provést důkaz, zejména výslech svědka nebo znalce. Předseda senátu jim vyhoví zejména tehdy, jestliže jde o důkaz prováděný k jejich návrhu nebo jimi opatřený a předložený; není povinen jim vyhovět, jde-li o výslech obviněného, výslech svědka mladšího než osmnáct let, nemocného nebo zraněného svědka, anebo jestliže by provedení důkazu některou z uvedených osob nebylo z jiného závažného důvodu vhodné. Jestliže je výslech stejného svědka nebo znalce navrhován jak státním zástupcem, tak i obžalovaným nebo obhájcem, a obě strany žádají o provedení výslechu, rozhodne předseda senátu po vyjádření obou stran o tom, která z nich výslech provede. Provádění výslechu některou z uvedených stran může předseda senátu přerušit jen tehdy, není-li výslech prováděn v souladu se zákonem, na vyslychaného je vyslychajícím činěn nátlak nebo je výslech jím veden jiným nevhodným způsobem, anebo předseda senátu nebo člen senátu považuje za nezbytné položit vyslychanému otázku, jejíž položení není možno odložit na dobu po provedení takového výslechu nebo jeho části.

(3) Po provedení výslechu nebo jeho části podle odstavce 2 má právo druhá strana klást vyslychanému otázky. Poslední věta odstavce 2 platí tu obdobně.

(4) Po provedení všech důkazů zjistí předseda senátu, zda strany nečiní návrhy na doplnění dokazování.

<sup>20</sup> MIČKAL, M.: Úloha soudce a aktivita stran při provádění výslechu svědka v řízení před soudem, Trestní právo, 2018, č. 1, s. 13-20.

že soud by nemohl vyhledat a provést důkazy ve prospěch či v neprospěch obžalovaného, a to z důvodu úplné rovnosti stran, která je však iluzorní, neboť strany v trestním řízení si mohou být rovny také v právech, nikoliv však v povinnostech. Faktická nerovnost je dána i důsledky zásady presumpce neviny.

Dále to může znamenat faktické snížení práva na obhajobu u méně majetných obviněných, kteří si nebudou moci dovolit profesionální obhajobu, protože obviněný v adversárním modelu, spíše než nestranného a nezávislého soudce, potřebuje velmi dobrého obhájce. Bude-li zvolena cesta takového kontradiktorního procesu, bude dále nevyhnutelné zachovat a dále posílit instituty jako dohoda o vině a trestu, uznání viny, upuštění od dokazování nesporných skutečností. Řešení nelze spatřovat ani v tom, že by soud mohl z vlastní iniciativy vyhledávat a provádět důkazy výlučně ve prospěch obžalovaného, a to proto, že jednak takový soudce nebude nestranný, když bude trestním rádem konstituován jako „pomocník obhajoby“ (možný rozpor s čl. 82 Ústavy ČR), a jednak se může ukázat, že soudem v dobré víře provedený důkaz ve prospěch je obsahově důkazem (alespoň částečně) v neprospěch obžalovaného, což souvisí s jeho procesní použitelností.<sup>21</sup>

Posilování prvků kontradiktornosti však znamená nutnost dalšího oslabování (snad) stále vůdčí zásady legality vyjádřené v § 2 odst. 3 tr. rádu, resp. její akusační složky, která bývá někdy zpochybňována, ve prospěch zásady opportunity, což může odůvodňovat posilování kontroly diskrečních oprávnění státního zástupce ze strany poškozeného, například formou subsidiární trestní žaloby. Tímto by však docházelo k tomu, že by soud „hlídal“ ochránce, resp. představitele veřejného zájmu, kterým je v trestním řízení výlučně veřejný žalobce, a nepřímo by se tak stával vykonatelem zásady legality, která mu v podmírkách demokratického právního státu přísluší nemůže, neboť platí zásada obžalovací, jejíž podstatou je rozdělení procesních funkcí mezi subjekt žalující (obžaloba), obhajující a rozhodující. Posilováním již existujících prvků kontradiktornosti v přípravném řízení (např. širším rozsahem účasti obhájce ve vyšetřovacích úkonech) či zavedením formálního důkazního břemene státního zástupce se těžiště dokazování může fakticky přesouvat z řízení před soudem do přípravného řízení vzdor deklarovanému (opačnému) trendu, kterým je posilování řízení před soudem, a znamenat návrat do doby, kdy těžiště dokazování se nacházelo v přípravném řízení a úlohou soudu bylo jen opakování již provedených důkazů. Je potřeba proto k posilování prvků kontradiktornosti trestního řízení přistupovat odpovědně a uvážlivě, zejména pak respektovat kontinentální koncepci trestního řízení.

### III. UPLATNĚNÍ ZÁSADY KONTRADIKTORNOSTI V CIVILNÍM PROCESU

Zásadě kontradiktornosti v civilním procesu je oproti zásadě kontradiktornosti v trestním řízení věnována ze strany právní vědy bohužel minimální pozornost. Zásada kontradiktornosti je v rámci civilního procesu obvykle definována jako právo účastníka seznámit se s tvrzeními a podáními ostatních účastníků a právo o nich diskutovat. Zahrnuje však i právo oponovat, tedy vyjevovat sporné skutečnosti cestou polemiky, sporu.<sup>22</sup>

Systematicky je tato zásada řazena do skupiny zásad odpovídající právu na spravedlivý proces, přičemž jako taková je právní vědou civilního procesu funkčně napojena k zásadě rovnosti.<sup>23</sup> Ústavní soud ČR konstantě judikuje, že *součástí práva na spravedlivý proces je mimo jiné vytvoření prostoru k tomu, aby účastník řízení mohl účinně uplatňovat námitky a*

<sup>21</sup> Na toto krajně obtížné téma srov. nejnovější publikaci ZAORALOVÁ, P.: Procesní použitelnost důkazů v trestním řízení a její meze. Praha: Leges, 2018.

<sup>22</sup> ZAHRADNÍKOVÁ, R. a kol: Civilní právo procesní. Plzeň : Aleš Čeněk, s.r.o., 2013, s. 50.

<sup>23</sup> WINTEROVÁ, A. - MACKOVÁ, A. a kol.: Civilní právo procesní. První část – Řízení nalézací. Praha: Linde, 2014, s. 67 – 68; K tomu shodně ZAHRADNÍKOVÁ, R. a kol.: Civilní právo procesní. Plzeň: Aleš Čeněk, s.r.o., 2013, s. 50.; K tomu shodně též KŘIVÁČKOVÁ PETROV, J.: Zásada rovnosti a zásada kontradiktornosti v civilním právu procesním. In: Acta Iuridica Olomucensia, 2011, č. 1/2011, s. 117 – 124.

*argumenty, které jsou způsobilé ovlivnit rozhodování soudu a s nimiž se soud musí v rozhodnutí náležitě vypořádat: „(...) vytvoření prostoru pro účinné vnesení námitek (v kontradiktorním schématu řízení) nejlépe zajistí ochranu základních práv, jež je z hlediska fair procesu prvním účelem soudního řízení. Institucionálně garantovaná možnost dotčených osob návrhy a námítkami účinně participovat na soudním procesu, patří mezi elementární pravidla soudního řešení sporů.<sup>24</sup>* Nutno dodat, že i Ústavní soud stejně jako právní věda civilního procesu zařazuje zásadu kontradiktornosti funkčně k zásadě rovnosti účastníků.<sup>25</sup> Právě rovnost účastníků civilního procesu ve spojení se zásadou kontradiktornosti umožňuje náležité zjištění skutkového stavu v daném řízení, neboť každá z procesních stran má rovné postavení co do možnost uplatnit rádně své argumenty a zpochybnit argumenty druhé strany, jakož i zjištění soudu v dané věci.<sup>26</sup>

