

Collection of Papers
from the International Academic Conference
6th – 7th of February 2020

**ADVOCATE AS A GUARDIAN
OF THE RULE OF LAW**

**BRATISLAVA
LEGAL FORUM 2020**

Zborník príspevkov
z medzinárodnej vedeckej konferencie
6. – 7. februára 2020

**ADVOKÁT AKO OCHRANCA
PRÁVNEHO ŠTÁTU**

**BRATISLAVSKÉ
PRÁVNICKÉ FÓRUM 2020**

BRATISLAVA LEGAL FORUM
BRATISLAVSKÉ PRÁVNICKÉ FÓRUM

2020



**SYMPOSIA, COLLOQUIA, CONFERENCES
SYMPÓZIÁ, KOLOKVIÁ, KONFERENCIE**

**ADVOCATE AS A GUARDIAN
OF THE RULE OF LAW**

BRATISLAVA LEGAL FORUM 2020

**ADVOKÁT AKO OCHRANCA
PRÁVNEHO ŠTÁTU**

BRATISLAVSKÉ PRÁVNICKÉ FÓRUM 2020

Collection of Papers from the International Academic Conference
Bratislava Legal Forum 2020
organised by the Comenius University in Bratislava, Faculty of Law
on 6th – 7th of February 2020
under the auspices of JUDr. Tomáš Borec,
President of the Slovak Bar Association.

Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie
Bratislavské právnické fórum 2020
organizovanej Univerzitou Komenského v Bratislave, Právnickou fakultou
v dňoch 6. – 7. februára 2020
pod záštitou prezidenta Slovenskej advokátskej komory JUDr. Tomáša Boreca.



UNIVERZITA KOMENSKÉHO
V BRATISLAVE
PRÁVNICKÁ FAKULTA
VYDAVATELSKÉ ODDELENIE

Univerzita Komenského v Bratislave
Právnická fakulta
2020

CONTENT / OBSAH

SPOLUPRÁCA ADVOKÁCIE A AKADEMICKEJ OBCE

Eduard Burda 6

NEZÁVISLÁ ADVOKÁCIA AKO STAVEBNÝ BLOK PRÁVNEHO ŠTÁTU

Tomáš Borec 8

SPOLOČENSKÝ STATUS PRÁVNICKÝCH PROFESIÍ ALEBO NA ČO SME V PRIEBEHU ČASOV ZABUDLI A ZABÚDAŤ BY SME NEMALI

Marek Števček..... 11

PUBLIC INTEREST AS JUSTIFICATION OF LAWYER'S SOCIETAL ROLE AND HIS INDEPENDENCE, AS WELL AS FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO A LAWYER

Ranko Pelicarić 13

TOUS POUR UN, UN POUR TOUS? THE NECESSARILY CONVERGENT ROLES OF ECJ, COMMISSION, NATIONAL COURTS AND LAWYERS IN RESISTING DEMOCRATIC BACKSLIDING

Bernardo Cortese..... 21

PRACTICAL CHALLENGES TO THE RULE OF LAW

Adriana Almășan..... 30

FISKÁLNY ZÁUJEM ŠTÁTU A ADVOKÁT JAKO OCHRANCA PRÁV DAŇOVÝCH SUBJEKTOV

Miroslav Štrkolec..... 38

INVOLVEMENT OF ATTORNEY AS ONE OF THE GUARANTORS OF THE RULE OF LAW IN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Yaroslav Lazur 47

ADVOCATE AS A GUARDIAN OF RULE OF LAW IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA

Olga Koshevaliska 52

REŠPEKTOVANIE PRÁVA NA OBHAJOBU V TRESTNOM KONANÍ

Jozef Čentíš 67

ADVISER TO THE GENERAL PROSECUTOR'S OFFICE OF THE REPUBLIC OF POLAND AS THE THIRD PROFESSIONAL GROUP OF LAWYERS IN POLAND

Bronisław Sitek and Magdalena Sitek 76

**NEZÁVISLÝ ADVOKÁT AKO NEVYHNUTNOSŤ FUNGOVANIA
PRÁVNEHO ŠTÁTU**

Ondrej Laciak..... 81

SPOLUPRÁCA ADVOKÁCIE A AKADEMICKEJ OBCE

Eduard Burda

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

8. ročník medzinárodnej vedeckej konferencie Bratislavské právnické fórum je spoluorganizovaný Slovenskou advokátskou komorou a Právnickou fakultou Univerzity Komenského v Bratislave. A preto je na tomto mieste významné poukázať práve na pozitívny smer vývoja práva a právneho štátu, ktorý môže byť kooperáciou medzi advokáciou a akademickou obcou zásadne ovplyvnený.

Čo máme akademici a advokáti spoločné a ktoré rozdielnosti nás vzájomne obohacujú?

Advokáti spomedzi všetkých klasických právnických profesií predstavujú najslobodnejšie povolanie. Sú nezávislí a preto môžu v abstraktnej rovine bezproblémovo vyjadrovať svoje názory na fungovanie spoločnosti, práva, na súčasné či budúce nastavenie legislatívy. Toto je vlastné aj akademickému prostrediu. Na druhej strane, pochopiteľne v konkrétnych právnych výkonoch sú advokáti limitovaní záujmami svojho klienta. Ak však nie sú stotožnení s určitými okolnosťami toho-ktorého prípadu či klienta, môžu sa slobodne rozhodnúť odmietnuť ho zastupovať. Akademická obec má v zásade slobodu vo všetkých aspektoch výkonu svojho povolania, vo vede môže, ba priam je žiadúce, aby formulovala nové odvážne, ale prakticky využiteľné teórie. Aby bola tým prvým ideovým hýbateľom, aj keď v prvom momente môžu nové myšlienky vzbudzovať skôr nedôveru, úsmev či nechuf. V rovine výchovy nových generácií právnikov by učitelia práva okrem sledovania najmodernejších trendov mali myslieť práve na podporu kritického myslenia svojich študentov a na zachovanie zdravého idealizmu.

V prípade nastavenia práva a právneho štátu pritom musí činnosť či už advokácie alebo akademickej obce reflektovať spoločenskú realitu a zároveň ju formovať prostredníctvom hodnotových nastavení. V tomto ohľade je akademická obec predsa len trochu viac nad vecou, pretože advokácia, rovnako ako akékoľvek iné povolanie je predsa len vo svojom pohľade ovplyvnená svojou každodennou praxou.

Vzájomná spolupráca advokácie a akademickej obce je obojstranne obohacujúca – teória napomáha praxi a prax rozvíja teóriu. Veľakrát sa poukazuje na rozdiel medzi teóriou a praxou. Ja som však presvedčený, že skutočný rozdiel medzi teóriou a praxou neexistuje. Ak sú pri riešení nejakej právnej otázky prítomné rozdiely medzi teóriou a praxou, tak ide buď o prax, ktorá nemá oporu v zákone alebo o bezzubú teóriu, ktorá je samoúčelná.

Univerzitné právnické vzdelávanie prechádza v poslednom období na Slovensku výraznou reformou, ktorá je výrazne badateľná práve na Právnickej fakulte Univerzity Komenského v Bratislave. Zavádzame čoraz viac aplikovaných, tzv. klinických predmetov, snažíme sa, aby naši absolventi boli pokiaľ možno čo najpripravenejší pre prax priamo po absolvovaní fakulty. Venujeme sa otázkam praktickej vedy, ktorá nie je samoúčelná, ale je použiteľná v praxi. Jedným z takýchto výstupov je aj Bratislavské právnické fórum.

Sme radi, že Slovenská advokátska komora i množstvo advokátov a advokátskych kancelárií je zapojených do tohto procesu kvalitnejšieho právnického vzdelávania a použiteľnejšej právnej vedy spolu s nami. Spomeňme napríklad predmet Študentská právna poradňa, ktorý je realizovaný pod záštitou Slovenskej advokátskej komory a s participáciou mnohých advokátov. S komorou tiež často spolupracujeme v rámci pripomienok k legislatíve. Mnohokrát máme na legislatívne riešenia, najmä pokiaľ ide o zachovanie právneho štátu a ochrany určitého štandardu demokracie rovnaké alebo aspoň veľmi blízke názory a sme presvedčení, že práve spojenie síl zvyšuje šancu na zachovanie týchto hodnôt. Všetko samozrejme pri obojstrannom zachovaní vlastnej integrity a nezávislosti.

Pred právnickými profesiami i jednotlivými právnickými osobnosťami stojí v ostatnej dobe na Slovensku jedna výrazná výzva. Nedávne odhalenia korupčného správania v justícii. Osobne som síce veľmi smutný, že na Slovensku k takýmto prípadom dochádza, a to evidentne častejšie než raritne, na druhej strane som nesmierne rád, že keď už k takýmto prípadom prišlo, sú odhaľované a verím, rešpektujúc prezumpciu nevinu, že budú aj po zásluže potrestané. Vinníci musia cítiť neodvratnosť trestu. Každopádne, na základe týchto udalostí sa možno pre niekoho pohľad na slovenské právne prostredie zmenil. Na druhej strane si nerobme ilúzie, že podobné prípady sa nestávajú aj v západných demokraciách všeobecne považovaných za vyspelé. Pokrivená aplikácia

práva je problém celosvetový. Preto ako právnické povolania sa nesmieme kvôli tomuto osobitne spoločensky extrahovať, no zároveň treba tomuto problému čeliť priamym pohľadom. Advokácia má ako ochrankyňa demokracie a právneho štátu v úsilí pri obrode hodnôt právneho štátu v praxi nezastupiteľné miesto. Oceňujem preto postoj Slovenskej advokátskej komory, ktorá sa postavila problematike čelom a mala záujem na tom, aby sa vzťahy medzi členmi právnických profesií vyčistili a upravili. Zároveň považujem postavenie právnickej akademickej obce za ideálne práve z hľadiska jej nezávislosti na to, aby prispela k nastaveniu nových štandardov kooperácie medzi jednotlivými právnickými povolaniami tak, aby nevymizla odborná diskusia ani sa nedémonizoval spoločenský kontakt.

Vysoká miera odbornosti a vedecký prístup k riešeniu právnych problémov, toto považujem za najlepšiu odpoveď proti korupčnému prostrediu. Pokiaľ máme kvalitné rozhodnutia založené na sile argumentu, ťažko sa budú tolerovať svojvoľné, korupciou motivované rozhodnutia. Preto verím, že s neustále sa zlepšujúcou kvalitou právnického vzdelávania vychováваме generáciu právnikov, ktorá bude vykazovať podstatne menšie riziko korupčného správania a ktorá pomôže zveľadiť stav právneho štátu v našej krajine. Spolupráca advokácie a akademickej obce má v tomto nezastupiteľný význam.

Kontaktné údaje:

doc. JUDr. Eduard Burda, PhD. – dekan fakulty
eduard.burda@uniba.sk
Univerzita Komenského v Bratislave
Právnická fakulta
Šafárikovo nám. 6
810 00 Bratislava
Slovenská republika

NEZÁVISLÁ ADVOKÁCIA AKO STAVEBNÝ BLOK PRÁVNEHO ŠTÁTU

Tomáš Borec

Slovenská advokátska komora

Vážené dámy, vážení páni,

úprimne ma teší, že Právnická fakulta Univerzity Komenského oslovila Slovenskú advokátsku komoru s ponukou prevziať záštitu nad Bratislavským právnickým fórom práve v roku, keď si pripomíname pre nás dôležité jubileum – okrúhle výročie prijatia zákona, ktorý prinavrátil povolaniu advokáta nezávislosť.

Každé výročie je príležitosť načrieť do minulosti a reflektovať na budúcnosť.

Zmeny v advokácii naštartoval November 89, ktorý podnietil advokátov, aby sa zjednotili v rozhodnutí odmietnuť pološtátny výkon advokácie a zásahy politickej moci, vrátiť advokácii plnohodnotnú nezávislosť a autonómnu samosprávu. Nový zákon bol skoncipovaný a prijatý v krátkom čase a vstúpil do platnosti 27. apríla 1990. Tridsať rokov existencie Slovenskej advokátskej komory dokázalo správnosť a nevyhnutnosť profesijnej samosprávy, ktorá jediná dokáže garantovať slobodu advokácie a tým priestor pre každého jej člena byť strážcom právneho štátu.

V súvislosti s pojmom „právny štát“ bežne používame sloveso „budovať“ – proces budovania právneho štátu, právny štát nemožno budovať bez toho, aby... Ide o trefné slovné spojenie, keďže právny štát je monumentálna stavba zložená z mnohých aspektov tvoriacich jej konštrukciu. Sloboda slova, nezávislosť justície, zákaz korupcie, a mnoho ďalších zásad predstavuje stavebné bloky a piliere, ktoré držia túto stavbu spriamenú. Zoberte jeden z týchto stavebných blokov a vzniká hrozba, že sa celá stavba zrúti, a spolu s ňou budú pochované základné práva a slobody každého z nás. Právny štát potrebuje neúnavných strážcov, ktorí upozornia na každý pokus o narušenie tejto stavby.

Hoci právny štát je ako koncept súčasťou európskej právnej kultúry niekoľko storočí, napriek tomu ostatné roky pozorujeme opätovné zaoštievanie na obsah tohto pojmu na rôznych fórach. Nedávne dianie v niektorých členských štátoch ukázalo, že právny štát v EÚ nemožno považovať za samozrejmosť a posilnenie právneho štátu musí zostať kľúčovým cieľom. Nielen krajiny strednej, ale aj krajiny západnej či severnej Európy sa potýkajú s rôznymi výzvami, o čom svedčí zasvietená kontrolka na všetkých frontoch.

Inšpiratívnym sa stal najmä dokument Benátskej komisie z roku 2016 s názvom „Rule of Law Checklist“, ktorý má za cieľ uľahčiť správne a konzistentné chápanie konceptu právneho štátu a tak umožniť aplikáciu princípov v praxi. Kontrolný zoznam bol postavený na šiestich prvkoch: 1) zákonnosť, 2) právna istota, 3) zákaz svojvôle, 4) prístup k spravodlivosti, 5) rešpektovanie ľudských práv, 6) zákaz diskriminácie a rovnosť pred zákonom. Jednotlivé body boli natoľko rozpracované, aby umožnili praktické vyhodnotenie stavu právneho štátu v jednotlivých krajinách. Dokument neopomenul úlohu advokátskej komory, ktorá má vykazovať nezávislosť a nestrannosť v zmysle právnej úpravy a reálneho stavu ako aj zdania z pohľadu verejnosti. Pripomenul, že advokát si musí zachovať nezávislosť pre to, aby mohol poskytovať klientom nezaujaté právne poradenstvo a zastupovanie.

V júli 2019 aj Európska komisia zverejnila koncepciu pre prijatie opatrení pre posilnenie právneho štátu ako základnej hodnoty európskeho projektu. V dokumente sa uvádzajú konkrétne opatrenia v krátkodobom a strednodobom horizonte v troch oblastiach – podpora, prevencia a reakcia. Podpora spočíva v záväzku zintenzívniť spoluprácu s ďalšími zainteresovanými stranami a vypracovať

komunikačnú stratégiu pre právny štát. Prevencia spočíva v záväzku vytvoriť systém monitoringu v členských štátoch a kontaktnú sieť pre dialóg a výmenu informácií. Fáza reakcie spočíva v aktívnej pomoci pri deeskalácii situácie. Reakcie na dokument sú rôzne, v skratke možno povedať – lepšie neskoro ako nikdy, no tiež, že napriek legitímnej úlohe EÚ riešiť problémy v počiatočnej fáze, primárnu zodpovednosť zabezpečiť rešpektovanie právneho štátu naďalej nesú členské štáty.

Nielen európske inštitúcie, ale aj advokátske komory, uvedomujúc si svoje poslanie, prijímajú v rámci svojej agendy rôzne opatrenia a realizujú projekty: Vo Fínsku komora spustila webovú stránku, kde formulovala priority právneho štátu a monitoruje ich napĺňanie. Švédsku komora založila osobitnú pracovnú skupinu k problematike právneho štátu, Dánska komora analyzovala uplatňovanie právneho štátu v daňovej oblasti a štátnej správy, Nemecká komora vyvolala diskusiu v reakcii na Pakt o právnom štáte, ktorý prijala vláda, Rakúska komora ročne monitoruje vyše 150 legislatívnych návrhov.

Aj naša komora si plní úlohu pripomienkovania navrhovanej legislatívy. Okrem toho Slovenská advokátska komora realizovala ostatné dva roky projekt s názvom Index právnej istoty, ktorým vyhodnocujeme právne akty z hľadiska intenzity ich dopadu na celkové právne prostredie a z hľadiska príspevku k posilneniu právnej istoty ako základného prvku právneho štátu. Reagovať majú možnosť všetci členovia komory a veríme, že reflexia z prostredia advokátskej praxe môže ako odborné zrkadlo prispieť k tomu, aby postupne začali prevládať tie prvky, ktoré právnu istotu kultivujú a nie oslabujú.

Ďalšou z ciest je aj približovanie konceptu právneho štátu mladej generácii. V kontexte výročia nežnej revolúcie sme sa zamerali na prednášky pre stredoškolákov. Viedlo nás k tomu aj zistenie, že zásady fungovania justície sú mladým ľuďom dosť vzdialené. Uvedomujeme si, že aj my máme zodpovednosť za spoločnosť a že je aj našou úlohou ako najväčšej právnickej stavovskej organizácie posúvať právne povedomie vpred.

S ohľadom na to, že sme v poslednom polroku čelili bezprecedentným informáciám o zneužívaní moci, ktoré mali zničujúci vplyv na dôveru verejnosti v základné prvky právneho štátu, advokátska komora vyvinula snahu o dialóg v rámci právnických profesií a pri okružlom stole privítala vedúcich predstaviteľov právnických profesií. Spoločne sme dňa 30. novembra 2019 prijali vyhlásenie, že aj napriek publikovaným zlyhaniam jednotlivcov, drvivá väčšina právnikov dennodenne vykonáva svoje povolanie a poslanie vo vernosti hodnotám, ktoré sú spojené s našim profesijným stavom. Využívame všetky právne nástroje, aby sme mohli žiť v krajine, kde vládne právo, a morálka i spravodlivosť sú pravidlom a nie výnimkou.

Advokáti si už zvykli na neustály každodenný zápas na obranu princípov právneho štátu. No na to, aby mohli túto činnosť vykonávať, takisto potrebujú záruky ochraňujúce výkon ich povolania: Musia mať možnosť vykonávať svoju činnosť bez zastrahovania, prekážok, prenasledovania alebo nevhodného zasahovania, slobodne poskytovať právne služby doma i za hranicami, bez hrozby stíhania, administratívnej či trestnoprávnej sankcie za konanie, ktoré je v súlade s uznanými profesijnými pravidlami, štandardmi a etikou. V prípade ohrozenia bezpečnosti advokátov v reakcii na plnenie si ich povinností musia advokáti požívať dostatočnú ochranu zo strany príslušných orgánov. Advokát by nemal byť stotožňovaný so svojím klientom a činnosťou klientov z dôvodu, že poskytuje právne služby týmto osobám. Advokátom musí byť uznaná imunita v prípade relevantných vyjadrení v súdnej sieni vnesených v dobrej viere. Príslušné orgány musia advokátom zabezpečiť prístup k informáciám, spisom a dokumentom v dostatočnom predstihu, aby advokát mohol efektívne zastupovať záujmy klienta. V neposlednom rade je nevyhnutné správne pochopiť a zabezpečiť rešpektovanie zásady mlčanlivosti, ktorá je povinnosťou advokáta, slúži ako nástroj právneho štátu a predstavuje základ vzťahu dôvery medzi advokátom a jeho klientom. Ide o nevyhnutný predpoklad prístupu k spravodlivosti. Zachovávanie mlčanlivosti nie je len povinnosťou advokáta, ale aj základné ľudské právo klienta.

Plnohodnotné dosiahnutie stavu právneho štátu je nikdy nekončiaca úloha, čo platí aj pre dobre zakotvené demokracie. Ústava, právny štát, demokracia – všetky budú ohrozené, ak budeme čakať,

že ich zachráni niekto iný. Platí tu základné pravidlo - ak sa budeme my starať o právny štát, právny štát sa postará o nás.

SPOLOČENSKÝ STATUS PRÁVNICKÝCH PROFESIÍ ALEBO NA ČO SME V PRIEBEHU ČASOV ZABUDLI A ZABÚDAŤ BY SME NEMALI¹

Marek Števec

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Rád by som svoj príspevok venoval človeku, ktorý ma mimoriadne ovplyvnil, a to bola pani profesorka Alexandra Krsková. Už ako študent na jej prednáškach som si uvedomoval to, čo sa nám snažila vštepiť a aj pri príprave na tento príspevok som čerpal z jej prác a z toho, čo ma naučila. Nesmierne si ju vážim.

Poruším preto všetky rétorické pravidlá, ktoré sú dané pre prednášanie príspevkov, a pointu odhalím už teraz, pretože názov tohto príspevku obsahuje v podstate inotaj - na čo sme v priebehu času zabudli. Zabudli na noblesu právnického povolania. A noblesu sme vymenili za remeslo. Toto je najzákladnejší problém, okolo ktorého bude oscilovať prakticky celý môj príspevok.

Právnicki momentálne, aj keď je to otázka už niekoľkých storočí, čelia zaujímavému paradoxu: ten paradox spočíva v tom, že sami seba definujeme ako ľudí, bez ktorých spoločnosť môže fungovať len veľmi ťažko, no zároveň čelíme obrovskej a nebyvalej kríze dôvery. A v zásade je to pravda. Postupnou industrializáciou v dnešnej postfaktuálnej (alebo akokoľvek inak nazveme túto dobu), dobe stále viac a viac čelíme výzvam v tom zmysle, že skutočne sa spoločnosť bez právnikov nezaobíde. Na druhej strane vidíme nepriamu úmeru v tom, že čím viac nás spoločnosť potrebuje, tým menej nás má rada. Ja sa zamýšľam nad tým, prečo to tak je. Prečo čelíme takej kríze dôvery, o ktorej hovorili aj moji predrečníci? Už pred takmer 4000 rokmi v Chammarapiho zákonníku existovalo ustanovenie, ktoré sankcionovalo sudcov za svojvoľné menenie svojich rozhodnutí. Je to asi najstaršia právna pamiatka, o ktorej môžeme povedať, že obsahuje zmienku o sankcii pre právnickú profesiu.

Zamyslime sa spolu nad tým, čo to vlastne právnictvo ako stav a profesia je. Domnievam sa, aspoň z toho mála sociologických prác, ktoré som mal možnosť čítať, že právnici sú definovaní ako stav a jednotlivé právnické profesie sa definujú cez určité kritériá. Čo teda môžeme nazvať profesiou vo všeobecnosti, nemusí nevyhnutne obsahovať adjektívum „právnická“ profesia. Sociológovia profesiu definujú cez niekoľko typických kľúčových znakov. Tým prvým znakom profesie je to, že vyžaduje dlhodobú a sústavnú prípravu na jej vykonávanie. To, nepochybne, všetky právnické profesie spĺňajú. Druhý kľúčový znak spočíva v tom, že vyžaduje intelektuálny potenciál. Ospravedlňujem sa teraz všetkým takzvaným profesistom, ktorých vychováva napríklad Slovenská technická univerzita, ale naozaj, intelektuálny potenciál je to, čo sociológovia postulujú ako definičný znak profesie. No a v neposlednom rade, tým tretím bodom je spoločenská potreba - pretože predchádzajúce kritériá možno spĺňa vynikajúci tenista, vynikajúci šachista, ale nie celkom je to pre spoločnosť nevyhnutné, aby sme mali vynikajúcich tenistov a vynikajúcich šachistov. Vynikajúcich právnikov potrebujeme. Je to naliehavá a urgentná spoločenská potreba. Napriek tomu, v priebehu časov, právnici boli pomerne dosť ostrakizovaní. V Starom Grécku, spomeňte si, ak ste niekto niekedy čítali Aristofanove komédie, tak tam nič dobré o právnikoch nikto nepovedal. Jedna z jeho komédií sa volala „Osý“ a bola o sudcovi, ktorý trpel, takpovediac až obsesiou každého vždy za každých okolností súdiť. A toto sa objavovalo v dejinách v mnohých literárnych prácach, mne utkvel v pamäti ešte jeden moment, a to bolo dielo Francois Rabelaisa Gargantua a Pantagruel, kde ak si spomínate, tak prvýkrát zaznela otázka, či vôbec potrebujeme právnikov. Či nie sú zbytoční a či príliš veci nekomplikujú. Myslím si, že do značnej miery si komplikujeme svoje postavenie sami.

Keď som so svojimi kolegami diskutoval o svojom programe a vedeli, že idem na túto konferenciu, tak mi môj kancelár (neprávnik) položil otázku, odkedy môžeme vlastne hovoriť o

¹ Príspevok bol prednesený na plenárnom zasadnutí konferencie Bratislavské právnické fórum 2020, a pre účely publikácie bol len mierne štylisticky upravený.

advokátoch ako takých. Odkedy môžeme hovoriť, že advokát je advokátom? Veľmi ťažko sa na to hľadá konkrétna odpoveď, ale ak hovoríme o advokácii, môžeme o nej ako o stave hovoriť možno niekde od Starovekého Ríma, od konca cisárstva, kedy sa začali advokáti profesionalizovať. Ale naozajstný boom právnictva ako stavu, a advokácie ako profesie z tohto stavu vzišlo, nastal zhruba od vrcholiaceho osvietenstva a s tým súvisiacou industriálnou revolúciou v 19. storočí. Inými slovami, hovoríme o neustálej špecializácii spoločenských činností, ktorá stále viac a naliehavejšie vyžadovala špecializáciu právnikov. Nie som si úplne istý, či môžeme povedať o konkrétnom historickom okamihu, že toto je moment zrodzenia právnického stavu alebo profesie advokáta. Nepochybne tu osvietenstvo zohralo svoju významnú úlohu, a to v tom, že osvietenstvo deklaruje víťazstvo ľudského rozumu nad čímkol'vek iným. A verný svojej vlastnej tradícii samozrejme musím spomenúť, že vrchol osvietenstva a racionalizmu je syntetizovaný v diele Immanuela Kanta. Práve práca tohto veľikána nesmierne súvisí s právnictvom ako stavom. To, na čo sme v priebehu časov zabudli vari najviac, je to, že profesijná etika právnika je v podstate deontológiou - teda etikou povinnosti. Nie utilitaristickou etikou, nie behaviorálnym konceptom, právnická etika JE etikou povinnosti. Kant hovorí, že najzákladnejšiu povinnosť máme sami voči sebe. Tu vidíte prvý oxymoron, právnik by povedal, ako môže mať povinnosť sám k sebe? Povinnosť predsa pojmovo vyžaduje subjekt, ktorý niekomu niečo povинуje. Z hľadiska občianskeho práva ak splynie osoba dlžníka s osobou veriteľa v jedno, dochádza k zániku záväzku, tak aká povinnosť samého k sebe? V morálnej rovine najzákladnejšou povinnosťou, ktorú Kant postuluje, je poznať samých seba. A toto je možno to, na čo by sme mohli upriamiť pozornosť aj pri výchove našich študentov. Poznať sám seba znamená poznať svoje temné stránky i svoje svetlé stránky, poznať to, v čom som dobrý a využívať to dobro pre spoločnosť.

Okrem tých „klasických“ právnických profesií sa dnes urgentne ozýva potreba obnoviť v minulosti naozaj profesiu par excellence, profesiu legislatívca. Uvedomme si, kto dnes reálne na Slovensku píše zákony. Môžeme povedať, že máme profesijný stav legislatívcov, ktorí vyzrievajú 20 rokov aby nám napísali brilantný Občiansky zákonník, Trestný zákon a podobne? Nie. Dnes sa legislatíva „pácha“ pomerne bezbreho a bez akejkoľvek úcty k predpisu samotnému, k právnictvu ako takému. A toto považujem za veľmi kľúčové, aby sme sa opätovne vrátili k spomínanej právnickej noblese, ktorá do veľmi značnej miery znamená aj dôstojnosť. Aby sme si po prirodzenej obrode, ktorou asi musíme prejsť ako právnický stav, mohli povedať to slávne latinské dignitatis memores, ad optima intenti, teda pamätajúc na dôstojnosť, kráčame k tomu najlepšiemu.

Kontaktné údaje:

prof. JUDr. Marek Števec, PhD.
marek.stevcek@uniba.sk
Univerzita Komenského v Bratislave
Právnická fakulta
Šafárikovo nám. 6
810 00 Bratislava
Slovenská republika

PUBLIC INTEREST AS JUSTIFICATION OF LAWYER'S SOCIETAL ROLE AND HIS INDEPENDENCE, AS WELL AS FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO A LAWYER

Ranko Pelicarić

The Council of Bars and Law Societies of Europe

Dear Colleagues, Ladies and Gentlemen,

First of all, let me express my thanks and gratitude to the organizers for this wonderful opportunity to speak at this high-level Event.

It is my pleasure today to make a presentation to you in my capacity of President of the Council of Bars and Law Societies of Europe, also known as the "CCBE" and I will use this acronym further in my speech.

As you know or may know, the CCBE is a private association representing the legal profession before the European Institutions. Our members are the National Bars and Bar Associations or Law Societies of 45 European countries.

Indeed, the CCBE membership includes all EU and EEA countries plus Switzerland and additionally, the CCBE has as observer and associate members, the National Bars of 13 Council of Europe member countries, who are not in the EU or in the EEA.

Through these members, the CCBE represents more than 1,2 million European lawyers. The CCBE acts therefore – and is also recognised – as "the Voice of the European Lawyers".

The role and mission of the CCBE is to defend and promote the human rights as well as the fundamental freedoms of individuals and entities through the promotion and defence of the role and intervention of lawyers in our European society.

The CCBE shares the same values as the EU and the Council of Europe which are:

1. Human Rights,
2. Rule of Law and
3. Democracy.

Indeed, one of the statutory roles of the CCBE is "To monitor actively the defence of the rule of law, the protection of the fundamental and human rights and freedoms, including the right of access to justice and protection of the client, and the protection of the democratic values inextricably associated with such rights."

The CCBE is therefore a policy-oriented organisation: through our interaction with law makers and opinion leaders, we constantly remind them of the importance of Rule of Law and of the respect of Human Rights, as we have the impression that Rule of Law and Human Rights are more and more disregarded and forgotten.

It is the role of the lawyers, of the Bars and of the CCBE to defend and strengthen Rule of Law and Human Rights as they are the fundamental pillars – as we will further develop – of the role and mission of the Lawyers in our society.

This brings me to the subject of my presentation today.

Lawyers essentially represent and defend PRIVATE interests and rights. Nevertheless, their role and intervention are equally of PUBLIC interest. How can a lawyer, while defending private interests,

contribute actively and effectively to the public interest? This seemingly contradictory aspect of the lawyers' profession is fascinating. I will try to explain why.

How do lawyers relate to the public interest?

Through their services to individuals and entities, lawyers contribute in many ways to the public interest.

As Actors of effective Private Justice, through **legal advice**, guidance and support, lawyers ensure better compliance with the legal framework, contribute to **legality and legal certainty** of private undertakings, and prevent potential disputes and conflicts. This, in turn, contributes to smooth social and economic exchanges and to economic stability.

In cross border exchanges, the intervention of lawyers in complex legal structures provides better understanding and confidence, leading to supportive commitment, which strengthens mutual trust and cooperation.

When **representing** clients before courts and administrations, lawyers exchange with courts and administration in a professional and timely way. This enables a swift and adequate administration of justice.

Lawyers assist courts and judges in assessing often complex legal issues and in deciding upon often conflicting matters of public interest.

However, the most specific contribution of the lawyer to the public interest lies in the potential role to help citizens challenging decisions made by authorities and holding the latter accountable for their actions.

If damages would result from government decisions for individuals or entities, or if such government decisions would lead to infringements of their right and freedoms, these individuals and entities must be allowed to bring their quest for review or compensation before an independent court or judge, asking them to hold the government accountable for their actions.

Courts and judges can indeed hold the governments and authorities liable, but they cannot take the initiative to bring them before Justice. Indeed, judges have total impartiality and objectivity to observe. Bringing governments and authorities to Justice requires, in most cases, the intervention, assistance and support of a lawyer. Access to a lawyer is therefore a fundamental condition for ensuring proper Access to Justice and respect for the Rule of Law.

Furthermore, lawyers are in the best position to challenge before courts new national legislation that undermines basic principles of human rights and the rule of law.

In this light, lawyers are, with judges and prosecutors, corner stones upon which the solid edifice of human rights and the rule of law rests. Lawyers are indeed crucial Actors of Justice.

In a modern liberal democracy, based on the principles of the rule of law, this role of the lawyers constitutes an essential contribution to the rule of law.

The effective functioning of the rule of law is a matter of public interest: it contributes to the public trust and confidence in the fair functioning of the state's institutions.

Furthermore, the fact that the rule of law is well-respected contributes to mutual trust between member states in, for example, the Internal Market.

But, even broader, it helps attracting foreign investments from over the world, as investors are ensured of effective judicial protection. This in turn leads to job-creation, economic prosperity and welfare.

This is what is called "**the public interest in the Rule of Law**".

1) Access to an independent lawyer

Since the intervention of lawyers serves the public interest in the rule of law, this has consequences for the professional status of the lawyer.

The public interest role of the lawyer requires 2 guarantees:

- 1) Individuals and entities must have the **absolute right** to access a lawyer, of their choice,
- 2) the lawyer is totally independent of the relevant authorities or government.

The right of access to a lawyer has been confirmed in caselaw before the European Courts.

In the judgment of *Golder v. the United Kingdom* on 21 February 1975, the European Court of Human Rights (ECHR) already ruled that the **right of effective access** to the courts implies the right to be assisted before the court by an **independent** lawyer allowing the accused of benefiting from “concrete and effective” defence

Also the Court of Justice of the European Union considers **the independence of the lawyer** as a fundamental guarantee for the rights of defence of accused parties (CJEU 19 February 2002, judgement no. C-309/99 *Wouters*; CJEU 26 June 2007, judgement no. C-305/05, §32; CJEU 6 September 2012, nos. judgements C-422/11 P and C-423/11 P, §§ 18 and 44)

The right of access to a lawyer is further enshrined in – between others – Directive 2013/48/EU of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings.

This directive is **one of the procedural safeguards in criminal matters** for which the EU has organised common minimum standards applicable in all Member States. These standards aim to ensure a climate of mutual trust in the criminal proceedings in other Member States and this mutual trust, as seen before, contributes to the public interest.

The **lawyer’s independence** must be interpreted in the widest sense of the word: from the government, the court and the public prosecutor, as well as from the enforcing authority, and even from the legislative authority.

The best guarantees for the lawyer’s independence are delivered by the professional regulation and supervision, often organised by the Bar.

Understandably, the **independence of the Bar** constitutes a necessary guarantee to the independence of the lawyer, as confirmed by the ECHR – in the case *Van der Musselle v. Belgium*, from 23rd November 1983.

2) How does the professional regulation of lawyers relate to Public Interest?

Just like is the case for judges and prosecutors, the legal profession must be organised in such a way that individuals and entities can indeed count on an independent lawyer, especially in their pursuit of justice.

Therefore, the legal profession is organised as a liberal profession, excluding any ties with authorities. The profession is subject to self-governance and self-regulation or, at least, co-regulation. Lawyers are subject to independent disciplinary bodies or at least procedures involving independent judges.

This design of the legal profession aims at limiting the intervention of governments and authorities in the access to and exercise of the profession. It prevents their potential direct interference in disciplinary proceedings aiming at removing lawyers from a specific, delicate, case or at excluding too annoying lawyers definitely from their function.

