

Liber amicorum JÁN LAZAR



Liber amicorum Ján Lazar



Ju' Szapar

Liber amicorum Ján Lazar

*Pocta professorovi Jánovi Lazarovi
k 80. narodeninám*

Editori / Herausgeber

Doc. JUDr. Monika Jurčová, PhD.

JUDr. Róbert Dobrovodský, PhD., LL.M.

JUDr. Zuzana Nevolná, PhD.

Mgr. Jozef Štefanko, LL.M.



TRNAVA 2014

Editori / Herausgeber:

© Monika Jurčová, Róbert Dobrovodský, Zuzana Nevolná, Jozef Štefanko, 2014

Autori / Autoren:

© Christian Alunaru, Helena Barancová, Jürgen Basedow, Jozef Beňa, Milan Budjač, Kristián Csach, Róbert Dobrovodský, Anton Dulak, Denisa Dulaková Jakúbeková, Karel Eliáš, Lubomír Fogaš, Gábor Hamza, Jan Hurdík, Ján Husár, Monika Jurčová, Katarína Kirstová, Karol Kovács, Gabriela Kubíčková, Miriam Laclavíková, Markéta Millerová, Peter Muriň, Zuzana Nevolná, Dušan Nikolić, Marianna Novotná, Andrea Olšovská, Alena Pauličková, Marijan Pavčnik, Petra Příbelská, Senta Radvanová, Natália Richterová, Martin Schauer, Michaela Stessl, Jevgenij Alexejevič Suchanov, Alexander Škrinár, Jozef Štefanko, Marek Števček, Adriana Švecová, Ladislav Tichý, Martina Uhliarová, Lajos Vékás, Robert Vlček, Andreas Wacke, Rudolf Welser, Alena Winterová, Jozef Zámožik, Michaela Zuklínová (Hendrychová), 2014

ISBN 978-80-8082-791-5

OBSAH / INHALT

I.

| | |
|---|----|
| K narodeninám Prof. JUDr. Jána Lazara, DrSc. | 15 |
| Zum Geburtstag von o. Univ.-Prof. JUDr. Ján Lazar, DrSc. | 21 |
| Výber z publikovaných prác / <i>Auszug aus dem Schriftenverzeichnis</i> | 29 |

II.

Christian Alunaru

| | |
|---|----|
| Besonderheiten des Schadenersatzrechts im neuen Rumänischen Zivilgesetzbuch / <i>Osobitosti práva náhrady škody v novom rumunskom Občianskom zákonníku</i> | 39 |
|---|----|

Helena Barancová

| | |
|---|----|
| Šikana a procesnoprávne záruky občianskeho práva ochrany zamestnanca / <i>Die Schikane und die verfahrensrechtlichen Garantien des zivilrechtlichen Schutzes des Arbeitnehmers</i> | 75 |
|---|----|

Jürgen Basedow

| | |
|--|-----|
| Privatrechtskodifikation und sozioökonomischer Wandel / <i>Kodifikácia súkromného práva a socioekonomické zmeny</i> | 109 |
|--|-----|

Jozef Beňa

| | |
|--|-----|
| Odkiaľ prichádzame – slovenské právo a slovenskí právnici / <i>Woher kommen wir – slowakisches Recht und slowakische Juristen</i> | 125 |
|--|-----|

Milan Budjač

Stav presadzovania dobrých mravov v spoločnosti so zreteľom
na spotrebiteľské záväzkové vzťahy a ochranu spotrebiteľa /
*Der Stand der Guten-Sitten-Durchsetzung in der Gesellschaft
unter Bezugnahme auf die Verbraucherschuldrechtsbeziehungen
und den Verbraucherschutz* 141

Kristián Csach

Záložné právo k účasti na právnickej osobe (najmä obchodnej
spoločnosti) / *Das Pfandrecht an dem Anteil an einer juristischen
Person (insbesondere der Handelsgesellschaft)* 153

Róbert Dobrovodský

K novému medzinárodnému mechanizmu ochrany práv detí /
*Zum neuen Mechanismus des internationalen
Kinderrechtenschutzes* 173

Anton Dulak

Ku koncepcnej otázke rekodifikácie Občianskeho zákonníka
(osnované prevažne na myšlienkach prof. Lazara) /
*Zur konzeptuellen Frage der Rekodifikation des Bürgerlichen
Gesetzbuches (aufgefasst zufolge der Ideen von Prof. Lazar)* 203

Denisa Dulaková Jakúbeková

Nájomná zmluva v novom českom Občianskom zákonníku /
Mietvertrag im neuen tschechischen Zivilgesetzbuch 213

Karel Eliáš

Sousedská práva v Česku / *Die Nachbarrechte in Tschechien* 229

Lubomír Fogaš

Ústavnoprávne aspekty zmien občianskeho súdneho poriadku /

*Verfassungsrechtliche Aspekte der Abänderungen
der Zivilprozessordnung* 255

Gábor Hamza

Dottrina e codificazione del diritto privato (civile
e commerciale) nei Paesi dell'Europa del Nord /
*Doktrína a kodifikácia súkromného práva (občianskeho
a obchodného) v krajinách severnej Európy* 269

Jan Hurdík

Jsou či nejsou občanský zákoník a občanské právo nástrojem
řízení společnosti? / *Sind das Zivilgesetzbuch und das
bürgerliche Recht Mittel der Gesellschaftsteuerung oder nicht?* 289

Ján Husár

Rámcová zmluva / *Der Rahmenvertrag* 305

Monika Jurčová

Zjednotenie obligačného práva a integrácia spotrebiteľského
práva – výzva na diskusiu / *Vereinigung des Schuldrechts und
die Integration des Verbraucherrechts – Anregung zur Diskussion* 321

Katarína Kirstová

Nová právna úprava pozemkových spoločenstiev /
Die Neuregelung der Bodengemeinschaften 335

Karol Kovács

Vydedenie / *Die Enterbung* 351

Gabriela Kubičková

Aktuálne otázky uzavretia manželstva /
Aktuelle Fragen der Eheschließung 369

| | |
|--|-----|
| Miriam Laclavíková – Andrea Olšovská Pracovná zmluva a jej metamorfózy v novodobých dejinách / <i>Der Arbeitsvertrag und dessen Metamorphosen in der modernen Geschichte</i> | 381 |
| Peter Murín Úvahy o legislatívnych úpravách vybraných problémov práv k nehmotným statkom / <i>Erwägungen zu legislativen Abänderungen der ausgewählten Problemen der Immaterialgüterrechten</i> | 407 |
| Zuzana Nevolná Prokúra vo svetle rekodifikácie súkromného práva / <i>Die Prokura im Lichte der Privatrechtsrekodifikation</i> | 429 |
| Dušan Nikolić Codification of Civil Law in Serbia: Historical experience and current projects / <i>Kodifikácia občianskeho práva v Srbsku: Historická skúsenosť a súčasné projekty</i> | 443 |
| Marianna Novotná Basic questions of the wrongful life and wrongful birth concepts / <i>Základné otázky konceptu „wrongful life“ a „wrongful birth“</i> | 473 |
| Alena Paulíčková Current Social and Economic Problems in the Euro Zone / <i>Súčasný sociálne a ekonomické problémy v eurozóne</i> | 485 |
| Marijan Pavčnik Theorie des Rechts: Beitrag zum Verstehen des Rechts / <i>Teória práva: Príspevok k porozumeniu právu</i> | 495 |