S ohledem na výše uvedené, zejména na její ústavní zakotvení v rámci Listiny základních práv a svobod, je však nutné zásadu kontradiktornosti chápát nejen jako zásadu, která ovládá civilní řízení sporné, ale v modifikované podobě i řízení tzv. nesporné, kde není hlavním zdrojem objasnění skutkového stavu v daném řízení především ona kontradikce mezi účastníky daného řízení. Kontradikce, resp. její absence, není však pojmovým znakem nesporného civilního procesu, neboť i v nesporných řízeních může dojít ke kontradikci, tedy ke sporu v rámci nesporného řízení a to například v rámci rozhodování o výše výzivného nebo v řízeních o svěření dítěte do péče jednoho z rodičů.<sup>27</sup> Před tímto užším pojetím zásady kontradiktornosti, která je spojována pouze se sporným civilním procesem, varuje A. Winterová, která zdůrazňuje nutnost širšího chápání kontradiktornosti i v nesporných věcech právě s ohledem na ústavněprávní základ této zásady.<sup>28</sup> Shodně zastává širší pojetí i R. Zahradníková<sup>29</sup> a K. Kandová.<sup>30</sup>

V rámci občanského soudního řádu (dále jen „o.s.ř.“), jako právního předpisu pro civilní sporné řízení, je zásada kontradiktornosti explicitně zakotvena v rámci ust. § 119a a § 123 o.s.ř., případně též ust. § 126 odst. 3 o.s.ř.<sup>31</sup> přičemž k některým dílčím pravidlům civilního procesu se došlo právě s ohledem na již zmíněné ústavní zakotvení a povahu zásady až soudní judikaturou.<sup>32</sup> Ve smyslu ust. § 123 o.s.ř. platí, že účastníci mají právo vyjádřit se k návrhům na důkazy a ke všem důkazům, které byly provedeny. Toto právo zahrnuje právo se vyjádřit důkazním návrhům, dále za druhé právo vyjádřit se k důkazům prováděným bez návrhu, ke skutečnostem obecně známým a známým z úřední činnosti soudu a za třetí právo vyjádřit se k již provedenému důkazu.<sup>33</sup> Právo vyjádřit se k důkazním návrhům v sobě zahrnuje možnost účastníka řízení vyjádřit se k navrhovaným důkazům druhé strany, zejména s ohledem na

<sup>24</sup> Nález Ústavního soudu České republiky se sp. zn. II. ÚS 323/07 ze dne 2.12.2008.

<sup>25</sup> Srov např. Nález Ústavního soudu České republiky se sp. zn. III. ÚS 1139/15 ze dne 16. 2. 2016.

<sup>26</sup> KŘIVÁČKOVÁ PETROV, J.: Zásada rovnosti a zásada kontradiktornosti v civilním právu procesním. In: Acta Iuridica Olomucensia, 2011, č. 1/2011, s. 117 – 124.

<sup>27</sup> Nález Ústavního soudu České republiky se sp. zn. II. ÚS 323.

<sup>28</sup> LAVICKÝ, P. a kol.: Zákon o zvláštních řízeních soudních. Zákon o veřejných rejstřících. Řízení nesporné - praktický komentář. Praha: Wolter Kluwer, 2015, s. 3 – 4.

<sup>29</sup> WINTEROVÁ, A. - MACKOVÁ, A. a kol.: Civilní právo procesní. První část – Řízení nalézací. Praha : Linde, 2014, s. 67 – 68.

<sup>30</sup> ZAHRADNÍKOVÁ, R. a kol. Civilní právo procesní. 2. vyd. Plzeň : Aleš Čeněk, 2015, s. 49. Shodně zřejmě i A. Rozehnal, k tomu srov. ROZEHNAL, A. Strategie civilního procesu. 3. vyd. Plzeň : Aleš Čeněk, 2020, s. 9.

<sup>31</sup> KANDOVÁ, Katarína: Pojem pravdy (nejen) v trestním řízení a některé související instituty. In: Právnik, roč. 156, 2017, č. 10, s. 842-857.

<sup>32</sup> LAVICKÝ, P. a kol.: Občanský soudní řád I. Zákon o rozhodování některých kompetenčních sporů. Praktický komentář. Praha : Wolters Kluwer, 2016, s. 501 a následující.

<sup>33</sup> Např. Povinnost soudu doručovat tzv. repliku, k tomu např. Nález Ústavního soudu se sp. zn. III. ÚS 1139/15 ze dne 16.2.2016.

<sup>34</sup> Srov. SVOBODA, K. - SMOLÍK, P. - LEVÝ, J. - ŠÍNOVÁ, R. a kol. Občanský soudní řád. 2. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 536.

případnou nadbytečnost takového důkazu nebo o jeho důležitost pro zjištění skutkového stavu.

Zásada kontradiktornosti ve smyslu ust. § 123 o.s.ř. v sobě zahrnuje však i právo vyjádřit se ke skutečnostem obecně známým či soudu známým z úřední povinnost, jakož i k důkazům, které soud provádí bez návrhu.<sup>34</sup> Z principu kontradiktornosti totiž vyplývá, že *rozhodnutí soudu nemůže být založeno na ničem, co nebylo předmětem diskuse stran, resp. co jim nebylo předloženo k diskusi. Nemůže být založeno ani na skutečnostech, které jsou známy jen soudci, ale nebyly prodiskutovány stranami.*<sup>35</sup>

Účastníci řízení mají samozřejmě také právo vyjádřit se k již provedeným důkazům, přičemž obsahem vyjádření k provedeného důkazů může být hodnocení jeho vypovídající hodnoty, jeho dopadu na skutkový stav, ale také vyjádření nesouhlasu s jeho provedením, tvrzením jeho nezákonnosti či nepravdivosti.<sup>36</sup>

K judikovaným pravidlům civilního procesu lze zmínit příkladně povinnost soudu doručovat tzv. repliku (případně dupliku či tripliku) druhému účastníku řízení. Replikou se rozumí reakce žalobce na vyjádření žalovaného k podané žalobě, přičemž následnou reakci žalovaného na repliku žalobce označujeme jako dupliku, následná reakce na dupliku se nazývá triplika. Občanský soudní řád však výslově nezakotvuje povinnost soudu doručování repliky (dupliky nebo tripliky), to bylo dovozeno judikaturou<sup>37</sup> a závěry právní vědy<sup>38</sup> právě interpretací zásady kontradiktornosti řízení a práva na spravedlivý proces. Ústavní soud v citované věci uzavřel, že *možnost vyjádřit se ke skutečnostem, které jsou podkladem pro soudní rozhodnutí, musí mít strany řízení tím spíše, pokud ve věci neprobíhá veřejné projednání a strany nejsou slyšeny ústně. Porušení zásady kontradiktornosti tím, že stranám není dána příležitost vyjádřit se k argumentaci protistrany, je proto způsobilé založit porušení čl. 6 odst. 1 Úmluvy (srov. dále rozsudky Evropského soudu pro lidská práva Mareš proti České republice ze dne 26. 10. 2006 č. 1414/03, § 30–32; Vokoun proti České republice ze dne 3. 7. 2008 č. 20728/05, § 26–29, Hudáková a další proti Slovensku ze dne 27. 4. 2010 č. 23083/05), tj. práva na spravedlivý proces.* Současně však dodal, že porušení povinnosti soudu doručit druhé straně tzv. republiky není vždy způsobilé založit porušení práva ve spravedlivý proces podle čl. 6 Úmluvy, a to například za předpokladu, že daný procesní úkon (replika, duplika nebo triplika) je úkonem zjevně formalistický, který nemá potenciál ovlivnit rozhodnutí soudu ve věci (ve smyslu maximy *de minimis non curat praetor*). Porušení této zásady tedy předpokládá určitou míru intenzity zásahu.

#### IV. ZÁVER

Zásada kontradiktornosti patří mezi nejdůležitější principy moderního soudního řízení, je to tedy společný prvek jak trestnímu, tak i civilnímu procesu. Uplatnění principu kontradiktornosti v řízení však v trestním procesu odlišuje – nejde pouze divergenci mezi kontinentálním a anglo-americkým trestním procesem, ale v rámci našeho reformovaného kontinentálního modelu o projevy kontradiktornosti ve vyšetřovací fázi (tzv. inkvizice speciální) a zejména v řízení před soudem.