And as other individuals with public responsibilities, lawyers are obliged to conduct themselves according to – elevated – ethical standards.

These standards tend to ensure towards clients a proper practice of the lawyer's profession and a professional behaviour of the lawyer. They introduce requirements regarding competence, capacity, integrity and attitude of the legal professional.

In most Member States, the Bar is the authority which entrusted with the responsibility of adopting regulations designed to ensure the proper practice of the profession. In this regard, the essential task of Bars, of which every lawyer must be a member, is to ensure that the intervention of the lawyer is always done with only the interest of the client in mind.

The **client-lawyer relation** is the main driver of the professional organisation and regulation of the lawyer's profession. The professional regulation must ensure that this relation is indeed based on trust, quality, discretion, empathy, as well as absence of conflict of interest.

Therefore, the essential rules adopted for that purpose are the duty to act for clients in complete independence and in their sole interest, the duty to avoid all risk of conflict of interest, and the duty to observe strict professional secrecy. (see the Wouters judgment of the CJEU of 19 February 2002, C 309/99, §100).

The supervision of the activities and failings of the lawyer is not left up to the government or the judicial authorities, but to an independent legal entity or collaborative association of lawyers, often the Bars.

Furthermore, the Bars as professional organisations are representing their members/lawyers collectively vis-à-vis authorities and third parties. This representative role is to make sure that no action or legislative initiative of the government, related to the legal profession or to legal services, would limit in any way the services and guarantees, which a citizen is entitled to expect when calling upon the support of a lawyer.

To prevent such an intervention of the government or authorities, Bars must also, through adequate self-regulation and supervision, ensure that the quality or behaviour of lawyers is adequate.

The Court of Justice has decided on several occasions that the application of professional rules to lawyers, i.e. that the rules regarding organisation, qualifications, professional ethics, supervision and liability, **serve a goal of general interest**. According to the Court, the application of these professional rules offers the end-consumers of legal services the requisite guarantee of integrity and experience, and thus **contributes to the proper administration of justice** (CJEU 12 December 1996, Judgement C-3/95, *Reisebüro Broede*, §38.)

It is for the Bars (and Member States) to determine the level of protection which they wish to attach to the public interest objectives and to determine the appropriate level of regulation, and this brings me to the Directive on proportionality.

3) The proportionality of professional (self) regulation

DIRECTIVE (EU) 2018/958 of 28 June 2018 introduces the obligation of a proportionality test before adoption of new regulation of professions.

It is necessary to ensure that new professional rules **are justified by public interest objectives** (such as public policy, public security and public health) or **by overriding reasons in the public interest**.

The following **overriding reasons in the public interest**, recognised by the Court of Justice, are relevant for the lawyer's profession:

- the protection of consumers;
- the safeguarding of the proper administration of justice;
- ensuring the fairness of trade transactions;
- intellectual property;
- social policy objectives.

The assessment of proportionality must be carried out in an objective and independent manner. When a profession, like the legal profession, is regulated indirectly by a specific professional body (such as the Bar), it is important to consider the opinion of these **regulatory bodies or professional organisations**, whose **proximity to local conditions and specialised knowledge** make them better placed to **identify the best way of meeting the public interest objectives**.

The European Commission fears however that these professional bodies could make rules providing more benefits to established operators, at the expense of new market entrants.

I allow myself to repeat again: the role of our professional organisations and of our self-regulation is to ensure that no legislative initiative related to the legal profession, **would limit in any way the services and guarantees which a citizen is entitled to expect, when calling upon the services of a lawyer**. In other words, our Bars and Professional organisations are obliged to subject their assessment and their opinion about forthcoming regulation to only **the public interest in the Rule of Law**.

Based on the CJEU's case law, the following elements, amongst others, are to be considered by the Bars as overriding reasons in the general interest in the Rule of Law:

- sound administration of justice,
- protection of consumers of legal services,
- proper practice of the legal profession,
- independence of lawyers,
- duty to act in the sole interest of clients,
- observance of the duty to avoid any risk of conflict of interest, and
- strict observance of professional secrecy.

4) Public interest and the rule of law

It may be obvious that 'rule of law' and 'public interest' are not identical concepts. That is why I referred the "public interest in the rule of law". The relation between public interest and the rule of law is also not always evident and can be compromised in particular situations.

For example, in some – even European – countries, the arrival to power – through perfectly democratic elections – of illiberal governments has led those governments to justify some of their actions with the "public interest" and base this "public interest" on the fact that they were elected by a majority voting.

It seems that those governments make a confusion of "public interest" with "the interest of the public" (meaning the majority by which they have been elected). Are these 2 notions necessarily synonyms?

What if the "interests of the public or majority" would lead to clearly discriminatory measures towards minorities or would jeopardise access to Justice or the access to other elementary aspects of human rights protection? In such a case, my answer would be "no" – this cannot be in the "public or general" interest.

Therefore, it seems to me that calling upon the reasons of "public interests" by governments and authorities in order to justify some questionable measures, must always be subject to review by independent and impartial courts and authorities. This requires that lawyers must always be allowed to challenge those measures and their justification before the courts.

Some – illiberal – governments have criticized the principle of review by independent and impartial courts and claiming that it is a "Dicastocratie": the government by judges.

A court's review, however, does not replace the government's acts or decisions. The court can eventually annul such an act, but only as a result of an assessment of the act's non-compliance with higher norms and fundamental rights, enshrined in national and international law.

And this is the foundation of the Rule of Law and its normal effective judicial protection. This is, ladies and gentlemen, dear colleagues, in the public interest in the rule of law.

I thank you very much for your attention.

Reviewers of Papers / Recenzenti:

- prof. JUDr. Margita Prokeinová PhD.
- prof. JUDr. Tomáš Strémy PhD.
- doc. JUDr. Radovan Blažek PhD.
- doc. JUDr. Iveta Fedorovičová CSc.
- doc. JUDr. Ondrej Laciak PhD.
- doc. JUDr. Ing. Ondrej Blažo PhD.
- doc. JUDr. Ing. Matej Kačaljak PhD.
- JUDr. Hana Kováčiková PhD.
- Mgr. Andrea Szakács, PhD. (née Koroncziová)

Editors / Zostavovatelia:

- Mgr. Andrea Szakács, PhD. (née Koroncziová)
- Mgr. Tibor Hlinka

Scientific committee/ Vedecká komisia:

doc. JUDr. Eduard **Burda**, PhD. – head of the committee /predseda komisie

prof. JUDr. Ján **Svák**, DrSc.

prof. JUDr. Mária **Srebalová**, PhD.

prof. JUDr. Mária **Patakyová**, CSc.

prof. JUDr. Jozef **Čentěš**, PhD.

prof. JUDr. Margita **Prokeinová**, PhD.

prof. JUDr. Matúš **Nemec**, PhD.

Priv.-Doz. DDr. Antonio **Merlino**

doc. JUDr. Rudolf **Kasinec**, PhD.

doc. JUDr. Mgr. Vojtech **Vladár**, PhD.

doc. JCDr. PaedDr. Róbert **Brtko**, CSc.

doc. Mgr. Matej **Mikvý**, PhD., LL.M.

doc. Mgr. Miroslav **Lysý**, PhD.

doc. Mgr. et Mgr. Ondrej **Podolec**, PhD.

doc. JUDr. Peter **Lysina**, PhD.

doc. JUDr. Jozef **Valuch**, PhD.

doc. JUDr. Tomáš **Ľalík**, PhD.

doc. JUDr. Marek **Domin**, PhD.

doc. JUDr. Matej **Horvat**, PhD.

doc. Mgr. Ján **Škrobák**, PhD.

doc. JUDr. Juraj **Vačok**, PhD.

doc. JUDr. Ľubomír **Čunderlík**, PhD.

doc. JUDr. Ing. Matej **Kačaljak**, PhD.

doc. JUDr. Peter **Lukáčka**, PhD.

doc. JUDr. Juraj **Hamuľák**, PhD.

doc. JUDr. Ján **Matlák**, CSc.

doc. JUDr. Romana **Smyčková**, PhD.

doc. JUDr. Alexandra **Löwy**, PhD.

doc. JUDr. Ing. Ondrej **Blažo**, PhD.,

JUDr. PhDr. Lucia **Mokrá**, PhD.

JUDr. Jozef **Andraško**, PhD.

JUDr. Matúš **Michalovič**, PhD.

Mgr. Andrea **Szakács**, PhD.

Mgr. Martin **Daňko**, PhD.

Mgr. Martin **Dufala**, PhD.

© Comenius University in Bratislava, Faculty of Law, 2020.

© Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2020.

ISBN 978-80-7160-556-0
EAN 9788071605560

TOUS POUR UN, UN POUR TOUS? THE NECESSARILY CONVERGENT ROLES OF ECJ, COMMISSION, NATIONAL COURTS AND LAWYERS IN RESISTING DEMOCRATIC BACKSLIDING

Bernardo Cortese

University of Padova, School of Law

Abstract:

In my brief contribution to the general section of 2020 Bratislava Legal Forum I will try to draw some general lessons from Polish cases on the independence of the judiciary, which were dealt with in recent times by the European Court of justice.

I will start from the international (political) dimension, just to see that it is not the most appropriate one to effectively deal with serious rule of law problems that may arise in member States. I will then move to the interindividual dimension, to see how it can help to overcome the limits of the international political one, how it reinforces the international legal remedies, and how it can be reinforced, on its turn, by such external dimension. In light of the general object of this year's conference, I will finally stress that the role of lawyers, although not evident at first sight, is an important one in the collective and necessarily coordinated action required to cope with national measures not in line with the common rule of law requirements.

Key words:

EU Law, Rule of Law, Independence of the Judiciary, European Court of justice, National Courts as EU Courts, Preliminary Ruling, Action of Infringement, Interim Relief

1.1 Introduction

My intervention will try to draw some general lessons from the cases on the independence of the judiciary, which were dealt with in recent times by the European Court of justice, with special reference to the Polish constitutional crisis.

I will start from the international dimension, just to see that it is not the most appropriate one to effectively deal with serious rule of law problems that may arise in member States. I will then move to the interindividual dimension of EU law, to see how it can help to overcome the limits of the international political one, how it reinforces the "international" judicial remedies present in the EU system, and how it can be reinforced, on its turn, by the international law dimension still present in EU law. The role of lawyers, although not evident at first sight, will emerge as an important one in the collective and necessarily coordinated action required to cope with national measures not in line with the common rule of law requirements.

1.2 The weaknesses of the EU international tools meant to counter democratic backsliding

The starting point is the observation that international soft- and hard-law tools made available by both the Council of Europe and EU laws, and directed at inducing an EU member State (ruling majority) to abandon an authoritarian path it has entered into, risk being essentially non-effective, as they might embolden that ruling majority in a nationalist defense of the State against what can be depicted (and perceived by their supporters in the national political arena) as external enemies. This is essentially what happened in the Hungarian case¹.

¹ Cf. ADAMSKI, D., The Social Contract of Democratic Backsliding in the "New EU" Countries. In *Common Market Law Review*. Vol. 56, 2019, pp. 623-666.

The first alarm bell will normally resound at the Council of Europe level. The European Commission for Democracy through Law, also known as Venice Commission, is the first institutional element of the *grande Europe* to tackle democratic backsliding moves of its members, as it is institutionally set to deal with such issues. Its (non-political) composition, and the way in which it operates, through a reasoned, complex dialogue with the national authorities (and civil society) of the “target” State, either ensure success in bringing the situation back to a tolerable state of the matter, or testify the unredeemable character of the “political sin” which is perpetrated in that State: if there’s no change in direction then, it means we are getting too close to...the event horizon, and any subsequent external move will quite likely be attracted into the nationalist black hole and transformed into political arguments to foster the democratic backsliding.

So, when it comes then to the EU, any European Parliament resolutions, any European Commission recommendations based on the Rule of Law Dialogue framework, or any informal suasion possibly exercised by other member States leaders, all risk remaining unheard, and ineffective.

When this happens, either the “nuclear option” of art. 7 TEU is used – something which, in the current state of affairs, is absolutely unlikely - or any solution has to come from elsewhere: not from the international (political or legal) level.

1.3 The need to mobilize the internal level: The duty of constitutional resistance

When the nationalist capture of a given political system makes it useless for international actors to try and induce a restoration of a sound democratic environment, coherent with the common rule of law principles, the solution has to come from “inside”: from an internal legal (and socio-political) dimension, directly involving the individuals.

This means essentially two things.

The first, rather evident internal dimension that could induce a change in a democratic backsliding situation in a given EU member State, is the socio-institutional substrate and machinery upon which, and through which, that member State is built. It is for the free press and medias to inform on the threats such choices present for the society and its ultimate wellbeing. It is for the social groups who will feel the ultimate damage of authoritarian choices, be it directly in terms of interests affected, or indirectly in terms of values trampled, to unite and punish such choices in the ballot cabins. Of course, both the free press’ and the electoral body’s reactions are easier said than done, as the direct or indirect influence over information outlets is often the first step through which autocratic governments consolidate their grip over the relevant national society.

If democratic institutions pervert themselves into autocratic mode, and succeed in corrupting the normal chain of democratic accountability, affected social groups, and the society at large, will then have to resort to other forms of non-violent resistance, directed at restoring the constitutional order, keeping in mind that resistance to the abuses of power, including by a formally democratic government, that result in thrashing the unalienable rights of the individuals, lies at the core of any constitutional system since the American Declaration of Independence² and the French Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen of 1798³.

² The second paragraph thereof reads as follows: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness. That, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed. That, whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it, and to institute new government, laying its foundation on such principles [...]”.

³ I refer in particular to Art. 2 thereof, according to which: “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l’oppression” (stressing added).

This is true no matter whether that principle is expressly declared in the relevant national constitutional provisions, as in Art. 20, para. 4 of the German Grundgesetz⁴, or anyway implied by the very essence of constitutionalism⁵.

Of course, constitutional resistance should first of all take place through the rule of law mechanisms that are there to protect individual rights even against the will of a majority: courts are, therefore, at the forefront of that duty to resist, through constitutional means, to the perversion of democracy.

Now, what makes the autocratic shifts currently taking place in Hungary and in Poland particularly dangerous and insidious is that they are indeed axed on the dismantling of judicial independence. This renders any form of institutional resistance to such autocratic shifts more difficult, but not impossible, as the Polish case proves.

1.4 A second level of “internal” resistance: The EU interindividual legal order as a constitutional order

The Polish crisis, moreover, shows the operation of a second “internal” level that can (and should) be involved in the resistance against a democratic backsliding in an EU member state. It is the EU legal system in its *interindividual* (or quasi-federal) dimension⁶. It is an *internal* institutional dimension which is less evident, but it has proven in recent times to be almost as important an element of constitutional resistance to autocratic changes in EU member States, as is the State internal constitutional system of the concerned member State. Its essence lies in the fundamental link existing between the national courts and the European Court of justice, and in the capability of this quasi-federal EU judicial system to short-circuit the difference between international and internal control mechanisms.

One has to be frank: probably nobody in the interested governmental circles, nor in the European Commission college of commissioners, had counted with a bold and effective intervention by the Court of justice in the matter, capable of giving rise to a kind of ... “tactical” nuclear weapon, very different in its functioning from the “strategic” one foreseen by Art. 7 TEU, but almost as powerful and, what really matters... fully operational.

So, how to explain the dramatic developments that made it possible for the Court of justice to effectively impose a U turn to the Polish ruling majority on the law reforming the Supreme Court and, more generally, to cast a doubt on the feasibility of that ruling majority project to tame Polish national courts, by essentially abolishing judicial independence, despite the stalemate of Art. 7 TEU political and essentially intergovernmental procedure? Was it a revolutionary attitude that moved the ECJ? Was it a judicial *coup d'État*, to borrow an expression coined by the British legal thinking?⁷

The answer is a clear no.

The elements necessary to induce such a powerful and effective reaction by the EU jurisdictional system were all already on the table; what was needed, was a kind of spark that would make the

⁴ Article 20 Grundgesetz reads as follows: “(1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. - (2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. - (3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden. - (4) Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.” (stressing added).

⁵ As for instance in the Italian post fascist constitutional setting: see CARLASSARE, L., Stati di eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati, in GALIZIA, M., GROSSI, P., Eds., Il pensiero giuridico di Costantino Mortati. Milano: Giuffrè, 1990, 646 pages, pp. 479-490, at p. 490.

⁶ To define the different layers of international and interindividual law involved in the EU integration process, I refer to CORTESE, B., À la recherche d'un parcours d'autoconstitution de l'ordre juridique interindividuel européen: essai d'une lecture pluraliste 50 ans après Van Gend en Loos et Costa. In Il diritto dell'Unione europea, 2015, pp. 271-315.

⁷ STONE-SWEET, A., The Juridical Coup d'Etat and the Problem of Authority. In German Law Journal, 2007, pp. 915-927.

reaction possible. That spark came, in this case, first from the... Irish High Court in Dublin, and then from the Sąd Najwyższy, the Polish Supreme Court, together with some other Polish tribunals, and set a kind of chain reaction that blurred the lines of different jurisdictional settings and procedures: the international style action of infringement foreseen by Art. 258 TFEU, and the “private attorney general” setting⁸ of Art. 267 TFEU references for preliminary ruling.

But let’s find out the fundamental elements that made this reaction possible.

First of all, it has to be noted that participation in the EU by its member States means acceptance of the “new” interindividual legal order designed by the ECJ case law dating back to *van Gend en Loos*⁹, *Costa/ENEL*¹⁰, *Simmenthal*¹¹ ... Accessing to the EU after those judgments – or remaining in it for original member States – unequivocally means for a member State accepting the unfolding in its territory of an autonomous legal system where the individual is a full subject, on the same footing as sovereign States.

The European Court of justice is the final guarantor of the legality of this new system, and it is endowed, together with member States’ courts operating as *juges européens de droit commun*¹², with the task of ensuring respect of EU based individual rights.

Supremacy of EU law, disapplication of contrasting national legislation, and the autonomous powers recognized to national courts, in derogation to the principle of judicial autonomy, in order to ensure the effectiveness of the EU legal order, are the watermarks of this system. As a consequence, sovereignty - intended as the *exclusive* power of the State to govern individuals who are present in its territory¹³ - has no longer any significance in deciding whether the will of a national Parliament should be respected or not, if it violates directly applicable rules or principles of EU law¹⁴.

This is true in general, even when the issues at stake are... as societally irrelevant as the payment of a slight increase in a duty on ureaformaldehyde (*van Gend en Loos*). It is therefore all the more true when the relevant national legislation is found to be in contrast with one of the fundamental constitutional principles of the EU interindividual legal order: the independence of the judiciary called to ensure the “effective legal protection” of individual rights stemming from EU law, as foreseen by the second “prong” of Art. 19 TEU.

Now, that second “prong” of Art. 19 TEU was introduced in Lisbon as a codification of the principle already affirmed by the Court of justice in its 2002 *Union de Pequeños Agricultores* judgment¹⁵. There, the Court clearly sets a constitutional (federal) requirement on member States’ legal systems: in drafting their national judicial systems, member States have to ensure effective judicial protection of individuals. This implies the necessary respect of the independence of the judiciary, as a prerequisite for the protection to be *effective and judicial*¹⁶.

It is the whole judicial system of EU member States that needs to be structured in accordance with such principles, as it is *structurally* called upon to enforce EU law: neither Art. 51 of the Charter, nor any derogatory Protocol to the Charter, can thus be invoked against this conclusion.

⁸ WEILER, J.H.H., Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the Individual. In TIZZANO, A., KOKOTT, J., PRECHAL, S., dir., Cour de Justice de l’Union européenne, 50.me Anniversaire de l’arrêt van Gend en Loos, 1963-2013, Actes du colloque, Luxembourg, 13 Mai 2013. Luxembourg: Office des Publications UE, 2013, 316 pages, pp. 12-21, at p. 13

⁹ Case 26/62, *van Gend en Loos*, [1962] ECR 1.

¹⁰ Case 6/64, *Costa / ENEL*, [1964] ECR 585.

¹¹ Case 106/77, *Simmenthal*, [1978] ECR 629.

¹² See notably Opinion 2/13, Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ECR (electronic): ECLI:EU:C:2014:2454, paras 174-176.

¹³ ARANGIO-RUIZ, G., Le domaine réservé. L’organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne. Cours général de droit international public. In Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye. Volume 225 (1990), pp. 9-484, at pp. 461 ff.

¹⁴ CORTESE, B, L’ordinamento dell’Unione europea, tra autocostituzione, collaborazione e autonomia. Turin: Giappichelli, 2018, 350 pages, at pp. 33 ff., 287 ff.

¹⁵ Case C-50/00 P, *Union de Pequeños Agricultores*, [2002] ECR I-6677.

¹⁶ Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117.

1.5 Art. 258 TFEU versus Art. 267 TFEU: Emboldening the international watchdog thanks to the internal stings

This being said, one has to observe that, in general, the remedies for a breach of Art. 19 TEU by member States may vary, depending on the individual legal dimension involved in the application of the contested national measures.

As long as there's no individual dimension actually involved, the only available remedy would in principle be that of an infringement action, that is to say, a hard-law remedy quite firmly anchored in the international law dimension of the EU. In such a case, it would be up to the Commission, according to Art. 258 TFEU, to raise the question. The Commission, however, might well be tempted to avoid confrontation.

A non-confrontational mood by that Institution might even imply the (formally admissible) choice not to use the infringement procedure, and to prefer instead relying on the soft-law Rule of Law Dialogue framework. This is precisely what happened in the first two and a half years of the Polish constitutional crisis, from November/December 2015, until July 2018!

Even if and when art. 258 TFEU is activated by the Commission, as the Hungarian case on forced retirement of judges shows very well, a non-confrontational mood might result in the decision to rely on sectoral EU legislation like the antidiscrimination on work 2000/78 directive, as the parameter to assess the national measure, without any reference to the principles enshrined in Arts. 2 TEU, Art. 19 TFEU, and or Art. 47 of the Charter. Talking of discrimination on the ground of age on the place of employment, without stressing the threat to the independence of the judiciary as a precondition for the rule of law in a democratic society, essentially means downgrading the case.

Adopting a non-confrontational mood further might mean that the Commission will not ask for interim measures. This, again, is what happened in the Hungarian case leading, in the end, to a pyrrhic victory¹⁷.

Of course, the Commission might decide to play seriously its game, as it finally did by bringing its action for infringement against Poland in the case of the forced retirement of the Supreme Court judges, and asking the Court to grant interim relief. Such an attitude, however, cannot be taken for granted, especially with the current European Commission. Just think of how complicated was the confirmation process before the European Parliament, and realize that it was in the end dependent on the approval by some of the leading actors of the democratic backlash¹⁸...

So, to sum up, even when you leave the political setting of Art. 7 TEU hard mechanisms, or the diplomatic suasion approach involved in the Rule of Law Dialogue, you don't have any guarantee of effectiveness, as long as the dispute remains firmly anchored in the international law dimension of the European Union – as it still is, when Art. 258 TEU alone is activated.

Things change, however, if an individual dimension is there, and that the violation of an individual right is actually complained of before a national court. In such a case, it becomes possible for that national court to address the European Court of justice *via* Art. 267 TFEU.

This might, on one side, significantly ease the possibility that the Court of justice step in in such politically sensitive cases; on the other side, and as a consequence of the Court's involvement, this might set the tune in the Commission for a bolder approach.

Now, when it comes to national measures endangering the judicial independence of the national courts of a given member State, it might not be so immediate to find the setting in which the violation of an individual right arises before a national court, and to have this happen before it is too late. At the same time, it is true that some kind of innovative litigation approach is often at hand, that might enable the proposition of a reference for a preliminary ruling. It is difficult to imagine a situation where no EU based individual rights, including the same rights of the individuals serving as judges, are touched by an illiberal reform excessively limiting the independence of the judiciary.

Once the European Court of justice confirms that the relevant national measures restricting the courts' independence violate Art. 19 TEU, national courts will then have a legal (and authoritative) push to disapply such national rules (as in the cases on the independence of the disciplinary chamber

¹⁷ I refer here to case C-286/12, *Commission v. Hungary*, ECLI:EU:C:2012:687.

¹⁸ See the news article published on 17.7.2017 by EUobserver: ZALAN, E., PiS & Fidesz claim credit for von der Leyen victory. Available at < <https://euobserver.com/political/145489> >.

of the Polish Supreme Court, and on the forced pensioning of the Polish Supreme Court's members¹⁹), without having to fear disciplinary consequences²⁰.

If they follow this path, they will not only have the ECJ at their side, and succeed in “resisting” to such illiberal reforms in individual cases. They will at the same time drive the European Commission to use its power of initiating an infringement action, and to do it in a very effective way.

1.6 The entanglement between “internal” and “international” judicial procedures in the EU: Art. 267 TFEU reinforcing Art. 258 TFEU... and Art. 279 TFEU reinforcing them all.

It is quite reasonable to assume that the Irish High Court referral in the *Celmer* case, at the end of March 2018²¹, followed the 12 April order of the Court of justice submitting the case to an urgent procedure²², were two alarm bells loud enough to be heard at the Berleymont building in... Rue de la loi. And it was of course the answer rendered on July 25th, 2018 by the Grand Chamber of Court of justice on the merits of the questions raised by the Irish judge²³ – an answer clear enough as to its position towards the Polish reform endangering the independence of the judiciary – to finally propel the opening of an Art. 258 procedure against Poland.

As the hot question had reached the Court of justice, in that quite unexpected manner, and as the procedure was submitted to urgent treatment by the Court, the Commission clearly felt to be itself... *en demeure*, and finally issued the *mise en demeure* towards the Polish government on July the 2nd, 2018. And when the Court, at the end of July, clearly restated the principles already stemming from its recent case law on the independence of the judiciary, and called the existence of a reasoned proposal according to Art. 7 TEU and targeting Poland to be “particularly relevant” for the purpose of judicially assessing the existence of a “real risk [...] of the fundamental right to a fair trial being breached”²⁴, it was high time for the Commission to speed-up, and issue its reasoned opinion in the infringement pre-contentious phase. And that’s what it finally did on the 14th of August.

By that time, the Polish Supreme Court had already referred its first, direct question for a preliminary ruling to the Court of justice, in the *D.S.* case²⁵. In fact, by decision of 2 August, deposited at the registry of the European Court of justice on 9 August, the Sąd Najwyższy requested the ECJ to rule on the compatibility of the forced, anticipated pensioning of some of its members - sitting in a chamber that had to adjudicate (unrelated) substantive questions of EU law - with “the second subparagraph of Article 19(1) TEU, in conjunction with the third subparagraph of Article 4(3) TEU and Article 2 TEU, the third subparagraph of Article 267 TFEU and Article 47 of the [Charter]”, as well as with “Article 2, Article 9 and Article 11 of Directive 2000/78, in conjunction with Article 21 of the Charter”.

The Sąd Najwyższy specifically requested the Court to confirm that a national court had the power to “suspend of its own motion the application of national provisions which infringe the principle of the irremovability of judges”.

¹⁹ Joined cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, ECLI:EU:C:2019:982. See also paragraph 7 below.

²⁰ Cf. the Opinion of Advocate general Kokott in case C-658/18, *UX / Governo della Repubblica italiana (Statut des juges de paix italiens)*, ECLI:EU:C:2020:33, points 114-115, excluding the admissibility of any disciplinary consequences linked to disapplication of national legislation contrary to EU law. See moreover, although only with reference to the decision to submit the reference for a preliminary ruling, joined cases C-558/18 and C-563/18, *Miasto Łowicz and Prokurator Generalny zastępowany przez Prokuraturę Krajową*, ECLI:EU:C:2020:234, where the ECJ clearly stated that “Provisions of national law which expose national judges to disciplinary proceedings as a result of the fact that they submitted a reference to the Court for a preliminary ruling cannot [b]e permitted” (point 58).

²¹ *The Minister for Justice and Equality v. Celmer*, [2018] IEHC 153.

²² Case C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice)*, order of the First Chamber of the Court of 12 April 2018, not reported.

²³ case C-216/18 PPU, *cit.*, judgment of 25 July 2018, ECLI:EU:C:2018:586.

²⁴ Case C-216/18 PPU, *cit.*, point 61.

²⁵ Case C-522/18, *DŚ v Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Jaśle*.

On 26 September, the President of the Court issued an order submitting that request for a preliminary ruling to an expedited procedure²⁶: not only the fuse of the bomb was turned on, but time was running short...²⁷

Inevitably, then, the infringement action had to be finally brought before the Court of justice: the application was eventually lodged on the 2nd of October.

But the Commission did more: emboldened by the latest judicial developments, its Legal Service additionally requested the adoption by the Court of interim measures, in a parallel *procédure de référé* based on Art. 279 TFEU. Those measures were granted *inaudita altera parte* through an Order of the Vice-President of the Court of 19 November²⁸, and were later confirmed by the Grand Chamber in its Order of 17 December 2018²⁹.

The interim relief granted by the Court was radical: Poland was required, *inter alia*, to suspend the application of the contested provisions of the Law on the Supreme Court, and “to take all necessary measures to ensure that the judges of the Sąd Najwyższy (...) concerned by [the contested provisions] may continue to perform their duties in the positions which they held on 3 April 2018, the date on which the Law on the Supreme Court entered into force, while continuing to enjoy the same status and the same rights and working conditions as they did until 3 April 2018”.

No alternative remained to the Polish governing majority than either to disobey the orders of the Court, or to enact a new law repealing the contested provisions. The latter was the wise choice they took: the Polish Parliament approved a corresponding bill on the 21 of November, i.e. two days after the Vice-President Order, and the President of the Republic signed the bill into law on 17 December 2017, i.e. on the same day of the Grand Chamber Order.

As we all know, the judgement on the merits confirmed that Poland had violated the obligation to ensure the independence of its courts, enshrined in the principle of effective judicial protection proclaimed by Art. 19 TEU³⁰.

The chronological analysis of the judicial developments we went through, shows an interesting situation, where the activation of a judicial procedure at the interindividual level of EU law, and the systemic relevance it acquires through Art. 267 TFEU, reinforces the effectivity of the international law mechanism set by Arts. 258 ff. TFEU. At the same time, the availability, via Art. 279 TFEU, of a “centralized” judicial tool for imposing swift interim measures, inherently having *erga omnes* effects - and backed by the perspective of a biting *astreinte* such as that foreseen by the Court’s *Puszcza Białowieża* Order of November 2017³¹ - shows that the international dimension of the EU law judicial system is on its turn capable of further reinforcing the effectivity of its internal (interindividual) judicial remedies.

1.7 The further entanglement between internal and international judicial procedures: The (lack of) independence of the *Izba Dyscyplinarna*

We all understand that this was just a part of a wider chess game. The project to submit the judiciary to the control of the political power in Poland continued after that setback, and is still going on.

Other references came from Polish courts still enjoying independence, and other infringement actions are under way. In particular, the question of the independence of the Disciplinary Chamber of the Sąd Najwyższy, the *Izba Dyscyplinarna*, is at the same time the object of another crucial Grand

²⁶ ECLI:EU:C:2018:786.

²⁷ No matter that, for procedural reasons, that case was in the end made the object of an *ordonnance de non lieu* (ECLI:EU:C:2020:42), as a consequence of the repeal of the contested provisions, due to the outcome of the *ordre de référé* issued in the parallel infringement procedure case we are discussing.

²⁸ Case C-619/18 R, Order of the Vice-President of the Court of 19 October 2018, ECLI:EU:C:2018:852.

²⁹ Case C-619/18 R, Order of the Court (Grand Chamber) of 17 December 2018, ECLI:EU:C:2018:1021.

³⁰ Case C-619/18, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 June 2019, ECLI:EU:C:2019:531.

³¹ Case C-441/17 R, *Commission v Poland (Puszcza Białowieża)*, Order of the Court (Grand Chamber) of 20 November 2017, ECLI:EU:C:2017:877: for the *astreinte*, see para. 118.

Chamber judgment on a reference for a preliminary ruling requested by the Sąd Najwyższy, and of an action for infringement raised by the Commission.

To appreciate the entanglement between internal and international EU judicial procedures, dates matter, again.

Between the 30th of August and the 20th of September 2018, the Sąd Najwyższy addressed a number of related questions for preliminary rulings in three connected cases (*A.K. and others*), that were joined by the European Court of justice³². The three cases dealt with the anticipate pensioning of a judge of the Supreme Administrative Court and of two judges of the Supreme Court, but they also directly involved the jurisdiction of the newly created Izba Dyscyplinarna, and the alleged lack of independence of that Chamber.

The cases, that should have been dealt with by the Izba Dyscyplinarna, were pending before the Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (Social Chamber) of the Sąd Najwyższy. The Social Chamber referred them to the Court of justice, asking whether the Disciplinary Chamber could be meant to satisfy the independence requirement stemming from EU law, and if the Social Chamber could disregard the former's competence, should it be concluded that the Izba Dyscyplinarna it was not an independent court.

Some months later, on the 3rd of April, 2019, and on the 17th of July, 2019, the Commission issued a letter of formal notice, and then a reasoned opinion covering essentially the same issues raised by the *A.K. and others* cases, as far as the independence of the Izba Dyscyplinarna was concerned, and dealt more generally with the new disciplinary regime applicable both to the ordinary courts and the Supreme Court, for the content of their judicial decisions. The letter of formal notice was issued a couple of weeks after the publication of the Opinion of Advocate general Tanchev in the *A.K. and others* cases³³, containing a damning repudiation of the new Polish disciplinary system.

On 25 October 2019, the Commission finally lodged an application in that second action of infringement against Poland³⁴.

On 19 November 2019, the Court of justice issued its judgment in the *A.K. and others* case³⁵. The Court, dealing with the issue of independence of the Izba Dyscyplinarna found that, as a matter of principle, Art. 47 of the Charter, and the provisions on the judicial remedies contained in the antidiscrimination Directive 2000/78, on the equal treatment in employment and occupation, "must be interpreted as precluding cases concerning the application of EU law from falling within the exclusive jurisdiction of a court which is not an independent and impartial tribunal, within the meaning of the former provisions".

Following the necessary subdivision of tasks and competences between national courts and the ECJ according to Art. 267 TFEU, the Court left it to the discretion of the referring Social Chamber of the Sąd Najwyższy the actual assessment as to whether the Izba Dyscyplinarna failed to meet the independence requirements stemming from EU law principles. It gave ample indications, however, about the fact that it shared the concerns of the referring court.

The ball was then in the camp of the Sąd Najwyższy: as one could expect, its social chamber *did* affirm the lack of independency of the Izba Dyscyplinarna, in two judgments of 5 December 2019, and of 15 January 2020.

Based on both the ECJ judgment of 19 November, and the Sąd Najwyższy's judgments of 5 December and 15 January, the Commission complemented its application with a request for interim relief, initiating a *procédure de référé* to secure the effectiveness of its action of infringement. It requested the Court to order Poland to suspend the functioning of the Izba Dyscyplinarna.

The Grand Chamber of the Court agreed, and on 8 April 2020 it issued the interim order requested by the Commission³⁶. This is of course based on a *prima facie* evaluation of the case, but it is important to stress that the Court did so by hinging, on one side, on its previous judgment in *A.K.*, and, on the other side, on the conclusions reached by the Sąd Najwyższy in its judgments of 5

³² Joined cases C-585/18, C-624/18, and C-625/18, *A. K. and Others v Sąd Najwyższy*.

³³ Joined cases C-585/18, C-624/18, and C-625/18, *A. K. and Others*, Opinion of Advocate general Tanchev, delivered on 27 June 2019 ECLI:EU:C:2019:551.

³⁴ Case C-791/19, OJ 413, p. 36.

