



MOCR0053RQB

SEKCE STÁTNÍHO TAJEMNÍKA MINISTERSTVA OBRANY

náměstí Svobody 471/4, Praha 6 – Bubeneč, PSČ 160 01, datová schránka hjyaaavk

Čj. MO 65164/2017-7542

Počet listů: 8

Schvaluji
státní tajemník
v Ministerstvu obrany
Ing. Petr Vančura

Praha 6. dubna 2017

M E T O D I K A

**k postupu služebních orgánů při udělování souhlasu s výdělečnou činností
vojáků z povolání
(aktualizováno k 15. březnu 2017)**

Podle ustanovení § 47 zákona č. 221/1999 Sb., o vojácích z povolání, (dále jen „zákon o vojácích z povolání“):

„(1) Voják může výjimečně vykonávat výdělečnou činnost pouze s písemným souhlasem služebního orgánu, neovlivní-li tato činnost výkon jeho služby nebo jiný důležitý zájem ozbrojených sil.

(2) Služební orgán může udělený souhlas písemně odvolat. V odvolání souhlasu je služební orgán povinen uvést důvody změny svého rozhodnutí. Voják je pak povinen bez zbytečného odkladu výdělečnou činnost skončit způsobem vyplývajícím pro její skončení z příslušných právních předpisů.

(3) Voják smí vykonávat činnost vědeckou, pedagogickou, publicistickou, literární nebo uměleckou a správu vlastního majetku.

(4) Voják nesmí vykonávat činnost odpovědného zástupce podle zvláštních právních předpisů^{9a)} ani být členem statutárních nebo kontrolních orgánů právnických osob, které provozují podnikatelskou činnost, s výjimkou členství ve statutárních nebo kontrolních orgánech nestavebních bytových družstev zřízených ke správě bytového fondu, a právnických osob a organizačních složek státu, jejichž zřizovatelem nebo zakladatelem je ministerstvo nebo jiný správní úřad.“

Ustanovení § 47 je realizací ústavního zmocnění uvedeného v čl. 44 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“), které mimo jiné stanoví, že zákon může příslušníkům ozbrojených sil omezit právo na podnikání a jinou hospodářskou činnost, která je obecně pod ochranou čl. 26 Listiny. Pokud tedy zákonodárce přistoupil k uvedené zákonné úpravě v mezích ústavní výjimky, stanovil meze pro omezení práva vojáků z povolání (dále jen „voják“) uplatňovat jejich hospodářská práva. Současně však stanovil alespoň základní meze správního uvážení pro služební orgány, které souhlas s jinou výdělečnou činností udělují.

Vysvětlení pojmů

Výdělečná činnost – je velmi obecným pojmem zahrnujícím jak závislou činnost konanou v pracovním nebo obdobném poměru, tak nezávislou hospodářskou činnost, zejména činnost živnostenskou. Není rozhodující jaký je právní vztah předmětné činnosti, na jehož základě je výdělečná činnost vykonávána. Jedná se tedy o jakékoliv ujednání (např. dohoda, smlouva) vojáka s fyzickou nebo právnickou osobou, a to i ústní, ze kterého náleží vojákově za jeho činnost odměna – získání majetkového prospěchu. Může jít i o činnost konanou na základě živnostenského oprávnění nebo jiný vztah dle zvláštních právních předpisů.¹ Podstatné a zásadní je, že se nejedná o výkon služby vojáka ve služebním poměru podle jeho služebního zařazení a že za tuto činnost je poskytována odměna nebo je tato činnost konána za účelem zisku, byť ho dočasně nemusí být ani dosaženo. Za výdělečnou činnost pak nebude považováno nahodilé jednání, které jednorázově vedlo k zisku, ale postrádá znaky opakování nebo soustavnosti a hlavní účel směřující k zisku.