Zásada kontradiktornosti v trestním řízení je v kontinentálním pojetí byla po dlouhá léta pojímána jako právo na přístup k informaci a reakci na ni, stejně tak byla vykládána

<sup>34</sup> Podle ust. § 120 odst. 2 o.s.ř. platí, že soud může provést jiné než účastníky navržené důkazy v případech, kdy jsou potřebné ke zjištění skutkového stavu a vyplývají-li z obsahu spisu. Neoznačí-li účastníci důkazy potřebné k prokázání svých tvrzení, vychází soud při zjišťování skutkového stavu z důkazů, které byly provedeny.

<sup>35</sup> Nález Ústavního soudu sp. zn. IV.ÚS 216/16, ze dne 9. 2. 2017.

<sup>36</sup> SVOBODA, K. - SMOLÍK, P. - LEVÝ, J. - ŠÍNOVÁ, R. a kol. Občanský soudní řád. 2. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 536.

<sup>37</sup> Např. Nález Ústavního soudu se sp. zn. III. ÚS 1139/15 ze dne 16.2.2016.

<sup>38</sup> Např. ZAHRADNÍKOVÁ, R. a kol.: Civilní právo procesní. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 169.

i Evropským soudem pro lidská práva. V těchto intencích pak český trestní řád je možné považovat za předpis, který v sobě zahrnuje prvky kontradiktornosti. Do budoucna lze předpokládat, že dojde k dalšímu posilování sporné povahy trestního řízení, nicméně rovnost stran v trestním řízení je pouze iluzorní, neboť strany v trestním řízení (obhajoba a obžaloba) si mohou být rovny pouze v právech, nikoliv však v povinnostech (např. obhajoba nemá a nemůže mít v trestním řízení povinnost prokazovat svoji nevinu). Touží-li zákonodárce posílit spornou povahu trestního řízení, neměl by tak činit ani opuštěním zásady vyhledávací (§ 2 odst. 5 alinea ultima tr. rádu), ani zavedením formálního důkazního břemene státního zástupce.

V civilním procesu jde zejména o diferenciaci mezi sporným a nesporným řízením. Zásada kontradiktornosti v civilním procesu je bohužel, oproti trestnímu procesu, právní vědou opomíjena, přestože stejně jako v trestním procesu je zásada kontradiktornosti i v civilním procesu zásadou neopominetelnou, tedy zásadou, bez které by civilní sporný ale i nesporný proces nemohl plnit svoji funkci. Lze však očekávat, že v rámci rekodifikace českého sporného civilního procesu budou právě projevy zásady kontradiktornosti jedním ze zásadních témat, které bude třeba řešit.

Jelikož je zásada kontradiktornost společná jak civilnímu procesu tak procesu trestnímu, sic v modifikovaně uzpůsobené vzhledem k zásadním odlišnostem obou těchto procesů, jedná se o zásadu, která odpovídá ústavnímu právu na spravedlivý proces, do kterých jsou zařazeny také například principy odpovídající principům organizace soudnictví. Z hlediska teorie zásad tak není zásada kontradiktornosti tou zásadou, která by umožnila odlišit systém civilního a trestního procesu.

## KLÚČOVÉ SLOVÁ

Zásada kontradiktornosti, trestní proces, civilní proces, rovnost zbraní, úloha soudce, zásady práva

## KEY WORDS

Principle of contradictory, criminal proceedings, civil proceedings, equality of arms, the role of the judge in the proceedings, principles of law

## POUŽITÁ LITERATÚRA

1. JELÍNEK, J. a kol.: Trestní právo procesní. Praha: Leges, 2018.
2. KANDOVÁ, Katarína.: Pojem pravdy (nejen) v trestním řízení a některé související instituty. In: Právnik, roč. 156, 2017, č. 10.
3. KŘIVÁČKOVÁ PETROV, J.: Zásada rovnosti a zásada kontradiktornosti v civilním právu procesním. In: Acta Iuridica Olomucensia, 2011, č. 1/2011.
4. LAVICKÝ, P. a kol.: Občanský soudní řád I. Zákon o rozhodování některých kompetenčních sporů. Praktický komentář. Praha: Wolters Kluwer, 2016.
5. LAVICKÝ, P. a kol.: Zákon o zvláštních řízeních soudních. Zákon o veřejných rejstřících. Řízení nesporné - praktický komentář. Praha: Wolter Kluwer, 2015.
6. MIČKAL, M.: Úloha soudce a aktivita stran při provádění výslechu svědka v řízení před soudem, Trestní právo, 2018, č. 1.
7. MULÁK, J.: Základní zásady trestního řízení a právo na spravedlivý proces. Praha: Leges, 2019.
8. MULÁK, J.: Zásada kontradiktornosti trestního řízení: evropské souvislosti a česká reflexe. Bulletin advokacie, 2019, č. 3.
9. OLEJ, J. – KOLCUNOVÁ, M. – KOLCUN, J.: Kontradiktornosť v trestnom konaní, Bratislava: C. H. Beck, 2014.

10. PELC, V.: Kontradiktornost – realita nebo chiméra českého trestního procesu? In: JELÍNEK, J. a kol.: Ochrana základních práv a svobod prostředky trestního práva procesního. Praha: Leges, 2020 (v tisku).
11. REPÍK, B.: Evropská úmluva o lidských právech a trestní právo, Orac, Praha 2002.
12. ROZEHNAL, A. Strategie civilního procesu. 3. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2020.
13. ŘÍHA, J.: Vybrané aspekty použitelnosti protokolů o dřívějších svědeckých výpovědích v hlavním líčení s ohledem na judikaturu ESLP. In: JELÍNEK, J. a kol.: Dokazování v trestním řízení v kontextu práva na spravedlivý proces. Praha: Leges, 2018.
14. SVOBODA, K. - SMOLÍK, P. - LEVÝ, J. - ŠÍNOVÁ, R. a kol. Občanský soudní řád. 2. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017.
15. WINTEROVÁ, A. - MACKOVÁ, A. a kol.: Civilní právo procesní. První část – Řízení nalézací. Praha: Linde, 2014.
16. ZAHRADNÍKOVÁ, R. a kol. Civilní právo procesní. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015.
17. ZAHRADNÍKOVÁ, R. a kol.: Civilní právo procesní. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013.
18. ZAORALOVÁ, P.: Procesní použitelnost důkazů v trestním řízení a její meze. Praha: Leges, 2018.

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

Odborný asistent

Univerzita Karlova v Prahe

Právnická fakulta, Katedra trestního práva

nám. Curieových 901/7

116 40 Praha 1

E-mail: mulakj@prf.cuni.cz

**JUDr. Vladislav Vnenk****Asistent**

Západočeská univerzita v Plzni

Právnická fakulta, Katedra ústavního a evropského práva

Sady Pětatřicátníků 14

306 14 Plzeň

E-mail: vnenk@vnenk.cz

# DELAY OF PREVENTIVE MEDICAL INSPECTIONS OF EMPLOYEES

## ODLOŽENIE LEKÁRSKYCH PREVENTÍVNYCH PREHЛИADOK ZAMESTNANCOV<sup>1</sup>

Jana Žuľová<sup>2</sup>, Marek Švec<sup>3</sup>

<https://doi.org/10.33542/SIC2020-2-07>

### ABSTRACT

The present scientific paper addresses the issue of the impact of selected preventive measures to halt the spread of corona virus on the area of individual employment relationships, especially on the protection of employees' health at work during the postponement of the preventive medical examinations of employees. The authors justify the relevance and the need to carry out preventive medical examinations of employees in real time and within the set deadlines with regard to the primary protection of employees' health. The aim is to analyse the labour law consequences of the suspension and postponement of preventive medical examinations of employees and thus put forth the legal and practical arguments against the implementation of such measure in the form in which it has been adopted. The adopted measure disproportionately interferes with the right to protection of the life and health of the employee at work and causes legal uncertainty for the entities in terms of their responsibilities in employment relations.