³⁵ Judgment in joined cases C-585/18, C-624/18, and C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982.

³⁶ ECLI:EU:C:2020:277.

December and 15 January, applying the principles developed by the ECJ in general to the actual situation of the Izba Dyscyplinarna.

1.8 Conclusions

The lesson we can learn from such cases sounds like the motto of the Dumas' Musquetaires: *tous pour un, un pour tous*. It is necessary that *all* actors involved cooperate to raise a complex judicial (and societal) answer to such nefarious reforms, in order to get the awaited rescue by the EU legal system, when national channels alone are not capable of preserving fundamental constitutional values.

In this picture, the national courts and the European Court of justice, working together through the reference for preliminary rulings competence, are at the center of the scene, with the formers providing the impulses (questions) and the latter clarifying the principles that will then be applied by those national courts. Their collaborative action at the level of the "internal" EU legal order is then complemented by the action of the Commission and the same Court of justice at the international level of the EU law, through swift and effective use of the tools offered by Arts. 258 and 279 TFEU.

What is then the role for national lawyers (advocates)? They are not so visible, at first sight, but they are indeed one of the main forces behind the scene.

Their role, as individual lawyers, is to push national courts to submit effective referrals to the Court of justice, in cases where the contested national measures are directly applied, or the negative effects such measures produce on the independence of the judiciary can reverberate on other individuals, including in other member States.

At the same time, national lawyers have, as a collective entity, the duty to let their voice be heard loudly, in the public sphere, by criticizing the national reforms which might put the rule of law at risk. Such criticism, especially if it is flanked by the magistrates' criticism, will sound an important alarm bell for the international and EU technical and political watchdogs: the Venice Commission, the European Parliament, and the European Commission at its political level, might realize that an attack to the principles and values enshrined in Art. 19 TEU is underway, and will be able to react to protect our common values and interest. If it is true that international soft law reactions might not be enough to solve hard cases of democratic backlash, nonetheless those reactions do pave the way for bold assertions by the European Court of justice in Art. 19 TEU cases.

PRACTICAL CHALLENGES TO THE RULE OF LAW

Adriana Almășan

University of Bucharest, Faculty of Law

Abstract: The rule of law includes two meanings, i.e. the supremacy of regular as opposed to the arbitrary, that is the supremacy of law, on one hand, and the obedience to the ordinary law, idea that works within a single regulatory system, on the other hand. The paper tackles the second meaning. After a long tradition the legal world assumed the rule of law unchallenged and requiring solely its enforcement, by using the adequate instruments for this purpose, its shortcomings proved that the paradigm should be radically changed, in order to render capability to the regulatory system. The paper discusses the challenges and several conditions that the regulations should meet to overcome the problems.

Key words: rule of law, regulation, challenges, accessibility, justice, coherence, predictability, effectiveness, pandemic, application of law

1 THE CONCEPT OF THE RULE OF LAW

Any endeavour in scientific research should start with the establishment of the operating concepts. The broader the notion, the more difficult to set an ideology from which the applicability stem from. At apparent, theoretical level, whenever the concept is clear, implementation should follow in clarity and preciseness. Consequently, the scope of work comprises, in a first tier, the definition of the rule of law, and, in a second tier, decomposing the definition with the aim to identify the conditions the rule of law has to meet in order to be effective.

Where the law rules, its effectiveness is ensured by the obedience provided by the citizens of the state, therefore the respect of the law is of paramount importance, however overlooked and little emphasized by the legal literature.

1.1 What is the Rule of Law?

The rule of law has essentially two meanings.

The traditional meaning pertains to the constitutional law and regards the supremacy of regular as opposed to the arbitrary. This definition pertains to the state organization based on a structure of layered legislation ensued from the supremacy of law. This meaning of the rule of law is not however the interest of this paper.

The second meaning is stemmed from the power of law and is defined as the obedience to the ordinary law. The definition regards law as an antidote to chaos and discusses the effectiveness of law as a tool for implementing social rules.

The supremacy of law works within a single regulatory system, however this not being the key issue self-sufficient condition to ensure the capability of law.

The main requirements of law that enable its ruling and eliminating the arbitrary in social interactions pertain to both legislating and enforcing the law. Enacting legislation requires accessibility, limitation in volume, justice, stability, coherency and effectiveness. The evolution of the global economy and the national economic system or special circumstances may require additional conditions the law should fulfil, as discussed below. As regards the application of law, rules arise in both administrative and judicial (the discussion being extended also to arbitration procedures).

As the force of law resides fundamentally in its capacity to be enforced, there are other requirements than its enforceability that enable the power of law. Traditionally, the power of law has been explained in proportionality with the capacity to be put into force by the authorities. However, the very limitation to this fundamental aspect may and, in actuality, has led to legal force only at apparent level, the enforceability being added several other requirements, in order to enable the power of law.

1.2 May the Power of Law Be Weakened?

From the requirements the law has to observe, both substantially and procedurally, result by the way of opposition the challenges to the rule of law.

The political system is the common challenge to both regulating and enforcing the law. The legislative and the judicial system ensure, in principle, the supremacy of law by enabling law obedience by the state's citizens. The political system should therefore be established in order to smoothly implement the needs of the state and the society in a flawless process and with maximum effects.

The power of law is sourced from the power that enacts also in the political system. A powerful, transparent, efficient legislative system is an important factor in establishing the supremacy of law.

However, the power of law is challenged worldwide despite the fact that the states take appropriate measures to ensure the rule of law in the sense of its supremacy. The two meanings of the rule of law differ not only due to the relationship that can be set between them but also due to the limitations in establishing such relationship and coordination.

Indeed, the limitations of democracy are a distinct source of challenges, some of the characteristics of the law resulting from the way a democratic legislative system operates, the legislative cycles, the electoral process and some other trials on legislation being self-induced.

The main effect is that the law often serves the legislative bodies which are preserved by the very rules they established. This vicious circle cannot be disrupted considering democratic conditions, self-favouring being the one effect of this system.

1.3 The Risk of Arbitrary

One particularity of the force of law is that it can be analysed at theoretical and practical level to the avail of discovering different outcomes. The word of law may be failproof powerful at abstract level, still necessitating support in practicality.

Eventually, even though the disobedience of law has a dissuasive effect *de iure*, it results sometimes that that de facto the word of law may be circumvented, by various modalities, hence having only on paper the intended effect.

The current democratic system is based on objectiveness of the legislative process, this limiting the arbitrary in transferring the force to the legislation enacted. Moreover, the objectiveness is also a requirement in order to insure the factual power of law.

Another factor in limiting the risk of arbitrary in the process of enacting legislation is the requirement that the main legislation shouldn't observe the electoral cycles. This requirement is the most difficult to maintain, still of paramount importance in rendering legislation the necessary weight.

In close relationship with the electoral process and the process of enacting legislation is the instrument of lobbying, a democratic mechanism enabling the swift and efficient implementation of the needs of the society, the citizens and companies in the legislation. The role of lobbying varies according to the legislative system of a country; however, it is accepted in various forms and in different degrees in democratic societies. Lobbying entails certain risks to the legislative process, as well, as it is associated with economic power which may be misused or even used as a tool of abuse. A thin red line is therefore imaginable between the reasonable and the arbitrary application of lobbying, as there also is a thin red line between lobbying and sheer corruption. Moreover, often corruption is associated with the lobbying method, this challenge being difficult to be addressed in a clear fashion. To these challenges I propose an agathokakological approach, taking lobbying for what it is, a complex modality of transferring the interests of the individuals into the legislation by also preserving the public interest. Clear and efficient filters should be established in promoting legislative projects, in terms of procedure, access, transparency, balance and other effective criteria.

2 LEGISLATIVE CHALLENGES

The challenges that can be addressed best among the challenges to the rule of law are the legislative challenges, due to the fact they employ several steps in implementation and strong criteria to be observed.

The legislative requirements of the law are based on the fact that rules should stem from authority. Resulting from authority, legislation bear the same authority and the issuer and it is enhanced by the fashion it is enforced.

This approach induces the conclusion that a certain expectation is attached to the legislation. The subjects to the rules are willing to “trade” their liberty of ignoring them for the greater good the law encloses.

The legislative system is largely based on the confidence in legislation the citizens grant for their own benefit. Only a trusted law is powerful enough to see the grounds of the rule of law principle.

With this scope, the legal text should fulfil a series of requirements supporting the foundation of said principle, as follows.

2.1 The Accessibility of Law

Rules should be easy to understand and accessible to citizens not only at formal level. This requirement enables enforcement by free volition. In case of the contrary, the infringement of law by accident or, even worse, by the misunderstanding of legal provisions are regrettable and inefficient consequences, also from the economical perspective.

However, in practice, the acknowledgement of law is increasingly difficult due to various factors. In Romania, for instance, the public is informed about the legislation enactment by using specialized platforms (printed and online as for the official version). This doesn't count for accessibility at practical level, the platforms not being personalized to the user, nor practicing notifications to the public. In a regrettable example, Romanian legislation provided by the official platform (the official bulletin) was not free of charge until a few years ago.

At practical level, the broadcasting of legislation is mainly performed through media, the dissemination being subject to interpretation, selection and subjectivism. The large volume of enacted legislation doesn't ease the accessibility for the general public either.

Dissemination at national or local level, according to the targeted category of citizens and/or companies and affording effective and non-distorted access to the legislation (primary and secondary) by the very issuer, including by means of notifications would be a practical solution to attain accessibility of law.

A different challenge to the accessibility of law occurs for regulating the specialized activities. Specialization is a commendable, but it may be an impediment in the legislative and judicial process, the understanding the language representing an important component of the effective access to the law.

This is the context of discussing the impact of the legal language, also known as legalese, on the rule of law. The leaden language is a burden not only in judicial and advisory practice, but also in legislation, having direct impact on the accessibility of law³⁷. Sophisticated and very technical wording in legislation has a deterrent effect not only to obeying the law but to its mere... reading. Legalese discusses the accessibility at a very practical level and the only solution to it is simplifying the language, the enactment techniques providing various options with this scope.

2.2 The Volume of Regulations

The law should be concise, not prolix, this requirement resulting from the actual capability of an individual to process information. In the absence of reasonability in the quantity of legislation that should be observed, the citizen or the company is condemned to either select legislation that is to be acknowledged or to poorly acknowledge such. This inevitably results in disobedience of law, without reasonably placing the fault in the individual's charge.

Nonetheless, both at EU and national level in Romania, the volume of legislation is overwhelming, placing an unreasonable burden in the charge of the individuals and companies. All the regulations that have to be observed may form a compendium of enormous proportions, impossible to be acknowledged at practical level.

In Romania, to start a company has become a nightmare from the perspective of the rules to follow. The difficulty for the individuals and companies to know the law is rendered from the conjunction of the volume of information with the actuality of the legal provisions that are subject to continuous amendment. In the absence of official consolidated versions of the normative, act, keeping the pace is like working in the Augean Stables.

³⁷ ALMĂȘAN, A. Legal Phrases Having No Meaning Whatsoever, in *Analele Universității din București seria Drept*, 2019, p. 115.

The volume of legislation may be drastically reduced by using enactment techniques involving legislative coherence, hence avoiding redundancies. Redundancy in Romanian legislation reached the point where repetition with slight variations within the same normative act occurs more than once. This undesirable effect may be easily avoided by a simple proofing of the legislative draft or a keyword search. Evidently, this never occurs in the process of legislation.

2.3 The Legislative Coherence

In close correlation with the volume of legislation, its coherence establishes the supremacy of law and also its accessibility. Several instruments serve the purpose of a coherent legislative system.

The hierarchy of laws is the most important tool in achieving coherence. The most relevant legal norms ought to subordinate the less relevant ones, and the interpretation of law should follow this order of importance. This scope is ensured through legislative control, by the constitutional courts, by case. The role of the constitutive act is paramount with this aim, the clear principles set at constitutional level being the fundament for attaining consistency.

The legislative consistency is also achieved by keeping in good order the legislation and avoiding conflict of legal provisions. This objective raises the most important challenges, as the horizontal consistency is more difficult to be filtered than vertical consistency. The latter can be fostered by means of constitutional instruments that render solid coherence.

The lack of consistency may lead to disastrous effect. The law cannot be flawed by contradictions, still, so often this occurs. For instance, coherence is least observed when the application norm of a government decision entry into force, after said government decision is repealed, or when the provisions of a normative act contain contrary wording. Various other factors contribute to the lack of coherence, including the excessive volume of legal norms, the dynamics of legislation, the harmonization of EU and national law provisions, including the principle of constitutional autonomy.

The solutions for this challenge are proportionally important to the difficulty they entail. The remedy to inconsistent legislation is a centralized system operating reasonable filters, based on principles, such as constitutional control, as well as intrinsic control within the legislative process.

2.4 The Stability of Legislation

The entire political and social system relies on the stability of law. Stability of legislation is a requirement necessary for the accessibility and coherence, among other principles that ought to characterize the law.

The legislation rarely resists the test of time. The modern legislative systems have no resemblance with the laws in the Roman times which were impervious to amendment and abrogation. The Roman laws resisted though centuries by the way of praetorian interpretation in the same form they were adopted, without their texts being subject to alteration. They were written in stone for good reason and they adapted to the new circumstances of each period by using interpretation tools.

This is not the case of modern times that require more significant adaptation to reality and the technological disruptions.

The modification of laws is inevitable in the XXI century; however, the legislation should only be amended with the preservation of the stability principle. The stability of the legislative system is a requirement stemmed from the coherence, and also is the grounds for enabling accessibility and reasonable volume of legislation. The objectives of stability are even more important when discussing the economic impact of legislation.

The business environment heavily depends on the stability of legislation. For instance, the volume of investments also relies on the stability of law, not only with regard to foreign investments, but with regard to the domestic investments as well. Unstable legislation has a deterrent effect to financing, regardless small or large operations.

The problem often results from lack of legislative vision that prevents stability. Without a panoptic image of the scopes of the law, and of the context generating the regulation, the legislation will always be prone to adjustment. Also, the electoral cycles render instability, hence difficulty in observing the law.

The solutions to the instability do not arise with ease, as the political system is traditionally set to the current conditions. However, small steps may enable some results to this end. Abstaining from legislating in haste, following strict conditions for enactment (such as important legislation should not

be in the prerogative of the executive bodies, but of the legislative ones), avoiding amendment of law whenever adjustments by interpretation are possible represent only a few ideas that could enhance stability.

2.5 The Justice of Law

Legal rules should be just in order to be respected. This tautology doesn't deserve discussion at first glance. However, the law-making process is driven by political reasons, not the ideal of justice, and it is so often the fairness is lost in that process, in order for some specific interests to be promoted.

Rules should advocate the general welfare. Laws that do not seek the public interest induce a high amount of disobedience and frustration, the subjects feeling entitled to act regardless. This shortcoming may be easily avoided by procedural instruments in the legislation process, such as public consultations, publishing the legislative grounding and other tools aimed to serve transparency.

Rules should follow the general legal principles and exceptions should be thoroughly justified. The legislation founded on a clear ideology not only serves better the society, it also aids augmenting the rule of law. Principles are characterized by several traits, including they stand the test of time, they comply with the concept of just, as they are generally accepted. The legislation should always make reference to the principles and in case they represent an exception, the legislator should have to explain the escaping from the principle.

2.6 The Law Effectiveness

The rule of law depends on the effectiveness of legislation.

Effectiveness and enforceability are distinct notions. Whereas enforceability represents the application of law by using the state force through its authorities (administrative and judicial), effectiveness regards the aptitude of law of being implemented in reality. Rules without sanction, rules that are not corroborated or imply contradictions, rules that are solely on paper and without real application, rules that lack logic and imply difficulty in putting in action do not induce obedience.

The application of law requires intrinsic control (the law should be self-enforceable), not only external enforceability, its autonomy depending on the wording, the justification, the relationship with the rest of legislation.

There are quite many normative texts in Romania which do not make sense and lack correlation with the other laws, are drafted in leaden language, or infringe law principles. A chaotic legal system may be avoided by correlating implementation with the word of law, by ensuring proportionate and effective sanctions.

If the rules can be easily circumvented the respect for the law decreases accordingly, therefore it is of paramount importance to ensure its effectiveness.

2.7 The New Rule of Law

The law should be above the financial power, still... sometimes the regulations serve "the money". As economy is governed by fluctuation and competition, favouring leads to asymmetrical power in lobbying and participation to the law-making process.

In the XXI century the influence is gradually shifting from the state to the large enterprises, who have the bargaining power to transfer their interests into the legislation. The state subsidies, aids and other tools of assistance in the benefit of companies perfectly embody the consequences at practical level of this status quo.

There are many applications of this shift of power towards the private sector of large corporations. The phrase "too big to fail" is already an accepted policy in regard to insolvency. The economic crises have been safeguarded by the states (the so called "bail outs"), and the large corporations have already been endorsed by aid measures preventing their fail in difficult times.

How about the phrase "too big to be disturbed"? Indeed, this already occurs, the most relevant example being provided by the tax avoidance policies still afforded to those who can employ top-notch legal service. Whereas tax evasion is illegal, tax avoidance is deemed legal and is operated by establishing operations on paper in tax havens. Although this appears as a world-wide nuisance, it seems that the law cannot be adjusted according to the scope of rendering the same circumstances for all the companies.

In this regard, solutions are more difficult to find, considering that at practical level control of the law enforceability has reached the point where jokes on how the legislation is mandatory only for the feeble have become classic.

2.8 The Rule of Urgency vs the Rule of Law

The current developments of social distancing in the times of a pandemic stem new concerns in terms of challenges stressed on the rule of law.

The problem seems to be new, and yet not quite so. In extraordinary circumstances, the flaws of the legal system are only enhanced. To the usual challenges resulted from the faulty enactment, specific issues are added. The legislators have to tackle new conditions: how to regulate something one does not fully grasp? All the measures taken world-wide for the mitigation of the pandemic are aimed to regulate not the virus itself (how could they?), but the conduct of people in regard to the virus. If medical science does not provide precise answers to how the spread of the virus operate, it becomes clear that even though social distancing would be the best prevention objective, social isolation is applied instead, over-reacting to the problem. Hence have appeared all over the globe legislative solutions that might appear from hilarious to absurd for someone who has just returned from Mars.

At practical level, the difference between social distancing and social isolation (lockdown) is... money. Paradoxically, as the recent lockdown itself has caused the largest economic losses since WW2, it was still considered a better alternative to social distancing that requires a tremendous financial effort. For instance, the minimal workspace needs to expand by two to four times, in order to ensure the safe personal zone. This triggers larger workspace costs for the employer, or the alternative of creating shifts, which also may generate the reduction of production/services provided. Ensuring safety in public transportation also requires the drastic limitation of the people traveling at once, hence the necessity to augment the transportation means. Attending public events at safe distance demands the reconfiguration of venues. Enacting laws that require the use of sanitary masks, gloves or other sanitary precautions entail the provision for said materials for all the citizens. Also, for so many professional, social or leisure activities, there may not be solutions, regardless the costs. These are only several of the practical challenges incurred by the pandemic situation. The transposition into legislation requires taking care of the necessary funding that may not always be available.

Another consequence of the current pandemic situation is that legislation had to be put in place immediately, in Romania, for instance, this often interfering with the constitutional principle of allowing minimal time of three days for a normative act to enter into force. In an uncanny situation, for this reason, there was a three-day void of legislation regulating the pandemic, at the end of emergency period.

Also, exceptional attention has to be granted when interfering with the fundamental human rights, so that the restrictions would be proportionate with the security issues at risk. The citizens in many countries have felt in the recent period that the measures taken had deprived them of some important human rights and they had not represent the most adequate solutions that could be taken. This consequence could not be possible if the rule of law was not questionable, and it is the direct result of the flaws of the legal systems accumulated in time.

The solution in regulating mitigating measures in times of pandemic is as simple, as easily implementable. This is the high time praxeology should enter full-tread in legislation. Praxeology is defined as the study of human action and conduct to the effect of the best practical approach. The science of praxeology purges humanity from cognitive traps, releases the cost efficiency, crowns logics and leads eventually to a better life. This is the reason, in some countries, the local authorities have stepped in, regulating with limited application in space, where the law enacted at national level failed to address the specific local circumstances of the pandemic.

2.9 The Law's Uncanny Talent to Fight Reality

Which one would win a contest of force: the law of gravity or the law regulating taxes? This is not a trick question, but a question aimed to make the difference between the laws adopted by the society and the actual laws that escape the control of the humans, such is the laws of physics.

The legislation can be controlled by people, treading from the paper to the reality by the will of the enacting body. Nonetheless, legislation not only is absorbed at practical level, but can alter the reality, sometimes with a favourable effect, sometimes not.

The real life is often at a different pace than the legislation, many of the rules being in stark contrast with the common sense. This is the high time this trend should be reverted, in order to enable the best legal solutions.

The law should be deemed to ease our lives not to render them more complicated. This is an objective that deserves resolving, especially in times of crisis.

3 THE APPLICATION OF LAW

The application of law is equally important to strengthening the rule of law as is the enactment, from the application resulting the quality of legislation inspiring respect. There are several instruments that may be used to this end.

Law practitioners should inspire trust, the noblesse of the legal professions resulting not from an arrogant conduct, from using a language inaccessible to public or from usurping prerogatives.

The organization of legal professions is the first to address the issues ensued by the enforcement of law, legal professions being the guarantee granted by the state that the practicing professionals are authorized, on the grounds of a judicious filter accounting for knowledge, ethics and the ability to serve best interests. In a country where the selection of legal professionals is flawed, the consequence of weakening the rule of law doesn't fail to show.

Trust stems from the image it should be projected by practitioners - they service the best application of law. This projection is possible solely if it mirrors the conditions of admission into the profession and the status of the profession, conclusion valid for lawyer, magistrates, public notaries and other enforcers of law.

Beyond this preliminary requirement, the application both at administrative and judicial level entail some other conditions to be met in order for the rule of law to fully operate.

3.1 The Administrative Application

The administrative application is the most complex one, a normal society featuring primarily administrative implementation, instead of the judicial one. This doesn't exclude however challenges in application.

Some areas seem to evade the rule of law (public procurement, corruption in administration). Despite abundant regulation both at EU and national level, mostly by means of transposition the community acquis, public procurement appears to eternally provide solutions for the bid rigging, corruption is far from being eradicated not only in Romania, but almost everywhere in the world. The problems stem from poor regulation, but in the exemplified cases, at least, the application of law should serve as guidance for regulation and it doesn't, at practical level.

Another challenge results from the relationship between enactment and application. Administration and policy making are unavoidably linked and in certain occasions, the interest protected by the policy may conflict with some different legislative interest. For instance, safeguarding competition and public procurement currently result in serious clashes, as they are separately regulated. In the provided example, the evident solution would be a complex set of legislation that combines the rules from the both, at least.

3.2 The Judicial Application

Most of the judicial application challenges are procedural challenges.

The procedure should service the justice, the efficiency, the accessibility and the coherence of law. Nonetheless, there are many procedural rules that come from tradition but overlook the pace of modern interactions, and, by preserving principles such as equity, they fail to provide prompt solutions.

Another challenge results from the lack of appropriate funds to administrate justice. The countries that have found solutions to the overburdening workload of the courts heavily rely on preliminary procedures in order to diminish a great deal the percentage of cases solved in court.

Evidently, the shortcomings of legislation are perpetuated in enforcement, the interpretation of unclear, abundant law being almost impossible to conduce consistent application.

The harmonization of the law interpretation in courts is essential for the uniformity in solution. This requirement regards also the solving of negative and positive conflicts of competence.

Finally, in a democratic society, mass media is greatly influencing the perception of the public towards the law and the rule of law. Highly mediated cases, the interpretation of law by audio-visual media and other tools are often used as tools to draw attention to the rule of law. Sometimes,

legislation is changed further to public protest or media campaigns, the public being a factor that shouldn't be neglected in mending the deviations to the rule of law.

4 DO THESE CHALLENGES HAVE SOLUTIONS?

As a general conclusion, there is no panacea that ensures the force of the rule of law. Solutions result sometimes from outside the legal system. Other times, they require serious financing. Some solutions could be implemented in a long period of time and there are also solutions that demand political action as well.

Most of the challenges are not a local issue, but a global one. Some solutions may be specific, still the experience of other countries always helps. I submit that the experience of one country can serve by means of comparative law to improvements in almost all areas.

Some of the solutions to the problems have been enunciated in the present paper, without claiming they adduce fully-proved resolvent, but being mere starting points for discussion. Other questions still have to be addressed, one of them being the method to be adopted.

Baby steps versus turning the page are opposite approaching methods, and they both present advantages and disadvantages. Eventually, the research should employ not only the science of law, but also other sciences, enabling knowledge on the premises used in order to develop the research work.

5 THE FUTURE OF THE LEGAL SYSTEM

The legislation should adapt to the evolution of the socio-economic conditions. The current state of adaptation is insufficient for the compliance with the society's needs. It is therefore imperative for the law to endorse the technology in regulating the most appropriate legal solutions.

The disruptive economies radically change the paradigm and they should be the centre of interest in finding solutions. As a representative example, online trading and financial operations using cryptocurrencies are far from adequate regulation, and the main reason for such is the poor understanding of the technical issues.

I submit that, in a worst case scenario, the lack of adaptation will only deepen the current problems of the legislation and weaken the rule of law.

Contact information:

Prof. dr. habil. Adriana Almășan
adriana.almasan@drept.unibuc.ro
University of Bucharest, Faculty of Law
Bd. Mihail Kogălniceanu nr. 36-46, sector 5,
CP. 050107, București,
România

FISKÁLNY ZÁUJEM ŠTÁTU A ADVOKÁT AKO OCHRANCA PRÁV DAŇOVÝCH SUBJEKTOV

Miroslav Štrkolec

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Abstract: The interest of the state in achieving the required volume of state budget revenues naturally conflicts with the opposite interest of taxpayers to pay taxes in the lowest possible amount. In a tax relation, it is the state that acts superior to the taxpayer and carries out its power over him. The taxpayer has to protect his own rights in this relation himself, usually with the help of a qualified expert, an advocate. In this paper, we think about the role of tax law, define the rights of the taxpayer and the confrontation of the opposite interests of the state and the taxpayer. In two cases, we point out the irreplaceable role of an advocate in protecting the rights of taxpayers. In the final considerations, we think about the limits of the protection of the interests of the state in confrontation with the respecting of the rights of taxpayers.

Key words: fiscal interest, protection of taxpayer's rights, principle of legality

1 ÚVOD

Dane (rovnako ako ďalšie druhy príjmov verejných rozpočtov) plnia viaceré funkcie. V zásade však platí, že historicky najstaršou a primárnou je ich fiskálna funkcia¹, ktorá vyjadruje, že prostredníctvom daní dochádza k materializácii príjmovej stránky štátneho rozpočtu a ďalších článkov rozpočtovej sústavy štátu². Pri priorizovaní fiskálnej funkcie daní, takto možno dane vnímať ako právom zakotvený nástroj na odnímanie určitej časti zdrojov tým osobám, nad ktorými štát vykonáva svoju moc. Odnímanie zdrojov prirodzene nie je samoučelné, keďže na fiskálnu funkciu nadväzujú ďalšie funkcie daní, ako alokačná, redistribučná, stabilizačná, stimulačná či regulačná.

Vo vzťahu k štátnemu rozpočtu je fiskálna funkcia daní vyvoditeľná z ustanovení každoročne schvaľovaného zákona o štátnom rozpočte. Podľa zákona č. 468/2019 Z. z. o štátnom rozpočte na rok 2020, tvoria daňové príjmy viac ako 81% celkových príjmov štátneho rozpočtu. Príznačným sa v tomto smere javí odkázať na slová sudcu Najvyššieho súdu Spojených štátov amerických Olivera Wendella Holmesa: dane sú to, čo platíme za civilizovanú spoločnosť. Bez daní by teda nebol nielen štát, ale ani fungujúca civilizovaná spoločnosť.

Záujem štátu na dosiahnutí požadovaného objemu príjmov štátneho rozpočtu prirodzene kolide s (väčšinou) opačným záujmom daňových subjektov zaplatiť dane v čo najnižšej možnej sume. Na strane daňových subjektov bude ako reprezentant ich práv a právom chránených záujmov vystupovať často advokát, ktorého povinnosťou je chrániť a presadzovať ich práva a záujmy, a to aj proti samotnému štátu. V príspevku sa pokúsime definovať konflikt kolidujúcich záujmov štátu a daňových subjektov, primárne a sekundárne práva daňových subjektov a tiež na príkladoch poukázať na význam profesie advokáta ako ochrancu práv daňových subjektov v kolíznych situáciách.

2 SYSTÉMOVÉ VÝCHODISKÁ

2.1 Daňové právo v systéme práva

Úlohou daňového práva je vytvoriť a zabezpečiť právne prostredie reálne umožňujúce dosiahnutie plánovaného objemu daňových príjmov štátneho rozpočtu. Vo vzťahu k daňovému právu

¹ KARFÍKOVÁ, M. a kol. Teorie finančního práva a finanční vědy, s. 150.

² BABČÁK, V. a kol. Finančné právo na Slovensku, s. 166.

aj preto nikdy nebolo problematické jeho zaradenie medzi odvetvia práva verejného a práva súkromného, keďže vždy bolo vnímané ako odvetvie tvrdého jadra verejného práva³.

V tejto súvislosti je však namieste bližšie sa pozrieť na historicky formované delby právnych odvetví, resp. objektívneho práva na verejné a súkromné. Aj keď týchto teórií je viac, domnievame sa, že na účely tohto príspevku sú určujúce dve z nich, záujmová a mocenská.

V zmysle záujmovej teórie, ktorá vychádza z *Ulpiana*, verejné právo vyjadruje a sleduje záujem štátu, resp. celospoločenský záujem, naopak súkromné právo sleduje záujem jednotlivca⁴.

Mocenská teória (v rovnakom význame teória vzťahová, resp. subordináčna) vychádza z toho, že tam kde vystupuje štátna moc v nadradenom postavení vo vzťahu k ostatným subjektom práva, ide o verejné právo⁵. Ak teda majú subjekty v právnom vzťahu nerovné postavenie a jeden z nich je nadradený druhému a uplatňuje vo vzťahu k nemu svoju prikazovaciu a donucovaciu moc, ide o vzťah verejnoprávny⁶.

Aplikujúc tieto doktrínálne východiská na vzťah štátu a daňového subjektu možno uzavrieť, že štát v tomto vzťahu prostredníctvom sústavy vlastných orgánov sleduje vlastné fiskálne záujmy, a zároveň v tomto vzťahu vystupuje v hierarchicky nadradenom postavení. Štát má v daňovo-právnom vzťahu kontrolnú, rozhodovaciu a sankčnú právomoc, právne prostriedky na mocenské vynútenie splnenia povinností v prípade absencie ich dobrovoľného plnenia daňovým subjektom a obsah tohto vzťahu je určený kogentnými normami len s minimálnymi možnosťami odklonov od týchto noriem. Postavenie štátu a daňového subjektu teda nie je rovnovážne, a u druhého menovaného výrazne prevažujú povinnosti peňažnej aj nepeňažnej povahy nad jeho oprávneniami.

Zmyslom, účelom a konečným cieľom daňového práva ako súhrnu hmotnoprávných a procesných daňových noriem je primárne zabezpečiť reálne naplnenie fiskálnej funkcie daní. Toto je podmienené viacerými determinantmi, medzi ktoré možno zaradiť najmä: (a) zákonné vyjadrenie základných prvkov právnej konštrukcie daní (subjekt, predmet, základ a sadzba) a ostatných prvkov (napr. oslobodenie od dane), a (b) efektívny výkon správy daní, ktorej konečným účelom je zabezpečenie úhrady dane v prospech štátneho rozpočtu.

2.2 Ústavnoprávne, medzinárodné a zákonné východiská

Nielen samotná fiskálna funkcia daní a ich význam pre verejné rozpočty, ale rovnako skutočnosť, že ukladanie a vymáhanie daní zasahuje do sféry základných práv a slobôd súkromnoprávných subjektov, sú dôvodom ich regulácie normami najvyššej právnej sily.

Z ústavnoprávneho hľadiska má ukladanie daní svoj základ v čl. 59 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len ústava), podľa ktorého dane a poplatky možno ukladať len zákonom alebo na základe zákona. Táto ústavná norma vyjadrujúca princíp zákonnosti ukladania daní a poplatkov nadväzuje na čl. 13 ods. 1 ústavy, ktorý vo všeobecnej rovine vyžaduje zákonný (resp. iný – medzinárodná zmluva, nariadenie vlády) podklad pre ukladanie povinností. Ústavnoprávne východisko ukladania daní je teda jednoznačné – *Nullum tributum sine lege*.

Z hľadiska tematického zamerania príspevku na skúmaný konflikt kolidujúcich záujmov štátu a daňových subjektov, možno poukázať aj na ďalšie relevantné ústavné normy. Podľa čl. 1 ods. 1 ústavy je Slovenská republika právny štát, v ktorom má každý právo na súdnu a inú právnu ochranu (čl. 46 ods. 1) a tiež právo na právnu pomoc (čl. 47 ods. 2).

Ukladanie daní je okrem ústavnej úpravy regulované aj na európskej a medzinárodnej úrovni. Článok 1 dodatkového protokolu k Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd ustanovuje, že každá fyzická alebo právnická osoba má právo pokojne užívať svoj majetok. Toto ustanovenie nebráni právu štátov prijímať zákony, ktoré považujú za nevyhnutné, aby upravili užívanie majetku v súlade so všeobecným záujmom a zabezpečili platenie daní a iných poplatkov

³ Európsky súd pre ľudské práva v tejto súvislosti zvýraznil, že daňové záležitosti patria do tvrdého jadra výsad verejnej moci, a verejný charakter vzťahu medzi daňovým subjektom a správcom dane prevláda (Ferrazzini c. Taliansko, rozsudok z 12. júla 2001).

⁴ VEČEŘA, M. a kol. TEÓRIA PRÁVA, s. 138.

⁵ Tamtiež s. 139.

⁶ KARFÍKOVÁ, M. a kol. Teorie finančního práva a finanční vědy, s. 61.

alebo pokút. Z uvedeného ustanovenia vyplýva *prima facie* zrejma interferencia medzi pokojným užívaním majetku a každým zdanením⁷.

2.3 Princíp zákonnosti správy daní – náčrt konfliktu kolidujúcich záujmov

Princíp zákonnosti správy daní (§ 3 ods. 1 Daňového poriadku) ustanovuje, že pri správe daní sa postupuje podľa všeobecne záväzných právnych predpisov, chráni sa záujmy štátu a obcí a dbá sa pritom na zachovávanie práv a právom chránených záujmov daňových subjektov a iných osôb. Zákonodarca teda ako súčasť princípu zákonnosti vníma ochranu, resp. zachovávanie práv a záujmov všetkých zúčastnených subjektov, určitým spôsobom však hierarchicky preferuje ochranu fiskálneho záujmu štátu pred požiadavkou na zachovávanie práv a právom chránených záujmov daňových subjektov. Použitý pojem „chráni sa“ vo vzťahu k záujmom štátu a obcí totiž nepochybne vyjadruje vyšší stupeň ochrany a zabezpečenia ako pojem „dbá sa na zachovávanie“ použitý vo vzťahu k daňovým subjektom.

Naplnenie princípu zákonnosti však v konečnom dôsledku vyžaduje poskytnutie ochrany fiskálnemu záujmu štátu, za súčasného zachovania práv a právom chránených záujmov daňových subjektov. Nielen v normotvorbe, ale aj v právno-aplikačnej rovine sa takto črtá konflikt dvoch kolidujúcich záujmov (štát vs. daňový subjekt). Naznačený konflikt vyžaduje konfrontáciu a následné vyvažovanie spravidla rozdielne definovaných záujmov.