Zákonodárce rozdělil fakticky výdělečnou činnost do tří kategorií a k nim stanovil i různé podmínky:

- výkon činnosti odpovědného zástupce podle zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), členství ve statutárních nebo kontrolních orgánech právnických osob, které provozují podnikatelskou činnost (viz citovaný § 47 odst. 4 zákona o vojácích z povolání). **V tomto případě stanovil absolutní zákaz, který nemůže být prolomen ani souhlasem služebního orgánu.** Výjimkou z tohoto zákazu je však členství vojáka ve statutárních nebo kontrolních orgánech nestavebních bytových družstev zřízených ke správě bytového fondu a právnických osob a organizačních složek státu, jejichž zřizovatelem nebo zakladatelem je ministerstvo nebo jiný správní úřad;
- výkon vědecké, pedagogické², publicistické, literární a umělecké činnosti a správy vlastního majetku³ (viz citovaný § 47 odst. 3 zákona o vojácích z povolání), **není souhlas služebního orgánu vyžadován;**
- ostatní výdělečná činnost, která je možná **pouze výjimečně s písemným souhlasem služebního orgánu.**

Výjimečnost výkonu výdělečné činnosti – opět jde o neurčitý pojem, při jehož výkladu musíme vycházet především z jeho jazykového obsahu a postavení příslušného ustanovení v systému zákona a právního řádu jako celku.

Podle slovníku spisovné češtiny znamená pojem „výjimečný“ odchylující se od běžnosti, zvyklosti nebo také zvláštní, mimořádný. Pokud tedy nemá dojít k popření obsahu tohoto pojmu, nemůže být souhlas služebními orgány udělován způsobem, aby se výdělečná činnost stala běžnou, nebo dokonce převažující u většiny vojáků.

Jedinečnost postavení tohoto ustanovení v právním řádu České republiky vyplývá z výše uvedené ústavní výjimky. Zákonodárce ji použil tak, že nestanovil vojákům absolutní zákaz podnikání a jiné hospodářské činnosti, jak je tomu např. u příslušníků bezpečnostních

¹ např. výkon povolání autorizovaných architektů, lékařů, výkon činnosti soudního znalce nebo tlumočníka

² za pedagogickou činnost lze považovat přímý výkon výuky ve všech formách závislé činnosti u vzdělávací instituce, která je součástí vzdělávací soustavy podle zákona č. 561/2004 Sb. školský zákon, ve znění pozdějších předpisů, nebo podle zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách, ve znění pozdějších předpisů

³ za správu vlastního majetku je považována i majetková účast v bytovém družstvu, společnosti s ručením omezeným (ne jako jednatel), vlastnictví akcií, poskytnutí půjčky z vlastních prostředků, pokud nespadá pod zákonnou regulaci

sborů,⁴ ale vyloučil pouze některé činnosti, nebo je podmínil souhlasem nadřízených. K posouzení pojmu výjimečnost je vhodné srovnat výše citovanou právní úpravu platnou pro vojáky s úpravou obsaženou v zákoně č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů. Obecné ustanovení § 304 zákoníku práce, které nemá zvláštní oporu v Listině, řeší pouze určení hranice, kde na sebe naráží základní právo zaměstnance se základním právem zaměstnavatele. Jde tedy v podstatě pouze o řešení konkurenčního rozporu mezi předmětem činnosti zaměstnavatele a jeho zaměstnance. Speciální ustanovení týkající se zaměstnanců státu a samospráv v jejich úřadech (§ 303 odst. 3 až 5 zákoníku práce) pak vylučuje jejich činnost v řídicích orgánech podnikajících právnických osob a zakotvuje předchozí písemný souhlas zaměstnavatele pro vlastní podnikatelskou činnost. Jak v obecné, tak i speciální úpravě pro zaměstnance zákonodárce pojem „výjimečně“ nepoužil.

Srovnáme-li posuzované ustanovení s § 81 zákona č. 234/2014 Sb., o státní službě, můžeme opět konstatovat, že zákonodárce sice vyžaduje souhlas s výkonem jiné výdělečné činnosti státního zaměstnance, ale opět výkon jiné výdělečné činnosti nepovažuje za činnost výjimečnou. Metodicky je služebním orgánům doporučováno, aby při povolování výkonu jiné výdělečné činnosti státního zaměstnance posuzovaly nejen konkurenční střet se službou, ale i překážku s řádným výkonem služby a plněním služebních úkolů, nebo dokonce ke zneužití informací a poznatků, které státní zaměstnanec v průběhu služby získává. To vyplývá z potřeby zajištění zákonného, nezávislého, nestranného a objektivního postupu státního zaměstnance při výkonu služby.⁵

Služební orgán tedy na základě porovnání obdobných ustanovení z jiných služebních nebo pracovních poměrů souhlas s výdělečnou činností vojákovi uděluje zjevně na základě zvážení více hledisek, než je tomu u ostatních závislých činností.