Petra Příbelská

Tvorba práva správnym súdom vo svetle jedného prípadu /
*Die Rechtsgestaltung durch das Verwaltungsgericht anhand
der Aufklärung eines Falles* 521

Senta Radvanová – Markéta Millerová

Fenomén osvojení / *Das Phänomen der Adoption* 531

Natália Richterová

Zamyslenie sa nad niektorými aspektmi vyživovacej
povinnosti rodičov k deťom / *Erwägungen zu einigen Aspekten
der Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber den Kindern* 547

Martin Schauer

The European market for merger & acquisition and its
four cornerstones / *Európsky trh zlúčení, splynutí a akvizícií
a jeho štyri základné kamene* 557

Michaela Stessl

Legislative Neuerungen bei der Vollstreckung von Pfandrechten
und damit zusammenhängende Anwendungsprobleme
in der Praxis / *Legislatívne zmeny pri výkone záložného práva
a s tým súvisiace aplikačné problémy v praxi* 571

Jevgenij Alexejevič Suchanov

Vješnoje pravo v rosijskom graždanskom prave / *Vecné právo
v ruskom občianskom práve* 581

Alexander Škrinár

Zodpovednosť štatutárnych orgánov v družstve za škodu
spôsobenú pri výkone funkcie / *Haftung der statutarischen
Organen in der Genossenschaft für durch Funktionsausübung
zugefügten Schaden* 603

Jozef Štefanko

Ochrana subrogačného nároku ručiteľa / *Schutz des Subrogationsanspruchs des Bürgen* 619

Marek Števček

K problematike občianskoprávných princípov a zásad / *Zur Problematik der zivilrechtlichen Prinzipien und Grundsätze* 637

Adriana Švecová

Dedenie zo zákona podľa nauky Imricha Kelemena / *Gesetzliche Erbfolge nach der Imrich Kelemen-Lehre* 647

Ladislav Tichý

Otázniky nad mimoriadnym dovolaním / *Fragezeichen über der außerordentlichen Revision* 689

Martina Uhliarová

Odstúpenie od zmluvy alebo kam až siaha potreba súhlasu oboch (bývalých) manželov? / *Rücktritt vom Vertrag oder wie weit geht das Bedürfnis nach der beiderseitigen Zustimmung der (ehemaligen) Gatten?* 705

Lajos Vékás

Der Schutz der menschlichen Persönlichkeit in dem neuen ungarischen Zivilgesetzbuch / *Ochrana ľudskej osobnosti v novom maďarskom Občianskom zákonníku* 717

Robert Vlček

Právo na telesnú integritu ako súčasť osobnostného práva / *Das Recht auf die körperliche Integrität als Bestandteil des Persönlichkeitsrechts* 729

Andreas Wacke

Zum *numerus clausus* der Sachenrechte als Begrenzung
der Privatautonomie : Eine rechtsvergleichende Skizze /
Numerus clausus vecných práv ako ohraňenie individuálnej
autonómie: Komparatívny náčrt 747

Rudolf Welser

Die Entwicklung des österreichischen Erbrechts und seine
Zukunftsperspektiven / *Vývoj rakúskeho dedičského práva*
a jeho perspektívy do budúcnosti 759

Alena Winterová

Sporné a nesporné řízení v České republice / *Streitiges und*
unstreitiges Verfahren in der Tschechischen Republik 777

Jozef Zámožik

Právne aspekty zmiery v rozhodcovskom konaní / *Rechtliche*
Aspekte des Vergleichs im schiedsgerichtlichen Verfahren 787

Michaela Zuklínová (Hendrychová)

Český občanský zákoník a manželské právo majetkové /
Das tschechische bürgerliche Gesetzbuch und das eheliche
Vermögensrecht 799

Zoznam autorov / *Autorenverzeichnis* 813

I.

K NARODENINÁM Prof. JUDr. JÁNA LAZARA, DrSc.

Zborník vedeckých prác vydaný na počesť prof. JUDr. Jána Lazara, DrSc., pri príležitosti jeho 80. narodenín je zrkadlovým odrazom významu jubilanta v právnej vede i praxi a vôbec v právnickej komunite. O kvalite tohto vzájomného prepojenia najlepšie svedčí samotný fakt, že na tvorbe zborníka *Liber amicorum* Ján Lazar participujú autori pochádzajúci z 9 rozličných štátov. Už to samo o sebe je dôkazom, že osobnosť a dielo prof. Lazara sú známe a uznávané nielen doma, ale aj v zahraničí. Niet pochyb, že svojou viac ako 56-ročnou vedeckou a pedagogickou činnosťou prezentovanou vo vnútroštátnych i medzinárodných súvislostiach sa jubilant postupne vypracoval na popredného právneho civilistu a významne sa tak zaslúžil o rozvoj právnej vedy, osobitne vedy občianskeho práva hmotného, legislatívy i právnickej vzdelanosti. Preto možno prof. Lazara právom zaradiť medzi významných slovenských univerzitných profesorov s medzinárodným rozmerom.

Jubilant sa narodil 28. augusta 1934 v Jakubove okres Malacky, kde navštevoval základnú školu. Klasické osemročné gymnázium absolvoval v Malackách roku 1953 a v tom istom roku sa zapísal na Právnickú fakultu Univerzity Komenského v Bratislave, na ktorej v roku 1958 promoval s vyznamenaním. Ako talentovaný študent bol už v poslednom semestri právnického štúdia prijatý za asistenta na Katedru teórie a dejín štátu a práva, kde aj dva roky pôsobil. Ani okolnosť, že nezačal ako učiteľ fakulty svoju odbornú činnosť priamo na Katedre občianskeho práva, ktorému sa potom celý život venoval, neznamenala nijaké zdržanie v jeho odbornej profilácii. Práve naopak. Ako sa ukázalo neskôr, širšie poznatky zo všeobecnej teórie o štáte a práve a právnych dejinách pozitívne ovplyvnili jeho neskoršie teoretické bá-

danie v odbore občianske právo v tom zmysle, že lepšie chápal širšie teoretické a právno-historické súvislosti jednotlivých občianskoprávných inštitútov i celých subsystémov súkromného práva. Na katedre teórie a dejín štátu a práva urobil aj prvé kroky vo vedeckej práci. V tomto pozitívnom vývojovom trende jubilant pokračoval s ešte väčšou intenzitou po prechode na Katedru občianskeho práva, kde si húževnatou prácou a ďalším vzdelávaním vytváral predpoklady pre neustály odborný a kvalifikačný rast. Po dosiahnutí vedeckej hodnosti kandidáta právnych vied (CSc.) sa v roku 1967 habilitoval na docenta a riadnym profesorom občianskeho práva sa stal roku 1979.