Otázkou, ktorá sa v tejto súvislosti nevyhnutne núka, je otázka určenia subjektu, resp. subjektov, ktoré sú povolané chrániť tieto kolidujúce záujmy. Fiskálne záujmy štátu chráni samotný štát sústavou vlastných finančných orgánov. Práva a záujmy daňových subjektov si tieto v rámci starej rímskej zásady *vigilantibus iura scripta sunt* strážia sami, často za kvalifikovanej pomoci odborne spôsobilých osôb, kam patria najmä advokáti a daňoví poradcovia. Vzhľadom na tematické zameranie príspevku sa budeme v ďalšom texte sústrediť len na profesiu advokáta.

Úloha a poslanie advokáta v daňových veciach špecificky spočíva v ochrane práv a právom chránených záujmov daňových subjektov pred nezákonným rozhodnutím, zásahom, či iným opatrením zo strany štátu a jeho orgánov. Kým fiskálny záujem štátu je vyjadrený samotným rozpočtovým významom daní, otázka, aké práva a právom chránené záujmy daňových subjektov majú byť zachovávané, môže byť komplikovanejšia. Faktickým záujmom daňového subjektu je spravidla jeho snaha o minimalizáciu daňovej povinnosti, ku ktorej môže dospieť nielen jej optimalizáciou, ale aj obchádzaním, či vyhýbaním sa daňovej povinnosti, daňovým únikom alebo daňovým podvodom⁸. Tento záujem však prirodzene nie je predmetom právnej ochrany.

Daňová povinnosť daňového subjektu – ako verejnoprávna a neprevoditeľná platobná povinnosť - koreluje s jeho základným právom na zaplatenie dane len v zákonnej výške, a za dodržania zodpovedajúcich procesných pravidiel. Pri správe daní sa *in concreto* stretávame s celým radom práv a právom chránených záujmov, ktoré majú byť zachovávané.

Dodržanie zákonom vyjadreného princípu zákonnosti správy daní teda v optimálnom prípade vyžaduje rovnako dôslednú ochranu fiskálneho záujmu štátu, a tiež dôsledné zachovávanie práv a právom chránených záujmov daňových subjektov. Ani záujem štátu na realizácii príjmovej stránky štátneho rozpočtu totiž nemôže byť a nie je nadradený dodržiavaniu a rešpektovaniu práv, ktoré zákony priznávajú daňovým subjektom⁹. Inak povedané, naplnenie princípu zákonnosti pri správe daní vyžaduje poskytnutie ochrany fiskálnemu záujmu štátu, za súčasného zachovania práv a právom chránených záujmov daňových subjektov.

Úlohou advokáta, ktorá priamo vyplýva z právnych predpisov regulujúcich výkon advokácie je dbať na ochranu práv a právom chránených záujmov daňových subjektov. Táto v sebe implikuje povinnosť chrániť a presadzovať záujmy klienta, riadiť sa jeho pokynmi a dôsledne využívať všetky právne prostriedky v záujme klienta.

⁷ LESZCZYŃSKA, A. The European Convention on Human Rights as an Instrument of Taxpayer Protection, s. 82.

⁸ BABČÁK, V. a kol. Daňové úniky a daňové podvody a právne možnosti ich predchádzania (inštitútmi daňového, obchodného a trestného práva), s. 22, HRABČÁK, L. Iniciatívy EÚ pri eliminácii daňových únikov, s. 236 a nasl.

⁹ Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky I. ÚS 241/07.

V teórii daňového práva sa možno stretnúť s rozlišovaním práv daňových subjektov na primárne a sekundárne¹⁰, v zmysle ktorého primárne práva daňového subjektu vyplývajú z ústavy a medzinárodných dokumentov, ktoré tieto zaručujú, a sekundárne práva sú tie, ktoré vyplývajú z podústavných noriem daňového práva hmotného a procesného. Ako uvádza Brzeziński, toto členenie je síce pôvodom z anglo-amerického právneho systému, možno však z neho čerpať aj v kontinentálnych právnych systémoch¹¹.

Aplikujúc tieto východiská na podmienky Slovenskej republiky možno medzi primárne práva daňového subjektu zaradiť tie, ktorých zdrojom je ústava a medzinárodné zmluvy: právo na zaplatenie len dane uloženej zákonom alebo na základe zákona, právo na právnu pomoc v daňových veciach, právo na administratívnu a súdnu ochranu, ochrana vlastníctva a ďalšie. Do katalógu sekundárnych práv daňového subjektu možno zaradiť celé spektrum práv zaručených Daňovým poriadkom, zákonom o dani z príjmov, zákonom o dani z pridanej hodnoty, či ostatnými daňovými predpismi.

Aj keď v členení, definovaní, či skúmaní obsahu množstva konkrétnych práv daňových subjektov by bolo možné pokračovať, nie je to našim cieľom. V konečnom dôsledku totiž všetky smerujú k zachovaniu základného práva daňového subjektu, za ktoré považujeme právo zaplatiť daň vo výške a za podmienok stanovených zákonom. V konkrétnostiach pôjde o postup v súlade s vnútroštátnym, európskym a medzinárodným právom v otázkach:

- dodržania pravidiel vzniku a rozsahu daňovej povinnosti,
- zachovania procesných záruk pri správe daní a súdnom prieskume,
- interpretáciu vnútroštátneho práva v súlade s právom EÚ (tie dane, kde je prítomná harmonizácia na úrovni EÚ),
- dôsledného rešpektovania medzinárodných zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia.

3 OCHRANA PRÁV DAŇOVÉHO SUBJEKTU – DVA PRÍKLADY (Z MNOHÝCH)

Pri správe daní sa často stretávame so situáciami, ktoré sú z pohľadu konfrontácie kolidujúcich záujmov kritické, resp. hraničné tak po skutkovej stránke ako aj právnej stránke. Práve v týchto prípadoch sa ukazuje ako zásadná ochrana práv daňových subjektov, ktorá je uskutočňovaná kvalifikovaným, odborne spôsobilým subjektom – advokátom. Bez takejto kvalifikovanej právnej pomoci by totiž mohlo byť základné právo daňového subjektu porušené, prípadne ohrozené. Rešpektujúc rozsah príspevku a zároveň snažiac sa aspoň o určitý stupeň konkrétnosti možno v tomto smere poukázať na dva z množstva prípadov, kedy úloha advokáta pri ochrane práv daňových subjektov je, resp. bola určujúcou. V prvom prípade sa bližšie pozrieme na GAAR (*General Anti Abuse Rule*) ako všeobecné pravidlo proti zneužívaniu, a v druhom na inštitút úroku z nadmerného odpočtu z pohľadu jeho implementácie do právneho poriadku a tiež aplikácie.

3.1 GAAR

Aj keď sa s inštitútom zneužitia práva stretávame tak v súkromnom práve (občianskom, obchodnom¹²), ako aj v daňovom práve, musíme podotknúť, že význam a obsah týchto inštitútov v rôznych právnych odvetviach môže byť odlišný. Kým v súkromnom práve spravidla pôjde o zneužitie konkrétneho subjektívneho práva (napr. zneužitie vlastníckeho práva, zneužitie hlasovacieho práva v práve obchodných spoločností), v daňovom práve pôjde skôr o zneužitie objektívneho daňového práva.

Zákaz účelového zneužívania práva bol do Daňového poriadku implementovaný novelou vykonanou zákonom č. 435/2013 Z.z. účinnou od 1. januára 2014, v zmysle ktorej: „*Na právny úkon alebo inú skutočnosť rozhodujúcu pre zistenie, vyrubenie alebo vybratie dane, ktoré nemajú ekonomické opodstatnenie a ktorých výsledkom je účelové obchádzanie daňovej povinnosti alebo získanie takého daňového zvýhodnenia, na ktoré by inak nebol daňový subjekt oprávnený, alebo ktorých výsledkom je účelové zníženie daňovej povinnosti, sa pri správe daní neprihliada.*“

Vychádzajúc aj z dôvodovej správy k novele Daňového poriadku, zákonodarca sa inšpiroval najmä Odporúčaním Komisie zo 6. decembra 2012 v súvislosti s agresívnym daňovým plánovaním

¹⁰ BENTLEY, D. Taxpayer's Rights: An International perspective, s. 16.

¹¹ BRZEZIŃSKI, B. Taxpayer's Rights: Some Theoretical Issues, s. 22 a nasl.

¹² ČOLLÁK, J. Zákaz zneužitia práva v súkromnom práve a v práve obchodných spoločností, s. 29.

(2012/772/EÚ). Schválené znenie novely Daňového poriadku však s odporúčaniami komisie korešponduje len čiastočne¹³, preto sa v odbornej literatúre objavili aj úvahy o potrebe doslovného premietnutia ustanovení predmetného odporúčania do Daňového poriadku¹⁴. Za zásadný problém bola považovaná vágnosť ustanovení a možnosť ich ľahkého zneužitia, a to aj zo strany správcov dane na úkor daňových subjektov¹⁵.

Podľa následne opäť novelizovaného znenia § 3 ods. 6 Daňového poriadku účinného od 1.1.2018 platí, že: „*Na právny úkon, viacero právnych úkonov alebo iné skutočnosti uskutočnené bez riadneho podnikateľského dôvodu alebo iného dôvodu, ktorý odráža ekonomickú realitu, a ktorých najmenej jedným z účelov je obchádzanie daňovej povinnosti alebo získanie takého daňového zvýhodnenia, na ktoré by inak nebol daňový subjekt oprávnený, sa pri správe daní neprihliada.*“

Ide o precizáciu právnej úpravy, ktorá je výsledkom transpozície Smernice Rady (EÚ) 2016/1164, ktorou sa stanovujú pravidlá proti praktickým vyhýbania sa daňovým povinnostiam, ktoré majú priam vplyv na fungovanie vnútorného trhu (*Anti Tax Avoidance Directive - ATAD*). V porovnaní s rozsahom pôsobnosti GAAR podľa smernice (daň z príjmov právnických osôb), však slovenský zákonodarca zvolil podstatne širší záber, keď novelizované ustanovenie § 3 ods. 6 Daňového poriadku sa rozsahom pôsobnosti vzťahuje na všetky dane tvoriace daňovú sústavu v SR.

Novelizácia pritom posilňuje pozíciu správcov dane¹⁶ pri posudzovaní hraničných situácií, a naopak sťažuje pozíciu daňového subjektu pri uplatňovaní jeho práv. Na rozdiel od znenia zákonného GAAR účinného do 31. decembra 2017, totiž výrazne zextenzívňuje interpretáciu testu účelovosti, keďže na základe nového GAAR je postačujúce, ak je obchádzanie daňovej povinnosti alebo získanie takého daňového zvýhodnenia, na ktoré by inak nebol daňový subjekt oprávnený čo i len jedným z účelov. Na ďalšie potenciálne problémy v kontexte spolupôsobenia, resp. konfliktov všeobecného pravidla proti zneužívaniu a medzinárodných zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia, ako aj zneužívania samotných zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia poukazujú M. Kačaljak¹⁷ a A. Koronciová¹⁸.

Správcovi dane teda popri iných účeloch úpravy postačí nájsť jeden účel, ktorým sa bude obchádzať daňová povinnosť, alebo ktorý bude smerovať k získaniu neoprávneného daňového zvýhodnenia. Testovanie účelovosti má charakter subjektívneho testovania, ktoré má byť spájané s úmyslom daňovníka. Samotná transakcia, či právny úkon má takmer stále viacero účelov, a tak je zrejmé, že medzi orgánom daňovej správy a daňovým subjektom bude pretrvávajúť spor, keďže subjekt môže stále argumentovať, že vyhnutie sa daňovej povinnosti alebo získanie daňovej výhody nepredstavovalo hlavný, podstatný, resp. jediný účel daňovej transakcie a správca dane bude naopak stále schopný práve tento účel identifikovať a zvýrazniť. V tomto smere je preto otáznosť, či nájdenie jedného spomedzi viacerých účelov nie je príliš ľahko zdolateľným kritériom vo vzťahu k identifikácii daňového práva zneužívajúceho konania. Aj preto sa domnievame, že je na mieste skôr reštriktívny prístup pri interpretácii skutkových okolností obsahovo naplňajúcich všeobecné pravidlo proti zneužívaniu.

3.2 Úrok z nadmerného odpočtu

Náhrada za zadržanie nadmerného odpočtu (legislatívnou skratkou označená ako úrok z nadmerného odpočtu) počas daňovej kontroly je jedným z najmladších inštitútov v daňovom práve, keď bola zakotvená až prijatím novely zákona o DPH vykonanej zákonom č. 297/2016 Z. z. účinným od 1. januára 2017. Zákonnej úprave úrokov z nadmerného odpočtu však predchádzalo prijatie uznesenia Súdneho dvora EÚ vo veci C-120/15 Kozzber z 21. októbra 2015, ktorým rozhodol

¹³ ROMÁNOVÁ, A.: The new anti abuse rule in Slovak tax law: strengtening of legal certainty?, s. 225.

¹⁴ SÁBO, J.: GAAR (všeobecné pravidlo predchádzania daňovým únikom) v právnom poriadku SR, s. 205.

¹⁵ ČOLLÁK, J.: Zákaz zneužitia práva ako účelová súčasť správy daní, s. 88 a nasl., PRIEVOZNÍKOVÁ, K. Implementácia zákazu zneužitia práva do daňového poriadku, s.167.

¹⁶ BONK, F. Implementácia zákonného GAAR do slovenského daňového systému (2. časť), s. 175 a nasl.

¹⁷ KAČALJAK, M. Vybrané súvislosti transpozície smernice ATAD do slovenského právneho poriadku, s. 196.

¹⁸ KORONCIOVÁ, A. Zneužívania zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia, s. 155.

o návrhu na začatie prejudiciálneho konania týkajúceho sa výpočtu úrokov z omeškania pri vrátení nadmerného odpočtu DPH až od uplynutia lehoty 10 dní po skončení daňovej kontroly¹⁹. Aj keď súvislosť predmetného uznesenia s uzákonením úroku z nadmerného odpočtu je *prima facie* zjavná, v dôvodovej správe sa paradoxne uvádza, že táto problematika nie je obsiahnutá v judikatúre SD EÚ.

Citované uznesenie totiž nesporne priamo viedlo k tejto úprave, keďže okrem iného SD EÚ v jeho odôvodnení konštatoval, že (i) členské štáty musia pri stanovení podmienok vrátenia nadmerného odpočtu DPH dbať na to, aby tieto podmienky nespochybňovali zásadu neutrality daňového systému DPH tým, že zdaniteľná osoba bude podľa nich povinná v celom rozsahu alebo sčasti znášať DPH. Konkrétne, uvedené podmienky musia umožniť, aby mohla byť zdaniteľnej osobe za primeraných podmienok vrátená celá suma vyplývajúca z nadmerného odpočtu DPH, čo znamená, že vrátenie sa uskutoční v primeranej lehote vyplatením finančnej hotovosti alebo porovnateľným spôsobom, pričom prijatý spôsob vrátenia nesmie v nijakom prípade pre zdaniteľnú osobu predstavovať žiadne finančné riziko²⁰. Ďalej SD EÚ uviedol, že vnútroštátnu právnu úpravu, ktorá podmieňuje povinnosť daňového orgánu zaplatiť úroky ukončením konania o daňovej kontrole, SD EÚ už posúdil rozsudkom Enel Maritsa Iztok²¹ tak, že výpočet úrokov dlžných zo strany daňového orgánu, ktorý ako okamih, od ktorého plynie lehota, nezobral deň, keď by mal byť nadmerný odpočet DPH obvykle vrátený v súlade so smernicou o DPH, je v zásade v rozpore s požiadavkami článku 183 tejto smernice. Keďže zdaniteľná osoba dočasne nemôže disponovať finančnými prostriedkami vo výške nadmerného odpočtu DPH, je postihnutá hospodárskym znevýhodnením, ktoré by malo byť kompenzované zaplatením úrokov, čím je zaručené dodržanie zásady daňovej neutrality. Napokon SD EÚ uzavrel, že keď dôjde k vráteniu nadmerného odpočtu DPH zdaniteľnej osobe po uplynutí primeranej lehoty, zásada neutrality daňového systému DPH vyžaduje, aby takto generované finančné straty na ujmu zdaniteľnej osoby, ktoré vyplývajú z nemožnosti disponovať s predmetnými peňažnými sumami, boli kompenzované zaplatením úrokov z omeškania²².

Pokiaľ išlo o vtedajšiu vnútroštátnu právnu úpravu v SR, SD EÚ uviedol, že nie je v súlade s požiadavkami vyplývajúcimi zo zásady daňovej neutrality. Právna úprava, ktorá ponecháva daňovým orgánom možnosť začať daňovú kontrolu kedykoľvek, dokonca aj tesne pred uplynutím lehoty na vrátenie nadmerného odpočtu DPH, čím umožňuje značné predĺženie lehoty na toto vrátenie, nielenže vystavuje zdaniteľnú osobu finančným nevýhodám, ale navyše zdaniteľná osoba nemôže predvídať dátum, od ktorého môže disponovať finančnými prostriedkami vo výške sumy nadmerného odpočtu DPH, čo pre ňu predstavuje ďalšiu záťaž. Z uvedeného podľa záverov SD EÚ vyplývalo, že zdaniteľná osoba, ktorej bol vrátený nadmerný odpočet DPH po skončení daňovej kontroly, ktorej dĺžka presiahla primeranú lehotu, má podľa práva Únie nárok na zaplatenie úrokov z omeškania. Vo výroku predmetného uznesenia SD EÚ uzavrel, že článok 183 prvý odsek smernice o spoločnom systéme DPH sa má vykladať v tom zmysle, že bráni takej vnútroštátnej právnej úprave, ako je vo veci samej, ktorá upravuje výpočet úrokov z omeškania pri vrátení nadmerného odpočtu DPH až od uplynutia lehoty 10 dní po skončení daňovej kontroly.

Samotné legislatívne zakotvenie inštitútu úroku z nadmerného odpočtu však neodstránilo všetky aplikačné problémy, naopak prechodné ustanovenia novely zákona o DPH (§ 85ke) opäť vytvorili stav právnej neistoty. V rozpore so závermi uznesenia SD EÚ vo veci Kovožber totiž vylúčili nárok na úrok z nadmerného odpočtu, ak daňová kontrola bola skončená do konca roku 2016. V následnej rozhodovacej praxi orgánov daňovej správy a najmä správnych súdov bola otázka vzniku tohto nároku a tiež jeho právneho základu za obdobie do konca roku 2016 interpretovaná rozdielne.

Interpretačné a aplikačné rozpory boli odstránené až prijatím Stanoviska správneho kolégia Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 30. októbra 2019 sp. zn. Snj 36/2019 k zjednoteniu rozhodovacej činnosti ohľadne náhrady za zadržanie nadmerného odpočtu počas daňovej kontroly. Ako vyplýva z jeho odôvodnenia spornou otázkou sú úroky zo zadržávaného nadmerného odpočtu dane z pridanej hodnoty počas daňových kontrol skončených do 31.12.2016, uplatnené na základe

¹⁹ Návrh na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 267 ZFEÚ, bol predložený rozhodnutím Krajského súdu v Košiciach a súvisel s konaním Kovožber s. r. o. proti Daňovému úradu Košice.

²⁰ Rozsudky SD EÚ vo veciach C-78/00 Komisia/Taliansko, C-25/07 Alicja Sosnowska, C-107/10 Enel Maritsa Iztok, C-274/10 Komisia/Maďarsko.

²¹ Rozsudok SD EÚ vo veci C-107/10 Enel Maritsa Iztok.

²² Rozsudok SD EÚ vo veci C-431/12 Rafinăria Steaua Română a uznesenie SD EÚ vo veci C-654/13 Delphi Hungary Autóalkatrész Gyártó.

priamej aplikácie uznesenia SD EÚ vo veci C - 120/15 Kozzber. Senáty správneho kolégia najvyššieho súdu boli síce jednotné v tom, že nárok na náhradu za zadržávané prostriedky vzniká i pred 31.12.2016, rozchádzali sa však vo výške tejto náhrady a určení právneho základu výšky náhrady (analogická aplikácia všeobecného § 79 ods. 3 Daňového poriadku, ktorý upravuje daňový preplatok a úrok vs. priama aplikácia špecifického § 79a zákona o DPH, ktorý upravuje úrok nadmerného odpočtu s vylúčením aplikácie prechodného ustanovenia).

Správne kolégium v citovanom zjednocujúcom stanovisku po analýze rozdielnej rozhodovacej činnosti rôznych senátov (vyvolanej aj absenciou úpravy úroku z nadmerného odpočtu pred 1. januárom 2017) dospelo k dvom vzájomne súvisiacim záverom, pričom obidva možno považovať za komfortné s judikatúrou SD EÚ.

Najskôr najvyšší súd uzavrel, že ustanovenie § 79a zákona o DPH upravujúce úrok z nadmerného odpočtu počas daňovej kontroly je v pomere špeciality k všeobecnému ustanoveniu § 79 ods. 3 Daňového poriadku, ktoré upravuje daňové preplatky a úrok. Takýto záver je logický, vnútorne bezrozporný a napokon korešpondujúci so základným princípom vzťahu *lex specialis/lex generalis*.

Následne sa však najvyšší súd musel vysporiadať s problémovým znením prechodného ustanovenia obsiahnutého v § 85ke vety druhej zákona o DPH, podľa ktorého sa § 79a zákona o DPH upravujúci úrok z nadmerného odpočtu počas daňovej kontroly neuplatní, ak daňová kontrola v lehote na vrátenie nadmerného odpočtu podľa § 79 ods. 1, 2 alebo ods. 5 bola skončená do 31. decembra 2016 vrátane. V tejto súvislosti najvyšší súd dospel k záveru o neaplikovateľnosti tohto ustanovenia z dôvodu jeho nesúladu s právom EÚ, a to najmä s uznesením SD EÚ vo veci C-120/15 Kozzber. Podľa záverov najvyššieho súdu má toto aplikačnú prednosť s účinkom *ex tunc*, a teda na zabezpečenie súladu s právom EÚ sú orgány verejnej správy a súdy povinné zdržať sa aplikácie tohto ustanovenia.

Čo možno najvyššiemu súdu v tejto súvislosti čiastočne vytknúť nie sú samotné závery, ale skôr absencia formulácie doktrínálnych a judikatórnych východísk, na ktorých založil svoje závery. Bez ohľadu na to je však záver najvyššieho súdu, ktorý majú v týchto veciach aplikovať tak daňové orgány, ako aj správne súdy jasný. Vylúčenie priznania úroku z nadmerného odpočtu v prípade daňových kontrol skončených pred účinnosťou novely zákona o DPH, ktorá tento úrok legislatívne ustanovila, je v rozpore s právom EÚ. Ako totiž vyplýva zo záverov uznesenia SD EÚ vo veci C - 120/15 Kozzber, čl. 183 smernice vyžaduje, aby nemožnosť disponovania finančnými prostriedkami vo výške nadmerného odpočtu DPH, a s tým spojené hospodárske znevýhodnenie, bolo kompenzované zaplatením úrokov, čím je zaručené dodržanie zásady daňovej neutrality.

4 ZÁVERY

Záverom sa vraciame k otázke zachovávaní práv daňového subjektu a úlohe advokáta pri ich ochrane. Táto sa ukazuje/ukázala v konkrétnostiach ako kľúčová v obidvoch prípadoch, na ktoré sme príkladom poukázali.

Vo vzťahu ku GAAR, jeho vyjadreniu vo vnútroštátnej právnej úprave, a najmä aplikácii v konkrétnych daňových veciach je úlohou advokáta zabrániť nadužívaniu tohto inštitútu zo strany orgánov daňovej správy. Advokát ako odborne zdatná osoba musí ustriechnuť, aby aplikácia inštitútu zákazu zneužitia práva bola mimoriadne citlivá, a používaná skutočne len v situáciách, kedy ide o na prvý pohľad zrejmu snahu daňového subjektu použiť formálny, či dokonca „nerozumný“ výklad zákona, ktorým je evidentne popretý cieľ a zmysel právnej normy, a to v prospech daňového subjektu²³.

Vo vzťahu k úroku z nadmerného odpočtu možno na tomto mieste konštatovať kľúčovú, aj keď neviditeľnú úlohu advokátov ako ochrancov práv daňových subjektov. Daňové orgány totiž pred prijatím novely zákona o DPH účinnej od 1. januára 2017 (čiastočne aj potom), dlhodobo odmietali priznávať tento úrok z dôvodu nimi argumentovanej absencie úpravy tohto inštitútu vo vnútroštátnom práve. Naopak daňové subjekty, kvalifikovane zastúpené advokátmi dlhodobo a viacúrovňovo (orgány daňovej správy a súdy) tvrdili, že z harmonizovanej úpravy DPH v EÚ vyplýva nárok na úrok zo zadržávaného nadmerného odpočtu počas daňovej kontroly. Táto aktivita v konečnom dôsledku

²³ KOHAJDA, M.: Vývoj zákazu zneužitia práva v daňovej judikatúre Českej republiky, s. 281.

viedla k položeniu prejudiciálnej otázky SD EÚ, jeho odpovedi a legislatívnej zmene²⁴. Aj keď je prirodzené, že advokáti v tomto smere vystupovali ako zástupcovia svojich klientov/daňových subjektov, ich aktivita v konečnom dôsledku viedla k širším cieľom, konkrétne k zosúladieniu vnútroštátnej úpravy s právom EÚ.

V rámci záverečných úvah je preto možné zamyslieť sa nad otázkou, kde končí ochrana fiskálnych záujmov štátu, a kedy má táto v kolidujúcich prípadoch ustúpiť požiadavke na zachovávanie práv a právom chránených záujmov daňových subjektov. Všeobecne akceptovateľná odpoveď zrejme neexistuje. Každá daňová vec je totiž založená na individuálnych skutkových okolnostiach, ich správnej identifikácii a následnej právnej subsumpcii. Samozrejme, ideálny stav spočíva v nájdení praktickej rovnováhy medzi obidvoma záujmami obsiahnutými v princípe zákonnosti správy daní tak, aby zostalo zachované maximum z oboch. Ak to však možné nie je, potom sa javí byť vhodným dať prednosť tomu riešeniu, ktorému svedčí všeobecne uznávaná predstava spravodlivosti v spojení s právnou istotou, to všetko pri starostlivom posúdení konkrétnych okolností najmä na strane daňového subjektu. Práve tu možno vnímať jedinečné a nezastupiteľné postavenie advokáta, ktorý ako ochranca práv daňového subjektu dbá na to, aby mu daň bola vyrubaná len vo výške a za podmienok stanovených zákonom.

Použitá literatúra:

- BABČÁK, V. a kol.: Daňové úniky a daňové podvody a právne možnosti ich predchádzania (inštitútni daňového, obchodného a trestného práva). Košice: UPJŠ, 2018, s. 472.
- BABČÁK, V. a kol.: Finančné právo na Slovensku, Bratislava: EPOS, 2017, s. 505.
- BONK, F.: Implementácia zákonného GAAR do slovenského daňového systému (2. časť). In: Justičná revue: časopis pre právnu teóriu a prax, 2018, č. 2, s. 175-188.
- BENTLEY, D.: Taxpayer's Rights: An International perspective. In: Gold Coast, Revenue Law Journal, 1998, s. 16.
- BRZEZIŃSKI, B.: Taxpayer's Rights: Some Theoretical Issues. In: Protecion of Taxpayer's Rights, European, International and Domestic Tax Law Perspective. Warszawa: Wolters Kluwer, 2009. s. 15-33.
- ČOLLÁK, J.: Zákaz zneužitia práva ako účelová súčasť správy daní. In: PRÁVO – OBCHOD - EKONOMIKA V. Košice: UPJŠ, 2015, s. 88-105.
- ČOLLÁK, J.: Zákaz zneužitia práva v súkromnom práve a v práve obchodných spoločností. Praha : C.H. Beck, 2018, s. 208.
- HRABČÁK, L.: Iniciatívy EÚ pri eliminácii daňových únikov. In: Olomoucké právnické dny 2019: sborník príspevků z mezinárodní vědecké konference. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2019, s. 236-248.
- KAČALJAK, M.: Vybrané súvislosti transpozície smernice ATAD do slovenského právneho poriadku. In: Daňové úniky a vyhýbanie sa daňovým povinnostiam. Košice: UPJŠ, 2017, 195-206.
- KARFÍKOVÁ, M. a kol.: Teorie finančního práva a finanční vědy. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 356.
- KORONCZIOVÁ, A.: Zneužívání zmlův o zamedzení dvojitého zdanění. In: Zborník „Zneužitie a iné formy obchádzania práva“. Košice: UPJŠ, 2016, s.155-166.
- LESZCZYŃSKA, A.: The European Convention on Human Rights as an Instrument of Taxpayer Protection. In: Protecion of Taxpayer's Rights, European, International and Domestic Tax Law Perspective. Warszawa: Wolters Kluwer, 2009. s. 82-103.
- PRIEVOZNÍKOVÁ, K.: Implementácia zákazu zneužitia práva do daňového poriadku. In: Zborník „Daňové právo vs. daňové podvody a daňové úniky“, II. diel. Košice: UPJŠ, 2015, s.161-168.
- ROMÁNOVÁ, A.: The new anti abuse rule in Slovak tax law: strengtening of legal certainty?. In: Zborník „System of Financial law: System of Tax Law“. Brno: Masaryk University, 2015, s. 212-228.
- SÁBO, J.: GAAR (všeobecné pravidlo predchádzania daňovým únikom) v právnom poriadku SR. In: Zborník „Daňové právo vs. daňové podvody a daňové úniky“, II. diel. Košice: UPJŠ, 2015, s.199-208.
- POPOVIČ, A.: Negatívne dôsledky tvorby a realizácie slovenského daňového zákonodarstva. In: slovensko-české dni daňového práva : pozitívna a negatívna stimulácia štátu v oblasti zdaňovania Košice: ŠafárikPress UPJŠ, 2019, s. 295-309.

²⁴ K spôsobu tvorby daňovej legislatívy kriticky pozri: POPOVIČ, A.: Negatívne dôsledky tvorby a realizácie slovenského daňového zákonodarstva, s. 295-309.

VEČEŘA, M. a kol.: TEÓRIA PRÁVA. 4. vydanie. Bratislava: EUROKÓDEX, 2011, s. 352.

Kontaktné údaje:

doc. JUDr. Miroslav Štrkolec, PhD.

e-mail: miroslav.strkolec@upjs.sk

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Kováčska 26

040 75 Košice

Slovakia

INVOLVEMENT OF ATTORNEY AS ONE OF THE GUARANTORS OF THE RULE OF LAW IN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Yaroslav Lazur

Dean of the Faculty of Law of Uzhhorod National University

Abstract: Judicial and pre-trial methods of dispute resolution are widely known and well-established in the legal community, but in modern realities increasingly attracts attention and becomes increasingly relevant to the possibility of alternative (out-of-court) dispute resolution in the activities (with the participation) of a lawyer. In a difficult and unstable time for legal systems – the time of searching for new mechanisms of interaction of law and order of different countries, the probability of various controversies, disputes and conflicts significantly increases. It leads to frequent appeals of individuals to protect their legal rights and interests in the judicial authorities. The problem is particularly noticeable in the field of public law disputes. Eventually, these disputes entail a particularly large amount of procedures, which in the end result in unnecessary expenditure of energy, money and time, both from the state and from private subjects.

Key words: Key words have to be in English, they have to be separated by commas and they can have up to 140 symbols (including spaces)

INTRODUCTION

The best way to resolve a dispute is to resolve it in an alternative manner, first and foremost – in a mediation procedure. At the same time, the bar has a special and often key role in the development of mediation.

International practice has produced a considerable number of alternative dispute resolution procedures, but we see it would be reasonable to focus on the following:

- expert determination;
- facilitated negotiation or facilitation;
- conciliation;
- mediation;
- med-arb;
- adjudication;
- mini-trial;
- fact finding;
- dispute review boards;
- private judging;
- early neutral evaluation;
- "multi-door courthouse";
- settlement conference;
- summary juri trial;
- collaborative law (defines in the legal systems of the United States, the Netherlands and some other states in the world as a procedure for the joint elaboration of the terms of dispute settlement during marriage dissolution and derivative relationships (alimony, abstinence, whereabouts of children, etc.))¹.

The main principles inherent in mediation are:

- voluntariness;

¹ TKACHUK OS Alternative dispute resolution as a form of protection of civil rights, freedoms and interests. Problems of legality. 2016. Vip. 133. C. 20-31. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pz_2016_133_4

- equality of the parties;
- mediator independence and impartiality;
- confidentiality of mediation information, etc.

The importance of the principles of mediation is undoubted, since, the principles of mediation are the initial, fundamental principles, ideas, moral and ethical rules and procedural foundations of constructive interaction of the parties to the mediation process, the general requirements of conciliation, adherence and application of which guarantees its participants the ability to resolve conflicts and to build further legal relationships.

In mediating procedures, the mediator plays an important role as intercessor, which ensures the process of settling a legal dispute.

However, the participation of an attorney in the procedure as a mediator should differ in some specificity in comparison with the performance of the mediator's role by other persons. As an attorney is a qualified lawyer providing professional legal assistance, the attorney's support in the settlement of legal disputes (legal conflicts) should be regarded as pursuing the bar activity in a broader field that goes beyond the traditional role of an attorney².

I agree with the opinion of those scholars who argue that the peculiarities of the attorney's participation in the settlement of legal disputes (legal conflicts) as a mediator will manifest themselves in a number of features, namely:

a particular substantive scope of the attorney's activity, related to a deep comprehensive analysis of contradictions and relations in conflicts of different subject categories;

the special role of an attorney as an independent and impartial mediator, assisting the parties in finding mutually acceptable and mutually beneficial terms of termination of the dispute;

a special procedure (mediation) within which an attorney's activity may be performed, and the place of the mediator's attorney in this procedure.

In order to save time, bypassing the detail of the argument, I would like to argue that the effectiveness of an attorney's involvement in the mediation procedure as a mediator over the traditional bar is that the mediator's attorney:

1) should first and foremost assist the parties in finding mutually beneficial and mutually acceptable options for the settlement of a legal conflict in order to reconcile the interests of the parties to the conflict within the current law, rather than focusing on the specific features of the legal regulation of the relations existing between the parties and their legal position in the dispute;

2) at the same time, in comparison with the classical mediation activity, the mediator's attorney should ensure that the settlement takes place within the limits of legality and does not contravene the requirements of the current legislation, does not violate the rights and freedoms of third parties, and also that each of the parties is fully aware of the importance and the legal consequences of the agreement reached;

3) in addition, the mediator's attorney must provide legal support for the mediation procedure and its completion.

Thus, there are significant features in the mediation procedure of the mediator's attorney, which should be remembered (both by attorneys and by persons wishing to settle a legal dispute through mediation) and considered in the practical implementation of the mediation procedure³.

Thus, attaining sufficient efficiency in the attorney's mediation activities in many situations leads to greater satisfaction of the parties' interests, as opposed to the decision rendered by the trial.

Particularly effective is mediation when the parties understand that the settlement of the dispute is inevitable and must be compromised.

In the field of public law, it is precisely such categories of disputes that include public law disputes, whose relevance is not diminished but, on the contrary, increases over time.