Postup služebního orgánu při řízení o udělení souhlasu s výdělečnou činností

Byť zákon o vojácích z povolání na žádném místě neurčuje, co bude podnětem pro udělení souhlasu služebního orgánu s výdělečnou činností, v praxi se ustálilo, že podkladem pro řízení vedené služebním orgánem je žádost vojáka o udělení souhlasu.

Zvláštní postup může být uplatněn v případě, že nadřízený vojáka, který není jeho příslušným služebním orgánem, hodlá s vojákem uzavřít např. dohodu o provedení práce. I v tomto případě je nezbytné udělit vojákovi příslušným služebním orgánem souhlas s výdělečnou činností. Podnět k udělení tohoto souhlasu by však mohl s kladným vyjádřením vojáka podat i jeho nadřízený. Případně může s vojákem dohodu o konání prací mimo pracovní poměr uzavírat přímo oprávněný služební orgán vojáka a v tomto případě by nemusel existovat ani žádný konkrétní podnět, ale přímo vydání souhlasu ve formě personálního rozkazu.

Za výjimečný je možné považovat postup, kdy služební orgán rozhodne o působení vojáka ve statutárních nebo kontrolních orgánech právnických osob nebo organizační složky státu, jejichž zřizovatelem nebo zakladatelem je ministerstvo nebo jiný správní úřad. V tomto případě voják žádnou žádost nepodává a služební orgán také neuděluje žádný výslovný písemný souhlas s jeho výdělečnou činností. Ten nahrazuje jeho rozhodnutí o personálním zařazení vojáka na služební místo nebo jeho jmenování do orgánu.

⁴ viz § 48 zákona č. 361/2003 Sb.

⁵ Stanovisko k aplikaci § 81 odst. 1 zákona o státní službě sekce pro státní službu Ministerstva vnitra

Písemný souhlas s výkonem výdělečné činnosti uděluje služební orgán, který je stanoven v RMO č. 64/2015 Věstníku Ministerstva obrany *Působnost služebních orgánů v personální práci*.

Z žádosti vojáka zaslané služebnímu orgánu musí být patrný důvod podání, o jakou konkrétní formu výdělečné činnosti se jedná, co bude jejím předmětem, kdy a kde bude vykonávána, v jakém časovém rozsahu a kdo budou adresáti této činnosti. Tyto informace jsou nezbytné k řádnému posouzení žádosti jako podkladu k udělení nebo neudělení souhlasu s výdělečnou činností.

Žádost voják zašle oprávněnému služebnímu orgánu služebním postupem. Nadřízení vojáka, kteří postupují žádost k vyřízení, k ní doplní svoje vyjádření, v němž ze své znalosti podmínek služby vojáka posoudí vhodnost udělení souhlasu. Pokud voják zaslal žádost oprávněnému služebnímu orgánu přímo, vyžádá si tento vyjádření nadřízených k žádosti vojáka.

Služební orgán při udělování souhlasu vychází především ze služebního zařazení vojáka, z jeho popisu služební činnosti a rovněž z charakteru výdělečné činnosti. Při posuzování důležitého zájmu služby je třeba:

1. vyloučit obecné překážky pro udělení souhlasu

- činnosti, u nichž je zákonem stanovený absolutní zákaz (viz citovaný § 47 odst. 4 zákona o vojácích z povolání);
- negativní ovlivnění výkonu služby
 - konkurence – obdoba vyloučení konkurence u žádosti zaměstnance v pracovním poměru. Posuzuje se tedy obsahový, časový a místní souběh výdělečné činnosti a výkonu služby vojáka v konkrétním služebním zařazení. Vyhodnocuje se i možnost zneužití jím využívaného know-how ozbrojených sil a jemu svěřeného majetku státu pro výkon jiné výdělečné činnosti;
 - kolize výkonu výdělečné činnosti ve vztahu k plnění služebních úkolů;