Z hľadiska tematickej a obsahovej orientácie sa jubilant v prvej etape svojho odborného a vedeckého vývoja venoval predovšetkým otázkam vecných práv s osobitným zreteľom na teoretické otázky vlastníckeho práva. Z tohto tematického okruhu zahrnujúceho početné práce sa v tejto súvislosti žiada zmieniť o dvoch monografiách. Ide o prácu *Občianskoprávne formy užívania pozemkov občanmi*, ktorá bola jeho habilitačným spisom a knižnú monografiu *Eigentum in der bürgerlichen Rechtstheorie*, ktorá bola v prvom vydaní publikovaná v nemeckom jazyku (Berlin, Akademie Verlag, 1980), v modifikovanej a doplnenej podobe v slovenskom jazyku (Bratislava, vyd. Veda, 1984) a v ruskom jazyku (Moskva, Juridičeskaja literatura, 1985). Popri vecných právach sa postupne rozširuje jeho vedecký záujem i bádanie na ďalšie oblasti občianskeho, resp. súkromného práva, takže možno povedať, že do súčasnosti nezostala nijaká časť tejto rozsiahlej vednej disciplíny, ktorej by sa vo svojich dielach nebol dotkol. Niektoré práce presahujú rámec súkromného práva a majú interdisciplinárny charakter. Po tom, čo sa v našej spoločnosti opätovne zaviedlo trhové hospodárstvo a pluralitná demokracia nadobúdajú na osobitnom význame jeho početné práce venované súkromno-právnej úprave rôznych stránok fungovania trhového mechanizmu prostriedkami záväzkového práva. O jednotlivých typoch zmlúv, o zabezpečovaní a uspokojovaní pohľadávok, o záložnom práve, o zodpovednosti za škodu spôsobenú chybnými výrobkami, a pod. Z ďalších základných

otázok, ktoré majú širší spoločenský rozmer, prichodí spomenúť práce o občianskoprávnom režime majetku súkromne podnikajúcich občanov, o vlastníctve obcí, o vzťahu občianskeho a obchodného práva, o zodpovednostnom systéme v súkromnom práve. Pritom nechýbajú ani práce s právno-filozofickým základom, ako napr. o právnom princípe slobody v občianskom práve, o dobrých mravoch, o zákaze zneužitia subjektívnych práv v súkromnom práve, o princípe sociálnej spravodlivosti a jeho uplatnení v občianskom práve, o vlastníckom práve ako ľudskom práve atď. Ďalšiu orientáciu slovenskej právnej vedy významne ovplyvňujú početné práce prof. Lazara venované koncepčným otázkam občianskeho, resp. celého súkromného práva. Patrilo od samého začiatku ku kritikom československého modelu riešenia koncepcie a systému úpravy majetkových vzťahov, ktoré bolo u nás prijaté v 60. rokoch minulého storočia. Ešte pred zmenou spoločensko-politických pomerov v novembri 1989 publikoval zásadnú štúdiu „K stavu a perspektívam základnej občianskoprávnej úpravy“ (Právny obzor, č. 5/1989). V nadväznosti na to venuje jubilant problematike novej kodifikácie súkromného práva prvoradá pozornosť aj v celom nasledujúcom období. V uplynulých 20 rokoch publikoval o otázkach novej kodifikácie doma aj v zahraničí nie menej ako 15 rozsiahlejších úvah, štúdií a článkov; je aj autorom súborného knižného diela *Otázky kodifikácie súkromného práva* (Bratislava, IURA EDITION, 2006). Vo všetkých týchto prácach je jubilant dôsledným stúpencom zúženej monistickej koncepcie súkromného práva.

Od začiatku svojej profesionálnej dráhy si jubilant uvedomoval, že ak majú byť výsledky jeho vedeckého bádania efektívne, opierajúce sa o presvedčivú argumentáciu, je nevyhnutné spojiť teoretickú prácu s aplikačnou praxou a legislatívou. Uvedená orientácia sa prejavovala v celom rade činností a spôsobov, ktorými si zabezpečoval trvalý kontakt s odbornou praxou a legislatívou. To mu na jednej strane umožňovalo poznať potreby aplikačnej praxe a v nadväznosti na to potreby nových legislatívnych riešení a na druhej strane sa spätnou väzbou pozitívne odrážalo na úrovni jeho vedeckého a pedagogického pôso-

benia. K aktivitám tohto charakteru patrí napr. výkon funkcie sudcu Okresného súdu Bratislava – mesto pre civilné veci (1961), členstvo v občianskoprávnej sekcii Ministerstva spravodlivosti SR (6 rokov predsedom), členstvo v Legislatívnej rade vlády SR, účasť na vypracovaní expertíz, posudkov, stanovísk k pripravovaným predpisom i k stanoviskám najvyšších súdov a iné. Veľký podiel v prepojení jeho činnosti na legislatívu zaberá jeho dlhodobá účasť na rekodifikácii súkromného práva v prvej etape reforiem v Československu a následne v Slovenskej republike, kde pôsobil najprv ako člen komisie, od roku 2007 do 2012 ako predseda a od roku 2013 ako odborný garant rekodifikácie slovenského súkromného práva. V tejto pozícii, na základe výsledkov vlastného dlhoročného skúmania a spracovania problematiky kodifikácie súkromného práva, nepochybne podstatnou mierou ovplyvnil koncepciu, obsah i systém navrhovaného kódexu slovenského súkromného práva, či už ide o podobu vládou schváleného legislatívneho zámeru, alebo už o prvú pracovnú verziu paragrafovaného znenia návrhu nového slovenského Občianskeho zákonníka. Patrí k zásluhám prof. Lazara, že sa aj na Slovensku prebojovala integrovaná koncepcia zahrnujúca záväzkové právo bez ohľadu na to, či ide o záväzky neobchodné alebo obchodné a, samozrejme, tiež rodinné právo.