### ABSTRAKT

Predkladaný vedecký článok sa zaobrá problematikou dopadu vybraných preventívnych opatrení proti šíreniu korona vírusu na oblasť individuálnych pracovnoprávnych vzťahov, osobitne na ochranu zdravia zamestnancov pri práci pri odložení lekárskych preventívnych prehliadok zamestnancov. Autori odôvodňujú relevanciu a potrebu vykonávania lekárskych preventívnych prehliadok zamestnancov v reálnom čase a v stanovených termínoch s ohľadom na primárnu ochranu zdravia zamestnancov. Cieľom je analyzovať pracovnoprávne následky pozastavenia a odkladu lekárskych preventívnych prehliadok zamestnancov a uviesť tak právnu i praktickú argumentáciu proti realizácii takéhoto opatrenia v priatej podobe. Prijaté opatrenie v neprimeranej mieri zasahuje do práva na ochranu života a zdravia zamestnanca pri práci a spôsobuje právnu neistotu subjektov v rámci ich zodpovednostných pracovnoprávnych vzťahoch.

### I. INTRODUCTION

Currently, health in society is affected by COVID-19, caused by the SARS-CoV-2 coronavirus. In order to address situations and problems that may seriously endanger public health, the Government of the Slovak Republic has taken a number of restrictive measures. On 27 March 2020, it adopted the Resolution no. 174 in response to the measures resulting from the meeting of the Central Crisis Management Team to tackle this disease in the territory of the

<sup>1</sup> Vedecký príspevok bol spracovaný v rámci riešenia grantového projektu APVV-16-0002 „Duševné zdravie na pracovisku a posudzovanie zdravotnej spôsobilosti zamestnanca.“ The scientific paper has been prepared as a part of the grant project APVV-16-0002 "Mental health in the workplace and assessment of the employee's medical fitness."

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

<sup>3</sup> associate prof., JUDr., PhD., LL.M., Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici, Právnická fakulta, Slovenská republika,  
Matej Bel University in Banská Bystrica, Faculty of Law, Slovak Republic.

Slovak Republic. In its point A.10, the cited Resolution tasked the Minister of Health, in cooperation with the Surgeon General of the Slovak Republic and the Minister of Labor, Social Affairs and Family, to adopt a measure setting conditions for limited execution of work-related preventive medical examinations under Section 30e of Act no. 355/2007 Statutes on the protection, support and development of public health as amended (hereinafter referred to as the Health Protection Act). Following the above Resolution clause and the need to implement the measures adopted therein, two laws have been passed. The Act no. 66/2020 Statutes, supplementing Act no. 311/2001 Statutes of the Labor Code, as amended, which supplements certain laws effective as of 4 April 2020 (hereinafter referred to as the amendment to the Labor Code and other legal regulations) and the Act no. 69/2020 Statutes on emergency measures in connection with the spread of a dangerous contagious human disease COVID-19 in the area of health services, as amended (hereinafter the Act on Emergency Measures), which entered into force on 6 April 2020. In order to achieve the purpose of counter-epidemiological measures to minimize the need for assembling, the execution of work-related preventive medical examinations has stopped for the period of the crisis, pursuant to the provisions of § 30e of the Health Protection Act.<sup>4</sup> Newly adopted prov. § 30e par. 21 (a) of the Health Protection Act stipulates that in times of a crisis, the assessment of the medical fitness of a natural person applying for a job is replaced by their affidavit in support of their fitness.<sup>5</sup> At the same time, according to par. 22 of the cited provision, the affidavit must be replaced by an assessment of medical fitness for work no later than 90 days following the end of the crisis. The obligation of a natural person applying for employment, the subject of which is the performance of work falling in the third or fourth category, or for such employment in which their medical fitness is required by a special regulation, to undergo an initial preventive medical examination in relation to work is, therefore, suspended. A natural person is required to undergo this type of medical examination within 90 days of the end of the crisis.

The amendment to the LC and other legal regulations meant that a new provision of § 39i, entitled "*Transitional provisions for the time being of a crisis or a state of emergency, declared in connection with COVID-19*", has been added to the Act no. 124/2006 Statutes on Health and Safety at Work as amended (hereinafter referred to as the "Health and Safety Act"). The provision of § 38i of the HSA introduces the inclusion of selected deadlines, their non-expiry during the crisis and during one month after the crisis has transpired. According to § 16 par. 6 of the HAS, deadline for execution of work-related preventive medical examinations within five years from the issuance of the license, certificate and document, or within five years from the previous work-related preventive medical examination, the end of which coincides with duration of the crisis, is for the time being of the crisis considered to be as follows. If the end of this period falls within one month of the date on which the crisis is declared to be over, the statutory period shall be deemed maintained, subject to execution of the preventive medical examination no later than one month of the date on which the crisis is declared to be over. This involves the suspension and postponement of preventive medical examinations, which are necessary to maintain the validity of licenses, documents, certificates, such as, for example, the certificates of revision technicians, certificates authorizing the bearer to repair reserved technical equipment, certificates authorizing the bearer to operate technical equipment, etc.

We believe that the intended positive objective of the measures adopted above is lacking in effect and may have significant negative consequences in the area of industrial relations, while many other contexts cannot be even envisaged by the law at this time. The protection of the

<sup>4</sup> An exception is the assessment of medical fitness for work of the health professionals who provide health care under direct danger to life and health during a pandemic due to the spread of a highly dangerous infection. The medical fitness assessment of workers in this category is also performed in crisis.

<sup>5</sup> By analogy, according to § 30e par. 21 (b) of the Health Protection Act, the affidavit replaces the certificate of health fitness of a natural person to perform epidemiologically serious activities in the production, handling and placing the food and meals on the market. Specimens of both affidavits are given in the annexes to the Public Health Protection Act.

employee's health is a basic pillar of the legal regulation of economically dependent work.<sup>6</sup> We agree that, in times of crisis, society-wide preventive measures take precedence over health surveillance in the workplace, and that employers can be exempted from certain occupational health obligations (e.g. administrative, notification obligations). The employer's obligations of protecting the health at work are set out in § 30 of the Public Health Protection Act. The Act on Extraordinary Measures suspended fulfillment of all obligations of the employer, which the latter is obliged to honor in cooperation with the occupational health service, as well as the obligations in which the employer cooperates voluntarily with the occupational health service.<sup>7</sup> However, the employer is obliged to honor all these obligations touching the protection of health at work immediately after the crisis has transpired. The activity of the occupational health service is also suspended. In times of crisis, the occupational health service does not supervise working conditions or assess the employees' fitness for work through the performance of work-related preventive medical examinations. However, it may provide advice aimed at protecting health at work and preventing occupational and work-related diseases, but from a distance, not at the employer's workplace. The activity of the occupational health service is resumed immediately after the end of the crisis. However, we believe that the consequences of postponing the execution of preventive medical examinations of employees have been taken lightly and there is a clear disproportion between the protection of public health and the right to protection of employee health at work. In the present scientific paper, we clarify the essence of preventive medical examinations of employees, the intended purpose of which can be realized subject to their execution in real time, and we analyze the consequences that postponement of preventive medical examinations may cause in the light of the labor law.

## II. THE ESSENCE OF EXECUTING THE EMPLOYEES' MEDICAL EXAMINATIONS

Preventive medical examinations of employees are of crucial importance in labor law. Their execution is a necessary substantive condition enabling an employee to perform economically dependent work. The fact that this condition has been satisfied must be demonstrated in certain cases, if required by a special legal regulation, in the process of the so-called pre-contractual relations already. According to prov. § 41 par. 2 of Act no. 311/2001 Statutes as amended (hereinafter referred to as the "LC"), the employer may enter into an employment contract only with a person health wise or mentally fit for the type of work involved. Furthermore, the condition of medical fitness for the performance of work is transformed into the content of the employment relationship itself in the form of general obligations of the employer in the field of labor protection under § 146 para. 1 LC in conjunction with the provision of § 6 par. 1 (o) of the Health and Safety Act. Pursuant to § 6 para. 1 (o) of the HSA, in order to ensure the safety and health protection of employees, the employer is obliged to classify employees according to their eligibility for the type of work with regard to **their health, based especially on the result of an assessment of their medical fitness for work**, their abilities, age, qualifications and professional competence in accordance with legislation and other regulations, to ensure safety and health protection at work<sup>8</sup> **and not let them perform work which does not correspond**

<sup>6</sup> See also: HORECKÝ, J., HALÍŘ, J., SMEJKAL, M., STRÁNSKÝ, J., HAVLOVÁ, J., KADLUBIEC, V., GALVAS, M., MACHÁLEK P. *Zdraví a práce*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2018.s. 68-84. KUNDRÁT, I. Pracovný čas a ochrana zdravia pri výkone brigádnickej práce študentov. In: *Vedecká konferencia doktorandov na Akadémii Policajného zboru v Bratislave*, 2. ročník Bratislava: Akadémia Policajného zboru v Bratislave, 2019, s. 201-208.; 9. RAMESH, N., SIDDAIAH, A., JOSEPH, B. Tackling corona virus disease 2019 (COVID 19) in workplaces. In: *Indian journal of occupational and environmental medicine*, 24(1), pp. 16-18.