2. vyloučit zvláštní překážky pro udělení souhlasu – vyhodnotit předmět výdělečné činnosti, místo jejího výkonu a adresáty její činnosti z pohledu možného narušení vážnosti a důvěryhodnosti ozbrojených sil a možné narušení povinností vojáka (nezneužívat ve svůj prospěch nebo ve prospěch jiných osob informace získané při výkonu služby a nepřijímat neoprávněné dary nebo jiné výhody v souvislosti s výkonem služby) touto činností;⁶

3. vyhodnotit naplnění výjimečnosti při udělení souhlasu – služební orgán v tomto případě nemá stanovená zákonem jasná kritéria, nemůže však překročit základní hranice svého správního uvážení, které vytváří obecný zájem ozbrojených sil. Musí tedy posoudit především přínos výdělečné činnosti pro zájem ozbrojených sil.⁷

Při posuzování žádosti vojáka o udělení souhlasu s výdělečnou činností však služební orgán nesmí pominout ustanovení § 2 odst. 3 zákona o vojácích z povolání. Služební orgány jsou podle něj povinny zajišťovat rovný přístup a rovné zacházení se všemi vojáky při vytváření podmínek výkonu služby. Zákon jim zakazuje diskriminaci vojáka z důvodu rasy,

⁶ příkladem nevhodné činnosti je např. práce „ochranky“ v tanečních klubech a nočních podnicích nebo výkon pomocných stavebních prací vojáky odborníky i ve vojenských objektech

⁷ význam a užitečnost případně povolené výdělečné činnosti pro službu vojáka a ozbrojené síly jako celek, např. povolení činnosti lékaře v jiném zdravotnickém zařízení, které mu umožní zvýšení erudice a může být naopak vhodně využito praktických zkušeností vojáků pro potřeby rezortu mimo jejich současné služební zařazení

barvy pleti, pohlaví, sexuální orientace, víry a náboženství, národnosti, etnického nebo sociálního původu, majetku, rodu, manželského a rodinného stavu a povinností k rodině, těhotenství nebo mateřství anebo proto, že vojákyně kojí. Služební orgán se proto ve svých úvahách při rozhodování o podmínkách služby vojáků musí vyhnout hodnocení jednotlivých vojáků skrze rozlišující důvody uvedené v předchozí větě. Jejich zohlednění při rozhodování, byť v případě jediného vojáka, zakládá samo o sobě zakázané diskriminační jednání vůči ostatním vojákům. Při posuzování žádostí o udělení souhlasu s výdělečnou činností musí služební orgán, jak je uvedeno výše, vyhodnotit míru zásahu výkonu výdělečné činnosti do výkonu služby vojáka a tím do důležitého zájmu služby. Vojáci své žádosti o udělení souhlasu často odůvodňují svou sociální situací nebo majetkovými poměry. Pokud by služební orgán při jejím posuzování bral v úvahu sociální situaci a majetkové poměry vojáka, postupoval by zcela nepochybně v rozporu s ustanovením § 2 odst. 3 zákona o vojácích z povolání. Nepřípustnost takového postupu zákonodárce sám potvrdil tím, že v některých případech naopak služební orgánům zohlednění sociální situace vojáka příkazuje.⁸ V odůvodnění rozhodnutí by měl být voják o vyloučení sociálních a majetkových důvodů z hodnocení s vysvětlením informován.

Služební orgán se musí zabývat i časovou náročností povolované činnosti. I v případě, že nedochází k časové kolizi mezi plněním služebních úkolů a výkonem výdělečné činnosti, je nepochybné, že bezproblémový výkon služby vojáka vyžaduje i určitou dobu na regeneraci organismu. Služební orgán musí zvážit schopnost regenerace vojáka ve vztahu k náročnosti výkonu služby na služebním místě vojáka, možnosti nařizování služby nad základní týdenní dobu služby. Současně musí vzít v úvahu i fyzickou a psychickou zátěž povolované činnosti. Povoláním výkonu jiné výdělečné činnosti by neměla být ohrožena možnost odpočinku a regenerace sil pro výkon služby.