² The Implementation of the Mediation Directive. Compilation of Indepth Analyses 467URL:[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA\(2016\)57139_5_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)57139_5_EN.pdf)

³ TKACHUK OS Judicial and alternative solutions private legal conflicts: international experience and Ukrainian perspectives. Axis. International. humanitarian. un-tu. Ser. : Jurisprudence. 2015 № 18 volume 2. URL: http://vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc18/part_2/8.pdf

When it comes to Ukraine, it should be noted that although it is extremely limited, however, Ukrainian legislation creates opportunities for the settlement of an administrative dispute on the basis of reconciliation of interests in mediation. At the same time, this current method is very ambiguous for Ukrainian attorneys when it comes to resolving administrative disputes.

I have every reason to argue that, despite the considerable historical experience of implementing mediation in the common law countries, as well as the substantial intensification of these processes since the early 1990s in the countries of the continental legal family of Europe (especially the Netherlands), this debate remains relevant, especially when it is a matter of dispute between administrative authorities and private parties.

I would like to emphasize on a turning point that came with the adoption of Recommendation Rec (2001) 9 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties⁴.

Public law disputes that are resolved through administrative procedures are often referred to as non-mediation, that is, those that cannot be resolved through mediation. First of all, this is due to the peculiarities of the subjective composition of administrative procedural legal relations, namely, the fact that one of the parties always acts as a body of public administration⁵.

In objecting this statement, I would point out that a truly successful implementation of mediation in administrative justice depends on whether scientists and legislators can solve a number of theoretical and practical problems.

One of the most pressing problems in implementing mediation in administrative justice is the public-law nature of the relationship between the parties. The ability of government bodies and officials to conduct decisions at their discretion is limited. This is due to the fact that there is a standard provision that administrative bodies, their officials are obliged to act only on the basis, within the powers and in the manner stipulated by legislative acts. Going beyond the competence, its violation carries responsibility for the officials. The conditions of reconciliation cannot be contrary to the law or beyond the competence of the subject of power⁶.

We should also consider the difficulty of implementing such principles of mediation as voluntariness and initiative. As one of the parties usually acts as a public administration body, it should be borne in mind that despite the presence of certain discretionary powers of the officials, the officials' discretion is often limited. Although this rule greatly complicates the implementation of mediation, I am convinced that by analyzing a typical catalog of principles of functioning of public administration, we can conclude that reaching a compromise between a public administration body and a citizen is one of the priorities of the state's activity, and therefore directing it to an administrative body the duty to take all reasonable steps to resolve the dispute in an alternative manner.

Recognizing the international status of today's conference, I would like to conclude by expressing the optimism that we are trying to profess when discussing the future development of the mediation in Ukraine.

I am convinced that the affirmation of the principles of the rule of law, including in the development of mediation, will be one of the important factors in the growth of the investment attractiveness of Ukraine, will become an additional argument for the development of cooperation with our historical neighbors.

For example, the signing of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation on August 7, 2019 in Singapore, was a major step towards promoting mediation in Ukraine. The Convention aims to enable and facilitate the implementation of the decisions reached by the parties during mediation in international commercial disputes. It provides for the introduction of instruments for the recognition and enforcement of mediation decisions similar

⁴ STULBERG, JOSEPH P., Mediation and Justice: What Standards Govern?. *Cardozo Journal on Dispute Resolution*, Vol. 6, 2004-2005. URL <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cardcore6&div=13&id=&page=>

⁵ TATE D. MEDIATION & conflict resolution styles / Tate D. – 2 p. URL: http://davidtate.us/files/Mediation_Conflict_Resolution_Styles_Dave_Tate_CPA_Esq.pdf

⁶ The Implementation of the Mediation Directive. Compilation of Indepth Analyses 467 URL: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA\(2016\)571395_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)571395_EN.pdf)

to those foreseen in the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958. It guarantees that the agreement reached by the parties as a result of mediation becomes binding and is subject to enforcement in accordance with a simplified procedure in a foreign jurisdiction.

Thus, we conclude that there is a mixed mediation model in Ukraine and it needs further development, which would include both the extra-judicial and the pre-trial model, and which would be carried out by professional mediators (private or public). An important factor in the development of mediation is the introduction of the special status and role of mediators⁷.

That is why it is necessary to adopt the Law of Ukraine 'On Mediation', which would determine the following: the scope of mediation, legal status and requirements related to the mediator, the principles of mediation, the procedure for mediation, the responsibility of the mediator, quality control of the provision of services by mediators, etc⁸.

I believe that further harmonization of the legislation of Ukraine with the standards of the European Union on alternative dispute resolution is necessary, and that the development of mediation legislation should be based on European values, taking into account the experience of the leading member states of the European Union.

CONCLUSION

As a summary, the relevance of alternative dispute resolution in administrative proceedings (both in terms of investor protection and in general) is increasing. There is a growing need for a speedy and effective solution to this issue, which will contribute to the proper functioning of the state both for the benefit of its interests and for the benefit of the fundamental interests, rights and freedoms of the individual and citizen.

References:

- STULBERG, JOSEPH P., Mediation and Justice: What Standards Govern?. *Cardozo Journal on Dispute Resolution*, Vol. 6, 2004-2005. URL <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cardcore6&div=13&id=&page=>
- TATE D. MEDIATION & conflict resolution styles / Tate D. – 2 p. URL: http://davidtate.us/files/Mediation_Conflict_Resolution_Styles_Dave_Tate_CPA_Esq.pdf
- The Implementation of the Mediation Directive. Compilation of Indepth Analyses 467 URL: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA\(2016\)571395_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)571395_EN.pdf)
- THE MEDIATION DIRECTIVE: European Implementation Assessment. 2016.
- TKACH G. Institute of Reconciliation of the Parties in Administrative litigation / G. Tkach // *Visn. Lviv. un-tu*. - Vip. 53. - P. 163–170.
- TKACHUK OS Alternative dispute resolution as a form of protection of civil rights, freedoms and interests. *Problems of legality*. 2016. Vip. 133. C. 20-31. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pz_2016_133_4
- TKACHUK OS Judicial and alternative solutions private legal conflicts: international experience and Ukrainian perspectives. *Axis. International. humanitarian. un-tu. Ser. : Jurisprudence*. 2015 № 18 volume 2. URL: http://vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc18/part_2/8.pdf

⁷ STULBERG, JOSEPH P., Mediation and Justice: What Standards Govern?. *Cardozo Journal on Dispute Resolution*, Vol. 6, 2004-2005. URL <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cardcore6&div=13&id=&page=>

⁸ TKACHUK OS Judicial and alternative solutions private legal conflicts: international experience and Ukrainian perspectives. *Axis. International. humanitarian. un-tu. Ser. : Jurisprudence*. 2015 № 18 volume 2. URL: http://vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc18/part_2/8.pdf

Contact information:

Prof. Yaroslav Lazur DrSc.

e-mail lazurs80@gmail.com

Faculty of Law of Uzhgorod National University

Kapitul'na St, 26,

Uzhhorod

88000

Ukraine

ADVOCATE AS A GUARDIAN OF RULE OF LAW IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA

Olga Koshevaliska

University of Goce Delcev, Stip, Faculty of Law

Abstract: The purpose of this article is to elaborate the challenges of the advocates' profession in the Republic of North Macedonia. Firstly, we'll address the ethical boundaries and core principles of the advocates profession through the relevant national legislative in order to stress its complexity. There are several core principles for advocates profession worldwide, helping them to stand above the legal ethics and to keep their dignity and the dignity of the advocates profession. These principles are independence, honesty, integrity, loyalty to the client's interests, confidentiality, fairness, diligence, and competence. A lot of changes have been made in the past few years in order to strengthen the position of the advocate in the criminal proceedings. The advocate has the role to help the defendant in the exercise of his/her right of defense, essentially constitutes an important step towards the realization of the essence of the right to a "fair trial" through the exercise of the principle of "equality of arms". Not only that the advocates serve to protect citizens from possible abuses of the judiciary and other authorities involved in criminal proceedings but they also serve as a shield that protects the judiciary from being deformation. Advocates are as important as judges and prosecutors in ensuring a fair trial and are often the first to learn about allegations of torture and mistreatment. The focus of this article will be on those challenges that are most common in practice as well as on those that are a subject to many theoretical disputes, especially regarding the efficiency of the defense in criminal proceedings.

Key words: advocate, principles, ethics, fair trials, criminal proceedings, juvenile proceedings.

"In a society founded on respect for the rule of law the lawyer fulfils a special role. The lawyer's duties do not begin and end with the faithful performance of what he or she is instructed to do so far as the law permits. A lawyer must serve the interests of justice as well as those whose rights and liberties he or she is trusted to assert and defend and it is the lawyer's duty not only to plead the client's cause but to be the client's adviser. Respect for the lawyer's professional function is an essential condition for the rule of law and democracy in society."
– the CCBE's Code of Conduct for European Lawyers, article 1.1¹

1. Introduction in the advocate profession

Advocates are essential for the appreciation and application of the rule of law. Lawyers advocate for the progression of human rights, protect the rights of their clients, and foster the administration of justice. In order to carry out these critical tasks, lawyers must "at all times act freely and diligently in accordance with the law and recognized standards and ethics of the legal profession."² The advocate has the role to help the defendant in the exercise of his or her right of defense, essentially constitutes an important step towards the realization of the essence of the right to a "fair trial" through the exercise of the principle of "equality of arms".³ Not only that the advocates serves to protect citizens from possible abuses of the judiciary and other authorities involved in criminal proceedings but they also serve as a shield that protects the judiciary from being

¹ Charter of Core Principles of the European Legal Profession adopted at the plenary session in Brussels on 24 November 2006.

² United Nations Basic Principles on the Role of Lawyers (1990), para. 14.

³ G. Kalajdziev et al, Commentary of the Criminal Procedure Code (2019): Osce Mission to Skopje, p.188, hereafter Commentary of the CPC;

deformation.⁴ Advocates are as important as judges and prosecutors⁵ in ensuring a fair trial and are often the first to learn about allegations of torture and mistreatment.⁶

In our country the right to represent defendant in criminal proceedings is exclusively for advocates⁷ that have given an oath and are registered in the Directory of Advocates in the Macedonian Bar Association⁸ (hereafter MBA).⁹ We emphasize that the MBA has signed on to the Council of Bars and Law Societies of Europe Charter of Core Principles of the European Legal Profession (“CCBE Charter”)¹⁰ and CCBE Code of Conduct for European Lawyers (“CCBE Code of Conduct”).

The new Criminal Procedure Code (hereafter CPC)¹¹ for the first time introduced a provision¹² that requires experience in case of crimes punishable by imprisonment of more than 10 years, in which case the advocate must have at least five years' experience after passing the bar exam. The reason for introducing such a provision was because it could hypothetically lead to additional protection for citizens and it would raise the standards and quality of defense of the defendants for serious crimes, thereby protecting the interests of the defendants and providing them with better quality defense.¹³ After the Decision of the Constitutional Court in 2016¹⁴ there is no special license to meet special requirements for representation in criminal proceedings, just the general license to perform advocates duties.¹⁵ But, in cases where a child is being charged with a crime, there are special provisions that apply regarding the advocate.¹⁶ In these cases, if the court is the one that is appointing the advocate in cases of advocate ex officio,¹⁷ then the appointing of the advocate must

⁴ N. Matovski (1984): Advocate in criminal proceedings, Vranje, p.95;

⁵ Also, in G. Buzarovska- Lazetic et al (2015): Criminal Procedure Law, Skopje, p.96, hereafter G. Buzarovska – Lazetic (2015) book I;

⁶ Criminal-Justice Systems in the OSCE Area Reform Challenges and ODIHR Activities, OSCE, (2006).

⁷ See Article 71 p.4 of the CPC; and G. Buzarovska- Lazetic (2015), book I, p.98;

⁸ Established on June 13, 1945 and from then on it functions independently and autonomously. Official web site of the Macedonian Bar Association is <https://www.mba.org.mk/index.php/mk/> [last access on 20.01.2020]

⁹ For the requirements to be registered as advocate in the Book of Advocates by the MBA, see Article 6 of the Attorney's Law, Official gazette No. 59/02, 60/2006, 29/2007, 106/2008, 135/2011, 113/2012 and 148/2015. Constitutional Court decisions Official gazettes No. 134/2002, 10/2003, 34/2003, 8/2008, 20/2009 and 117/2009 hereafter Attorneys Law .

¹⁰ The CCBE is an association representative of bar associations and other legal societies of 32 European Member States and 13 Observer States. Its Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of Conduct for European Lawyers are designed to harmonize ethical principles common to the entire European legal profession in order to avoid the dilemma and confusion of being subject to multiple sets of ethical rules. The CCBE Code of Conduct expresses “a consensus of all the Bars and Law Societies of the European Union and European Economic Area” and urges that national rules of ethics are harmonized and interpreted consistently with the CCBE Code of Conduct. The CCBE Charter and CCBE Code of Conduct apply to Observer Members of the CCBE. To the extent that the CCBE Code of Conduct does not regulate a particular issue, a lawyer engaged in a cross-border practice is “bound to observe the rules of the Bar or Law Society to which he belongs. About the CCBE, available at <http://www.ccbe.eu/index.php?id=22&L=0>

¹¹ Criminal Procedure Code, Official Gazette No.150/2010, hereafter CPC;

¹² Article 71 p.5 of the CPC, provision Repealed with the Decision of the Constitutional Court for violating Articles 8, 9, 51, 53, 55 and 118 of the Constitution of the Republic of Macedonia;

¹³ Government Act No. 42-386/4 from 27.01.2016;

¹⁴ Decision of the Constitutional Court U No.2/2016-0-1 from 28.09.2016, Official Gazette No.193/2016. The Decision is available on <http://ustavensud.mk/?p=11565> [last access on 23.01.2020]

¹⁵ See Article 10 p.2 from the Attorneys Law and the Code of Professional Ethics of The Attorneys, Attorney's Professional Associates and Attorney's Trainees of the Chamber of Attorneys, English translation by OSCE Mission to Skopje, 4 August 2015 hereafter MBA Code;

¹⁶ See Article 90 from the Law for Justice for Children Official gazette No.148/2013 (hereafter LJC).

¹⁷ See Article 90 p.2 of LJC and se V.Kambovski et al (2018) Commentary of the Law for Justice for Children, UNICEF, Skopje, p.254-255, hereafter V. Kamovski et al (2018).;

be from the advocates specialized for juvenile justice.¹⁸ If the appointing is by the legal guardians by them self's then they can chose advocate freely without having in mind of the special list for advocates for children.¹⁹

Before the introduction of the CPC in N. Macedonia, the criminal law legislation was a part of the civil law tradition where the objective of the trial was to seek the material truth. Trials were dominated by judges who had considerable control over the proceedings.²⁰ In the newly introduced adversarial system, trials are party driven.²¹ Cases are decided as presented by the parties and the judges act as referees who oversee the conduct of proceedings and the admission of evidence.²² *"The adversarial system trusts the parties to properly and honestly present their side of the argument and expects that the truth will emerge from a vigorous presentation of each side's case."*²³ These crucial changes changed the role of advocates in criminal proceedings. Now, advocates have to be much more active: they are responsible for much more rather than just consulting with the client, gathering evidence, examining witnesses, and presenting arguments at trial.

2. Types of defense in criminal proceedings

There are three types of defense in criminal proceedings in our legislative.²⁴ First is compulsory defense, second is facultative defense and the defense of indigent.

Compulsory defense with a advocate and ex-officio advocate is in cases when the accused is dumb, deaf or incapable to defend himself or herself successfully or if a criminal procedure is conducted against him or her for a crime, which, according to the law, entails a sentence of life imprisonment, then the person shall have an advocate as of his or her first questioning. Compulsory defense is also the case when the defendant is in custody or custody has been imposed against him or her; in case of an indictment for a crime for which a prison sentence of ten years or a more severe sentence is proscribed in the law; in a procedure of negotiation and bargaining with the public prosecutor on the guilty plea; the defendant who is being tried in his or her absence, and last in cases when the person charged with a crime is a child below the age of 18 in time when the crime was committed.²⁵ If the accused, in the cases of compulsory defense does not provide an advocate for himself, the President of the Court shall assign an advocate ex officio for the further duration of the criminal procedure until the final legally valid verdict.

Facultative defense is in all other cases that are not mentioned in the compulsory defense (art.74 of the CPC), meaning in cases where the defendant is charged with a crime for which a prison sentence up to ten years is proscribed in the law.

Defense of indigent persons is the third type of defense. This is in cases when the conditions for mandatory defense are not met, upon his or her motion, the defendant may be assigned advocate, if, taking his or her financial situation into consideration, it is deemed that the defendant cannot bear the expenses of the defense, when required for the purpose of the interest of justice and specifically due to the severity of the crime and complexity of the case.²⁶ In the motion, the defendant can indicate

¹⁸ In accordance with Article 101 from the LJC. This specialization means that the advocate has attended at least five days training in one year relevant to the justice of children, in the country or abroad. See G.Buzarovska – Lazetic, L.Nanev, O. Koshevaliska (2015): Criminal proceedings towards children at risk and children in conflict with the law, Skopje, p.124;

¹⁹ See V. Kambovski et all (2018): 255.

²⁰ M. G. Karnavas (2016): Lawyer's ethics, OSCE Mission to Skopje, p.4, hereafter M.G Karnavas (2016);

²¹ See E. Ivanova and O. Kosevaliska, Olga (2015) The strengthening of accusatoric elements trough the new concept of main hearing of the criminal proceedure in republic of macedonia Yearbook of the Faculty of Law, 3 (3).

²² G. Kalajdziev (2009): Introducing Accusatory procedure and Cross-examination, Macedonian Review of Criminal Law and Criminology, Vol.16, No.2, Association of Criminal Law and Criminology of Macedonia, p. 289.

²³ M.G Karnavas (2016), p.6.;

²⁴ See Article 74 of the CPC and G. Buzarovska et all (2015), book I: p.97 and M. Skulic (2008): Criminal procedure Law, Beograd, p.137;

²⁵ See article 90 of LJC;

²⁶ See Quaranta v. Switzerland, Series A, no. 205, 1991.

the preferred advocate from the list of advocates of the appropriate legal community.²⁷ The judge of the preliminary procedure i.e. the Presiding Judge of the Trial Chamber shall rule on the motion and the advocate shall be appointed by the President of the Court. The defense expenses shall be covered by the State Budget of the Republic of Macedonia. This is far most fragile question of the defense in current days. Mandatory defence and defence for indigent people are different instruments, but having in mind that mandatory defence accounts for most (and maybe only) cases in which indigent people are awarded "official" advocate, the public often confuses and uses them interchangeably.

3. Ethics of advocates profession

Many questions arise from this updated role particularly regarding the ethics of the advocates profession. How an advocate could fulfill his duties while he is acting in the best interest of the client especially when the client intends to submit false evidence to the court?

There are several core principles as guiding for advocates profession worldwide, helping them to stand above the legal ethics and to keep their dignity and the dignity of the advocates profession. These principles are independence, honesty, integrity, loyalty to the client's interests, confidentiality, fair treatment, diligence, and competence. Advocate's interpretation and understanding of them is shaped and nuanced by the legal system in which they operate. "Legal ethics," also known as "professional responsibility" is the *set of standards of minimally accepted conduct required of a lawyer*. These standards comprise of ethical principles and duties that members of the legal profession "owe to one another, their clients, and to the courts."²⁸ "Professional legal ethics is ... subjective and contextual, because the legal profession and the practice of law are necessarily defined in large part by the specific culture of which they are a product."²⁹ What is ethical for a lawyer in one jurisdiction may be considered unethical or even illegal in another.

Acts of misconduct and violation of ethical principles and duties may invoke disciplinary actions. According to the Preamble of the MBA Code, "disrespecting the rules and principles of the Code ... represents a violation of discipline." Independence and impartiality are the key features of any disciplinary system. Articles of the Discipline Rulebook, adopted by the MBA according to the Attorney's Law and the MBA Statute, correlate with the basic ethical principles. Thus, Article 12 ensures disciplinary sanctions for violation of the principle of independence and conflict of interest's rules, the principle of loyalty to the client's interests, and respect of professional secret and confidentiality. Article 13 covers the rest of ethical principles, such as fairness of lawyer's fees, diligence, honesty, integrity and fairness.³⁰

3.1. Fundamental principles and values of the advocates profession

The independence of the legal profession is explicitly provided in various national legal instruments. Article 53 of the national Constitution³¹ holds: "*Attorneyship is an autonomous and independent public service, providing legal assistance and carrying out public mandates in accordance with the law.*" The principle of independence is a part of the Attorney's Law,³² and MBA Code,³³ that provide the legal and regulatory framework to ensure the autonomy and independence of the advocates profession.

The Attorney's Law explicitly sets out a lawyer's independence. Article 7 of the Attorneys Law states: "An individual advocate conducts the legal profession independently." The MBA Code

²⁷ This is different than the practice of the ECHR where the defendant cannot choose the advocate ex officio. See *Croissant v Germany*, 25 September 1992, also see *Commentary of the CPC (2019)*: 208;

²⁸ M.G Karnavas (2016), p.4.;

²⁹ Philip M. Genty (2011) *The Challenges of Developing Cross-Cultural Legal Ethics Education, Professional Development, and Guidance for the Legal Professions*, 1 J. PROF. L. 37, 41, see in M.G Karnavas (2016), p.7.;

³⁰ M.G Karnavas (2016), p.100.;

³¹ Constitution, Official gazette 52/91, 01/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 03/09, 49/11 (hereinafter: "Constitution").

³² Article 2 p.1 and Article 5 Attorney's Law;

³³ Independence of a lawyer is ensured through various Rules of the MBA Code: Rules 1, 2, 5, 7, 13, 14, 17, 22.

provides that a lawyer “must prevent any incorrect attitude from the representatives of towards him and the client.”³⁴ According to the CCBE, the IBA³⁵, and the MBA, an advocate is independent when he or she is able to put the client’s interests first and to act without any interference in the lawyer-client relationship, including outside pressure and the lawyer’s own interests.

As such, according to M. Karnavas (2016) there are three dimensions to the lawyer’s independence:

- Independence from external influences;
- Independence from the client and professional detachment; and
- Independence from the lawyer’s self-interest.

Regarding the independence from external influences, under the Attorney’s Law,³⁶ in order to resist interference from others, advocates must be guided “*exclusively ... by the interests of the parties they are protecting, to their best ability and with legal means.*” For example, state authorities should not interfere in the advocates-client’s relationship by withholding necessary information or documents, unless it is a state secret. For the purpose of the defense, in accordance with the CPC, the advocate may ask for information and reports from state entities, local self-government bodies, legal and natural persons with public authority and other legal entities, asking for documents, files and reports to be delivered to him or her.³⁷

The CPC³⁸ and MBA Code³⁹ state that a advocate is obliged to show respect towards the court and institutions he or she appears before. and “*must prevent any incorrect attitude from the representatives of those bodies towards him or herself and the client.*” Furthermore, as a “protector of the implementation of the laws and the client’s rights and interests,” the advocate “is obliged to show honored resistance towards any breach of the principles of democracy and dignity of the persons.”⁴⁰

The second independence according to M.Karnavas (2016) is the independence from the client and professional detachment. However, this independence is not absolute and depends on various factors. The advocate’s independence means that the advocate does not identify him or herself with the client, but keeps “*the respectful level of the function – represent or defend the client.*”⁴¹ The advocate maintains independence and professional detachment by “*honestly presenting to the client his/her overview on the possible outcome of the proceedings,*” regardless of whether such an overview is to the client’s liking.⁴² Independence from the client does not mean that the advocate can refuse to provide legal assistance without justifying reasons. An advocate is obliged to take on a case unless there are justifying reasons to decline the representation.⁴³ There are provisions in the CPC regarding

³⁴ Rule 13 of the MBA Code.

³⁵ International Bar Association, hereafter IBA. The IBA is a voluntary association of international legal practitioners, bar associations, and legal societies.¹⁸ The IBA Principles aim at “establishing a generally accepted framework to serve as a basis on which codes of conduct may be established by the appropriate authorities for lawyers in any part of the world.” About the IBA, available at <http://www.ibanet.org/>

³⁶ Article 2 p.3 of the Attorney’s Law.

³⁷ See Article 311 p.1 from the CPC. These documents should be given to the advocate within 30 days, except in cases of custody when the documents should be delivered in 7 days. This is also provided in Article 3-a (1) of the Attorney’s Law.

³⁸ See Articles 360 and 360 from the CPC.

³⁹ Rule 13 of the MBA Code.

⁴⁰ M.G Karnavas (2016), p.30-35.;

⁴¹ Rule 5 of the MBA Code.

⁴² Rule 7 of the MBA Code.

⁴³ Rule 1 of the MBA Code provides for examples of justifying reasons. Rule 2 of the MBA Code provides that if the lawyer decides to withdraw from the case, he or she must do so in a careful manner, ensuring that the withdrawal will not be harmful for the client’s defense. Under Rule 2, the lawyer has the right to withdraw from a case only if he or she becomes aware of reasons requiring withdrawal after accepting the case. According to Rule 22, if the client asks the advocate to represent him or her against the material truth, the advocate may, but is not obliged, to refuse to represent the client further. Even then, the lawyer “*shall not undertake any measure that could cause harm to the client.*” The MBA Code does not specify which measures would qualify as harmful. An example of a harmful measure would be to inform the judge of the client’s intent to lie and withdraw from the case. In such

the revocation and cancellation of the letter of advocate that are binding regarding the presence of advocate at all time in the criminal proceeding.⁴⁴ The cancelation of the letter of advocate is frequently used in criminal proceedings for delaying the main hearing and manipulating the procedure. According to the CPC "if the court establishes that there are no proper grounds for the cancellation of the power of advocate and it has been done in order to delay the procedure, it shall inform the MBA and the MBA shall be obliged to inform the court about the activities undertaken in that regard, within a period of three months at the latest,⁴⁵ but in real life practice, this is mostly left unpunished.⁴⁶ Anyhow, when an advocate decides to withdraw from representation the advocate "shall not undertake any measure that could cause harm to the client."⁴⁷

Last, there is advocates independence from a conflict of interest between the advocate and client. By the very nature of the practice of law advocates frequently find themselves in situations where the client's interests' conflict with the advocate's responsibilities to another client, to a former client, to third parties, or even against the advocate's own personal interests. All international and national codes incorporate the duty to avoid conflicts of interest and provide that if the representation involves a conflict of interest, the advocate refuse representation. The Attorney's Law and the MBA Code contain provisions offering guidance on how to avoid conflicts of interest. Generally, a conflict of interest exists when an advocate's *ability to represent the client is materially limited by his or her own interests or the interests of third parties.*⁴⁸

In order to avoid the conflict of interest the CPC has a strict provision that defines who cannot represent a defendant in a case. By this means, the victim, the injured party, the marital i.e. illegitimate spouse of the victim, injured party or the plaintiff, and their direct blood relatives of first degree, may not assume the role of an advocate.⁴⁹ Also, a person summoned as a witness in the procedure may also not be a counsel, unless, according to the CPC, the person has been relieved from his or her duty to testify and has stated that he or she is not going to testify or if the advocate is being heard as a witness. Neither a person who is a co-defendant in the same case may not be an advocate, nor a

a scenario, the lawyer would not only harm the client, but also violate the duty of professional secrecy under Rule 20. Even though these rules are crucial for the dignity of the profession we can't say that they are respected in real practice. Breach of this rules means only a disciplinary responsibility before MBA and MBA's court of honor.

⁴⁴ Does this mean that the court or the MBA will seek for further details from the advocate about the cancelation of the letter of advocate. What if the cancelation of the letter of advocate was because of the way of representation or because the client asked for submitting a false evidence and the advocate did not agree with him. If the advocate list this reason for a reason of cancelation, wouldn't that be a breach of client – advocate confidentiality? See Article 76 and 77 of the CPC. See cancelation of the letter of advocate for the Special Public Prosecutor, available at <https://sdk.mk/index.php/makedonija/advokatot-stevan-pavleski-otkazha-polnomoshno-na-katiitsa-janeva/>

⁴⁵ See Article 76 p.8 and 9 of the CPC.

⁴⁶ There is a case where an advocate was fined by the court but the fine is for on ground of contempt of court even-though the judge in the verdict states that the advocate has clearly tried to delay the procedure. See

<https://ako.mk/%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%BE%D1%82%D1%98%D0%B0%D0%BE%D0%B1%D1%98%D0%B0%D0%B2%D0%B8%D1%86%D0%B5%D0%BB%D0%B0%D1%82%D0%B0%D0%BF%D1%80%D0%B5%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%B0-%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%82%D0%B8%D0%B2/> [last access on 23.01.2020]

⁴⁷ See rule 22 of the MBA Code

⁴⁸ Article 17 of the Attorney's Law states that the lawyer cannot provide legal assistance on a particular matter when the lawyer or the lawyer's colleague from the same law firm has provided legal assistance to the opposite party in a dispute in the same matter, or when the lawyer has worked on that case in another professional capacity (for example, as a judge, prosecutor or as a public administration official). According to Article 17(4), when a lawyer prepares a bipartite contract or other legal matter, in case of a dispute, the lawyer must not represent either of the parties. Similarly, Rule 4, 5, 6 and 7 of the MBA Code refers to conflict of interest;

⁴⁹ See article 73 of the CPC and the OSCE Commentary of the Criminal procedure Code (2019), p.200;

person who has acted as a judge, public prosecutor or a police official.⁵⁰ If this person acts as an advocate in the criminal case, then this represents an essential violation of the criminal procedure and is ground for an appeal.⁵¹

For avoiding conflict of interest there are provisions for mutual advocate for several defendants in the CPC, the Attorneys Law,⁵² as well as in the MBA Code.⁵³ In criminal cases with several codefendants, so-called “cut-throat” defenses are generally prohibited. The most common problem in a joint defense is the material defense of the co-defendants. Bearing in mind the confidentiality of the communication between advocate and defendant, as well as the advocate’s obligation for confidentiality, the most appropriate solution in the event of a material defense conflict would be to cancel the letter of advocate.⁵⁴ The advocate “must not direct and set his/her defense towards incriminating others co-defendants, unless if it is in the interest of his/her client.”⁵⁵

3.2. Principles of honesty, integrity and fairness

An advocate has a duty to respect the fair administration of justice. We must admit that there is tension between the duty to be honest to the court and the duty to maintain loyalty to the client. The MBA Code reflects the principles of honesty, integrity and fairness through various advocate’s duties. MBA Code provides for the lawyer’s duty to “*honestly present to the client his/her overview on the possible outcome of the proceeding [and] ... to inform the client about the current status of the case.*”⁵⁶ The advocate must not “*misuse the factual and legal circumstances in his/her presentation*”, also the advocate must neither falsify evidence nor advice a witness to testify falsely.⁵⁷ The advocate is entitled to withdraw if the client insists on the representation against the material truth.⁵⁸ If the advocate is “*friendly or family relations between the advocate and the judge, person employed with the institution, elected or appointed official, member of a political party*” then the advocate should withheld from trying to use these relations to the client’s advantage, or to the disadvantage of the opposing party, or any third party.⁵⁹ But in a country of population less than 2 million of citizens, who doesn’t know anybody? Especially when it comes to courts in cities with population less then 30k.?

3.3. Loyalty to the Client’s Interests

Loyalty and ability to act in the best interests of the client are essential elements of the advocate-client relationship. Loyalty generates the trust that enables effective representation. All other aspects of the advocate-client relationship, such as avoiding the conflict of interests, maintaining confidentiality and independence derive from and reinforce the advocate’s primary duty of loyalty. When the principle loyalty is breached, it affects every decision in the representation and every aspect

⁵⁰ See article 73 of the CPC for more details.

⁵¹ See Article 415 of the CPC;

⁵² See article 72 of the CPC. According to Article 17(4) of the Attorney’s Law, when an advocate represents two parties in legal matters, contracts or other matters, the advocate “*is required to protect consciously the interests of both parties, regardless of which party has requested and/or is paying for the assistance.*”

⁵³ It is implied in the provisions of the MBA Code that an advocate should avoid any conflicting self-interest that may interfere with his or her independent professional judgment. Under Rule 26, in order to guarantee the advocate’s freedom and independence, advocate is obliged “*to restrain from the own personal, especially material interests, which might throw doubts on his/her moral.*” Similarly, under Rule 4 of the MBA Code, “*the advocate is obliged to protect interests of both parties consciously ... and if a dispute arises between the parties based on the agreement compiled by the advocate the advocate shall not represent neither of the parties.*” This means that when someone other than the client pays the advocate’s fee, this must not affect the advocate’s duties towards his or her client. See M.G Karnavas (2016), p.35.

⁵⁴ See Commentary of the Code for Criminal procedure (2019): p. 199;

⁵⁵ See G.Buzarovska – Lazetic et.all (2015) book I: p.98; Also see Article 72 ph1 and 2 of the CPC and Rule 18 from the MBA Code.

⁵⁶ M.G Karnavas (2016), p.38.;

⁵⁷ See Rules 15 and 22 respectively from the MBA Code.

⁵⁸ The advocate can, but is not obliged, to refuse to further represent the client.

⁵⁹ See Rule 14 of the MBA Code.

of the advocate-client relationship. Once an advocate takes on the case, the principle of loyalty prohibits withdrawing from the case when things go unpleasant and there is little chance of winning the case. Loyalty requires advocate to fulfill their duties with commitment and dedication, to be relied upon, and to stand still, even if it means that the advocate must brace him or herself to the challenge of representing the worst among us.⁶⁰

3.4. Principle of confidentiality

The principle of confidentiality of advocate-client communications encourages the frank and full communication between advocate and their clients. It ensures the trust that characterizes the advocate client relationship and assists the advocate in providing effective legal assistance by being provided with all relevant information. The client must feel secure that his or her highly sensitive information will not fall into the wrong hands.⁶¹ According to Macedonian relevant legislation, professional secret covers all information the client gives to the advocate regarding the requested legal advice, representation or defense and all the confidential data the advocate learns in another way.⁶² Breach of professional secret by the advocate may subject him to the criminal or disciplinary responsibility.⁶³ According to the CPC the advocate has the right to consult with his client alone.⁶⁴ If the accused is detained, the advocate has the right of free and unsupervised correspondence and communication with him or her. In exceptional cases, the judge of the preliminary procedure may subdue this right to *visual* supervision only, if detention has been imposed because there are risks,⁶⁵ and there is some probability that the accused might abuse the contacts with his or her counsel. This does not represent a violation of the rights of the defendant even though the visual supervision may mean insight in to the content of the handwriting communication.⁶⁶

Attorney's Law prohibits the use of confidential information by the courts.⁶⁷ This includes "communication between attorneys and the communication between an attorney and a client, regardless of the manner in which it is realized." This information "*may not be subject to scrutiny, copying, examination and impounding and may not be used as evidence in the procedures before the courts or other state authorities.*" Advocates "books and cases, files, electronic data and other means of communication are inviolable and may not be subject to scrutiny, copying, examination and impounding, save in cases as envisaged under a law."⁶⁸

3.5. The principle of commitment / diligence

The lawyer's duty of diligence is universally recognized. In criminal matters, due diligence is incorporated into the fair trial rights guaranteed to suspects and accused. The duty of diligence is not always explicitly stated, but is implied in various rules requiring promptness, competence, enthusiasm,

⁶⁰ Rules 4, 6, 11, 22 and 23 of the MBA Code are relevant to the loyalty principle. M.G Karnavas (2016), p.45-47;

⁶¹ M.G Karnavas (2016), p.49.;

⁶² The duty to keep professional secrets extends to the advocate's trainees as well. See Rule 31 of the MBA Code;

⁶³ See Rule 20 of the MBA Code. However, there are exceptions allowing the disclosure of confidential information. A professional secret can be discovered only when the client consciously consents, and if it is in favor or essential of the defense, as well as if the advocate's request for disclosure is approved by the MBA, see Rule 21 of the MBA Code. Also see M.G Karnavas (2016), p.57.;

⁶⁴ See Article 69 p.2, article 80, and 206 p.1 item 3 of the CPC;

⁶⁵ Risks as in Article 165, paragraph 1, item 2 of the CPC: if there is a reasonable fear that the person will hide, manipulate or destroy any traces of the criminal offense, or if there are special circumstances that would indicate that he or she shall impede the criminal procedure by influencing witnesses, expert witnesses, accomplices or other persons who have been covering up the crime.