Jubilant si zavčas osvojil poznatok, že skutočná vedecká práca s primeranými výsledkami môže byť úspešná len na základe spolupráce a najužšieho prepojenia so zahraničnou vedou. Pre takýto prístup si vytváral postupne jazykové i odborné predpoklady najmä dlhodobými pobytmi, štúdiom i prácou na zahraničných univerzitách a iných vedecko-pedagogických ustanovizniach. Už ako mladý asistent absolvoval jednoročný študijný pobyt na Právnickej fakulte univerzity vo Viedni na Inštitúte medzinárodného súkromného práva a porovnávacej právovedy u prof. Fritza Schwinda (1962). Tento pobyt mal z hľadiska celkovej orientácie a vedeckého profilovania jubilanta zásadný význam, ktorý spočíval jednak v tom, že sa mal možnosť učiť u takého vynikajúceho rakúskeho a vo svete známeho a uznávaného právneho vedca, a jednak, že si u neho osvojoval základy porovnáva-

cieho práva, ktoré sa vtedy v Československu „nepestovalo“, pretože sa k tejto disciplíne z politických dôvodov zaujímal negatívne stanovisko. V rovnakej dĺžke ako na viedenskej univerzite absolvoval neskôr už ako docent vedeckovýskumný pobyt na Humboldtovej univerzite v Berlíne v rámci medzinárodnej vedeckej spolupráce (1977). Pracoval tam na konkrétnom projekte s takým kvalitným výsledkom, že sa stal predmetom obhajoby, na základe ktorej mu bola udelená vedecká hodnosť doktora právnych vied (DrSc.). Okrem toho bol na trojmesačnom vedeckom a prednáškovom pobyte na univerzite v Augsburgu (1987) u prof. Basedowa, s ktorým pokračuje spolupráca na rôznych úrovniach až doposiaľ. Osobitne intenzívnu a dlhodobú vedeckú spoluprácu má prof. Lazar s právnickou fakultou vo Viedni, najmä s Inštitútom občianskeho práva a Inštitútom porovnávacej právnej vedy. Táto spolupráca bola v roku 2007 aj inštitucionalizovaná v podobe jubilentovho aktívneho členstva v združení „Wiener Arbeitskreis“, ktoré združuje popredných profesorov zo strednej a východnej Európy. Na tejto pôde sa prostredníctvom pravidelných sympózií riešia rôzne aspekty reforiem súkromného práva. Spolupráca so zahraničnými vedcami a univerzitami sa prejavovala v odbornom raste jubilanta, v prehľbovaní a rozširovaní jeho vedeckých kontaktov, v publikačnej činnosti v zahraničí i v prednáškovej činnosti na medzinárodných konferenciách, sympóziách a seminároch, na ktoré bol a je čoraz častejšie pozývaný. Táto jeho činnosť nadobudla obdivuhodne rozsiahle rozmery najmä po roku 1989 a pretrváva doposiaľ.

Vedecký a osobnostný profil prof. Lazara dokresľuje jeho pedagogické pôsobenie a činnosť v akademických funkciách. Okrem Právnickej fakulty UK v Bratislave pedagogicky pôsobil i na právnických fakultách v Brne, v Košiciach a od roku 1999 je riadnym profesorom Právnickej fakulty Trnavskej univerzity. Patrí k úspešným pedagógom, ktorí spájajú vedecký výskum s pedagogickým majstrovstvom. Vyniká osobitnou starostlivosťou o zabezpečenie vyhovujúcich a kvalitných učebných textov pre študentov. V tomto smere si počínal naozaj vzorovo; najprv ako spoluautor celoštátnych učebníc a od roku 1986 až

doposiaľ ako vedúci autorského kolektívu a hlavný autor vydáva kontinuálne dvojzväzkové učebnice občianskeho práva hmotného (7 vydaní). V dôsledku postupnej inovácie predchádzajúcich vydaní a systémovému prístupu, jeho nová učebnica z roku 2014 už predstavuje ucelený vedecký systém slovenského súkromného práva. Prof. Lazar je žiakom a odchovancom civilistickej školy prof. Štefana Lubyho. Vo svojej tvorbe nadväzuje na jeho dielo a myšlienkový odkaz tohto vynikajúceho slovenského právneho civilistu európskeho formátu. Je preto len prirodzené, že patril k zakladajúcim členom nadácie, ktorá nesie meno Štefana Lubyho. Od roku 2000 do 2010 bol predsedom správnej rady tejto nadácie a potom zostal aj naďalej jej aktívnym členom. Od samého začiatku bol aktívnym organizátorom a spoluvorcom Lubyho právnických dní, v rámci ktorých sa každé dva roky konajú medzinárodné vedecké konferencie vždy s aktuálnou témou z oblasti súkromného práva. V septembri 2013 sa s mimoriadnym úspechom, za účasti početných zahraničných profesorov, konali už 11. Lubyho právnické dni. Aj zásluhou prof. Lazara nadobudli uvedené vedecké podujatia stredoeurópsky i celoeurópsky rozmer.

V tomto predhovore k zborníku bolo možné spomenúť, a to iba veľmi stručne, len niektoré stránky bohatej a mnohostrannej vedeckej, pedagogickej i ďalšej spoločensko-odbornej činnosti jubilanta. Avšak aj z toho celkom zreteľne vysvitá, že ide o významného slovenského univerzitného profesora medzinárodného rozmeru, ktorý sa zapísal do dejín slovenskej právnej vedy, osobitne právnej civilistiky. Preto si jeho osobnosť i dielo plne zaslúži uznanie i poctu, ktorú jubilantovi preukazujeme aj vydaním oslavného zborníka prác Liber amicorum Ján Lazar pri príležitosti jeho 80. narodenín. K tomuto životnému jubileu prof. Lazarovi srdečne blahoželáme a do ďalších rokov mu prajeme všetko najlepšie, najmä zdravie, fyzickú a duševnú sviežosť i osobné šťastie.

Ad multos annos!

Editori

ZUM GEBURTSTAG VON o. Univ.-Prof. JUDr. JÁN LAZAR, DrSc.

Die vorliegende Festschrift zur Ehrung des o. Univ.- Prof. Dr. jur. Ján Lazar, DrSc., anlässlich seines 80. Geburtstags ist ein Spiegelbild der Wichtigkeit vom Jubilar für die Rechtswissenschaft und Praxis, sowie für die ganze juristische Gemeinde. Die Qualität dieser Verbindung beweist allein die Tatsache, dass Autoren aus 9 Staaten sich an der Gestaltung dieser Festschrift beteiligten. Selbst die Tatsache an sich beweist, dass die Persönlichkeit und das Werk des Jubilars nicht nur im Inland sondern auch im Ausland bekannt und anerkannt wird. Es besteht kein Zweifel daran, dass er sich während seiner 56-jährigen wissenschaftlichen und pädagogischen Tätigkeit, die er auf nationaler und internationaler Ebene präsentierte, zum hervorragenden Zivilrechtswissenschaftler ausarbeitete. Dadurch machte er sich verdient um die Entwicklung sowohl der Rechtswissenschaft, insbesondere im Bereich des materiellen Zivilrechts, als auch der Legislative und der juristischen Ausbildung. Man darf deswegen Ján Lazar richtigerweise den bedeutenden slowakischen Universitätsprofessoren mit internationalen Dimension zuordnen.