Po posouzení všech výše uvedených hledisek služební orgán rozhodne o udělení nebo neudělení souhlasu s výdělečnou činností. S účinností od 1. června 2012 má toto rozhodnutí, podle ustanovení § 145a zákona o vojácích z povolání, formu personálního rozkazu.

Rozhodnutí o udělení souhlasu s výkonem jiné výdělečné činnosti musí z hlediska určitosti jasně uvést vymezení povolené výdělečné činnosti z hlediska obsahu a času (jak ve vztahu k době výkonu služby, tak i celkovou průměrnou hodinovou dobu na týden), případně místa nebo dalších podmínek. V odůvodnění personálního rozkazu (v tomto případě není podle odst. 3 uvedeného § 145a vyloučeno) je vhodné uvést, proč s výjimečným výkonem výdělečné činnosti služební orgán vyslovil souhlas. Za příhodné se považuje do odůvodnění zahrnout i poučení o povinnosti vojáka hlásit jakékoli změny v jím vykonávané výdělečné činnosti a také její ukončení.

V případě, že na základě vyhodnocení žádosti vojáka se **rozhodne služební orgán souhlas neudělit**, vydá opět rozhodnutí formou personálního rozkazu. Tento postup vyplývá z ustálení judikatury Nejvyššího správního soudu,⁹ který se vyjadřoval k otázce výjimek ze správního řízení ve vztahu k ústavně zaručeným právům účastníka řízení. Rozšířený senát konstatoval, že každý, *kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen rozhodnutím orgánu veřejné správy, může se obrátit na soud, aby přezkoumal zákonnost takového rozhodnutí, nestanoví-li zákon jinak. Z pravomoci soudu však nesmí být vyloučeno přezkoumávání rozhodnutí týkajících se základních práv a svobod podle Listiny.*

Nejvyšší správní soud konstatoval, že **možnost podání žaloby ve správním soudnictví** není svázána s přesně specifikovanými veřejnými subjektivními hmotnými právy

⁸ např. § 63 o jednorázové peněžité výpomoci v nezaviněné tíživé sociální situaci vojáka

⁹ rozsudek 9 Ads 83/2014 – 46 z 30. září 2015

žalobce, ale s tvrzeným zásahem do právní sféry žalobce. Nejde tedy o to, zda úkon správního orgánu založil, změnil či zrušil práva a povinnosti žalobce, nýbrž o to, zda se – podle tvrzení žalobce v žalobě – negativně projevil v jeho právní sféře. Na projednávaném případě - udělení dotace – pak soud konstatoval, že *nemá-li žadatel o dotaci či návratnou finanční pomoc na její poskytnutí žádný právní nárok, nemůže její poskytnutí legitimně očekávat ve smyslu ochrany ústavního práva na majetek. Skutečnost, že poskytovatel dotace má v takovémto případě široký prostor pro uvážení komu, za jakých podmínek a zda vůbec dotaci poskytne, neznamená, že takovému žadateli bude soudní ochrana zcela odmítnuta.* Z uvedeného závěru vyplývá, že i v případě, kdy voják nemá právní nárok na udělení souhlasu s jinou výdělečnou činností, přesto se může obrátit na správní soud a je pravděpodobné, že soud věc projedná.