⁶⁶ See Commentary of the Code for Criminal procedure (2019): p. 199 and S v Switzerland: ECHR 28 Nov 1991;

⁶⁷ See Article 3(a) (2) and (3) of the Attorneys Law;

⁶⁸ The Attorney's Law does not explicitly provide for a crime-fraud exception. However, Article 21 of the Attorney's Law states that the offices of the lawyer or a law firm can be searched on the matter expressly written in the search warrant, issued by the competent judge in a criminal proceeding, while authorized official persons shall have no access to other written materials, acts, files and archives.

commitment, dedication, and workload management. A lawyer's ability to satisfy the duty of diligence is supreme to ensuring that the client receives a fair trial and effective legal assistance.⁶⁹ Ethically, advocates are expected to robustly advocate for the client's cause with elegant and cogent arguments, while maintaining a sense of dignity and civilities towards the court and opposing parties. Articles 11 and 17 of the Attorney's Law require from advocate's "conscientious" performance. Rule 5 of the MBA Code develops this requirement, providing that the advocate must "consciously represent and defend the client, using the entire available means, permitted by Law." Under Rule 11, advocates must act in the interests of their clients "energetically and without fear." Under Rule 9, the advocate must not accept representation if he or she is overloaded with work to that level that not every case can be led thoroughly and consciously.⁷⁰

3.6. Advocates fees

The fees in representing a client is a crucial element in the availability of legal services. Virtually all jurisdictions adopt laws and regulations to reflect the principle of fair advocate's fees.⁷¹ The client's inability to pay the total amount of fees must not influence the quality of the legal assistance: in case of a poor client who is not able to pay the total amount of the fee, this should not be of influence in reducing the legal assistance or in performing of the public function, taking into consideration the tradition and the honor of the advocacy's profession.⁷² Also advocates should "inform the client about the amount of the expenses and reward for the representation, and also for costs in executing the public function at the time of taking over the case."

Real ability to contact with an advocate in the pretrial phase is questionable,⁷³ and all because the ability to pay the advocates fees by the client. This is when things get complex. According to CPC: *Any person deprived of liberty may speak to an advocate in private at any time, day or night. If the arrested person does not have an advocate of his or her own or cannot establish contact, he or she may ask to see the list of available advocates on call. The advocate may come and visit the arrested person at the police station at any time. During the period between 20.00 hours at night and 08.00 hours in the morning, the person shall have the right to get an advocate from the list of advocates on call, composed by the MBA.*⁷⁴ *Any expenses for the advocate on call as a defense counsel during the hold up at night shall be covered by the State Budget of the Republic of Macedonia.* Hence, in reality, it has been noted that advocates do not perceive such enlistment as serious obligation, rather an expression of principled interest.⁷⁵ There must be a list of on-duty advocates obliged to respond when being called. At the same time, the MBA should sanction enlisted advocates failure to respond, especially in cases of on-duty advocates. Legal provisions on "poverty law" are applied in the remaining cases, but they are designed exclusively for court proceedings. The fact that CPC and other laws and bylaws do not stipulate detailed procedure on implementation of the right to

⁶⁹ See ARTICO v. ITALY, (Application no. [6694/74](#));

⁷⁰ M.G Karnavas (2016), p.75.;

⁷¹ According to Article 1 of the MBA Tariff for Reward and Compensation of Expenses for the Work of the Attorneys ("MBA Tariff"), the advocate and the client are free to agree the reward and the expenses and the method as well as the means of payment, but not lower than those envisaged in the Tariff." See MBA Tariff in N. Macedonia <https://www.mba.org.mk/index.php/mk/akti/advokatska-tarifa> [last access on 24.01.2020]

⁷² Rule 1 of the MBA Code;

⁷³ See the report of the European Committee against torture, CPT (www.cpt.coe.int) available at CPT Report Macedonia, <http://www.cpt.coe.int/documents/mkd/2012-04-inf-eng.pdf>) and the Report of the Ombudsman available at <http://ombudsman.mk/upload/NPM-dokumenti/2014/NPM%20Godisen%20izvestaj-2013.pdf>)

⁷⁴ See Article 161 p.1 and 206 p. Item 3 of the CPC. Are the "on-duty" advocates truly on-duty, in literal meaning of the word, and easily accessible. Therefore, one must differentiate between attorneys who have expressed preparedness and interest to be engaged by people in urgent need of defence attorney and on-duty attorneys who are prepared to instantly appear in given situations, including during night hours or weekends and holidays. G. Kalajdziev (2016): Effective defence in criminal proceedings in the Republic of Macedonia, Open Society Institute, Skopje, p.36, hereafter G. Kalajdziev (2016);

⁷⁵ See G.Kalajdziev (2016): p.42-43.

defence advocates at the police and that the police and the public prosecution have not allocated budget funds for this purpose, clearly shows that this right is not going to be easily practiced and exercised.

Very close to the fees of the advocate are the cost for the procedure. According to the CPC, court proceeding costs and "necessary expenses" of court-appointed advocates should be paid in advance from the budget funds of state authorities leading the criminal proceedings, and later they can be reimbursed by persons who, in compliance with the CPC, are obliged to re-imburse them. In practice, costs are often reimbursed from the court budget, with a delay of one year or more. This undoubtedly affects the quality of defence services,⁷⁶ and therefore we will elaborate it further in the last chapter..

3.7. Continuing Legal Education

Continuing with advocates legal education means being competent at all time. Law change daily so the advocate must remain current on the law and continue to improve his or her advocacy skills. According to the Attorney's Law advocates have "an obligation for constant professional development for the time of his/ her professional mandate by means of training seminars, workshops etc."⁷⁷ Advocates should develop intellectual capabilities, professional and public activities in the frame of the advocacy profession. By having this in mind, from the first application of the special juvenile justice law⁷⁸ in 2006, there were few trainings organized by the MBA for getting competence to represent juvenile defendant in criminal cases.⁷⁹ After this and after almost 12 years there was no organized training by the MBA relevant to juvenile justice, in order for the new advocates gain knowledge so they can represent cases.⁸⁰

4. Challenges in the advocate profession in criminal proceedings in N. Macedonia

The right to a fair trial is implemented in our criminal procedure and is one of the core values of our criminal justice system. This right is absolute and can't be limited on any legal base. Its essence is fair and public hearing by an independent and impartial court with guaranteeing of all the minimum rights of the defendant. One of those minimum rights is the right of equality of arms between the parties, the prosecutor and the defense. As, essentially, equality of arms constitutes a balance of fairness reasonably adjusted to the roles and responsibilities of the participants in a criminal proceedings.⁸¹

Thus, two related but distinct equality considerations interact within the concept of equality of arms:

(1) Formal equality: ensuring equality between two equally situated parties; this corresponds to 'a level playing field' where the advantage of one party would lead to an unfair outcome; and

(2) Material equality: the idea that a state should ensure some level of equality between the stronger and a weaker party.⁸²

But we have to underline that the concept of equality of arms does mean guarantying a mathematical equality between the parties. It is an expression of the larger concept of equality and the equines depends of the individual case. Every interpretation of the CPC that deprives the defendant of his right to equality of arms, is a wrong interpretation and should be avoided. Courts must be careful when applying the law and to have in mind that ***justice must not only be done: it must also be seen to be done.***⁸³

⁷⁶ See G. Kalajdziev (2016): p.48.

⁷⁷ Article 15(3) of the Attorney's Law;

⁷⁸ At that time Law for juvenile justice, 2006, (out of force since the implementation of LJC, in 2013).

⁷⁹ The trainings were up to 2007 at most.

⁸⁰ In 2019 the MBA, the Ministry of Justice, UNICEF and Council for prevention of juvenile delinquency signed a Memo for cooperation for the Justice for Children training.

⁸¹ O. Kosevaliska (2015) [The 'Equality of arms' in Macedonian criminal procedure](#). SEEU Review, 11 (1). pp. 123-131.

⁸² Federova, 2012, p.12

⁸³ Delcourt v. Belgium, Judgment, 17 January 1970.

In our CPC, it is provided that the defense has the same rights and duties as the prosecutor except those rights that belong to the prosecutor as a state authority. But there are inconsistencies in the application of the provisions of the CPC that lead to breach of the right to a fair trial as well as to the equality of arms. The violations of the principle of fair criminal proceedings are numerous and almost unpredictable, starting from the seemingly technical problems, such as the inability to establish a direct contact with the prosecutor even in pretrial detention cases, and thus establish the right to a defense by pointing out facts, suggesting evidence and providing explanations, to real impossibilities to conduct a defense investigation, to secure evidence, insufficient time to prepare the defense due to legally restricted deadlines and numerous other situations alike.⁸⁴

One of those means for protection of the right to fair criminal proceedings is the complaint against any illegal actions or measures as provided for in Article 290 of the CPC regarding the judicial control over legality. When it comes to the practical implementation of this Article different courts bring opposite decisions. Namely, some of the preliminary procedure judges are of the opinion that judicial control of the legality only refers to the pre-investigation procedure, and not to the actual investigation or any consequent stages of the proceedings, and therefore reject the advocates complaints as inadmissible. Other preliminary procedure judges are of the opinion that the judicial control of the legality also refers to the investigation stage and therefore they allow these types of complaints and review the potential existence or absence of legality in relation to the disputed actions or measures. This question is an extremely important in favor of the fair criminal proceedings concept.⁸⁵

The aspect of a fair trial as defined in the general provisions has one serious flaw – the CPC does not contain an explicit sanctioning provision in the event of a violation of the concept of a fair procedure and trial in the general sense, as protected by Article 6 of the European Convention on Human Rights. Therefore, advocates are using all their skills, trying to address these violations in various objections and complaints and to incorporate them as elements of various grounds for complaints, most often by invoking the ECHR. This is the proper, but, as shown by the case law, unfortunately a very inefficient way of protecting clients rights before the domestic courts, which do not sufficiently refer to the case law of the ECtHR, with some of them ignoring it all together. The least one can do is to provide for a separate grounds for an appeal, claiming violation of the right to a fair trial, with an explicit explanation that this violation relates not only to the actual trial, but also to the entire criminal procedure and all of its stages – starting from the pre-investigation stage, until the very end of the proceedings, which coincides with the opinion of the ECHR. At the same time, such a defined violation should also be considered as grounds for an extraordinary review of final and enforceable judgments and it should not only relate to the appeal proceedings, but to the entire course of the proceedings, without the restrictive provision from the current law.⁸⁶

Other challenge in practice that we want to indicate is regarding the expert witnesses. In practice there are cases in which some evidence is not considered by the court just because they are not proposed by the prosecutor and they are crucial for the verdict. Inability to use the expertise as evidence by the defense is a result of the absence of a formal requirement for an expert's report. Contrary to this interpretation, noting that there is no provision in the CPC that is limiting the defense to obtain evidence to challenge the professional and technical issues relating to relevant facts, and also the rights of the accused that regulates that the defendant must have sufficient time and

⁸⁴ See N. Dodevski MBA (2018): Problems in the implementation of the criminal procedure code from the defenses' point of view -practical and legislative, Skopje, p.36

⁸⁵ The purpose of the judicial control during these stages originates from the fact that pursuant to the current criminal procedure system, the criminal proceedings are led by the prosecutors, i.e. by the police upon authority provided by the public prosecutors. Any lack of judicial control of the legality would render the defense inefficient, because it would be impossible to establish any illegalities, and therefore impossible to eliminate them after being identified. Having in mind the absence of a uniform judicial practice in relation to the different application of Article 290 of the CPC, and aimed at improving the efficiency of the right to a defense, the legislator needs to precisely define the scope of this type of judicial control, thus making it stronger and more useful tool for the defense, considering that it relates to violation of rights due to illegal actions and measures taken during the pre-investigative, but also during the investigation procedure, as well as to provide for a higher instance appeal to the higher courts, instead to the same court that passed the initial decision as currently regulated.

⁸⁶ See N. Dodevski MBA (2018):, p.50.

opportunities to prepare his defense, and especially to have access to files and be familiar with the evidence against him and on his behalf. This means that he can also challenge the expertise of the public prosecutor and to reduce its probative value. Some courts reject expert's reports proposed by the defense as illegal evidence on the grounds that the report wasn't made on the basis of an order from a competent authority.⁸⁷ Our opinion is that the Court cannot allow violation of the ECHR regarding the principle of equality of arms with restrictive interpretation of the provisions of the CPC.⁸⁸

Very important challenge is the real possibility to have an effective and efficient defense advocate during the course of the criminal proceeding. Our opinion is that this is only possible for the ones that can afford to pay high-class advocates and can afford to pay in advance costs as private detectives, technical experts and so on, to complete the evidence procedure in favor of the defense. Justice is expensive. The question is whether each defendant can afford such an expensive defense, which necessarily implies other costs other than the hiring of an advocate? Or the right to 'all-inclusive' defense is reserved only for those who financially can afford it. What about those who can't afford an advocate and the state has provided them an ex officio advocate? As we can see from the research of prof. G. Kalajdziev (2014) court-appointed advocates should be reimbursed in compliance with the Tariff Code for Attorneys. However, due to lack of funds, courts reimburse them in different amounts, depending on complexity, number of defendants, etc. According to surveyed judges and attorneys, average reimbursements for court-appointed attorneys in criminal cases range from 2,000.00 to 5,000.00 MKD per court hearing held, i.e., per day.⁸⁹ Advocates are paid lump sums, depending on the judge or the case, criminal offence gravity, complexity, etc. It should be noted that there are no written rules on advocates fees, so judges rely on past practices of their colleagues, which may vary from judge to judge, from court to court. In that, due care is not made of hours spent on preparation and work on the advocate, and most often advocates are paid only for attending court hearings. In addition, advocates are paid their indicated fee only for court hearings held, and are not reimbursed for cancelled court hearings, which is quite often. Also, there is an issue whether the advocate is appointed in cases that involve several defendants in which he should be paid higher fees, but instead there are reimbursed as if they provide services for one defendant. According to CPC, this amount should be paid immediately, as advance, but in reality, advocates are paid after completion of criminal

⁸⁷ See O. Kosevaliska, G. Buzarovska - Lazetik, L.Nanev (2015): Experties and equality of arms, *Maclac*, 22 (1). pp. 33-48. hereafter O. Kosevaliska et all (2015).

⁸⁸ See *Stoimenov v. "the former Yugoslav Republic of Macedonia"* no. 17995/02. The application concerned Mr Stoimenov's conviction on drug related offences in March 2000 for which he was sentenced to four years' imprisonment. Relying, in particular, on Article 6 ph. 1, the applicant complained that the principle of equality of arms had been breached as the national courts had convicted him on the basis of expert reports produced by the same ministry which had brought criminal charges against him. Both expert opinions were given by the same expert at the Bureau, were almost identically worded and provided succinct information about the technique used to determine the composition of the poppy-tar and the conclusion that it was opium. The applicant's representative lodged a request for an alternative expert opinion to be obtained from a scientific institution concerning the quality of the poppy-tar for the following reasons: the Bureau operated within the Ministry, which had lodged the criminal complaint against him. The poppy-tar was old and had been buried for many years and an authorised organisation had refused to buy it as it was of poor quality. The ECHR held unanimously that there had been a violation of Article 6 ph. 1 concerning the principle of equality of arms and declared the remainder of the application inadmissible. The ECHR notes that the expert opinion provided by the Bureau was the only report that existed on the quality of the poppy-tar. In particular, the applicant had no possibility himself to submit a private expert opinion, since the cakes of poppy-tar had been confiscated by the authorities and he had no possibility of access to them. The Court further observes that it was not a court which appointed the Bureau to carry out the analysis of the poppy-tar in accordance with section 234 of the CPC. It was the Ministry which had firstly drawn the expert report on its own motion to substantiate the criminal complaint it had lodged with the public prosecutor. The Bureau cannot, therefore, be considered as a court-appointed expert. Having regard to the particular circumstances of the case, appearances suggest that the opinion submitted by the Bureau was more akin to evidence against the applicant used by the prosecuting authorities rather than a "neutral" and "independent" expert opinion.

⁸⁹ See G. Kalajdziev (2014): p.56.

proceedings, usually with a delay of one year or more. This indisputably reflects in quality of defense services. Small elite of renowned attorneys in N. Macedonia finds it undignified to work as court-appointed defense advocates for modest fees. According to Kalajdziev research, judges often appoint advocates they know in person, extending them personal favor and hoping that they have secured themselves allies who would not obstruct criminal proceedings and would not lodge appeals. We are of the opinion that this serious issue could be only overcome with introducing a system of public defense advocates.

5. Conclusion

As we elaborated in this article, the core principles of the advocate profession are: independence of the lawyer, and the freedom of the lawyer to pursue the client's case; the right and duty of the lawyer to keep clients' matters confidential and to respect professional secrecy; avoidance of conflicts of interest, whether between different clients or between the client and the lawyer; the dignity and honour of the legal profession, and the integrity and good repute of the individual lawyer; loyalty to the client; fair treatment of clients in relation to fees; the lawyer's professional competence; respect towards professional colleagues; respect for the rule of law and the fair administration of justice; and the self-regulation of the legal profession.⁹⁰

The violations of the principle of fair criminal proceedings are numerous, starting from the inappropriate and restrictive use of the provisions regarding the judicial control over legality and the provisions referring to expert testimony, the inability to establish a direct contact with the prosecutor even in pretrial detention cases, real impossibilities to conduct a defense investigation, to secure evidence, insufficient time to prepare the defense due to legally restricted deadlines and above all access to efficient and effective defense in cases of court appointed advocates. Our criminal law system relies on private defence advocates. Systems of court-appointed defence advocates, paid by the state, usually generate poorly paid advocates, weak defence and substandard justice. Establishing systems of public defence advocates or pro-bono hours for the advocates by the example of some US states⁹¹ could possibly lead to solution. We are suspicious for the pro-bono model because of the advocates' engagement in this type of work that could be far from their declared commitment. Costs implied by efficient legal aid system are major problem for young democracies with weak economies, but that does not relieve them of their responsibility.⁹²

Bibliography:

1. Charter of Core Principles of the European Legal Profession adopted at the plenary session in Brussels on 24 November 2006;
2. United Nations Basic Principles on the Role of Lawyers (1990);
3. G. Kalajdziev et al, Commentary of the Criminal Procedure Code (2019): Osce Mission to Skopje;
4. N. Matovski (1984): Advocate in criminal proceedings, Vranje;
5. G. Buzarovska- Lazetic et al (2015): Criminal Procedure Law, Skopje;
6. Criminal-Justice Systems in the OSCE Area Reform Challenges and ODIHR Activities, OSCE, (2006).

⁹⁰ 1990, the United Nations Basic Principles on the Role of Lawyers, See in Mission Osce to Skopje (2014): International Documents for the independence and efficiency of the judiciary, Skopje, p.355;

⁹¹ Attorneys in the US are morally obliged by the American Bar Association's Code of Conduct to spend at least 50 hours on pro bono work annually. In reality, this "obligation" from the Code of Conduct is considered more as recommendation, because failure to act accordingly is not liable to sanctions. See: D. L. Rhode and D. Luban (eds.), "Legal Ethics", Fourth Ed., Foundation Press, New York, 2004, pp. 882-883112. In the US, efforts to secure mandatory minimum hours dedicated on work with indigent people have encountered serious resistance, and in most US states, pro bono work of attorneys is not mandated by law. Some states, such as Florida and Maryland, require attorneys to submit reports on their pro bono activities. See: T. D'alemberte, "Tributaries of Justice: The Full Access", Florida Bar Journal, 1999, p. 1.

⁹² See: R. Smith, "Minimum Standards for the Procedural Rights of the Accused in Criminal Proceedings", Background note for conference at Friedrich Ebert Stiftung, Berlin, 14 November 2006 (available at www.fesforumberlin.de/Bundespolitik/pdf/6_11_14_smith.pdf).

7. Macedonian Bar Association official site <https://www.mba.org.mk/index.php/mk/>
8. CCBE official site <http://www.ccbe.eu/index.php?id=22&L=0>
9. Criminal Procedure Code, Official Gazette No.150/2010;
10. Government Act No. 42-386/4 from 27.01.2016;
11. Decision of the Constitutional Court U No.2/2016-0-1 from 28.09.2016, Official Gazette No.193/2016. The Decision is available on <http://ustavensud.mk/?p=11565> [last access on 23.01.2020]
12. Law for Justice for Children Official gazette No.148/2013
13. V.Kambovski et all (2018) Commentary of the Law for Justice for Children, UNICEF, Skopje;
14. G.Buzarovska – Lazetic, L.Nanev, O. Kosevaliska (2015): Criminal proceedings towards children at risk and children in conflict with the law, Skopje;
15. M. G. Karnavas (2016): Lawyer's ethics, OSCE Mission to Skopje,
16. E. Ivanova and O. Kosevaliska, Olga (2015) The strengthening of accusatoric elements trough the new concept of main hearing of the criminal proceedure in republic of macedonia Yearbook of the Faculty of Law, 3 (3).
17. G. Kalajdziev (2009): Introducing Accusatory procedure and Cross-examination, Macedonian Review of Criminal Law and Criminology, Vol.16, No.2, Association of Criminal Law and Criminology of Macedonia,
18. M. Skulic (2008): Criminal procedure Law, Beograd;
19. Quaranta v. Switzerland, Series A, no. 205, 1991.
20. Croissant v Germany, 25 September 1992,
21. Philip M. Genty (2011) The Challenges of Developing Cross-Cultural Legal Ethics Education, Professional Development, and Guidance for the Legal Professions, 1 J. PROF. L. 37, 41
22. Constitution, Official gazette 52/91, 01/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 03/09, 49/11;
23. Attorney's Law, Official gazette No. 59/02, 60/2006, 29/2007, 106/2008, 135/2011, 113/2012 and 148/2015. Constitutional Court decisions Official gazettes No. 134/2002, 10/2003, 34/2003, 8/2008, 20/2009 and 117/2009;
24. Code of Professional Ethics of The Attorneys, Attorney's Professional Associates and Attorney's Trainees of the Chamber of Attorneys, English translation by OSCE Mission to Skopje, 4 August 2015;
25. International bar Association <http://www.ibanet.org/>;
26. S v Switzerland: ECHR 28 Nov 1991; ARTICO v. ITALY, (Application no. [6694/74](#));
27. MBA Tariff for Reward and Compensation of Expenses for the Work of the Attorneys ("MBA Tariff"), <https://www.mba.org.mk/index.php/mk/akti/advokatska-tarifa> [last access on 24.01.2020]
28. Report of the European Committee against torture, CPT (www.cpt.coe.int) available at CPT Report Macedonia, <http://www.cpt.coe.int/documents/mkd/2012-04-inf-eng.pdf>
29. Report of the Ombudsman available at <http://ombudsman.mk/upload/NPM-dokumenti/2014/NPM%20Godisen%20izvestaj-2013.pdf>)
30. G. Kalajdziev (2016): Effective defence in criminal proceedings in the Republic of Macedonia, Open Society Institute, Skopje;
31. O. Kosevaliska (2015) [The 'Equality of arms' in Macedonian criminal procedure](#). SEEU Review, 11 (1). pp. 123-131.
32. Delcourt v. Belgium, Judgment, 17 January 1970;
33. N. Dodevski MBA (2018): Problems in the implementation of the criminal procedure code from the defenses' point of view -practical and legislative, Skopje;
34. O. Kosevaliska, G. Buzarovska - Lazetik, L.Nanev (2015): Experties and equality of arms, Maclac, 22 (1). pp. 33-48.
35. Stoimenov v. "the former Yugoslav Republic of Macedonia" no. 17995/02.
36. Mission Osce to Skopje (2014): International Documents for the independence and efficiency of the judiciary, Skopje, p.355;
37. D. L. Rhode and D. Luban (eds.), "Legal Ethics", Fourth Ed., Foundation Press, New York, 2004, pp. 882-883112
38. T. D'alemberte, "Tributaries of Justice: The Full Access", Florida Bar Journal, 1999, p. 1

39. R. Smith, "Minimum Standards for the Procedural Rights of the Accused in Criminal Proceedings", Background note for conference at Friedrich Ebert Stiftung, Berlin, 14 November 2006 (available at www.fesforumberlin.de/Bundespolitik/pdf/6_11_14_smith.pdf)

REŠPEKTOVANIE PRÁVA NA OBHAJOBU V TRESTNOM KONANÍ

Jozef Čentěš

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta a Generálna prokuratúra Slovenskej republiky

Abstrakt: Autor v príspevku venuje pozornosť právu na obhajobu v slovenskom trestnom konaní. Charakterizuje jeho obsah a význam, najmä ako základného práva obvineného a esenciálneho prvku práva na spravodlivé súdne konanie. Zvýrazňuje nutnosť jeho dodržiavania orgánmi aplikácie práva v trestnom konaní. V príspevku tiež charakterizuje jednotlivé práva obvineného na obhajobu. Svoje zistenia zovšeobecňuje v závere.

Abstract: The author pays attention to the right to defense in the Slovak criminal proceeding. He characterizes its content and importance, particularly as a fundamental right of the accused and an essential element of the right to a fair trial. He emphasizes the need to comply with the law enforcement authorities in criminal proceeding. The paper also characterizes the individual rights of the accused in defense. He generalizes his findings in conclusion.

Kľúčové slová: právo na obhajobu, obvinený, obhajca, súd, Európsky súd pre ľudské práva, Ústavný súd Slovenskej republiky, orgán činný v trestnom konaní.

Key words: right to defense, accused, defense counsel, court, European Court of Human Rights, Constitutional Court of the Slovak Republic, law enforcement body.

1. Úvod

Jedným základných práv garantovaných v slovenskom trestnom konaní je právo na obhajobu, ktoré je esenciálnym prvkom práva na spravodlivé súdne konanie. Obsahom tohto práva je i relevantné konanie orgánov aplikácie práva v trestnom konaní (orgány činné v trestnom konaní a súdy). Ak je toto konanie v rozpore s procesnými predpismi, porušuje ústavnoprávne princípy.²

Právo na obhajobu je garantované tak na medzinárodnej úrovni najmä čl. 6 ods. 3 písm. b) a písm. c) Dohovoru základných práv a slobôd (ďalej len „Dohovor“), ako na vnútroštátnej úrovni najmä čl. 37 ods. 2 a 40 ods. 3 Listiny základných práv a slobôd, čl. 50 ods. 3 Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len Ústava“) a ustanovenia § 2 ods. 7 a § 34 a nasl. Trestného poriadku.

2. Právo na obhajobu

Právo na obhajobu sa zaručuje ako základné právo osoby, proti ktorej sa vedie trestné konanie (ďalej len spravidla „obvinený“) podliehajúce všetkým pravidlám, ktoré sa uznávajú pri ochrane základných práv a slobôd, a možno ho vnímať aj ako prostriedok nastoľujúci spravodlivú rovnováhu medzi verejnými záujmami, ktoré sú predmetom ústavnej ochrany. V súvislosti s rozšírením subjektov spôsobilých byť obvinenými okrem fyzických osôb aj o právnické osoby sa prehĺbil význam práva na obhajobu obvinených v trestnom konaní.³

¹⁾ Článok vznikol s podporou financovania z grantu Agentúry na podporu výskumu a vývoja č. APVV 16-0471. This article was supported by the scientific project APVV 16-0471 of the Slovak Research and Development Agency.

²⁾ Primerane pozri II ÚS 85/06, uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 5 Odo 122/2010 z 21. júla 2010.

³⁾ LACIAK, O., MEZEI, M.: Právo na obhajobu právnickej osoby. In: Bulletin slovenskej advokácie, 2017, č. 11, s. 30-35.

Trestný poriadok ustanovuje jednotlivé čiastkové práva obvineného, charakteristické pre príslušné štádium trestného konania. Právo na obhajobu sa priznáva obvinenému až do právoplatnosti skončenia trestného konania. V prípade uplatnenia tohto práva sa obvinenému garantuje, že bude mať čas brániť sa obvineniu zo spáchania trestného činu,⁴ pripraviť si obhajobu a túto predniesť právne významným spôsobom osobne, alebo prostredníctvom svojho obhajcu.

Uplatnenie práva na obhajobu nezaručuje obvinenému dosiahnutie takého rozhodnutia orgánu aplikácie práva, o ktorý sa usiluje pomocou obhajoby. Účelom práva zaručeného čl. 50 ods. 3 Ústavy je poskytnutie príležitosti brániť sa obvineniu zo spáchania trestného činu.⁵ Orgány aplikácie práva (orgány činné v trestnom konaní a súdy) nemôžu uplatnenie procesných práv obvinenému odoprieť.

Obhajobu obvineného možno členiť na materiálnu obhajobu a formálnu obhajobu. V rámci materiálnej obhajoby sa obvinený obhajuje sám. V rámci formálnej obhajoby sa obvinený obhajuje prostredníctvom obhajcu.

V prípade, ak sa obvinený v trestnom konaní rozhodne obhajovať sám orgány aplikácie práva sú povinné umožniť mu riadne uplatnenie procesných práv. Navyše orgány činné v trestnom konaní sú povinné s rovnakou starostlivosťou objasňovať okolnosti svedčiace proti obvinenému, ako aj okolnosti, ktoré svedčia v jeho prospech, a v oboch smeroch vykonávať dôkazy tak, aby umožnili súdu spravodlivé rozhodnutie. Formálna obhajoba obvineného predstavuje istú zábezpeku pre obvineného, keby sa vyskytli prípady, že obvinený nebude schopný dostatočne využiť všetky svoje práva, resp. aby orgány činné v trestnom konaní dôsledne postupovali v zmysle zásady náležitého zistenia skutkového stavu bez dôvodných pochybností.

Materiálnym obsahom práva obvineného na obhajobu je právo obhajovať sa prostredníctvom obhajcu. Na uplatnenie tohto práva musí byť obvinenému poskytnutá reálna možnosť, pričom napr. podľa judikatúry, ak výsluch obvineného, ktorý je vykonávaný v čase, keď obvinený nemá obhajcu, hoci ide o prípad povinnej obhajoby, je dôkazom absolútne neúčinným a nemožno ho v trestnom konaní použiť. V takomto prípade napraviť chybu takto vykonaného dôkazného prostriedku nemôže ani obvinený svojím vyhlásením, že súhlasí s výsluchom bez účasti obhajcu. Ak je výsluch obvineného realizovaný za naznačenej situácie, nejde o dôkaz vykonaný spôsobom zodpovedajúcim Trestnému poriadku.⁶ Určitú výnimku predstavuje ustanovenie § 37 ods. 4 Trestného poriadku, kedy sa obvinený stíhaný za obzvlášť závažný zločin môže výslovným vyhlásením vzdať práva na povinnú obhajobu, ale predtým musí obvinený absolvovať prvú poradu s obhajcom.

3. Jednotlivé práva obvineného na obhajobu

V zmysle rozhodovacej činnosti Európskeho súdu pre ľudské práva právo na obhajobu je potrebné chápať ako vytvorenie podmienok (predpokladov) pre riadne uplatnenie procesných práv, ktoré obvinenému dáva k dispozícii právny predpis, a ktoré vedú k ovplyvneniu výsledku konania v jeho prospech či neprospech. Jeho porušenie preto môže znamenať zároveň porušenie viacerých zásad trestného konania, predovšetkým zásady kontradiktórnosti či rovnosti zbraní ako myšlienky, že žiadna strana v konaní by nemala mať neprímerané výhody vo vzťahu k svojmu protivníkovi, a že obe strany sú oprávnené mať prístup k informáciám o argumentoch druhej strany a musia mať rovnocennú možnosť vznášať námietky proti argumentom druhého.⁷

Pre úplnosť možno uviesť, že závažné procesné chyby, najmä porušenie práva na obhajobu môžu dôvodom odmietnutia obžaloby a vrátenia veci prokurátorovi⁸ alebo dôvodom na podanie dovolania.⁹

Podľa odbornej literatúry medzi **práva obvineného**, ktoré sú súčasťou práva na obhajobu, patria najmä:

⁴ Porovnaj III. ÚS 148/2005.

⁵ Porovnaj II. ÚS 8/96.

⁶ Porovnaj R 2/2003.

⁷ Feldbrugge v. Holandsko z 29. mája 1986, Ankerlv. Švajčiarsko z 23. októbra 1996, Helle v. Fínsko z 19. decembra 1997, či Nikolovav. Bulharsko z 25. marca 1999.

⁸ R 118/2014. Pozri aj § 241 ods. 1 písm. f) a § 244 ods. 1 písm. h) Trestného poriadku.

⁹ Pozri § 371 ods. 1 písm. c) Trestného poriadku.

- právo od vznesenia obvinenia byť oboznámený so skutkom, ktorý sa mu kladie za vinu a s jeho právnou kvalifikáciou,
- právo byť o svojich právach poučený,
- právo, aby mu bol poskytnutý čas a možnosť na prípravu obhajoby,
- právo vyjadriť ku všetkým skutočnostiam, ktoré sa mu kladú za vinu a vykonávaným dôkazom a právo uvádzať okolnosti,
- právo odoprieť vypovedať,
- právo navrhovať, predkladať a obstarávať dôkazy slúžiace na jeho obhajobu,
- právo zvoliť si obhajcu a s ním sa radiť aj počas úkonov vykonávaných orgánom činným v trestnom konaní alebo súdom,
- právo, aby mu bol ustanovený obhajca, ak ide o dôvod povinnej obhajoby alebo nemá dostatočné prostriedky na úhradu trov obhajoby,
- právo, aby bol vypočúvaný za účasti svojho obhajcu a aby sa obhajca zúčastnil aj na iných úkonoch prípravného konania,
- právo s obhajcom hovoriť bez prítomnosti tretej osoby,
- právo na spravodlivý proces,
- právo zúčastniť sa na vyšetrovacích úkonoch a klásť vypočúvaným svedkom otázky,
- právo v konaní pred súdom vypočúvať svedkov, ktorých sám navrhol alebo ktorých s jeho súhlasom navrhol obhajca, a klásť svedkom otázky,
- právo robiť návrhy a podávať žiadosti,
- právo podávať opravné prostriedky,
- právo na tlmočníka a prekladateľa.¹⁰

3.1 Právo od vznesenia obvinenia byť oboznámený so skutkom, ktorý sa mu kladie za vinu a s jeho právnou kvalifikáciou

Predpokladom realizácie tohto práva je, že obvinený má vedomosť o tom, že mu bolo vznesené obvinenie, teda musí vedieť, že od určitého momentu má v rámci konkrétneho trestného konania špecifické postavenie - postavenie obvineného. Vedomosť obvinený nadobúda oznámením uznesenia o vznesení obvinenia.¹¹ Právo obvineného vedieť, z čoho je obvinený (skutok a právna kvalifikácia), je jedno zo základných práv obvineného. Obvinený by sa nemohol účinne obhajovať proti obvineniu, ktoré ani nepozná. Podľa čl. 6 ods. 3 písm. a) Dohovoru má každý, kto je obvinený z trestného činu, právo byť bez meškania a v jazyku, ktorému rozumie, podrobne oboznámený s povahou a dôvodom obvinenia proti nemu.

3.2 Právo byť o svojich právach poučený,

Povinnosť orgánov činných v trestnom konaní a súdu je poučiť obvineného o jeho právach, a to v rozsahu, ktorý zodpovedá jednotlivým procesným štádiám, resp. procesným úkonom. Absencia poučenia obvineného o jeho právach má za následok nepoužiteľnosť jeho výpovede v ďalšom priebehu trestného konania.