Der Jubilar ist am 28. August 1934 in Jakubov (Bezirk Malacky) geboren. Hier besuchte er auch die Volksschule. Das klassische achtjährige Gymnasium absolvierte er in Malacky im Jahre 1953 und in demselben Jahr inskribierte er das Jurastudium an der Juristischen Fakultät der Comenius Universität Bratislava, wo er im Jahre 1958 mit Auszeichnung promovierte. Als talentierter Student wurde er während des letzten Semesters seines Studiums als Assistent am Lehrstuhl für Rechtsgeschichte und Rechts- und Staatstheorie angenommen, wo er zwei Jahre arbeitete. Nicht einmal der Umstand, dass er seine Fachtätigkeit als Lehrer an der Fakultät nicht am Lehrstuhl für Zivil-

recht anfang, wobei er sich dem Zivilrecht sein ganzes Leben widmete, bedeutete keinerlei Verzögerung in seiner Fachprofilierung. Ganz im Gegenteil. Wie es sich später zeigte, die umfangreichen Kenntnisse in der Rechts- und Staatstheorie und der Rechtsgeschichte hatten durchaus positiven Einfluss auf seine spätere Forschung im Bereich des bürgerlichen Rechts, und das in dem Sinne, dass er die breiten rechtstheoretischen und rechtshistorischen Zusammenhänge der einzelnen Zivilrechtsinstitute und der ganzen Subsystemen im Privatrecht besser begriff. Am Lehrstuhl für Rechtsgeschichte und Rechts- und Staatstheorie erfolgten auch die ersten Schritte seiner wissenschaftlichen Arbeit. Dieser positive Entwicklungstrend des Jubilars verstärkte sich noch mehr nach seinem Übergang an den Lehrstuhl für Zivilrecht, wo er sich durch die standhafte Arbeit und weitere Ausbildung die Voraussetzungen für den kontinuierlichen Fach- und Qualifikationsanstieg verschaffte. Nach Erreichung des Titels – Kandidat der Rechtswissenschaften (CSc.) – wurde er im Jahre 1967 habilitiert und im Jahre 1979 wurde er zum ordentlichen Professor für Zivilrecht ernannt.

Was die thematische und inhaltliche Orientierung des Jubilars betrifft, in erster Etappe seiner wissenschaftlichen Entwicklung beschäftigte sich er vor allem mit den Fragen des Sachenrechts, mit besonderem Bezug auf theoretische Fragen des Eigentumsrechts. Der genannte Bereich des Zivilrechts umfasste zahlreiche Werke des Jubilars. Davon sind zwei Monographien jedenfalls zu erwähnen. Erstens, es ist die Arbeit: „Občianskoprávne formy užívania pozemkov občanmi“ (Die bürgerrechtliche Formen der Grundstücksbenutzung durch Bürger), wobei diese als seine Habilitationsschrift diente. Zweitens, die Buchmonographie: „Das Eigentum in der bürgerlichen Rechtstheorie“ wurde erstmals auf Deutsch (Berlin, Akademie Verlag, 1980), dann in modifizierter und ergänzter Form auf Slowakisch (Bratislava, Veda Verlag 1984) und auf Russisch (Moskau, Juriditscheskaja literatura, 1985) herausgegeben. Neben dem Sachenrecht erweiterten sich seine wissenschaftlichen Interessen weiterhin um andere Bereiche des Zivilrechts bzw. Privatrechts, so dass man sagen kann, dass bis heute

kein Teil des zivilrechtlichen Fachgebiets in seinem Werk unberührt blieb. Manche Werke überschreiten den Rahmen des Privatrechts und weisen interdisziplinären Charakter auf. Nach der Rückkehr unserer Gesellschaft zur Marktwirtschaft gewannen seine zahlreichen Arbeiten, die der privatrechtlichen Regelung vom Marktmechanismus durch schuldrechtliche Instrumente gewidmet wurden, an Bedeutung. Konkret handelten die von bestimmten Vertragstypen, Sicherungsrechten, sowie auch von dem Pfand-, Gewährleistungs- und Produkthaftungsrecht u.ä. Von den weiteren grundlegenden Fragen, die eine breitere gesellschaftliche Dimension tragen, sind Werke über das bürgerrechtliche Regime der gewerbetreibenden Bürger, über das Eigentumsrecht der Gemeinden, über die Verhältnisse zwischen Zivil- und Handelsrecht und über das Haftungssystem im Privatrecht zu erwähnen. Dabei fehlt es auch nicht an Arbeiten mit rechts-philosophischen Aspekten wie z.B. die Werke über das Rechtsprinzip der Privatautonomie, die Vertragsfreiheit, die guten Sitten, das Verbot des Rechtsmissbrauchs oder über das Prinzip der sozialen Gerechtigkeit und dessen zivilrechtlichen Anwendung, sowie über das Eigentumsrecht als Menschenrecht usw. Die Orientierung der slowakischen Rechtswissenschaften wurde weiter von den Arbeiten des Prof. Lazars über die konzeptionellen Fragen des Zivilrechts bzw. Privatrechts beeinflusst. Vom Anfang an zählte der Jubilar zu den Kritikern des in den 60. Jahren des vorigen Jahrhunderts angenommenen tschechoslowakischen Modells der Regelung von Vermögensverhältnissen. Noch vor der „Wende“ der sozio-politischen Verhältnissen im November 1989 veröffentlichte er eine grundlegende Studie „Zum Stand und Perspektiven der grundlegenden Regelung des bürgerlichen Recht“ (Právny obzor, Nr. 5/1989). Demnächst widmet der Jubilar wissenschaftliche Priorität der Problematik der neuen Kodifikation des Privatrechts während der ganzen folgenden Periode. In den vergangenen 20 Jahren publizierte er im Inland sowie auch im Ausland nicht weniger als 15 Studien und Aufsätze über die Fragen der Neukodifikation. Er ist ebenfalls der Autor des Sammelwerkes „Die Fragen der Kodifi-

kation des Privatrechts“ (Bratislava, IURA EDITION 2006). In allen diesen Arbeiten befürwortet der Jubilar konsequent die verengerte monistische Konzeption des Privatrechts.