Nejvyšší správní soud se totiž v uvedeném rozsudku odvolal na závěr Ústavního soudu, že *pro demokratický právní stát je charakteristický princip právní jistoty, spočívající mimo jiné v tom, že právní pravidla budou jasná a přesná a budou zajišťovat, že právní vztahy a jejich důsledky zůstanou pro adresáty pravidel předvídatelné. Princip právní jistoty je třeba spojit se zákazem svévole. Možnost uvážení státních orgánů musí být proto omezena procedurami, které zabrání zneužití tohoto volného uvážení, přičemž tou nejlepší prevencí i následnou ochranou proti arbitrárnosti je přístup ke spravedlnosti, tedy k soudu, který správní uvážení podrobí soudní kontrole (srov. nálezy ÚS ze dne 16. 6. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 12/14, bod 37).*

Podle Nejvyššího správního soudu případný soudní přezkum negativních rozhodnutí o tzv. „nenárokovém plnění“ *je omezen pouze na posouzení řádného procesu, který garantuje rovnou ochranu práv a rovné zacházení se všemi žadateli za obecným způsobem stanovených podmínek. Zjednodušeně řečeno žadatel nemá právo na „výsledek“, ale na „řádný proces“ s ním související. Ten je určen právními předpisy, podmínkami danými v dokumentech, na které právní tituly poskytnutí dotace odkazují, respektive základními procesními zásadami určujícími postup orgánů veřejné moci v právním státě.*

Právě naplnění postupu uvedeného v této metodice je zárukou dodržení zásady řádného procesu, kdy jednotlivá kritéria pro rozhodování byla stanovena s ohledem na dodržení soudy dovozované správné mantinely správního uvážení. Pokud služební orgán dodrží zde popsany postup, bude velmi jednoduše schopen popsat skutková zjištění, jejich řádné vyhodnocení v rámci svého správního uvážení a následně jako jeho logické vyústění výrok rozhodnutí. Právě uvedené pak i podle Nejvyššího správního soudu v citovaném rozhodnutí vylučuje, aby soudy přezkoumávaly účelnost napadeného rozhodnutí, resp. aby dokonce uvážení správního orgánu nahradily uvážením vlastním ve věci samé, což jim nepřísluší.

Důsledkem uvedených závěrů soudů je tedy doporučení vydat i v případě odmítnutí žádosti o udělení souhlasu s jinou výdělečnou činností řádně odůvodněný personální rozkaz, který svou formou zabezpečí, že v případném soudním řízení správní soud nepřistoupí ke zrušení pro nedostatek formálních náležitostí rozhodnutí a bude se zabývat skutečným hodnocením procesu rozhodování ze strany služebního orgánu.

Odvolání souhlasu služebním orgánem

Služební orgán může podle § 47 odst. 2 zákona o vojácích z povolání svůj písemný souhlas odvolat. Odvolání souhlasu s výkonem výdělečné činnosti musí být písemné (formou personálního rozkazu) a služební orgán musí v odůvodnění uvést důvody, které jej vedly k odvolání souhlasu. Tyto důvody musí být legitimní a je samozřejmé, že výše uvedený

postup posouzení žádosti lze použít ve vazbě na původní odůvodnění udělení souhlasu pro odůvodnění důvodu i pro odvolání souhlasu.

Důvodem pro odvolání může být zjevné překročení hranic povolené výdělečné činnosti, např. výkonem v jiném čase nebo pro jiného zaměstnavatele. Dodatečně mohou být také zjištěny skutečnosti, které služebnímu orgánu nebyly při vydání povolení známy, např. v minulosti řešený případ vojáka, který svou obchodní činnost realizoval provozováním obchodu s oděvy cíleně zaměřenými na extremistické skupiny osob.

V případech, kdy služební orgán neudělí souhlas s výkonem výdělečné činnosti nebo svůj souhlas odvolá, může voják podat proti tomuto postupu odvolání ve lhůtě podle § 145a odst. 6 zákona o vojácích z povolání. Pokud voják podá odvolání proti personálnímu rozkazu o odvolání souhlasu s jinou výdělečnou činností, nemusí po dobu odvolacího řízení činnost přerušit, případně konat kroky k jejímu ukončení.

Zákon o vojácích z povolání, v ustanovení § 47 odst. 2, v případě odvolání udělení souhlasu s jinou výdělečnou činností ukládá vojákovi: „*bez zbytečného odkladu výdělečnou činnost skončit způsobem vyplývajícím pro její skončení z příslušných právních předpisů.*“ Uvedená povinnost vojákovi vzniká, jak vyplývá z výše uvedeného, až nabytím právní moci příslušného personálního rozkazu. Splnění této povinnosti musí služební orgán, například i prostřednictvím nadřízených vojáka, ověřit.