<sup>7</sup> Prov. of § 30 par. 10 of the Act on Extraordinary Measures: In times of a crisis, the employer is not bound by their obligations in the protection of health at work under paragraph 1 (b) to (o) and paragraphs 2, 3, 6 and 9.

<sup>8</sup> With respect to which legislation can be considered legislation and other regulations to ensure safety and health at work, see: ŽULOVÁ, J. *Rešerš právnych predpisov na zaistenie BOZP*. [online] [cit. 2020-05-01]. Available:

**to their state of health, in particular in view of the result of an assessment of their medical fitness for work**, to their abilities subject to certain age, qualifications and evidence of professional competences under legislation and other regulations aiming to ensure safety and health at work.<sup>9</sup> In order to ensure safety and health protection at work, the employer is obliged to carry out surveillance<sup>10</sup>, including work-related preventive medical examinations<sup>11</sup> at regular intervals, taking into account the nature of work and working conditions at the workplace, and also upon request of the employee (prov. of § 6 par. 1 (q) of the Health and Safety Act).<sup>12</sup>

Health surveillance includes the supervision of working conditions and the assessment of medical fitness for work through execution of work-related preventive medical examinations. The assessment of occupational fitness is carried out on the basis of the health risk evaluation from exposure to occupational factors and the working environment. Depending on the purpose the examination is carried out for, several types of preventive medical examinations of employees are recognized. Work-related initial preventive medical examinations of job seekers are conducted before the job seekers start work. These examinations focus on detection of diseases and symptoms of diseases that are not clinically manifested yet that are detectable and could be a health contraindication in the performance of a particular job. In the case of employees performing work for which medical fitness is required under special regulations, the purpose of a work-related preventive medical examination is to assess all possible effects of the work performed on the health of a particular employee, which could result in damage to employee health later on and cause an occupational disease, or to reveal an acute health problem of an employee that could make them ill-disposed for work and become one of the causes of an accident at work. Periodic preventive medical examinations are used for regular and continuous monitoring and evaluation of the employee's health, as well as for detecting changes in their health in connection with the level of intensity of the work performed making demands on the employee's health. In case of employees performing the type of work falling into the third category, the examination is conducted once every two years. In case of employees performing the type of work falling into the fourth category, the examination is conducted once a year or at the frequency specified in a special regulation or before any change in the job classification (e.g. concerning a worker exposed to category A sources of ionizing radiation). An extraordinary preventive medical examination shall be conducted if so ordered by a public health authority or proposed by the occupational health service physician. Work-related preventive checkout medical examinations are carried out at the end of the employment or a relationship similar to employment for health reasons.<sup>13</sup> They are conducted to determine the condition of the target organs according to the specific factor of the work environment to which the employee had been exposed at work.<sup>14</sup> Finally, after the termination of employment or a relationship similar to employment, if the employee so requests, a former employer for whom

---

[https://dusevnezdravie.upjs.sk/wp-content/uploads/2019/09/Zulova\\_Jana\\_Re%C5%A1er%C5%A1-pr%C3%A1vných-prepisov\\_BOZP\\_elektronicky\\_dokument\\_APVV.pdf](https://dusevnezdravie.upjs.sk/wp-content/uploads/2019/09/Zulova_Jana_Re%C5%A1er%C5%A1-pr%C3%A1vných-prepisov_BOZP_elektronicky_dokument_APVV.pdf).

<sup>9</sup> See also : HORECKÝ, J. BOZP - Tvrde jádro pracovního práva. In: Jaroslav Stránský et al. (eds.) *Pracovní právo 2018 náhrada nemajetkové újmy v pracovním právu, ochrana zdraví při práci a aktuální otázky nemocenského pojištění*. Brno: Masarykova Univerzita, 2019. s. 68.

<sup>10</sup> Pursuant to § 30a and 30d of Act no. 355/2007 Statutes on the protection, support and development of public health as amended by Act no. 204/2014 Statutes.

<sup>11</sup> Pursuant to § 30e of Act no. 355/2007 Statutes on the protection, support and development of public health as amended by Act no. 204/2014 Statutes.

<sup>12</sup> Compare also: BĚLINA, M., DRÁPAL, L. a kol. 2015. *Zákoník práce. Velké komentáře*. 2. vydání. Praha: Nakladatelství C.H. Beck, s. 301.

<sup>13</sup> OLŠOVSKÁ, A. Skončenie pracovného pomera a zdravotná nespôsobilosť. In: *Starostlivosť o zdravie zamestnancov. Recenzovaný zborník príspevkov z vedeckej konferencie*. Košice: Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2018, s. 289-305.

<sup>14</sup> More details on the types of the preventive medical examinations for work: ONDREJKOVÁ, L. *Pracovná zdravotná služba pre zamestnávateľov*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2019, s.47-49.

the employee performed work involving hazard factors with late onset of consequences to health is done by a follow-up preventive medical examination.<sup>15</sup>

However, the essence of conducting preventive medical examinations of employees is not exhausted by the above-presented examples. Pursuant to § 16 par. 1 of the HSA, a natural person may operate a designated work equipment and perform specified work activities stipulated by legal regulations to ensure safety and health protection at work during its operation only on the basis of a valid operating license (hereinafter "license") or a valid certificate for performance of activities (hereinafter referred to as "certificate") or a certificate of completion of education and training of operator staff (hereinafter referred to as "document"). The condition for issuing a license, certificate or document is, among other conditions, medical fitness for work. It is also assessed on the basis of the result of a work-related preventive medical examination according to § 30e of the Health Protection Act and the proof thereof is a medical report not older than six months (§ 16 par. 4 of the HSA). An initial preventive medical examination is a condition for issuance of a license, certificate or document; a periodic preventive medical examination is a condition that the license, certificate or document does not expire. A natural person holding a license, certificate or document shall be required to undergo a work-related preventive medical examination assessing their medical fitness for the work required to perform the given activity, within five years of the date of issue of the license, certificate or document, or of the date of the previous work-related preventive medical examination (provision of § 16 par. 6 of the HSA). If a natural person has not undergone a work-related preventive medical examination or if the result of the work-related preventive medical examination finds them deficient of the medical fitness for work necessary to perform the activity for which a license, certificate or document has been issued, this license, certificate or document validity expires and the natural person must repeat the whole process of obtaining it.<sup>16</sup>

The employee medical fitness for work is, therefore, assessed in relation to all harmful factors of work and the working environment, i.e. factors that are part of the work and relate to the working conditions under which the work is performed and their purpose is to objectively assess the employee's medical fitness for the work to which they are assigned. Through work-related preventive medical examinations, it is possible to detect early changes in the health of employees related to work, and thus prevent possible onset of occupational or work-related diseases. Work-related preventive medical examinations are one of the most effective preventive measures aimed at improving the protection of employees' health, precisely because they are aimed at monitoring changes in the health of a particular employee **in real time** and examining those human body systems that may be damaged by one of the harmful factors of work and the working environment.