Von Beginn seiner beruflichen Laufbahn erkannte der Jubilar, dass es unbedingt notwendig ist, die theoretische Arbeit mit Anwendungspraxis und Gesetzgebung zu verbinden, um die Effektivität der Ergebnisse seiner wissenschaftlichen Forschung zu erzielen, die auf überzeugenden Argumenten basieren. Diese Orientierung wurde in ganzer Reihe von Aktivitäten und Wegen sichtbar, durch die er sich einen ständigen Kontakt mit der beruflichen Praxis und Gesetzgebung sicherstellte. Das ermöglichte ihm auf der einen Seite, die Bedürfnisse der Anwendungspraxis – und dadurch die Notwendigkeit für neue legislative Lösungen – zu kennen, und auf der anderen Seite, widerspiegelte sich in einer hohen Ebene seiner wissenschaftlichen und pädagogischen Tätigkeiten. Die Aktivitäten dieser Art umfassen beispielsweise die Funktion des Richters des Bezirksgerichts Bratislava – Stadt für Zivilsachen (1961), die Mitgliedschaft in dem Forschungsinstitut für Zivilrecht bei dem Justizministerium der SR (für 6 Jahre Vorsitzender), seine Mitgliedschaft in dem Legislativen Rat der Regierung der SR, als auch die Teilnahme an Expertisen, Gutachten und Stellungnahmen zu Entwürfen von Vorschriften und an Meinungen der höchsten Gerichte u. a. Ein wesentlicher Teil der Verbindung seiner Aktivitäten auf die Gesetzgebung stellt seine langfristige Beteiligung an der Re-kodifikation des Privatrechts in der Tschechoslowakei (in der ersten Phase des Reformprozesses) und in der Slowakischen Republik dar, wo er zuerst als Mitglied der Kommission, von 2007 bis 2012 als deren Vorsitzender und seit 2013 als der Fachgarant der Neufassung des slowakischen Privatrechts wirkte. In dieser Position, auf den Ergebnissen seiner langjährigen Forschung und Behandlung der Problematik der Kodifikation des Privatrechts basierend, beeinflusste er zweifellos in Wesentlichem das Konzept, den Inhalt und das System des vorgeschlagenen Kodex des slowakischen Privatrechts, sowohl wenn es um die Gestalt des von der Regierung genehmigten

legislativen Plan geht, als auch bei der ersten Arbeitsversion des eigentlichen Entwurfs des neuen Slowakischen Zivilgesetzbuchs. Es gehört zu den Verdiensten von Prof. Lazar, dass in der Slowakei sich die integrierte Konzeption durchkämpfte, die Schuldrecht, unabhängig davon, ob es sich um handelsrechtliche oder bürgerrechtliche Verpflichtungen handelt und natürlich auch das Familienrecht umfasst.

Der Jubilar erwarb früh die Kenntnis, dass die tatsächliche wissenschaftliche Arbeit mit ausreichenden Ergebnissen nur durch Zusammenarbeit und engste Verbindung mit der ausländischen Wissenschaft erfolgreich werden kann. Für solchen Ansatz schöpfte er für sich nach und nach sprachliche und berufliche Hintergründe insbesondere durch die Langzeitaufenthalte, das Studium und die Arbeit an ausländischen Universitäten und anderen Wissenschafts- und Bildungseinrichtungen. Als junger Assistent absolvierte er einen einjährigen Forschungsaufenthalt an der Juristischen Fakultät der Universität Wien an dem Institut für internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung bei dem Prof. Fritz Schwind (1962). Dieser Aufenthalt hatte für die Gesamtausrichtung und die wissenschaftliche Profilierung des Jubilars eine grundsätzliche Bedeutung. Die bestand in der Tatsache, dass er auf der einen Seite die Möglichkeit hatte, bei einem so ausgezeichneten österreichischen, weltbekannten und angesehenen Rechtswissenschaftler zu studieren, und auf der anderen Seite, dass er sich bei ihm mit den Grundlagen der Rechtsvergleichung vertraut machte, die damals in der Tschechoslowakei nicht angewendet wurde, da diese Disziplin aus politischen Gründen negativer Ansicht gegenüberstand. In dergleichen Länge wie an der Universität Wien absolvierte er später als Dozent einen wissenschaftlichen Forschungsaufenthalt an der Humboldt-Universität zu Berlin innerhalb der internationalen wissenschaftlichen Zusammenarbeit (1977). Er arbeitete dort an einem bestimmten Projekt mit einem so hochwertigen Ergebnis, dass es dann Gegenstand der Verteidigung wurde, demzufolge er den wissenschaftlich – akademischen Grad Doktor der Wissenschaften (DrSc.) erwarb. Außerdem nahm er an einem dreimonatlichen

Forschungs- und Vortragsaufenthalt an der Universität Augsburg (1987) bei dem Prof. Basedow teil. Diese Zusammenarbeit dauert bis heute auf verschiedenen Ebenen an. Prof. Lazar pflegt eine besonders intensive und langfristige wissenschaftliche Zusammenarbeit mit der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, vor allem mit dem Institut für Zivilrecht und mit dem Institut für Rechtsvergleichung. Diese Zusammenarbeit wurde im Jahr 2007 institutionalisiert in der Form der aktiven Mitgliedschaft des Jubilars in dem „Wiener Arbeitskreis“, der die führenden Professoren aus Mittel- und Osteuropa zusammenbringt. Auf dieser Ebene werden verschiedene Aspekte der Reform des Privatrechts auf regelmäßigen Symposien behandelt. Die Zusammenarbeit mit ausländischen Wissenschaftlern und Universitäten wirkte sich aus im beruflichen Aufstieg des Jubilars, in Vertiefung und Erweiterung von seinen wissenschaftlichen Kontakten, in seinen Publikationstätigkeiten im Ausland, sowie in Vortragsaktivitäten auf internationalen Konferenzen, Symposien und Seminaren, zu denen er eingeladen wurde und immer mehr eingeladen wird. Diese Tätigkeiten nahmen ein bemerkenswert breites Ausmaß vor allem nach 1989 und dauern bislang an.

Das wissenschaftliche und persönliche Profil von Prof. Lazar wird durch seine pädagogischen Tätigkeiten und seine Aktivität in akademischen Funktionen vollbracht. Neben der Juristischen Fakultät der Comenius-Universität in Bratislava lehrte er an der juristischen Fakultäten in Brno, Košice und seit 1999 ist er ein ordentlicher Professor an der juristischen Fakultät der Universität Trnava. Er zählt zu den erfolgreichen Pädagogen, die wissenschaftliche Forschung mit pädagogischer Meisterschaft verbinden. Er verfügt über besondere Pflegebereitschaft, um eine zufriedenstellende Qualität von Lehrmaterialien für Studenten zu gewährleisten. In dieser Hinsicht führte er sich vorbildlich auf: zuerst als Mitautor von gesamtstaatlichen Lehrbüchern, und von 1986 bis heute als der Autorenkollektiveiter und Hauptautor veröffentlicht er ununterbrochen das zweibändige Lehrbuch des materiellen Zivilrechts (7 Auflagen). Zufolge der allmählichen Aktu-

alisierung der früheren Ausgaben und des systemischen Ansatzes, das neue Lehrbuch von 2014 stellt bereits ein vollständiges wissenschaftliches System des slowakischen Privatrechts dar. Prof. Lazar ist ein Schüler und Pflegling der zivilistischen Schule von Prof. Štefan Luby. In seiner Arbeit knüpft er an das Werk und Gedankennachlass dieses hervorragenden slowakischen rechtswissenschaftlichen Zivillisten europäischen Formats an. Daher ist es nur natürlich, dass er einer der Gründungsmitglieder der Stiftung wurde, die nach Štefan Luby benannt ist. Von 2000 bis 2010 war er der Vorsitzende des Vorstandes der Stiftung und danach blieb er deren aktives Mitglied. Von Anfang an war er ein aktiver Organisator und Mitgestalter von Luby-Juristentage, innerhalb deren alle zwei Jahre internationale wissenschaftliche Konferenzen stattfinden, die sich immer einem aktuellen Thema aus dem Bereich des Privatrechts widmen. Mit großem Erfolg und Teilnahme von zahlreichen ausländischen Professoren fanden im September 2013 schon die 11. Luby-Juristentage statt. Auch dank dem Prof. Lazar gewannen die genannten wissenschaftlichen Veranstaltungen mitteleuropäisches sowie gesamteuropäisches Prestige.