3.3 Právo, aby mu bol poskytnutý čas a možnosť na prípravu obhajoby

¹⁰ČENTÉŠ, J.: Trestné právo procesné. Všeobecná časť. Šamorín: Heuréka, 2016, s. 142 a nasl.

¹¹ ČENTÉŠ, J. a kol.: Trestné právo procesné. Osobitná časť. Šamorín : Heuréka, 2016, s. 68 a nasl.

Právne predpisy garantujú obvinenému právo, aby mu bol poskytnutý čas a možnosť na prípravu obhajoby a aby sa mohol obhajovať sám alebo prostredníctvom obhajcu. V tomto zmysle znie aj ustanovenie čl. 6 ods. 3 písm. b) Dohovoru a čl. 50 ods. 3 Ústavy, podľa ktorého má mať obvinený primeraný čas a možnosti na prípravu svojej obhajoby.

Orgány činné v trestnom konaní a sudy pri zabezpečení tohto práva obvineného musia prihliadnúť tiež k okolnosti, že v konkrétnom prípade primeranosť času na prípravu obhajoby musí byť v súlade s lehotami ustanovenými Trestným poriadkom. Napríklad ak bola osoba zadržaná a následne sa proti nej aplikuje postup podľa § 204 Trestného poriadku, logicky by sa nemohol tento obvinený dožadovať, aby mu bol poskytnutý čas na prípravu obhajoby v trvaní päť dní vzhľadom na to, že podľa § 204 ods. 1 Trestného poriadku musí byť takáto osoba odovzdaná súdu najneskôr do 48 hodín od jej zadržania, inak musí byť zadržaná osoba prepustená na slobodu.

3.4 Právo vyjadriť ku všetkým skutočnostiam, ktoré sa mu kladú za vinu a vykonávaným dôkazom a právo uvádzať okolnosti

Trestný poriadok garantuje právo obvineného vyjadriť ku všetkým skutočnostiam, ktoré sa mu kladú za vinu a k dôkazom o nich. Predpokladom pre uplatnenie tohto práva je, že mu bude umožnené, napr. aby sa mohol oboznámiť s dôkazmi, ktoré viedli k vzneseniu obvinenia a prípadne osobne alebo prostredníctvom obhajcu skoncipovať zodpovedajúcu sťažnosť proti uzneseniu o vznesení obvinenia.

3.5 Právo odoprieť vypovedať

Slovenský právny poriadok garantuje obvinenému právo odoprieť vypovedať. Aplikácia tohto práva rešpektuje zákaz sebaobviňovania v zmysle ktorého obvinený nemôže byť nútený jednak vypovedať proti sebe, ani predkladať dôkazy, ktoré by ho usvedčovali z trestnej činnosti.

Zákaz donútenia k priznaniu totiž nezahŕňa len právo vypovedať (právo mlčať), ale aj právo neprispieť žiadnym aktívnym spôsobom, či už priamo alebo nepriamo, k svojmu obvineniu (zásada nemo tenetur se ipsum accusare). Zákaz nútiť osobu, aby prispela k svojmu obvineniu, či usvedčeniu teda znamená nielen nútiť podozrivú, či obvinenú osobu k výpovedi, ale aj zákaz nútiť takúto osobu k súčinnosti alebo k aktívnemu konaniu, ktoré je potrebné na usvedčenie takejto osoby, teda napríklad ide aj o zákaz nútiť podozrivú osobu, aby vydala, či vyložila veci, a to aj veci, ktoré ju môžu spojiť s trestnou činnosťou.

3.6 Právo navrhovať, predkladať a obstarávať dôkazy slúžiace na jeho obhajobu

Obvinený má právo už od vznesenia obvinenia podávať návrhy na vykonanie dôkazov a tieto dôkazy aj obstarávať, teda nemusí čakať, kým tieto dôkazy obstará orgán činný v trestnom konaní. Orgán činný v trestnom konaní môže návrhy na vykonanie dôkazov zamietnuť, najmä vtedy, ak má dostatok dôkazov, ktoré ukazujú, že dôkazy navrhnuté obvineným nemôžu navodiť zmenu dôkazného stavu a smerujú len k účelovému predlžovaniu prípravného konania.

Súčasťou tohto práva obvineného je právo už na začiatku konania pred súdom prvého stupňa uplatniť všetky dôkazy, ktoré sú mu známe a ktoré navrhne vykonať. Rešpektovaním tohto práva je aj to, že po podaní obžaloby súd spolu s obžalobou doručí obvinenému obžalobu a vyzve ho, aby bez meškania písomne oznámil súdu a ostatným stranám návrhy na vykonanie dôkazov. Pri uplatnení tohto práva obvinený tak môže uviesť napr. všetkých svedkov, ktorých mieni na hlavnom pojednávaní vypočuť. Dôsledné využitie práva obvineného je predpokladom k tomu, aby sa v priebehu súdneho konania vyhol tomu, že súd ním navrhnuté dôkazy odmietne.

Diskutovaným v súvislosti s využitím tohto práva je nesporne právo obvineného vyslychať alebo dať vyslychať svedkov proti sebe. Toto právo je založené na princípe, podľa ktorého predtým, ako môže byť obvinený odsúdený, musia byť vykonané všetky dôkazy v jeho prítomnosti na verejnom pojednávaní tak, aby ich nebolo možné napadnúť. Ani právo obvineného vyslychať nie je absolútne a aj v tomto smere rozhodovacia činnosť Európskeho súdu pre ľudské práva pripúšťa, že v istých prípadoch je v súdnom konaní nevyhnutné použiť aj výpovede svedkov získané v štádiu vyšetrovania, napr. vtedy, keď svedok zomrel, alebo využil svoje právo odoprieť vypovedať, alebo ak primerané úsilie príslušných orgánov zabezpečiť prítomnosť svedka zlyhalo. Osobitnú skupinu týchto prípadov

tvoria obeť sexuálnych trestných činov, ktoré vnímajú trestné konanie často ako utrpenie, najmä ak sú nedobrovoľne konfrontované s obvinenými.¹²

3.7 Právo zvoliť si obhajcu a s ním sa radiť aj počas úkonov vykonávaných orgánom činným v trestnom konaní alebo súdom

V súvislosti s uplatnením tohto práva možno poukázať na čl. 6 ods. 3 písm. c) Dohovoru podľa ktorého každý, kto je obvinený z trestného činu, má právo obhajovať sa osobne alebo prostredníctvom obhajcu podľa vlastného výberu, alebo pokiaľ nemá dostatok prostriedkov na zaplatenie obhajcu, aby sa mu poskytol bezplatne, ak to záujmy spravodlivosti vyžadujú. Dohovor nešpecifikuje výkon práva podľa citovaného článku 6 ods. 3 písm. c) a možnosť výberu prostriedkov na zabezpečenie práva na obhajobu ponecháva na zmluvné strany Dohovoru, účelom ktorého nie je garancia práv, ktoré sú teoretické alebo iluzórne, ale práv, ktoré sú reálne a efektívne.¹³

Podrobnosti o obsahu, rozsahu a uplatňovaní základného práva podľa čl. 50 ods. 3 Ústavy ustanovuje Trestný poriadok, ktorý v jednotlivých fázach trestného konania zaručuje Ústavou garantované právo obvineného na obhajobu.¹⁴ Spôsob zabezpečenia práva obvineného na obhajobu v podmienkach právneho poriadku Slovenskej republiky je limitovaný tými zákonnými ustanoveniami Trestného poriadku, ktoré obmedzujú rozsah zastupovania obvineného obhajcom.

Podľa rozhodovacej činnosti Ústavného súdu Slovenskej republiky obhajca zastupuje obvineného pri úkonoch v trestnom konaní, ktoré obvinený vykonáva ako subjekt trestného konania, za predpokladu, že to umožňuje povaha úkonu. Oprávnenia obhajcu nie sú zhodné s oprávneniami obvineného (výnimkou je postavenie obhajcu v konaní proti ušlému podľa § 358 až § 362 Trestného poriadku, v ktorom má obhajca rovnaké práva ako obvinený), preto obhajca ani nemôže zastúpiť obvineného pri všetkých úkonoch. Jeho oprávnenia sú v prvom rade obmedzené povahou úkonu, na ktorom zastupuje obvineného, napr. výsluch obvineného, vyjadrenie na hlavnom pojednávaní podľa § 271 ods. 1 Trestného poriadku, pri výkone práva posledného slova podľa § 275 Trestného poriadku. Ďalšie obmedzenie spočíva v tom, že oprávnenia obhajcu môžu byť obmedzené rozhodnutím obvineného, čo vyplýva aj z § 44 ods. 4 Trestného poriadku. Vôľa obvineného a oprávnenia obhajcu voči tretím osobám (vrátane orgánov činných v trestnom konaní a súdu) sú v takom prípade vyjadrené v splnomocnení. Splnomocnenie obhajcu obvineným môže byť pozitívne alebo negatívne obmedzené na niektoré úkony trestného konania, alebo môže byť udelené len na určitú časť trestného konania, prípadne môže ísť o kombinované vymedzenie oprávnenia obhajcu. Ak splnomocnenie neobsahuje obmedzenie oprávnení obhajcu, platí, že obhajca je oprávnený zastupovať obvineného pri všetkých úkonoch v trestnom konaní, ktorých povaha to nevylučuje.¹⁵

V prípade, ak obvinený je v trestnom konaní zastúpený obhajcom zodpovedá tento za včasnú a okolnostiam prípadu primeranú obhajobu. Orgány činné v trestnom konaní a súdy nie sú povinné prispôbovať režim konania a jeho priebeh predstavám a požiadavkám obhajcu obvineného, aj keby obhajobu prevzal obhajca v sebe kratšej dobe, resp. za situácie, že paralelne vykonáva obhajobu v inej trestnej veci väčšieho rozsahu. Čas potrebný na prípravu obhajoby, resp.

¹² MOZNER, F., KYJAC, Z.: Právo obvineného na obhajobu versus práva obetí detských obetí sexuálneho násillia. In: Trestní právo, 2018, č. 3, s. 36 a nasl.

¹³ Tpj 25/2018. LACIAK, O., STRÉMY, T.: Porušenie práva na obhajobu neoznámením totožnosti predvolaného svedka obvinenému a obhajcovi v predstihu. In: Bulletin Slovenskej advokácie, 2019, č. 11, s. 20-23. Pozri aj odlišný názor VOJTUŠ, F.: Uvádanie totožnosti svedka pri upovedomovaní obhajcov o úkonoch podľa § 213 ods. 3 Trestného poriadku. In: Justičná revue, 67, 2015, č. 3, s. 391-399.

¹⁴ II. ÚS 52/98.

¹⁵ Primerane pozri II. ÚS 204/2016.

na samotný jej výkon treba zamerať od orgánu činného v trestnom konaní a súdu k obhajcovi a nie naopak.¹⁶

Diskutovanou otázkou v súvislosti s uplatnením tohto práva je vylúčenie obhajcu obvineného v trestnom konaní podľa § 36 ods. 3 Trestného poriadku, ktorý ustanovuje nezlučiteľnosť funkcie obhajcu v trestnom konaní s postavením znalca, tlmočníka, prekladateľa alebo svedka prejednávaneho skutku, čím obmedzuje právo obvineného na obhajcu podľa vlastného výberu, resp. právo na zvolenie si obhajcu. Podľa odbornej literatúry by aplikácia § 36 ods. 3 Trestného poriadku mala byť prostriedkom ultima ratio, ak nie je možné skutočnosti, ktoré sa majú dokazovaním zistiť, objasniť inými dôkaznými prostriedkami, pričom v skutočnosti ide o okolnosti, ktoré sú pre rozhodnutie závažné.¹⁷

3.8 Právo, aby mu bol ustanovený obhajca, ak ide o dôvod povinnej obhajoby alebo nemá dostatočné prostriedky na úhradu trov obhajoby

Trestný poriadok ustanovuje niektoré (subjektívne alebo objektívne) závažnejšie prípady, kedy obvinený musí mať obhajcu (povinná obhajoba, nemajetnosť). Ak obvinený nemá obhajcu v prípadoch tzv. povinnej obhajoby (§ 37 Trestného poriadku), určí sa mu lehota na zvolenie obhajcu. Ak si v tejto lehote obhajcu nezvolí ustanoví mu obhajcu v prípravnom konaní sudca pre prípravné konanie a v konaní pred súdom predseda senátu. V prípade, ak požiada obvinený (u ktorého nie sú dané dôvody na povinnú obhajobu), ktorý nemá dostatočné prostriedky na úhradu trov obhajoby o ustanovenie obhajcu, ustanoví mu obhajcu v prípravnom konaní sudca pre prípravné konanie a v konaní pred súdom predseda senátu. Takýto obvinený je však povinný podľa § 34 ods. 3 Trestného poriadku, preukázať nárok na bezplatnú obhajobu, resp. na obhajobu za zníženú odmenu.

3.9 Právo, aby bol vypočúvaný za účasti svojho obhajcu a aby sa obhajca zúčastnil aj na iných úkonoch prípravného konania

V zmysle Trestného poriadku má obvinený garantovanú možnosť požiadať policajta, aby bol vypočúvaný za účasti svojho obhajcu a aby sa obhajca zúčastnil aj na iných úkonoch prípravného konania. Trestný poriadok ustanovuje povinnosť policajta, aby v prípade, ak si obhajca uplatnil svoje právo od vznesenia zúčastniť sa úkonov, ktorých výsledok môže byť použitý ako dôkaz v konaní pred súdom, oznámil mu čas, miesto konania úkonu a druh úkonu. Zároveň možno uviesť, že žiadne ustanovenie Trestného poriadku neustanovuje všeobecnú povinnosť policajta vyrozumievať obhajcu o úkonoch v prípravnom konaní. Z tohto možno vyvodiť, že povinnosť policajta v tomto zmysle vzniká, keď ho o to obhajca požiada.

Výnimka z tejto povinnosti policajta je prípustná iba v prípade, keď vykonanie úkonu nemožno odložiť a vyrozumieť obhajcu nemožno zabezpečiť. Za takéto úkony sa považujú úkony, ktoré vzhľadom na nebezpečenstvo ich zmarenia, straty alebo ich podstatného oslabenia ich dôkaznej hodnoty alebo straty ich ďalších dôkazov neznesú ani odklad potrebný po telefonickom vyrozumení obhajcu k jeho dostaveniu sa na miesto úkonu.¹⁸ V prípade, ak bol obhajca riadne vyrozumieť a nedostaví na nariadený úkon, policajt tento úkon vykoná. Policajt nemôže však takto postupovať v prípade výsluchu obvineného, ktorý trvá na účasti obhajcu. Podľa judikatúry je porušením práva na obvineného na obhajobu, ak jeho obhajca nebol riadne upovedomený o výsluchu svedka, prípadne ak obhajca nebol vopred upovedomený o dobe a mieste konania výsluchu svedka a tento úkon bol vykonaný v jeho neprítomnosti.¹⁹

Diskutovanou problematikou je povinnosť policajta oznámiť obhajcovi koho ide vypočúvať (napr. osobné údaje o totožnosti svedka), teda uvedenie nielen druhu úkonu (výsluch svedka). Pôvodná judikatúra ustanovovala povinnosť policajta oznámiť obhajcovi miesto a čas úkonu spolu s uvedením druhu úkonu, ktorý sa má vykonať - meno svedka, resp. údaje o svedkovi, ktoré sú známe

¹⁶ Primerane pozri R 4/2010.

¹⁷ MAĎAR, M.: Vylúčenie zvoleného obhajcu z obhajoby svojho klienta v trestnom konaní – teória či prax?. In: Bulletin slovenskej advokácie, 2013, č. 7-8, s. 22 a nasl.

¹⁸ MAĎAR, M.: Vylúčenie zvoleného obhajcu z obhajoby svojho klienta v trestnom konaní – teória či prax?. In: Bulletin slovenskej advokácie, 2013, č. 7-8, s. 22 a nasl.

¹⁹ R 81/2003.

policajtovi,²⁰ zmena nastala prijatím stanoviska trestnoprávneho kolégia Najvyššieho súdu Slovenskej republiky (ďalej len „trestnoprávne kolégium“), ktoré prijalo výklad, že policajt je povinný obhajcovi oznámiť druh úkonu (výsluch svedka), bez uvedenia mena svedka, ktorý sa má uskutočniť. Svoj názor trestnoprávne kolégium odôvodnilo tým, že pokiaľ aby bolo meno svedka vopred oznámené obhajcovi, mohlo by zmať prípadné utajenie svedka, pokiaľ by na to boli splnené zákonné podmienky. Uvedená zmena je predmetom kritiky v odbornej literatúre.²¹ K uvedenému problému možno zaujať názor, že postup policajta v zmysle uvedeného stanoviska trestnoprávneho kolégia by nemal byť všeobecným pravidlom, ale len ojedinelým postupom, ktorý možno odôvodniť napr. právom ochrany svedka v odôvodnených prípadoch. V takýchto prípadoch je nutné si uvedomiť, že prichádza do kolízie dvoch práv právo na obhajobu obvineného a právo svedka na ochranu jeho osoby. Z tohto dôvodu je policajt povinný riadne zväžiť svoj postup v zmysle stanoviska trestnoprávneho kolégia.

3.10 Právo s obhajcom hovoriť bez prítomnosti tretej osoby

Súčasťou práva na obhajobu je aj právo obvineného radíť sa s obhajcom za podmienok, v ktorých nedochádza k poskytovaniu informácií orgánom aplikácie práva (orgány činné v trestnom konaní a súdy). V takomto prípade komunikácia medzi obhajcom a obvineným podlieha maximálne možnej ochrane, a to v záujme obvineného. Účelom tohto práva je ochrana záujmov obvineného, prípadne rešpektovanie zásady „rovnosti zbraní“ v prebiehajúcom trestnom konaní. Nositeľom práva na obhajobu nie je obhajca, ktorý neuplatňuje svoje práva, ale plní povinnosti uložené mu zákonom.²²

3.11 Právo na spravodlivý proces

Rešpektovanie práva obvineného na spravodlivý proces vyžaduje, aby konkrétny prípad bol spravodlivo a v primeranej lehote prejednaný nezávislým a nestranným súdom v jeho prítomnosti. Pri naplnení tohto práva treba rešpektovať práva zúčastnených subjektov a dodržiavať ustanovenia o nezaujatosti orgánov činných v trestnom konaní a súdov. Spravodlivý trestný proces (trestné konanie) z pohľadu obvineného je najmä vtedy, ak sú garantované a dodržiavané všetky jeho práva a trestné konanie je vedené v súlade so zákonom.

3.12 Právo nazerať do spisov a preštudovať spis

Ďalším právom obvineného je nazerať do spisov vedených v rámci trestného konania. Obvinený v zásade môže nazrieť do celého spisu s výnimkou zápisnice o hlasovaní a časti spisu obsahujúcej údaje o totožnosti chráneného svedka, ohrozeného svedka alebo svedka, ktorého totožnosť je utajená, a krycie údaje o totožnosti agenta, robiť si z nich výpisky a poznámky a obstarávať si na svoje trovy kópie spisov a ich častí.

Trestný poriadok umožňuje obmedziť právo obvineného nazerať do spisov v prípravnom konaní, a to jednak orgánom činným v trestnom konaní, resp. sudcom pre prípravné konanie. Orgán činný v trestnom konaní môže právo nazerať do spisu zo závažných dôvodov odmietnuť, najmä ak v spise nemožno urobiť také opatrenia, ktoré by zabránili zmareniu alebo podstatnému sťažaniu dosiahnutia účelu trestného stíhania. Rovnako sudca pre prípravné konanie môže obmedziť právo nazerať do spisov, a to v konaní o väzbe (pred rozhodnutím o nej). V takomto prípade sudca pre prípravné konanie odmietne obvinenému alebo obhajcovi právo nazrieť do celého spisu, zároveň s odmietnutím tohto práva označí a umožní sprístupniť na nazretie obvinenému alebo jeho obhajcovi tie časti spisu, ktoré obsahujú skutočnosti alebo dôkazy, na ktoré sa prihlíada pri rozhodovaní o väzbe

Možno zvýrazniť, že právo nazretia do spisu nemožno odoprieť obvinenému a jeho obhajcovi po tom, čo boli upozornení na možnosť preštudovať spisy. Ak policajt považuje vyšetrovanie alebo skrátené vyšetrovanie za skončené a jeho výsledky za postačujúce na podanie návrhu na obžalobu alebo na iné rozhodnutie, umožní obvinenému, a ak má obhajcu, aj obhajcovi v primeranej lehote preštudovať spisy a podať návrhy na doplnenie vyšetrovania alebo skráteného vyšetrovania. Povinnosť umožniť nazretie do spisov obvinenému a jeho obhajcovi v konaní pred súdom je súčasťou

²⁰ R 54/2013.

²¹ Tpj 25/2018. LACIAK, O., STRÉMY, T.: Porušenie práva na obhajobu neoznámením totožnosti predvolaného svedka obvinenému a obhajcovi v predstihu. In: Bulletin Slovenskej advokácie, 2019, č. 11, s. 20-23. Pozri aj odlišný názor VOJTUŠ, F.: Uvádanie totožnosti svedka pri upovedomovaní obhajcov o úkonoch podľa § 213 ods. 3 Trestného poriadku. In: Justičná revue, 67, 2015, č. 3, s. 391-399.

²² Primerane pozri III. ÚS ČR 2847/14.

práva na obhajobu.²³ Odoprieť nazretie do spisov obvinenému v konaní pred súdom by bolo porušením práva obvineného na obhajobu.

3.13 Právo zúčastniť sa na vyšetrovacích úkonoch a klásť vypočúvaným svedkom otázky

V prípade formálnej obhajoby je dôležité, aby obvinenému bolo umožnené realizovať jeho právo zúčastniť sa na vyšetrovacích úkonoch a klásť vypočúvaným svedkom otázky. Takýto postup sa uplatní najmä vtedy, ak úkon spočíva vo výsluchu svedka, pri ktorom je dôvodný predpoklad, že ho nebude možné vykonať v konaní pred súdom (napr. výsluch svedka, ktorý ochorel na vážnu chorobu). Takýto postup sa neuplatní v prípade, ak by účasť obvineného mohla ohroziť vykonanie úkonu (napr. v prípade výsluchu poškodenej pri tzv. sexuálnych trestných činov).

3.14 Právo v konaní pred súdom vypočúvať svedkov, ktorých sám navrhol alebo ktorých s jeho súhlasom navrhol obhajca, a klásť svedkom otázky

Významným právom obvineného v súdnom konaní je vedenie výsluchu tých svedkov, ktorých navrhol vypočuť a klásť im otázky. V prípade, ak má obvinený obhajcu, výsluch týchto svedkov spravidla vedie obhajca. Trestný poriadok umožňuje, aby obvinený v súdnom konaní mohol klásť otázky aj svedkom vypočúvaným prokurátorom, ale až potom, ako prokurátor skončil výsluch svedkov, ktorých navrhol v obžalobe vypočuť.

3.15 Právo robiť návrhy a podávať žiadosti

V priebehu trestného konania obvinený má právo robiť návrhy napr. na zastavenie trestného stíhania, prípadne podať žiadosť o prepustenie z väzby, zmenu dôvodov väzby, prípadne žiadosť o preskúmanie postupu policajta. O týchto návrhoch a žiadostiach musí orgán aplikácie práva riadne konať.

3.16 Právo podávať opravné prostriedky

Trestný poriadok umožňuje v určitých prípadoch podať opravné prostriedky (riadne, mimoriadne) proti rozhodnutiam orgánov činných v trestnom konaní alebo súdov, ak je proti takému rozhodnutiu prípustný. Ide o dispozičné právo obvineného a závisí od jeho rozhodnutia, či uvedené právo využije. V mene obvineného môže podať opravný prostriedok aj jeho obhajca (prípadne jeho zákonný zástupca).

3.17 Právo na tlmočníka a prekladateľa

Rešpektovanie tohto práva súvisí s čl. 6 ods. 3 písm. a) Dohovoru podľa ktorého má každý, kto je obvinený z trestného činu, právo byť podrobne oboznámený s povahou a dôvodom obvinenia proti nemu v jazyku, ktorému rozumie.

V prípade, ak obvinený toto právo využije, zabezpečí mu orgán aplikácie práva (orgán činný v trestnom konaní alebo súd) tlmočníka alebo prekladateľa. Ak obvinený vyhlási, že neovláda jazyk, v ktorom sa konanie vedie príberie orgán činný v trestnom konaní alebo súd do konania tlmočníka. Ak je potrebné preložiť v rámci trestného konania písomnosť príberie sa do konania prekladateľ. Trestný poriadok obligatórne ustanovuje preklad uznesenia o vznesení obvinenia, uznesenia o vzatí obvineného do väzby, obžaloby, dohody o vine a treste, návrhu na jej schválenie, rozsudku, trestného rozkazu, rozhodnutia o odvolaní a rozhodnutia o podmienčnom zastavení trestného stíhania, pričom tohto práva sa môže obvinený výslovne vzdať, o čom musí byť poučený, rovnako ako o dôsledkoch vzdania sa tohto práva.²⁴

4. Záver

Zásada „právo na obhajobu“ vyjadruje požiadavku, aby bola v trestnom konaní zaručená ochrana práv a záujmov obvineného, a je teda nevyhnutým prostriedkom úspešného výkonu súdnictva smerom k ochrane základných práv a slobôd. Právo na obhajobu predstavuje vytvorenie podmienok pre plné uplatnenie procesných práv obvineného a jeho obhajcu a zákonný postup pri reakcii orgánov aplikácie práva (orgánov činných v trestnom konaní a súdu) na uplatnenie každého

²³ Porovnaj III. ÚS 41/2001.

²⁴ Právo obvineného na obligatórny preklad taxatívne ustanovených písomností bolo do § 28 TP transponované na základe *Smernice* Európskeho Parlamentu a Rady 2010/64/EÚ. z 20. októbra 2010 o *práve na tlmočenie a preklad* v trestnom konaní.

obhajovacieho práva. Jeho legislatívne vyjadrenie a reálne zabezpečenie svedčí v podstate nielen o stupni demokracie v trestnom procese daného štátu, ale vo svojej podstate jej realizácia v čo najširšom meradle je nielen v záujme obvineného, ale aj v záujme celej spoločnosti, pretože toto právo neplynie len z ochrany práv jednotlivca, ale aj zo záujmu štátu na zistení pravdy. Štát musí zabezpečiť také podmienky, aby uvedené právo bolo možné realizovať prostredníctvom príslušných procesných záruk postavenia obhajcu a obvineného.²⁵

Zoznam použitej literatúry

ČENTÉŠ, J. a kol.: Trestné právo procesné. Všeobecná časť. Šamorín: Heuréka, 2016, 438 s., ISBN 978-80-8173-020-7.

ČENTÉŠ, J. a kol.: Trestné právo procesné. Osobitná časť. Šamorín : Heuréka, 2016, 496 s., ISBN 978-80-8173-021-4.

FRYŠTÁK, M.: Účast obhace vo vyšetrovaní. Trestněprávní revue, 2016, č. 5, s. 116-122.

LACIAK, O., MEZEL, M.: Právo na obhajobu právnickej osoby. Bulletin slovenskej advokácie, 2017, č. 11, s. 30-35.

LACIAK, O., STRÉMY, T.: Porušenie práva na obhajobu neoznámením totožnosti predvolaného svedka obvinenému a obhajcovi v predstihu. Bulletin Slovenskej advokácie, 2019, č. 11, s. 20-23.

MAĐAR, M.: Vylúčenie zvoleného obhajcu z obhajoby svojho klienta v trestnom konaní – teória či prax?. Bulletin slovenskej advokácie, 2013, č. 7-8, s. 17-23.

MOZNER, F., KYJAC, Z.: Právo obvineného na obhajobu versus práva obetí detských obetí sexuálneho násillia. Trestní právo, 2018, č. 3, s. 36-40.

VOJTUŠ, F.: Uvádžanie totožnosti svedka pri upovedomovaní obhajcov o úkonoch podľa § 213 ods. 3 Trestného poriadku. Justičná revue, 67, 2015, č. 3, s. 391-399.

prof. JUDr. Jozef Čentéš, PhD.

e-mail: jozef.centesh@flaw.uniba.sk

Univerzita Komenského v Bratislave

Právnická fakulta

Katedra trestného práva, kriminológie a kriminalistiky

Šafárikovo nám. č. 6

P.O.BOX 313

810 00 Bratislava 1

²⁵

Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, sp. zn. 1 Tdo 27/2015 z 24.06.2015.

ADVISER TO THE GENERAL PROSECUTOR'S OFFICE OF THE REPUBLIC OF POLAND AS THE THIRD PROFESSIONAL GROUP OF LAWYERS IN POLAND

Bronisław Sitek and Magdalena Sitek

SWPS University of Social Science and Humanities and University of Euroregional Economy in Józefów/Warsaw

Abstract: The specificity of the Polish legal service system is the existence of two corporations, i.e. the attorneys and the legal advisor. The protection of the rights and legal interests of the state has developed a third group of lawyers it means the advisers to the General Prosecutor's Office of the Republic of Poland. There are many similarities between these professional groups, however, it is possible to identify such features that distinguish prosecutor's counsel. The purpose of the study is to analyze the characteristics of the profession of the advisers to the General Prosecutor's Office. Similar professions exist in Austria, Italy and Spain. The effect of this study is also to show the effectiveness of such a system of organizing the protection of the rights and legal interests of the Treasury.

Keywords: the State Treasury, legal representation of the State Treasury, legal professions, *advocatus fisci*.

1. INTRODUCTION

The advisors of the General Counsel to the Republic of Poland are a separate group of lawyers in Poland. However, before I discuss their legal position and their competences, let me briefly introduce the institution of the General Counsel. In accordance with the article 1, paragraph 1 of the Act of 15th December 2016 on the General Counsel to the Republic of Poland¹ (hereinafter: PGRP) the main duty of the General Counsel is the protection of the rights and interests of the Republic of Poland, including the rights and interests of the State Treasury, and state property not belonging to the State Treasury. It is a central body of state administration with a very broad competence. The supervision over the President of the General Counsel Office to the Republic of Poland is exercised by the Prime Minister (article 1, paragraph 4 of the Act).

The institution of the General Counsel has a long history dating back to ancient Rome. The office of *advocatus fisci* was established during the reign of Emperor Hadrian. The immediate reason for establishing this office was the need to protect the income of the fiscus, the private property of the emperor, especially the income of *bona caduca*, *bona vacantia* and *damnatio* (damn legate drawn up for the tax office). These beginnings of the office of *advocatus fisci* are known from the preserved fragment of the work by Elio Sparziano².

The office of *Advocatus fisci* was revived in the medieval Kingdom of Naples³. From there, it was transferred to Spain and other European kingdoms. The contemporary model of organization and functioning of the General Counsel was initiated in Austria⁴, where in 1539 *Kammerprokurator* was established, who became the trial deputy of the tax office in the event of the need to protect its interests. The employees of this office dealt with the preparation of contentious cases in which the emperor was a party for further proceedings before the courts. It was a strongly centralized model for protecting the rights and interests of the state. Currently in Austria, this office is called *Finanzprokurator* Office. Analogous models still exist today in Poland, Switzerland (*Eidgenössischen*

¹ OFFICIAL JOURNAL 2019, item 1265 - consolidated text.

² Spart. (*Script. Hist. Aug.*) *Hadr.* 20,6: *Fisci advocatum primus instituit*. O powstaniu urzędu *advocatus fisci* w antycznym Rzymie pisali liczni romaniści i historycy. See: AGUDO RUIZ, A. *El advocatus fisci en Derecho romano*, p. 37 n.; LAMBRINI, P. In tema di „advocatus fisci” nell’ordinamento Romano, pp. 325-336.

³ SITEK, B. *Avvocatura dello stato – Rzecznik Generalny ds. ochrony praw i interesów państwa*. *Bezpieczeństwo ochrony praw i interesów państwa włoskiego*, pp. 127-146.

⁴ SITEK, B. *Austriacka Prokuratoria Skarbu (Finanzprokurator)*, pp. 177-190.

Finanzverwaltung), Italy (*Avvocatura dello Stato*) and Spain (*Abogados del Estado*). Today, there are also models of distributed protection of the rights and interests of the state, especially in federal states such as Germany and the United States. In Slovakia, the equivalent of the Polish General Counsel office is the General Prosecutors Office of the Slovak Republic. Its structure and tasks are modeled on the competences and organization of the US Department of Justice.

An important role in the structure of the General Counsel office is played by legal advisors of the Counsel office, to whom this study is dedicated. As part of it, such issues as: the necessary qualifications of the candidate for legal advisor, career path and the competences will be discussed.

2. PREMISES SEPARATING THE LEGAL ADVISERS TO THE GENERAL COUNSEL OFFICE FROM OTHER LEGAL PROFESSIONS

The basic question to be answered is: to what extent the group of legal adviser to the General Counsel Office can be distinguished from among the other two existing? The more so that nowadays the competences of lawyers belonging to both corporations, i.e. attorneys and legal advisers are almost the same. However, their existence has historical justification. The establishment of a group of legal advisers – it means lawyers separated from attorneys, was associated with Resolution No. 533 of the Council of Ministers of 13th December 1961 regarding legal services for state-owned enterprises, unions and state-owned banks⁵. In this way, the communist authorities wanted to have control over the legal service of state units, which was impossible in the case of attorneys. They enjoyed the autonomy of actions⁶. The legal decision adopted in resolution No. 533 was the basis for the sole entrustment of legal advisers with legal representation on behalf of the Treasury.

The Act of 2006 on the General Counsel Office of the Treasury⁷ as well as this latest Act of 2016 on the General Counsel Office to the Republic of Poland⁸ (hereinafter: PGRP) refers to the advisers to General Counsel Office not to the legal advisers to the General Counsel Office. Already such a seemingly small conceptual distinction may indicate the intention of the legislator to establish a separate group of lawyers next to legal advisers and attorneys.

The confirmation of this intention of the legislator is included in the analysis of the requirements that are set for candidates for the advisers to General Counsel Office. It is not enough for a candidate to be a legal advisor or attorney to take up this position. Anyway, a advisor to General Counsel Office can also be a person who has the rights of a public notary or a common or military judge as well as prosecutor (article 54, paragraph 2, point 4 of the PGRP act). The common denominator of all these professions is having legal education and passing the application as well as completing the final vocational exam. In addition, only potential qualifications to be a advisor to General Counsel Office may have persons with the title of professor or academic degree of habilitated doctor of legal sciences or doctor of legal sciences (article 54, paragraph 3, point 1 of the PGRP act)). Here, however, there is some inaccuracy, because in the Polish legal system one can get the title of professor or postdoctoral degree or Doctor of Law degree without having a degree in law. Thus, it should be assumed that the Polish legislator has decided that in such case, the candidate for advisor to General Counsel Office does not need to be a graduate of such studies⁹.

⁵ MONITOR OF POLAND 1961 no 96 item 406.

⁶ BEREZA, A. (ed.) *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, s. 15.

⁷ OFFICIAL JOURNAL from 2016, items 1313 and 1579 - consolidated text.

⁸ OFFICIAL JOURNAL from 2019, item 1265 - consolidated text. The current name of the General Counsel Office in Poland is a return to the name of this institution from the interwar period of the 20th century. In turn, its original name was a reference to the Austrian naming tradition. See: SITEK, B. *Austriacka Prokuratoria Skarbu (Finanzprokuratur)*, part. I: *Historia i struktura Urzędu*, pp. 177-190; GARLIŃSKI, W. *Tradycja i postęp w instytucji Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej*, pp. 54-69.