### III. LABOR LAW CONSEQUENCES OF THE POSTPONEMENT OF PREVENTIVE MEDICAL EXAMINATIONS

The first major consequence, as a real risk stemming from the failure to conduct the initial preventive medical examination, is that the employer will employ a person who is not medically fit to perform the work. Pursuant to the measures adopted, a natural person seeking employment under which they would be performing work falling in the third or fourth category, or for such employment in which their medical fitness is required by a special regulation, is now not required to undergo an initial work-related preventive medical examination. A natural person is required to undergo this type of medical examination within 90 days of the end of the crisis. During the crisis, the assessment of the medical fitness of such a natural person is replaced by

<sup>15</sup> See also: SEILEROVÁ, M. Ochrana zdravia pedagogických zamestnancov a ich zdravotná spôsobilosť. In: *Sine amicitia vitam est nullam: pro memoria prof. Zdeňky Gregorovej*. Praha: Nakladatelství Leges, 2019, s. 190-211.

<sup>16</sup> OLŠOVSKÁ, A. *Pracovný pomer*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2018, s. 78 a nasl.

their affidavit in proof of their fitness.<sup>17</sup> The employer finds themselves in an extremely precarious situation when they have to hire a person for a job falling in the third or fourth risk category with only their (unprofessional and subjective) affidavit in confirmation of their fitness to carry out such work, declared in the affidavit. Due to the fact that it is not possible to predict when the crisis will be over, the employee may be exposed to a harmful factor of the working environment with irreversible consequences to their health for an unreasonably long time. The same risk also arises for employees performing work falling in the third and especially the fourth risk category, if they do not undergo a periodic preventive medical examination. In case of the types of work falling in the third and fourth risk categories, these are the types of work in which damage to health may occur even though preventive measures are taken to reduce the risk (for example, a miner or a tunnel boring worker). This premise is also supported by the above-mentioned periodicity of preventive medical examinations, e.g. in the fourth occupational risk category, where it is an obligatory duty to undergo a preventive medical examination at least once a year. The postponement of these preventive medical examinations thus clearly runs counter to the general and immanent interest in protecting the employee's life and health at work, and failure to carry out a preventive medical examination of the third risk category, but especially of the fourth risk category, cannot be justified even by implementation of such a measure as the present counter-epidemiological one. The key paradigm for the conduct of a preventive medical examination of an employee is an objective assessment of whether the employee is medically fit for performing the work prior to its commencement or during such work and the postponement of the examination thus has a fundamental impact on the protection of the employee's life and health.

The postponement of preventive medical examinations (i.e. maintaining the statutory period for an indefinite duration of the crisis and one month subsequent to its end) will be particularly reflected in cases where the examinations are necessary to obtain or renew authorizations (certificates of professional competence), e.g. for employees operating motor (forklift) trucks, and thus performing activities for which medical fitness for work is required on the basis of a special license, certificate or document pursuant to § 16 and Annex no. 1a of the Health and Safety Act. Preventive medical examinations for the assessment of medical fitness are conducted on these employees in accordance with the Bulletin of the Ministry of Health - Professional Guidelines of the Ministry of Health of the Slovak Republic on the content of the work-related preventive medical examinations, issued on 29 September 2016. A preventive medical examination includes an overall assessment of the employee's work-related medical fitness, including the employee's detailed work history and data on vertigo and other types of seizure, as well as a complete physical examination, including orientation examination of sensory function, orientation neurological and psychological examination and eye examination. A possible postponement of a preventive medical examination may have a significant impact on the area of employment liability relations, where such an employee is exposed to the risk of causing damage to their own health or the health of other employees, or damage to the employer's property. In this category of employees, it is necessary to consider another fundamental dimension, and that is giving them the option to maintain a valid license, certificate or document to perform the activity, which entitles them to operate the designated work equipment and carry out specified work activities provided by legislation to ensure safety and health protection at work during its operation in accordance with § 16 of the HSA (see also Part II of this paper). The mere statutory imposition of time limits under § 39i of the HSA does not address the objective state of health of an employee, who may already be medically unfit to perform the work, even though the license has not expired, as this time limit is in force. In this

<sup>17</sup> By analogy, according to § 30e par. 21 (b) of the Health Protection Act, the affidavit replaces the certificate of health fitness of a natural person to perform epidemiologically serious activities in the production, handling and placing the food and meals on the market. Specimens of both affidavits are given in the annexes to the Public Health Protection Act.

sense, however, the employer cannot assign an employee a job for which the latter is not medically fit or does not have the necessary certificate, license, document that proves their professional competence to perform this job. However, the postponement of such medical examinations may lead to a situation where the employees' certificates, licenses, documents do not expire, but preventive medical examinations as an objective parameter of assessing the employee's health status are postponed but had that not been the case, and the medical fitness of the employees had been duly assessed, the employer would be required to immediately reassign the employees based on their current medical fitness to perform work where competence subject to the licenses above is not required.

In addition to the fact that the postponement of preventive medical examinations endangers the health of employees, another dimension of the measures in place can be identified, which is probably the most fundamental from the labor law point of view. For example, if the employee's preventive medical examination fails to be conducted in an additional period, e.g. 6 months after the moment when the employee was supposed to undergo it under the original legislation and the employee is diagnosed with a health damaging condition satisfying the definition of an occupational disease, who will be responsible for this damage to the employee's health? Pursuant to § 196 par. 4 LC the liability for damage caused to an employee in the form of an occupational disease lies with the employer with whom the employee last worked before having been diagnosed with such disease in an employment under the conditions that give rise to an occupational disease which has affected him. Since in this case the nature of the employer's liability is objective, the employer is liable for this damage even if he had complied with the obligations arising from special regulations and other regulations to ensure safety and health protection at work, provided the employer has not relieved themselves of their liability for reasons contained in § 196 LC.<sup>18</sup> Although the employer may justify the legal option the law gave them to postpone a medical examination in accordance with a special legal regulation, this does not change the employer's respective liability in any way. However, identifying the culprits and the victims is complicated. We must take into account the presumption that, had an employee undergone a medical examination at a time when, under the original legislation, the employee was required to undergo a medical examination, damage to their health could be detected at a stage which would only pose a risk of an occupational disease. Discontinuing work in the working conditions that cause the occupational disease and reassignment of the employee to perform other work without a risk factor in the work environment, together with correctly applied medical therapy, could result in a preventive effect in the sense that the employee would not develop the occupational disease. However, the newly adopted legislation seems to have "imposed" the strict liability for damage to the employee's health onto the employer and, at the same time, forced the employee to harm their own health. This risk is particularly high in cases where the work falls into the third or fourth risk category, where the damage to health can be fatal with a significant impact on the employee's continued social inclusion. Why should the employer bear the strict liability and the employee should have impaired health in such case? Shouldn't it be the legislator who should be liable for the unprofessional nature of the legislation adopted? Even in accordance with § 196 of the LC, the employer cannot waive their liability for the onset of an occupational disease, as the said reason does not meet the definition of the subjective action of the employee as a reason to vacate the employer of the liability, as set forth in the provision of § 196 par. (1) and the par. 2 LC, not even in part. The most common damage to an employee's health in a conventional manufacturing process in the form of assembly work is long-term unilateral overloading of certain body parts, which could be prevented by reassigning the employee or increasing their rotation if a medical examination reveals a risk of an occupational disease. The postponement of preventive medical examinations delays such

<sup>18</sup> BARANCOVÁ, H. *Zákonník práce. Komentár*. Bratislava: C. H. Beck, 2017, s. 1059 a nasl.

finding. It is subject to debate whether the preventive purpose of the adopted anti-epidemiological measure in comparison with the protection of individual health of employees is as high a priority as declared in the explanatory memorandum to the Act on Extraordinary Measures.