Im Vorwort zu dieser Festschrift war es möglich nur sehr kurz und nur bestimmte Aspekte der reichen und vielfältigen Forschungs-, Bildungs- und anderen gesellschaftlich-wissenschaftlichen Tätigkeiten des Jubilars zu berühren. Doch selbst daraus kann entnommen werden, dass es um einen bedeutenden slowakischen Universitätsprofessor der internationalen Größe geht, der in der Geschichte der slowakischen Rechtswissenschaft, insbesondere der Zivilrechtswissenschaft vorzüglich angeschrieben ist. Deshalb verdienen die Persönlichkeit und das Werk des Jubilars voll die Anerkennung und Ehre, die wir ihm auch durch Herausgabe der Festschrift – *Liber amicorum Ján Lazar* – anlässlich seines 80. Geburtstags erweisen. Zu diesem Jubiläum äußern wir Prof. Lazar unseren herzlichen Glückwunsch und für die kommenden Jahre wünschen wir ihm alles Gute, vor allem Gesundheit, körperliche und geistige Frische und persönliches Glück.

Ad multos annos!

Herausgeber

VÝBER Z PUBLIKOVANÝCH PRÁC / AUSZUG AUS DEM SCHRIFTENVERZEICHNIS

- LAZAR, J.: O niektorých teoretických problémoch občianskeho práva. Právny obzor, roč. 48, 2/1965.
- LAZAR, J.: K otázke maximálnych dodacích lehôt stanovených krajskými národnými výbormi pre vykonávanie niektorých druhov služieb, in: Za ďalší rozvoj služieb, Bratislava, TEPS, 1966, 128 – 133.
- LAZAR, J.: K otázke vplyvu uznania dlžoby na trvanie ručiteľského záväzku. Právny obzor, roč. 49, 4/1966.
- LAZAR, J.: Vlastníctvo stavebných pozemkov vo svetle § 490 ods. 2 Občianskeho zákonníka, Socialistické súdnictvo, roč. 22, 3/1970.
- LAZAR, J.: Aktuálne otázky súvisiace s prenechaním nehnuteľnosti na dočasné užívanie. Socialistické súdnictvo, roč. 24, 4/1972.
- LAZAR, J.: Osobné užívanie pozemkov. Bulletin československého práva, roč. XIX, č. 3-4 /1973, 127 – 160.
- LAZAR, J.: Vplyv ideí Slovenského národného povstania na proces revolučného pretvárania majetkových vzťahov. Právny obzor, roč. 57, 7 – 8/1974.
- LAZAR, J.: Knapp, V., Luby, Š. a kolektív: Učebnica československého občianskeho práva. Praha, Orbis, 1974. 1. sv. (spoluautorstvo).
- LAZAR, J.: Knapp, V., Luby, Š. a kolektív: Učebnica československého občianskeho práva. 2. zv. Bratislava, Obzor, 1974 (spoluautorstvo).
- LAZAR, J.: Úloha čs. občianskeho práva pri formovaní nových socialistických majetkových vzťahov. Socialistická zákonnosť, roč. 23, 3/1975.
- LAZAR, J.: Vznik a vývoj československého socialistického občianskeho práva. In: Kolektív, Rozvoj socialistického štátu a práva v oslobodenom Československu. Bratislava, Veda, 1977, 171 – 184.
- LAZAR, J.: Zur Kritik der bürgerlichen Konzeption von der „Transformation“ des Eigentums durch Rechtsformen der Kapitalgesellschaften. Staat und Recht Nr. 3/1977, 19 – 46.
- LAZAR, J.: The Individual As Owner. Bulletin of Czechoslovak Law. Volume 17, 1 – 2/1978, 9 – 16.
- LAZAR, J.: Právne formy užívania pozemkov občanmi podľa Občianskeho zákonníka. Acta Facultatis Iuridicae Universitas Comenianae roč. III/1979, Bratislava, SPN, 1983, 74 s.

- LAZAR, J.: Eigentum in der bürgerlichen Rechtstheorie. Berlin Akademie-Verlag, 1980, 159 s.
- LAZAR, J.: Niektoré aspekty občianskoprávneho postavenia občana v ČSSR. Právny obzor, roč. 63, 7/1980.
- LAZAR, J.: Zabezpečenie majetkových práv v socialistickej spoločnosti s osobitným zreteľom na ČSSR, in: Základné práva, slobody a povinnosti občanov v ČSSR a v štátoch socialistickeho spoločenstva. Fakty a argumenty, Bratislava, Pravda, marec 1981, 43 – 53.
- LAZAR, J.: Základné občianskoprávne formy uspokojovania bytových potrieb občanov ČSSR a ich vzájomné pôsobenie. Socialistické súdnictvo roč. 34, č. 11/1982.
- LAZAR, J.: Držba a vydržanie v československom občianskom práve. Socialistické súdnictvo roč. 34, č. 3/1982.
- LAZAR, J.: Inštitucionálne zmeny v Občianskom zákonníku. Právny obzor roč. 66, č. 6/1983.
- LAZAR, J.: Novelizácia základnej občianskoprávnej a rodinnoprávnej úpravy. Národné výbory č. 8/1983.
- LAZAR, J.: Novellierung des Zivilgesetzbuches der ČSSR. Neue Justiz Jg.37, Nr. 6/1983, 238 – 247.
- LAZAR, J.: Der Bürger als Eigentümer oder Mieter von Wohnungen und als Nutzniesser von Grundstücken, in: Österreichische Vereinigung Demokratischer Juristen – Mitteilungen. Wien, Juni 1983, 3 – 9.
- LAZAR, J.: Zivilrechtliche Formen der Befriedigung der Wohnraumbedürfnissen in der CSSR. Neue Justiz, Jg. 37, Nr. 4, 1983, 147 – 148.
- LAZAR, J.: Einige Bemerkungen über das Einfluss der Strukturgestaltung des sozialistischen Zivilrechts auf seine Effektivität im Lichte der jüngsten Erfahrungen bei der Novellierung des ZGB-CSSR in: Struktur- und Systemgestaltung des sozialistischen Rechts und ihr Einfluss auf dessen Efektivität. Berlin Akademie, 1984, 203 – 210.
- LAZAR, J.: Slovenské národné povstanie ako východisko revolučného pretvárania majetkových vzťahov. Právny obzor roč. 67, č. 8/1984.
- LAZAR, J.: Vlastnícké spory o nehnuteľnosti v Slovenskej socialistickej republike. Socialistické súdnictvo, roč. 37, č. 9/1985.
- LAZAR, J.: Rozvoj občianskeho a rodinného práva a niektoré úlohy vedy týchto právnych odvetví. Právny obzor, roč. 68, č. 7/1985.
- LAZAR, J.: Sobstvennosť v buržoaznej pravovej teórii. Moskva, Juridičeskaja literatura, 1985, 190 s.