⁹ Both in the Act of March 14, 2003 on academic degrees and academic title (OFFICIAL JOURNAL from 2017, item 1789) as well as in the currently applicable Act of 20 July 2018 Law on Higher Education and Science (OFFICIAL JOURNAL from 2020, item 85 - consolidated text) there is no requirement that the completed studies converge with the application for the award of a degree or title. See: art. 186, art. 219 and art. 228. See: J. Woźnicki (ed.), *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, Warszawa 2019, pp. 485-490; 573-575; 598-602.

Also, a candidate for advisors to General Counsel Office should have Polish citizenship, full civil rights. The distinguishing factor of an advisors to General Counsel Office from attorneys and legal advisors is the lack of a requirement for Polish citizenship¹⁰.

In addition, a candidate for an advisor to General Counsel Office cannot be punished for an intentional crime or tax offense or an unintentional crime against business transactions. The candidate should have a good character and should guarantee the proper performance of the profession of advisor by his or her current behavior. These requirements, in turn, are common to all types of legal professions in Poland.

The requirements set out above for the candidates are not sufficient to become a advisor to General Counsel Office. According to the article 54, paragraph 1 of the PGRP act, *the recruitment for the position of advisor is open and competitive*. Meanwhile, the pass to the profession of a legal advisor or attorney is passing the final exam and submitting an application for entry on the list.¹¹

Therefore, one cannot enter the list of advisors to General Counsel Office. The President of General Counsel Office appoints a competition commission which, in addition to checking formal requirements, examines the candidate's actual skills. Therefore, it is not enough for a candidate to meet statutory formal requirements. The candidates for advisor selected by the way of competition are finally appointed by the President (the article 55, paragraph 1 of the PGRP act). The president does not have to appoint a candidate who was selected in the competition to the position of advisor to the General Counsel Office. According to the article 55, paragraph 2 of the Act, the legal basis for the employment of advisor to General Counsel Office is the Labor Code and the Act of 16th September 1982 on employees of state offices.

It is different in the case of legal advisors. In the act on legal boards, in the article 8, various forms of practicing the profession of legal adviser were specified. It can be a civil law contract, he or she can run a law office or establish a company. And according to the article 4a of the Act on the attorneys, they may practice in the form of an attorney's office, in a form of attorney's team as well as in the form of a company¹².

3. TASKS OF THE GENERAL COUNSEL'S ADVISOR

The advisors at the General Counsel are the basic employees with the widest competence. Thus, they carry out the tasks of the General Counsel's specified in the article 4 of the Act. These tasks include:

- sole representation of the Treasury in the Supreme Court;
- representation of the Treasury in common and arbitration courts;
- representation of government administration bodies in common courts and the Supreme Court;
- representation of the Treasury, state organizational units without legal personality or government administration in before administrative courts;
- representation of the Republic of Poland in courts, tribunals and other bodies adjudicating in international relations;
- presenting to common courts, administrative courts, the Supreme Court, the Constitutional Court views relevant to cases;
- preparing, at the request of the Prime Minister, reports, analyzes and positions covering legal issues, in particular regarding draft normative acts, legal actions carried out by state entities, as well as court judgments in cases concerning the Republic of Poland;

¹⁰ On the requirements for foreign lawyers to pursue the legal profession in Poland see: Tomaszewski, R. *Prawnicy zagraniczni jako uczestnicy profesjonalnego obrotu prawnego w Polsce*, pp. 53-72.

¹¹ Detailed requirements in this respect have been regulated in art. 24 of the Act of 6th July 1982 on Legal Councils (consolidated text of the Journal of Laws of 2020, item 75, and in articles 65 and 66 of the Act of 26th May 1982, the Law on the attorneys - consolidated text Official Journal from 2019, items 1513.) See: OKOŃ, M. *Wpis na listę radców prawnych*, pp. 25-42.

¹² DUBOWIK, A. *Dodatkowe zatrudnienie i inne zajęcia pracowników sfery publicznej*, pp. 15-23; Mikołajewicz, M. *Odpowiedzialność odszkodowawcza adwokata w zależności od formy wykonywanego zawodu*, pp. 165-192.

- issuing opinions on draft normative acts regarding significant rights and interests of the Republic of Poland, including the State Treasury, and judicial authorities, as well as regulating proceedings before courts, tribunals and other adjudicating bodies;
- issuing legal opinions;

The spectrum of rights and powers of the advisors of the General Counsel is extremely wide. When developing and studying the organization and functioning of this type of institution in other European countries, I must say that such a wide range of powers is not found. Most often, these are powers to represent the rights and legal interests of the state treasury in common courts.

4. WHAT IS THE STATUS OF A LEGAL ADVISOR OF GENERAL COUNSEL OFFICE?

After discussing the different way and method of recruiting the advisors to General Counsel Office from other legal professions in Poland as well as different qualifications which such candidates for advisors to General Counsel Office must have and their competences, it is necessary to give a hint to the question: who are therefore the advisors to the General Counsel Office?

An advisor to the General Counsel Office is not a typical attorney or legal advisor, although he or she practices the profession like a attorneys or legal advisors. Because of the form of employment, the form of practicing the profession and competence, the advisor to the General Counsel Office is rather an official or a state officer with very broad competences. In some respects, however, he or she is even similar to a judge. In accordance with the article 51 paragraph 2 of the Act, the advisers to the General Counsel Office are independent in the performance of their duties, similarly to judges. They are guided by law, experience, legal knowledge (the article 51, paragraph 1) as well as the codes of good practice (the article 51, paragraph 3). Although this independence has some limitations. In the article 52, paragraph 1 of the Act, the legislator decided that the advisors carry out the instructions of their superiors regarding the content of the activities. In this case, however, the advisor may request a written order. The judges are not subject to such practice, because in accordance to the article 9b of the Act of 27th July 2001 - the law on the structure of common courts, judges are independent¹³. This provision is an emanation of the constitutional principle of judicial independence enshrined in the article 177, section 1 of the Constitution of the Republic of Poland.

5. FINAL CONCLUSIONS

The Polish specificity of shaping legal professions has created not two, but three legal professions. In addition to attorneys and legal advisers, a third professional group was created, i.e. the advisers of the General Counsel to the Republic of Poland. The scope of their competence is much broader than that of other lawyers - attorneys and legal advisers. Certain activities are reserved for their exclusive competence, such as exclusively representing the interests of the Treasury before the Supreme Court.

A group of lawyers shaped in this way is not found in other European countries. The Polish solution is undoubtedly a precursor. And here the question arises about the effectiveness of this solution. An analysis of the annual reports that are published by the General Counsel to the Republic of Poland shows that the advisors of General Counsel win over 90% of cases in which they represent the legal interests of the Polish Treasury. This is a very high efficiency, not found in other legal professions. It can therefore be concluded that the Polish solution to protect the law and legal interests of the State Treasury is extremely effective and perhaps worth following in the solutions of other countries.

BIBLIOGRAPHY

AGUDO RUIZ, A.: *El advocatus fisci en Derecho romano*. Madrid: Universidad de la Rioja, 2006. 152 pages. ISBN 84-9772-92108.

¹³ OFFICIAL JOURNAL from 2019, item 52 - consolidated text. See: HAYDUK-HAWRYŁAK, I. KOŁECKI, B. WIEKLIŃSKA, A. *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, s. 62; CHMAJ, M. *Opinia prawna na temat zgodności z Konstytucją RP ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy*, p. 2 s.; SIELSKI, K. *Niezależność sądów i niezawisłość sędziów-przywilej czy gwarancja poszanowania praw człowieka?*, pp. 305-312.

- BEREZA A. (ed.): Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania. 2nd edition. Warszawa: Ośrodek Badań, Studiów i legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych, 2015. 592 pages. ISBN 978-83-941028-7-6.
- CHMAJ, M. Opinia prawna na temat zgodności z Konstytucją RP ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (druk senacki No 1283). In: *Opinie i Ekspertyzy 2011*, No OE-174.
- DUBOWIK, A.: Dodatkowe zatrudnienie i inne zajęcia pracowników sfery publicznej. In: *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, 2005, no. 10, pp. 15-23.
- GARLIŃSKI, W.: Tradycja i postęp w instytucji Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej. In: *Teka Komitetu Prawa – OL PAN*, 2008, pp. 54-69.
- HAYDUK-HAWRYLAK, I. KOŁECKI, B. WIEKLIŃSKA, A.: Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz. 3rd edition. Warszawa: C.H. Beck 2018. 614 pages. ISBN 978-83-812-8161-4.
- LAMBRINI, P.: In tema di „advocatus fisci” nell’ordinamento Romano. In: *SDHI 1993*, no. 59, pp. 325-336.
- MIKOŁAJEWICZ, M.: Odpowiedzialność odszkodowawcza adwokata w zależności od formy wykonywanego zawodu. In: *Studia Iuridica Toruniensia 2009*, no 5, pp. 165-192.
- OKOŃ, M.: Wpis na listę radców prawnych. Wybrane zagadnienia na tle stosowania Kodeksu postępowania administracyjnego. In: *Radca Prawny. Zeszyty Naukowe*, 2017, no. 1, pp. 25-42.
- SIELSKI, K.: Niezależność sądów i niezawisłość sędziów-przywilej czy gwarancja poszanowania praw człowieka? In: *Studia i Materiały Wydziału Zarządzania i Administracji Wyższej Szkoły Pedagogicznej im. Jana Kochanowskiego w Kielcach*, no. 21.2, vol. 1: *Rozwój zrównoważony-inkluzywna gospodarka i społeczeństwo w wymiarach regionalnym, krajowym i globalnym*, Kielce 2017, pp. 305-312.
- SITEK, B.: Austriacka Prokuratura Skarbu (Finanzprokuratur), part I: Historia i struktura Urzędu. In: *Roczniki Nauk Prawnych 2016*, no. 26.2, pp. 177-190.
- SITEK, B.: Avvocatura dello stato – Rzecznik Generalny ds. ochrony praw i interesów państwa. Bezpieczeństwo ochrony praw i interesów państwa włoskiego. IN: *Journal of Modern Science 2015* np. 4/27, pp. 127-146.
- TOMASZEWSKI, R.: Prawnicy zagraniczni jako uczestnicy profesjonalnego obrotu prawnego w Polsce. In: *Roczniki Nauk prawnych*, 2012, vol. 22, no 2, pp. 53-72.
- WOŹNICKI J. (ed.): *Prawo o szkolnictwie wyższym. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2019. 152 pages 1268. ISBN 978-83-8160-887-9.

NEZÁVISLÝ ADVOKÁT AKO NEVYHNUTNOSŤ FUNGOVANIA PRÁVNEHO ŠTÁTU

Ondrej Laciak

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta a Slovenská advokátska Komora

Abstrakt: Tento príspevok analyzuje postavenie advokáta v právnom štáte.

Kľúčové slová: advokát, právny štát.

Abstract: This paper analyzes a position of an attorney in a state of rule of law.

Key words: attorney, state of rule of law.

1 ÚVOD

V spoločnosti, ktorá je založená na úcte k demokracii a právnemu štátu, plní advokát osobitnú úlohu. Jeho povinnosti sa neobmedzujú len na dôsledný výkon toho, na čo bol poverený v rozsahu zákona. Musí slúžiť záujmom spravodlivosti a záujmom tých, ktorých práva a slobody mu boli v dôvere zverené na uplatňovanie a obhajobu. Je povinnosťou advokáta nielen presadzovať vec klienta a zastupovať ho, ale zároveň byť jeho poradcom. Úcta k odbornej funkcii advokáta je nevyhnutnou podmienkou existencie demokratického a právneho štátu v spoločnosti.¹

2 ADVOKÁT

Advokácia pomáha uplatňovať ústavné právo fyzických osôb na obhajobu a chrániť ostatné práva a záujmy fyzických osôb a právnických osôb v súlade s Ústavou Slovenskej republiky, ústavnými zákonmi, so zákonmi a s inými všeobecne záväznými právnymi predpismi. Výkon advokácie je zastupovanie klientov v konaní pred súdmi, orgánmi verejnej moci a inými právnymi subjektmi, obhajoba v trestnom konaní, poskytovanie právnych rád, spisovanie listín o právnych úkonoch, spracúvanie právnych rozborov, správa majetku klientov a ďalšie formy právneho poradenstva a právnej pomoci, ak sa vykonáva sústavne a za odmenu.² V spoločnosti, kde úcta k demokracii a právu je jedným z najdôležitejších ústavných princípov, má advokát nezastupiteľné postavenie, pretože existencia slobodného a nezávislého advokátskeho povolania je základným prostriedkom ochrany ľudských práv a slobôd proti moci štátu. Advokát musí slúžiť veci spravodlivosti a tým, ktorí ho poverili obhajobou alebo zastupovaním. Povinnosti advokáta vyplývajúce z výkonu povolania sa neobmedzujú len na povinnosti upravené zákonom. S výkonom povolania advokáta sa nerozlučne spája škála etických povinností voči klientom a voči súdom a orgánom, pred ktorými advokát presadzuje záujmy svojho klienta, alebo pred ktorými koná v jeho mene.³

V zmysle § 2 ods. 2 zákona č. 586/2003 Z. z. o advokácii v znení neskorších predpisov je advokát pri poskytovaní právnych služieb nezávislý, je viazaný všeobecne záväznými právnymi predpismi a v ich medziach príkazmi klienta. Advokátske povolanie je slobodné povolanie, ktoré možno vykonávať len podľa tohto zákona.

¹ Etický kódex CCBE pre európskych advokátov, článok 1.1.

(https://www.sak.sk/web/sk/cms/document/61/section/235/___docList___/rows/766/attr/name/preview)

² § 1 ods. 1, 2 zákona č. 586/2003 Z. z. o advokácii v znení neskorších predpisov.

Pozri k tomu aj OLEJ, J., KERECMAN, P., KALATA, P. a kol.: Zákon o advokácii. Komentár. C.H.Beck, 2013, ISBN: 978-80-89603-11-4.

³ Advokátsky poriadok Slovenskej advokátskej komory schválený konferenciou advokátov 10. júna 2017.

V prípade, ak by advokát v rámci svojej činnosti nebol slobodný, nebolo by tak možné hovoriť o nezávislej justícii v jej širšom slova zmysle. V prípade, ak by bol advokát viazaný aj iným faktorom, ako platným právom a pokynmi klienta (ktoré by rovnako mali byť len *lege artis* rešpektujúc pritom etický výkon advokácie), napríklad pokynom člena politickej strany, alebo ak by bol advokát súčasťou štátneho aparátu (teda ak by výkon advokácie bol činnosťou štátnych úradníkov), nešlo by o nezávislosť advokáta.

3 POSTAVENIE ADVOKÁTA V PRÁVNOM ŠTÁTE

Predpokladom demokratického právneho štátu sa stáva výkon moci v medziach práva a na základe práva. Limitovanie štátnej moci však nie je jediným atribútom jeho existencie, čo môžeme odvodiť zo vzťahu viazanosti, závislosti na spoločnosti. V procese nazerania na hlavné kritériá právneho štátu je nevyhnutné zväžiť aj mieru predmetného obmedzenia, ktoré by nemalo zachádzať do extrémnych rovín. V snahe o vyvarovanie sa totalitnej spoločnosti, či dokonca anarchii, prípadne štátnemu etatizmu, je dôležitý práve cieľ rovnomerného vyváženia moci a práva.⁴ Podľa čl. 1 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky *Slovenská republika je zvrchovaný, demokratický a právny štát*. Absolútnym základom interpretácie a aplikácie čl. 1 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky je presadenie koncepcie materiálneho, nie formálneho právneho štátu.⁵

Ústavný súd Slovenskej republiky vymedzil realie právneho štátu v náleze I. US 17/1999 nasledovne: „V právnom štáte, v ktorom sú ako neoddeliteľné súčasťou iných stesnené také princípy, ako sú právna istota a spravodlivosť (princíp materiálneho právneho štátu), čo možno spoľahlivo vyvodit' z čl. 1 ústavy, sa osobitný dôraz kladie na ochranu tých práv, ktoré sú predmetom jej úpravy. Povinnosťou všetkých štátnych orgánov je zabezpečiť reálnu možnosť ich uplatnenia tými subjektmi, ktorým boli priznané.“

Pokiaľ diskutujeme o právnom štáte, je na mieste uviesť aj zoznam kritérií právneho štátu, ktoré boli formulované Európskou komisiou pre demokraciu prostredníctvom práva (Benátska komisia) v roku 2016:

- zákonnosť implikujúca transparentný, zodpovedný, demokratický a pluralistický postup prijímania zákonov,
- právna istota,
- zákaz svojvôle výkonnej moci,
- účinná súdna ochrana nezávislými a nestrannými súdmi, účinné súdne preskúmanie,
- dodržiavanie základných práv,
- del'ba moci,
- rovnosť pred zákonom.

S pozíciou a úlohou advokátov bezo sporu súvisí kritérium „právnej istoty“, „zákazu svojvôle výkonnej moci“, ako aj s kritériom „účinnnej súdnej ochrany“, „dodržiavania základných práv“ a „rovnosti pred zákonom“.

Podľa Článku 47 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky má každý právo na právnu pomoc v konaní pred súdmi, inými štátnymi orgánmi alebo orgánmi verejnej správy od začiatku konania, a to za podmienok ustanovených zákonom. Toto právo možno a v danom prípade aj treba interpretovať tak, že právo na právnu pomoc sa priznáva vždy, keď sa rozhoduje o právnom postavení oprávnenej osoby. Predmetné právo priznané článkom 47 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky sa realizuje práve prostredníctvom advokáta a práve realizácia tohto práva je významným prvkom fungovania právneho štátu.⁶ V uznesení Ústavného súdu I. US 58/2001 sa uvádza: *Právo na právnu pomoc podľa*

⁴ CHOVANCOVA, J.: *K princípom právneho štátu*. In.: *Princípy v práva*. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie. Paneurópska vysoká škola. SAP – Slovak Academic Press s.r.o., Bratislava 2015. S. 54.

⁵ DRGONEC, J.: *Ústava Slovenskej republiky – Komentár*. Heuréka, 2007. ISBN: 80-89122-38-0. S. 31.

⁶ V aplikačnej praxi bolo možné badať rôzne situácie, kde či v rámci trestného konania, správneho konania alebo aj v iných oblastiach, v menšej alebo väčšej miere prišlo k istým náznakom obmedzenia

čl. 47 ods. 2 ústavy zodpovedá povinnosť štátneho orgánu alebo orgánu verejnej správy vytvoriť podmienky pre dostupnosť právnej pomoci, a to v rozsahu konania pred príslušným orgánom (mutatis mutandis [II. ÚS 60/98](#)).

Kľúčovými princípmi postavenia a fungovania advokáta v európskom priestore podľa Charty kľúčových princípov európskej advokácie prijatej plenárnym zhromaždením CCBE (Rada advokátskych komôr Európy - The Council of Bars and Law Societies of Europe - Le Conseil des barreaux européens) dňa 25. novembra 2006 sú:

- a) nezávislosť advokáta a sloboda advokáta pri zastupovaní klienta,
- b) právo a povinnosť advokáta zachovávať mlčanlivosť o veciach klientov a rešpektovať profesijné tajomstvo,
- c) predchádzanie konfliktu záujmov medzi rôznymi klientmi navzájom alebo medzi klientom a advokátom,
- d) zachovávanie dôstojnosti a cti advokátskeho povolania, bezúhonnosti a dobrej povesti každého advokáta,
- e) lojalnosť vo vzťahu ku klientovi,
- f) spravodlivé zaobchádzanie s klientmi vo veciach odmeny za právne služby,
- g) odborná spôsobilosť advokáta,
- h) úcta k ostatným kolegom advokátom,
- i) úcta k demokracii, právnemu štátu a k výkonu spravodlivosti a
- j) samoregulácia advokátskeho povolania.

Princíp (a) – Nezávislosť advokáta a sloboda advokáta pri zastupovaní klienta:

Pri výkone svojej činnosti a pri poskytovaní rád klientovi a jeho zastupovaní musí byť advokát nezávislý - politicky, ekonomicky aj po intelektuálnej stránke. Znamená to, že musí byť nezávislý od štátu a iných dôležitých záujmov, ako aj od neprimeraného vplyvu a tlaku svojich obchodných spoločníkov. Ak má požívať dôveru tretích strán a súdu, musí zostať nezávislý aj od klienta samotného. Bez nezávislosti od klienta nemožno zaručiť kvalitu práce advokáta. Advokát vykonáva slobodné povolanie a slobodný charakter povolania pomáha udržiavať nezávislosť, pričom advokátske komory plnia významnú úlohu pri presadzovaní a zabezpečovaní nezávislosti advokátov. Podstatnou oporou nezávislosti každého advokáta je samoregulácia povolania. S tým súvisí aj skutočnosť, že v spoločnostiach, v ktorých nevládne sloboda, je advokátom zabraňované hájiť záujmy klienta a môžu čeliť väzbe či dokonca ohrozeniu života za výkon svojho povolania.

Princíp (b) – Právo a povinnosť advokáta zachovávať mlčanlivosť o veciach klientov a rešpektovať profesijné tajomstvo

Podstatou výkonu advokácie je skutočnosť, že klient by sa mal zdôveriť svojmu advokátovi s vecami, ktoré nepovie nikomu inému. Mal by mu dôverovať natoľko, že mu zverí najšúkromnejšie detaily alebo najcennejšie obchodné tajomstvá. Advokát by mal prijímať informácie klienta ako dôverné. Bez istoty zachovania mlčanlivosti mu klient nemôže dôverovať. Charta podčiarkuje dvojité povahy tohto princípu – zachovávanie mlčanlivosti nie je len povinnosťou advokáta, ale aj základné ľudské právo klienta. Komunikácia medzi klientom a advokátom nesmie byť zneužitá v neprospech klienta.

predmetného práva. Ako príklad môžeme uviesť situácie, keď v trestnom konaní prišiel na výsluch so svedkom advokát a policajt realizujúci výsluch účasť advokáta svedka namietal a advokáta na výsluch nepripustil. Po viacerých obdobných právne rozpačitých situáciách rozhodol aj Ústavný súd Slovenskej republiky v náleze I. ÚS 248/07, v ktorom konštatoval nasledovné: „K porušeniu práva zakotveného v čl. 47 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky na právnu pomoc v konaní dôjde postupom polície, ak sťažovateľovi neumožní, aby ním zvolený advokát bol prítomný pri jeho výsluchu ako svedka. Z ústavnoprávneho hľadiska nie je žiaden dôvod, aby svedok na rozdiel od osoby podávajúcej vysvetlenie nemal právo na právnu pomoc podľa čl. 47 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky. Prítom v žiadnom prípade nejde o to, aby orgán činný v trestnom konaní mal povinnosť zaistiť advokáta v každom prípade alebo odkladať vykonanie svedeckej výpovede preto, že si svedok praje mať pri výsluchu svojho advokáta, ale len o povinnosť toto zastúpenie umožniť. Je preto vecou svedka, či sa rozhodne prísť na podanie svedeckej výpovede v sprievode svojho právneho zástupcu či sám.“ (Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. I. ÚS 248/07 z 3. júla 2008)

V niektorých vnútroštátnych poriadkoch je právo zachovávať mlčanlivosť vnímané ako výsada klienta, zatiaľ čo v iných môže byť obsahom profesijného tajomstva to, že advokát zachováva mlčanlivosť o skutočnostiach, ktoré sa dozvedel pri komunikácii so svojím klientom, voči advokátovi druhej strany, na báze dôvernosti. Princíp b) v sebe zahŕňa všetky podoby tohto konceptu – mlčanlivosť, profesijné tajomstvo i dôvernosť informácií. Pod tento princíp sa subsumuje aj povinnosť advokáta zachovávať mlčanlivosť po skončení zastupovania.

Princíp (c) – Predchádzanie konfliktu záujmov medzi klientmi navzájom alebo medzi klientom a advokátom

Advokát sa musí v snahe o riadny výkon svojho povolania vyhýbať konfliktu záujmov. Advokát nesmie zastupovať dvoch klientov v jednej veci, ak hrozí konflikt ich záujmov. Rovnako sa musí vyhnúť zastupovaniu nového klienta, ak sa o ňom dozvedel dôverné informácie od svojho bývalého alebo súčasného klienta. Nemôže prevziať zastupovanie v prípade hrozby konfliktu záujmov medzi ním a klientom. Ak konflikt záujmov vznikne počas zastupovania, advokát musí zastúpenie skončiť. Z vyššie uvedeného vyplýva, že tento princíp je úzko prepojený na princípy b) mlčanlivosti, a) nezávislosti a e) lojálnosti.

Princíp (d) – Zachovávanie dôstojnosti a ctí advokátskeho povolania, bezúhonnosti a dobrej povesti každého advokáta

Advokát sa musí správať tak, aby si získal dôveru klientov, tretích strán, súdov aj štátu. Má dbať na zachovanie vlastnej dobrej povesti a dobrej povesti samotnej profesie, ako aj dbať na udržanie dôvery verejnosti v advokátske povolanie. Nemusí byť dokonalým jedincom, ale pri poskytovaní právnych služieb, pri podnikaní a aj v súkromí sa má vyhýbať nevhodnému správaniu, ktoré je spôsobilé ohroziť vážnosť advokácie. Konanie, ktoré je v rozpore so zásadami slušného správania, môže viesť k postihom, v najhoršom prípade k vyčiarknutiu zo zoznamu advokátov.

Princíp (e) - Lojálnosť vo vzťahu ku klientovi

Lojálnosť vo vzťahu ku klientovi je podstatou úlohy advokáta. Klient musí advokátovi dôverovať ako svojmu poradcovi a zástupcovi. S cieľom zachovať lojálnosť vo vzťahu ku klientovi musí byť advokát nezávislý (viď princíp a), vyhýbať sa konfliktu záujmov (viď princíp c) a zachovávať mlčanlivosť (viď princíp b). Najcitlivejšie problémy profesionálneho správania môžu prameniť zo vzájomného vzťahu princípu lojálnosti ku klientovi a ďalších povinností advokáta - princíp d) (dôstojnosť a česť), princíp h) (úcta k ostatným kolegom) a najmä princíp i) (úcta k demokracii, právnomu štátu a riadnemu výkonu spravodlivosti). Zachovávanie lojálnosti ku klientovi sa však vždy chápe v medziach rešpektovania právneho poriadku. Advokát musí klienta poučiť, že v mene klienta nemôže konať nečestne na úkor svojich povinností voči súdom a na úkor výkonu spravodlivosti.

Princíp (f) - Spravodlivé zaobchádzanie s klientmi vo veciach odmeny za právne služby

Advokát musí klienta v plnom rozsahu oboznámiť s podrobnosťami účtovanej odmeny. Jeho odmena musí byť spravodlivá, primeraná a v súlade so zákonom a so zásadami výkonu povolania. Hoci advokátske poriadky (a princíp c) tejto Charty) zdôrazňujú význam predchádzania konfliktu záujmov medzi klientom a advokátom, otázka odmeny advokáta môže byť príčinou vzniku tohto konfliktu. Tento princíp poukazuje na potrebu profesijnej regulácie s cieľom zabrániť účtovaniu odmien neprimeranej výšky.

Princíp (g) - Odborná spôsobilosť advokáta

Advokát jednoznačne nemôže efektívne radiť klientovi ani ho zastupovať, pokiaľ nemá primerané odborné vzdelanie a skúsenosti. V ostatnej dobe ďalšie vzdelávanie naberá na význame v reakcii na rýchle zmeny v práve a vo výkone povolania, ako aj s prihliadnutím na technologické a ekonomické prostredie. Advokátske poriadky často zdôrazňujú, že advokát sa nesmie ujať prípadu, ak mu chýbajú schopnosti na jeho zvládnutie.

Princíp (h) - Úcta k ostatným kolegom advokátom

Tento princíp nepoukazuje iba na potrebu slušnosti, hoci tá je takisto veľmi dôležitá v citlivých a sporných záležitostiach, v ktorých advokáti vystupujú v mene svojich klientov. Vzťahuje sa aj na úlohu advokáta ako sprostredkovateľa. Klient ho vníma ako osobu, na ktorú sa môže spoľahnúť, ktorá nezavádza, dodržiava ustanovenia advokátskeho poriadku a plní sľuby. Riadny výkon spravodlivosti vyžaduje, aby sa advokáti voči sebe

navzájom správali úctivo a sporné veci riešiť civilizovaným spôsobom. Konanie v dobrej viere medzi advokátmi navzájom bez akéhokoľvek podvádzania je vo verejnom záujme. Vzájomná úcta medzi

kolegami prispieva k riadnemu výkonu spravodlivosti, pomáha pri riešení sporov dohodou a je v záujme klienta.

Princíp (i) - Úcta k demokracii, právnemu štátu a k výkonu spravodlivosti

Charakterizovali sme úlohu advokáta, ktorou je zúčastňovať sa na riadnom výkone spravodlivosti. Podobná myšlienka sa skrýva aj za označeniami advokáta ako „nástroja spravodlivosti“. Advokát nesmie nikdy vedome poskytnúť súdu nepravdivé alebo zavádzajúce informácie, ani klamať tretej strane. Tento zákaz sa často dostáva do rozporu s bezprostrednými záujmami klientov a vyriešenie tohto zdanlivého konfliktu medzi záujmami klienta a záujmami spravodlivosti predstavuje delikátny problém, ktorý je advokát vďaka odbornej príprave schopný riešiť. So žiadosťou o pomoc sa môže obrátiť aj na advokátsku komoru. Len vtedy môže úspešne zastupovať klienta, ak sa súd a tretia strana nášho môžu spoľahnúť ako na sprostredkovateľa a aktívneho účastníka pri výkone spravodlivosti.

Princíp (j) - Samoregulácia advokátskeho povolania

Jedným z charakteristických znakov nedemokratických spoločností je situácia, kedy štát (verejne alebo inak) kontroluje advokátsku profesiu a činnosť advokátov. Väčšina európskych advokátskych profesií uznáva kombináciu štátnej regulácie a samoregulácie. V mnohých prípadoch štát, uvedomujúc si dôležitosť kľúčových princípov, prijíma legislatívne opatrenia na ich ochranu – napríklad formou zakotvenia mlčanlivosti v zákone alebo udelením oprávnenia komorám na prijímanie stavovských predpisov. Iba silný prvok samoregulácie môže garantovať nezávislosť advokátov vo vzťahu k štátu a že bez garancie nezávislosti nedokážu advokáti splniť úlohu dôveryhodných poradcov a zástupcov jednotlivcov a spoločností, ktorých záujmy často môžu ohroziť záujmy štátu, alebo byť s nimi v rozpore.⁷ V podmienkach Slovenskej republiky je samoregulácia advokátskeho povolania realizovaná prostredníctvom Slovenskej advokátskej komory, ktorá pôsobí aj ako garant dodržiavania povinností advokátmi, ako aj etického výkonu advokácie jej členmi, advokátmi. Disciplinárny poriadok Slovenskej advokátskej komory schválený konferenciou advokátov dňa 10. júna 2017 upravuje procesný postup v prípade, ak je na advokáta podaná sťažnosť, ako aj sústavu orgánov, ktoré prejednávajú sťažnosti proti advokátom – Revízná komisia, Disciplinárna komisia (a disciplinárne senáty) a odvolacia disciplinárna komisia (a jej senáty).

Ako častokrát nahľadanie zdravého postavenia advokáta v právnom štáte a bohužiaľ nezriedka aj dehonestácia práce advokátov je možné badať v médiách v prípadoch, keď advokáti zastupujú, či obhajujú klientov, ktorí sú z takých alebo onakých dôvodov v nevoli médií. Nie je neobvyklé, keď dokonca zaznievajú formulácie v médiách vo forme morálneho odsudzovania advokátov, že vzali, zastupujú alebo obhajujú toho-ktorého klienta, ktorý je možno aj právom stíhaný či žalovaný, ale vždy má priznané právo na právnu pomoc, či právo na obhajobu. Ako maximálne nepochopenie postavenia a úlohy advokáta v právnom štáte je jeho stotožňovanie s klientom alebo dokonca s prejednaným prípadom, čo výslovne zakazujú aj Základné pravidlá úlohy advokátov prijaté 8. Kongresom OSN Na prevenciu kriminality a zaobchádzania s páchatelmi.⁸

Bez plnohodnotného uplatnenia práva na právnu pomoc, práva na obhajobu, teda bez priznania všetkých práv, nemožno očakávať dosiahnutie spravodlivosti. Inými slovami, bez plnohodnotnej realizácie práva na spravodlivý proces, nemôžeme v žiadnom smere hovoriť o fungujúcom právnom štáte.

4 ZÁVER

Je možné konštatovať, že plnohodnotná možnosť uplatňovania ústavných práv fyzických a právnických osôb na obhajobu a chránenie ostatných práv a záujmov fyzických osôb a právnických

⁷ Charta kľúčových princípov európskej advokácie prijatej plenárnym zhromaždením CCBE (Rada advokátskych komôr Európy - The Council of Bars and Law Societies of Europe - Le Conseil des barreaux européens) prijatá dňa 25. novembra 2006 (https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_CoC/SK_DEON_CoC.pdf)

⁸ „Lawyers shall not be identified with their clients or their clients' causes as a result of discharging their functions.“ Bod 18. „Basic Principles on the Role of Lawyers“, prijatá 8. Kongresom OSN Na prevenciu kriminality a zaobchádzania s páchatelmi, Havana, Cuba 27 August - 7 September 1990.

osôb v súlade s Ústavou Slovenskej republiky, ústavnými zákonmi, so zákonmi a s inými všeobecne záväznými právnymi predpismi prostredníctvom advokáta je jedným z nepochybných symptómov fungujúceho demokratického právneho štátu (rule of law). Toto možno plnohodnotne realizovať, ale iba za podmienky súladu postavenia a pôsobenia advokáta s kľúčovými princípmi postavenia a fungovania advokáta v európskom priestore v zmysle Charty kľúčových princípov európskej advokácie prijatej plenárnym zhromaždením CCBE.

Použitá literatúra:

DRGONEC, J.: Ústava Slovenskej republiky – Komentár. Heuréka, 2007. ISBN: 80-89122-38-0.
CHOVANCOVA, J.: *K princípom právneho štátu*. In.: *Princípy v práva*. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie. Paneurópska vysoká škola. SAP – Slovak Academic Press s.r.o., Bratislava 2015.
OLEJ, J., KEREČMAN, P., KALATA, P. a kol.: Zákon o advokácii. Komentár. C.H.Beck, 2013, ISBN: 978-80-89603-11-4
Charta kľúčových princípov európskej advokácie prijatej plenárnym zhromaždením CCBE (Rada advokátskych komôr Európy - The Council of Bars and Law Societies of Europe - Le Conseil des barreaux européens) prijatá dňa 25. novembra 2006
(https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_CoC/SK_DEON_CoC.pdf)
Etický kódex CCBE pre európskych advokátov
(https://www.sak.sk/web/sk/cms/document/61/section/235/___docList_/rows/766/attr/name/preview)
Advokátsky poriadok Slovenskej advokátskej komory schválený konferenciou advokátov 10. júna 2017
zákon č. 586/2003 Z. z. o advokácii v znení neskorších predpisov

Kontaktné údaje:

Doc. JUDr. Ondrej Laciak, PhD.
e-mail: ondrej.laciak@flaw.uniba.sk
Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave
Šafárikovo nám. 6
811 00 Bratislava
Slovenská republika



BRATISLAVA LEGAL FORUM
BRATISLAVSKÉ PRÁVNICKÉ FÓRUM

2020