Other controversial aspects of the measures taken can also be considered, especially in the area of liability relations. If we return e.g. to the driver of the forklift truck, one of the examinations in assessing his medical fitness is also devoted to examining his sight and motor functions. If damage to the health of another employee or the employer's property occurs, does the liability lie with this particular employee, whose employer had not sent him to a preventive medical examination, because the employer was unable to do so due to such examinations having been postponed? Can such employee successfully defend themselves with an argument that they did not know that they were no longer fit for the job and that the damage caused was to be borne by the employer? The legal opinion will probably depend on the specific side of the employment relationship, where the employer will claim that they had not violated any legislation and the employee that they could not (was unable to) prove the deterioration of their health because they had not been subjected to a preventive medical examination. In this context, however, other controversial areas will continue to arise (and in practice, their emergence has already been showing), e.g. in the area of observance of work discipline or in the application of § 47 par. 3 (a) or (b) of the LC.<sup>19</sup> If the employee or the employer is convinced of the employee's medical incapacity, what should be the procedure if, in the current situation, we cannot objectively assess the employee's medical fitness for work through a preventive medical examination? The subjective belief of the employee about their own lack of fitness will probably lead to a refusal to follow the work instruction in accordance with § 47 par. 3 (b) of the LC. The employer's belief in the employee's incapacity will lead to the latter's reassignment to another job, but it is questionable whether such reassignment will be in accordance with the law, as reassignment of an employee to another job for health reasons is under § 55 of the LC subject to a medical report resulting from a preventive medical examination. Legally more certain, although probably economically more discriminating, might be for the employer to apply the provision of an obstacle to work on the part of the employer to dealing with such employees according to § 142 par. 3 of the LC.<sup>20</sup>

However, the postponement of medical examinations has already created another unsolvable labor law problem, which fundamentally reduces the employment protection of employees. The impossibility of conducting preventive medical examinations does not allow the employer to terminate the employment pursuant to § 63 para. 1 (c) of the LC in the existence of a long-term loss of medical fitness of an employee to perform work, as it is not objectively possible to obtain a medical report stating such a long-term medical incapacity. In case of employees who, for example, return to work after their temporary incapacity for work, during which they were provided with health care, positive or negative changes in their state of health may have occurred in the meantime and it is, therefore, necessary to reassess their state of health. Thus, although both the employer and the employee are convinced of the need to terminate the employment, the absence of an objective fact, demonstrated in the form of a medical report on the health status of the employee, causes a state of legal uncertainty as to whether it is possible to proceed under Art. § 63 par. 1. (c) of the LC, linked to the employee's possible entitlement to severance pay upon termination of employment in accordance with § 76 par. 3 of the LC, which is, of course, contested by the employer, or should the employment be terminated by

<sup>19</sup> Prov. of § 47 par. 3 LC: The employer may not consider a breach of duty on the part of the employee if the latter refuses to perform work or follow instructions that a) are contrary to generally binding legislation or good morals, b) directly and seriously endanger the life or health of the employee or other persons.

<sup>20</sup> Prov. of § 142 par. 3 LC: If the employee was unable to perform the work due to obstacles on the part of the employer as mentioned in paragraphs 1 and 2, the employer shall provide them with compensation of wages amounting to their average earnings.

agreement under Art. § 60 of the LC without the obligatory emergence of the right to severance pay in accordance with the cited provision. § 76 of the LC. The employer thus tries to minimize the risk of increased ancillary costs of the employee, in which the employer is greatly helped by the postponement of the medical examination, the employee is unable to use the appropriate legal ground for employment termination linked to the employee's right to severance pay. However, the decision to postpone the termination of employment until the time of the medical assessment of the employee's state of health for the purposes of termination of employment also creates, secondarily, another problem consisting in the legal qualification of the time until the medical examination is conducted. In theory, the employer has only two options to assess this situation, namely, they can either apply the clause of an obstacle to work on the part of the employer according to Art. § 142 par. 3 of the LC with compensation of wages amounting to average earnings, if the employer believes that the employee is not fit to perform work due to their health condition or they can assign work to the employee, risking deterioration of the employee's health condition thereby, as the employer does not have a medical report on the employee's lack of fitness. In both cases, the employer is thus exposed either to the risk of deterioration of the employee's health or to increased labor costs, if, for example it is later shown that the employee was qualified to perform the work or in terms of the postponement of the entire process of the employment termination by the period during which the obstacles at work on the part of the employer applied. The only solution to this situation is, in principle, to terminate the employment by agreement, which neither party would wish to accept, as it is not be in the employer's interest to provide the employee with the full amount of severance pay, to which the latter would become entitled if the substantive conditions were subsequently demonstrated to have been satisfied under Art. § 76 par. 3 of the LC. The decision in any specific case will, of course, be up to the employer, or up to the employee, however, it can be stated in principle that through no fault of their own and through the inconsistency of the legislator, they could be exposed to a situation causing harm to one or the other.

We perceive the postponement in execution of preventive medical examinations to be an inappropriate measure for other reasons as well. Based on the decision of the Public Health Office of the Slovak Republic, specific businesses were closed and the number of employees, who should undergo a preventive medical examination, has thus decreased. However, we must realize that the decision does not concern the closure of all establishments, and for many employees, a flat postponement of preventive medical examinations is irrelevant, resulting in more harm than good. In times of crisis, some of the employees are working at an even higher pace and productivity,<sup>21</sup> with a negative impact on their lives and health.<sup>22</sup> The negative effects of suspension and postponement of periodic preventive medical examinations can thus become much more intense. If the measures taken are intended to minimize the need for assemble, these measures not only have no effect but no grounds for their existence either. On the one hand, it seems not to matter that employees meet on the job, on the other hand, the most important element of their employment protection in the form of regular assessment of their health is postponed and is not implemented without taking into account the negative impact on occupational health. The practical dimension of carrying out preventive medical examinations has not taken into account either, especially for work falling in the third and fourth risk categories. In these cases, employers have contracted their own occupational health services, who conduct preventive medical examinations in their own medical facilities, controlling the movement of all persons and excluding the general public.<sup>23</sup> Preventive medical examinations

<sup>21</sup> E.g. food industry, production of consumer goods, hygienic products, etc.

<sup>22</sup> See also: MARI-ISABELLA STAN, RUS, M., & TASENTE, T. Young people's perception of the measures taken by the authorities in the context of the Covid-19 pandemic. In: *Technium Social Sciences Journal*, 7(1)/2020, pp.18-27. [online] cit. 2020-05-05]. Available: <https://techniumscience.com/index.php/socialsciences/article/view/516>.

<sup>23</sup> SPINAZZÈ, A., CATTANEO, A., CAVALLO, D.M. COVID-19 Outbreak in Italy: Protecting Worker Health and the Response of the Italian Industrial Hygienists Association. In: *Annals of work exposures and health*. Volume 64, Issue

are carried out at scheduled times, so there is basically no waiting at the doctors' and employees do not gather in larger groups. Thus, the employer clearly has the possibility to comply with strict epidemiological measures and, at the same time, to ensure, in accordance with the above-mentioned legal regulations, an assessment of the employee's state of health within the time limits prescribed.

We believe that the arguments put forward indicate that the postponement of preventive medical examinations of employees is disproportionate, especially for employees in the fourth risk category, and that the measures taken should be invalidated as soon as possible.

#### IV. CONCLUSION

The purpose of a preventive medical examination is the detection and initial diagnosis of a disease that would prevent or restrict an employee from performing their work at an early stage. The subsequent immediate reaction of the employer, consisting in the appropriate adjustment of working conditions or reassignment of the employee to another job, has preventive effects in the event of further damage to the employee's health. The postponement of the preventive medical examination of the employee by the amendment to the LC and other legal regulations, and by the Act on Extraordinary Measures, has voided the meaning of the preventive medical examination as it, de facto, postponed the examination indefinitely. In our opinion, the adopted measure disproportionately interferes with the right to protection of the employee's health at work. Postponing the preventive medical examination may cause an occupational disease instead of a situation with the employee being exposed to only a milder consequence in form of a danger of developing such a disease had the preventive medical examination been carried out in real time. It is legally uncertain to assess whether the liability requirements for an accident at work or an occupational disease, if such occurred in an incapacitated employee whose medical fitness could not have been assessed due to the postponement of preventive medical examinations, have been satisfied.<sup>24</sup> The legality of the procedure of reassignment of the employee to another job is questionable, if their state of health has not been objectively assessed by a medical opinion resulting from a preventive medical examination. The temporary nature of the measure adopted (for the time being of the crisis) does not justify its disproportionality, and the shortcomings pointed out should be a memento so that they not to recur in any crisis in the future.