Řešení výkonu výdělečné činnosti vojákem bez souhlasu služebního orgánu

Pokud voják **vykonává jinou výdělečnou činnost v rozporu** s výše citovaným ustanovením § 47 zákona o vojácích z povolání, nastává tím důvod pro jeho propuštění ze služebního poměru podle § 19 odst. 1 písm. j) zákona o vojácích z povolání: „*vykonává výdělečnou činnost bez souhlasu služebního orgánu nebo činnost odpovědného zástupce podle zvláštních právních předpisů, je členem statutárních nebo kontrolních orgánů právnických osob, které provozují podnikatelskou činnost, s výjimkou členství ve statutárních nebo kontrolních orgánech nestavebních bytových družstev zřízených ke správě bytového fondu, a právnických osob a organizačních složek státu, jejichž zřizovatelem nebo zakladatelem je ministerstvo nebo jiný správní úřad.*“

Z dikce ustanovení § 19 odst. 1 zákona o vojácích z povolání: „*voják musí být propuštěn ze služebního poměru, pokud*“ vyplývá, že při zjištění právní skutečnosti (výkon výdělečné činnosti bez souhlasu služebního orgánu...) jsou naplněny podmínky pro jeho propuštění ze služebního poměru a služební orgán nemá prostor pro správní uvážení ve věci. Jestliže služební orgán zjistí a hodnověrně ověří, že **voják vykonává výdělečnou činnost bez souhlasu služebního orgánu** nebo vykonává činnost, která je absolutně vyloučena (odpovědný zástupce podle zvláštního právního předpisu, člen statutárních nebo kontrolních orgánů právnických osob, které provozují podnikatelskou činnost), **vojáka propustit musí**.

Uvedené ustanovení však na rozdíl od jiných důvodů pro propuštění ze služebního poměru používá při určení hypotézy přítomný čas. Zákonodárce tedy zjevně stanovil, že k propuštění může dojít pouze v době, kdy je aktivně jednáno protiprávním způsobem. Pokud na základě zahájení řízení o propuštění voják jiné výdělečné činnosti zanechá, došlo fakticky k naplnění účelu zákona (výkon služby bez současné výdělečné činnosti) a není tedy důvod k propuštění vojáka. Formálně se pak řízení o propuštění ze služebního poměru podle § 66 odst. 2 správního řádu zastaví poznamenáním do spisu.

To však neznamená, že je „stav narovnaný“. Vedle důvodu k propuštění totiž voják výkonem výdělečné činnosti bez souhlasu porušil konkrétní ustanovení zákona a naplnil tak

i znaky kázeňského přestupku podle ustanovení § 51 odst. 1 zákona o vojácích z povolání. Jeho nadřízený s ním musí tento kázeňský přestupek minimálně projednat.

V případě, že **voják řádně podá žádost o udělení souhlasu, ale nadřízený, který není příslušným služebním orgánem, vojákovi „vyhoví“** a souhlas „udělí“, dochází právně k výkonu výdělečné činnosti bez písemného souhlasu služebního orgánu. Tuto situaci však nelze dávat za vinu vojákovi. Výjimkou by bylo, pokud se prokáže jeho podíl na vzniku této situace.

Jestliže by nadřízený dodatečně vyslovil souhlas s výdělečnou činností a současně i uložil kázeňský trest, kterým by řešil situaci před vyslovením souhlasu, nenastal by ani důvod k propuštění podle § 19 odst. 1 písm. j) zákona o vojácích z povolání. V tomto případě by však velmi pravděpodobně nadřízený naplnil znaky trestného činu podle ustanovení § 329 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku (zneužití pravomoci úřední osoby).

ZRUŠENÍ

pokynů k postupu služebních orgánů při udělování souhlasu s výdělečnou činností vojáků

Dnem schválení této metodiky se ruší platnost pokynů k postupu služebních orgánů při udělování souhlasu s výdělečnou činností vojáků čj. 213-2/2012-7542 z 10. května 2012 schválených náměstkem ministra obrany pro personalistiku.