#### KEY WORDS

preventive medical examination, employee, employer, health and safety protection at work, COVID-19, coronavirus

#### KLÚČOVÉ SLOVÁ

preventívne lekárske vyšetrenie, zamestnanec, zamestnávateľ, ochrana zdravia a bezpečnosť pri práci, COVID-19, koronavírus

#### BIBLIOGRAPHY

1. BARANCOVÁ, H. *Zákonník práce. Komentár*. Bratislava: C. H. Beck, 2017, s. 1059 a nasl. ISBN 978-80-896-0353-4.

6, 1 July 2020, Pages 559-564. [online] [cit. 2020-05-05]. Available: [https://www.researchgate.net/publication/340717655\\_COVID\\_9\\_Outbreak\\_in\\_Italy\\_Protecting\\_Worker\\_Health\\_and\\_the\\_Response\\_of\\_the\\_Italian\\_Industrial\\_Hygienists\\_Association](https://www.researchgate.net/publication/340717655_COVID_9_Outbreak_in_Italy_Protecting_Worker_Health_and_the_Response_of_the_Italian_Industrial_Hygienists_Association).

<sup>24</sup> See also: FILEA, M., SCHWARCZOVÁ, L., MURA, L. Citizen satisfaction survey as a tool of citizen relationship management of local government in Slovakia. In: *Serbian Journal of Management*. Vol. 10(1), 2015, pp.117-129.[online] [cit.2020-05-05]. Available: [https://www.researchgate.net/publication/282241514-Citizen\\_satisfaction\\_survey\\_as\\_a\\_tool\\_of\\_citizen\\_relationship\\_management\\_of\\_local\\_government\\_in\\_Slovakia](https://www.researchgate.net/publication/282241514-Citizen_satisfaction_survey_as_a_tool_of_citizen_relationship_management_of_local_government_in_Slovakia).

2. BĚLINA, M., DRÁPAL, L. a kol. 2015. *Zákoník práce. Velké komentáře*. 2. vydání. Praha: Nakladatelství C.H. Beck, s. 1613. ISBN 978-80-7400-290-8.
3. FIĽA, M., SCHWARCZOVÁ, L., MURA, L. Citizen satisfaction survey as a tool of citizen relationship management of local government in Slovakia. In: *Serbian Journal of Management*. Vol. 10(1)/2015, pp. 117-129. DOI: 10.5937/sjm10-7147. [online] [cit. 2020-05-05]. Available: [https://www.researchgate.net/publication/282241514\\_Citizen\\_satisfaction\\_survey\\_as\\_a\\_tool\\_of\\_citizen\\_relationship\\_management\\_of\\_local\\_government\\_in\\_Slovakia](https://www.researchgate.net/publication/282241514_Citizen_satisfaction_survey_as_a_tool_of_citizen_relationship_management_of_local_government_in_Slovakia).
4. HORECKÝ, J. BOZP - Tvrdej jádro pracovního práva. In: Jaroslav Stránský et al (eds.) *Pracovní právo 2018 náhrada nemajetkové újmy v pracovním právu, ochrana zdraví při práci a aktuální otázky nemocenského pojištění*. Brno: Mararykova Univerzita, 2019. s. 66-77, 12 s. ISBN 978-80-210-9238-9.
5. HORECKÝ, J., HALÍŘ, J., SMEJKAL, M., STRÁNSKÝ, J., HAVLOVÁ, J., KADLUBIEC, V., GALVAS, M., MACHÁLEK P. *Zdraví a práce*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2018. 219 s. Spisy Právnické fakulty MU, řada teoretická, Edice Scientia, svazek č. 639. ISBN 978-80-210-9150-4.
6. KUNDRÁT, I. Pracovný čas a ochrana zdravia pri výkone brigádnickej práce študentov. In: *Vedecká konferencia doktorandov na Akadémii Policajného zboru v Bratislave*, 2. ročník Bratislava: Akadémia Policajného zboru v Bratislave, 2019, s. 201-208. ISBN 978-80-8054-825-4.
7. MARI-ISABELLA STAN, RUS, M., & TASENTE, T. Young people's perception of the measures taken by the authorities in the context of the Covid-19 pandemic. In: *Technium Social Sciences Journal*, 7(1)/2020, pp.18-27. [online] [cit. 2020-05-05]. Available: <https://techniumscience.com/index.php/socialsciences/article/view/516>.
8. OLŠOVSKÁ, A. *Pracovný pomer*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2018, s. 78 a nasl. ISBN 978-80-755-2946-6.
9. OLŠOVSKÁ, A. Skončenie pracovného pomera a zdravotná nespôsobilosť. In: *Starostlivosť o zdravie zamestnancov. Recenzovaný zborník príspevkov z vedeckej konferencie*. Košice: Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2018, s. 289-305.
10. ONDREJKOVÁ, L. *Pracovná zdravotná služby pre zamestnávateľov*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2019, s.47-49. ISBN 978-80-571-0033-1.
11. RAMESH, N., SIDDAIAH, A., JOSEPH, B. Tackling corona virus disease 2019 (COVID 19) in workplaces. In: *Indian journal of occupational and environmental medicine*, 24(1)/2020, pp. 16-18. DOI: 10.4103/ijom.IJOEM\_49\_20. [online] [cit. 2020-05-05]. [https://www.researchgate.net/publication/340008959\\_Tackling\\_corona\\_virus\\_disease\\_2019\\_COVID\\_19\\_in\\_workplaces](https://www.researchgate.net/publication/340008959_Tackling_corona_virus_disease_2019_COVID_19_in_workplaces).
12. SEILEROVÁ, M. Ochrana zdravia pedagogických zamestnancov a ich zdravotná spôsobilosť. In: *Sine amicitia vitam est nullam: pro memoria prof. Zdeňky Gregorovej*. Praha: Nakladatelství Leges, 2019, s. 190-211.
13. SPINAZZÈ, A., CATTANEO, A., CAVALLO, D. M. COVID-19 Outbreak in Italy: Protecting Worker Health and the Response of the Italian Industrial Hygienists Association. In: *Annals of work exposures and health*. Volume 64, Issue 6, 1 July 2020, Pages 559-564. DOI: 10.1093/annweh/wxa044. [online] [cit. 2020-05-05]. Available: [https://www.researchgate.net/publication/340717655\\_COVID19\\_Outbreak\\_in\\_Italy\\_Protecting\\_Worker\\_Health\\_and\\_the\\_Response\\_of\\_the\\_Italian\\_Industrial\\_Hygienists\\_Association](https://www.researchgate.net/publication/340717655_COVID19_Outbreak_in_Italy_Protecting_Worker_Health_and_the_Response_of_the_Italian_Industrial_Hygienists_Association).
14. ŽUĽOVÁ, J. *Rešerš právnych predpisov na zaistenie BOZP*. [online] [cit. 2020-05-01]. Available: [https://dusevnezdravie.upjs.sk/wpcontent/uploads/2019/09/Zulova\\_Jana\\_Re%C5%A1er%C5%A1er%C5%A1-pr%C3%A1vnych-prepisov\\_BOZP\\_elektronicky\\_dokument\\_APVV.pdf](https://dusevnezdravie.upjs.sk/wpcontent/uploads/2019/09/Zulova_Jana_Re%C5%A1er%C5%A1er%C5%A1-pr%C3%A1vnych-prepisov_BOZP_elektronicky_dokument_APVV.pdf).

**CONTACT DETAILS OF THE AUTHORS**

**JUDr. Jana Žuľová, PhD.**

odborná asistentka

Pavol Jozef Šafárik University in Košice,  
Faculty of Law, Department of Labor Law and Social Security Law,  
Kováčska 26, 040 75 Košice  
E-mail: jana.zulova@upjs.sk  
Tel.: +421 55 234 4134

**associate prof. JUDr. Marek Švec, PhD., LL.M.**

docent

Matej Bel University in Banská Bystrica,  
Faculty of Law, Department of Civil and Labor Law,  
Komenského 20, 974 01 Banská Bystrica  
E-mail: msvec@umb.sk  
Tel.: +421 48 446 3237