- LAZAR, J.: Zur Relation zwischen Rechtsbildung und Rechtsanwendung im Bereich des Zivilrecht. Materialien des VI. Berliner Rechtstheoretischen Symposiums. Berlin Akademie, 1986, 201 – 207.
- LAZAR, J., Švestka, J. a kolektív: Československé občianske právo. 1. zv. Bratislava, Obzor, 1986 (vedúci autorského kolektívu a hlavný autor).
- LAZAR, J., Švestka, J. a kolektív: Československé občianske právo. 2. zv. Bratislava, Obzor, 1987 (vedúci autorského kolektívu a hlavný autor).
- LAZAR, J., Švestka, J. a kolektív: Občianské právo hmotné. I. a II. zv. Praha, Panoráma, 1987 (vedúci autorského kolektívu a hlavný autor).
- LAZAR, J.: Kolektív: Komentár k občianskému zákoníku. 1. a 2. zv. Praha, Panoráma, 1987 (spoluautorstvo).
- LAZAR, J.: a) K niektorým otázkam osobného vlastníctva v ČSSR, b) O princípoch teoretického výskumu občianskeho práva, in: Sborník referátů, koreferátů a diskusních příspěvků z II. mezinárodní konference socialistického občianskeho práva a práva procesního (28. – 30.V.1985), Praha, Univerzita Karlova, 1987, 60 – 64, 141 – 145.
- LAZAR, J.: Právni záruky občana jako osobního vlastníka, in: Češka, Z., Zdobinský, S. a kolektív, Základní práva, svobody a povinnosti občanů ČSSR a jejich ochrana v právním řádu. Praha Svoboda, 1987, 253 – 267.
- LAZAR, J.: O programovej orientácii Jednoty slovenských právnikov v nastávajúcom období, in: Zborník materiálov z konferencie Jednoty slovenských právnikov, Bratislava, JSP 1987, 55 – 60.
- LAZAR, J.: Úloha práva a poslanie právnikov v prestavbe (Podstatné časti autorovej prednášky na medzinárodnej konferencii v Leningrade o „perestrojke“ v práve). Socialistické súdnictvo, roč. 40, č. 5/1988.
- LAZAR, J.: Aktuelle Fragen der Entwicklung des Zivilrechts in der ČSSR, in: Kollektiv, Aktuelle theoretische Probleme der Entwicklung der Rechtsordnung der DDR und der ČSSR. Halle M. L. Universität, 1988, 63 – 81.
- LAZAR, J.: Koncepčné otázky vlastníctva a ekonomická prestavba Právnik, roč. 128, č. 2/1989.
- LAZAR, J.: Základné teoretické otázky vlastníctva v rozvoji socialistickej spoločnosti, in: Vlastníctvo a prestavba hospodárskeho mechanizmu (zborník), Bratislava, Pobočka ČSVTS na PFUK, 1989, č. 3, 1 – 16.
- LAZAR, J.: Budú zákony opäť platiť pre všetkých? Korupcia nekontrolovanej moci. Pravda, 6. decembra 1989.
- LAZAR, J.: K stavu, problémom a perspektívam rozvoja základnej občianskoprávnej úpravy. Právny obzor, roč. 72, č. 5/1989.

- LAZAR, J.: A socialista demokrácia fejlődése és a polgári és emberi jogok időszerű kérdései a Csehszlovák Szocialista Köztárságban. *Magyar Jog*. r. 36, č. 6/1989, 544 – 550.
- LAZAR, J.: Erwerb des Eigentums an Liegenschaften, Nutzungsrechte, in: *Investieren in der Tschechoslowakei. Materialien aus dem Seminar 30. Mai 1990*. Bratislava – Wien, PFUK, 1990, 1 – 6.
- LAZAR, J.: CSFR – Änderungen des Liegenschaftsrechts. *Ecolex*, Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht. Wien MANZ Nr. 9/1990, 589 – 591.
- LAZAR, J.: Miesto a význam komunálneho vlastníctva v sústave vlastníckych vzťahov spoločnosti (Úvaha o možnosti zavedenia komunálneho vlastníctva v ČSFR), in: *Zborník prednášok z kolokvia k problematike miestnej samosprávy*. Bratislava, Inštitút pre NV MV SR, 1990, 17 – 26.
- LAZAR, J.: Občianskoprávny režim majetku súkromne podnikajúcich občanov, in: *Aktuálne právne problémy individuálneho podnikania*. Bratislava ČSVTS – PFUK, 1990, 1 – 18.
- LAZAR, J.: Knapp, V., Knappová, M., Švestka, J.: Nad koncepcií československého občianskeho práva. *Právnik*, 129, 8/1990.
- LAZAR, J.: Vlastnícke a užívacie práva k nehnuteľnostiam a možnosti ich nadobúdania cudzincami. *Právny obzor*, 73, č. 8/1990.
- LAZAR, J.: K otázke vlastníctva obcí. *Právny obzor*, 73, č. 7/1990.
- LAZAR, J.: Právny princíp slobody v občianskoprávnych vzťahoch. In: *Jozef Prusák, Milan Lovíšek (zost.) Sloboda, právo bezprávie. 1. Lubyho právnické dni*. Bratislava PFUK a PÚ MS *Juris Index*, 1990, 110 – 120.
- LAZAR, J.: Úvahy o zmenách v systéme občianskeho práva. *Justičná revue* 43, č. 2/1991.
- LAZAR, J.: Zur Konzeption des neuen tschechoslowakischen Zivilrechts, in: *Franz Bydliński, Theo Mayer-Maly, Johannes W. Pichler (Hrsg.) Renaissance der Idee der Kodifikation. Das Neue Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch, 1992*. Wien – Köln – Weimar Böhlau Verlag, 1991, 142 – 145.
- LAZAR, J.: Ausländische Kapitalbeteiligung an der unternehmerischen Bautätigkeit in der ČSFR, in: *Baubörse Österreich – CSFR*, Wien 1991, Nr. 1, 7 – 13.
- LAZAR, J.: Liegenschaftserwerb in der ČSFR, *Artemis, Europäisches Journal für Recht & Wirtschaft*, Graz Nr. 3/1992, 21 – 23.
- LAZAR, J.: „Dobré mravy“ v občianskom práve, in: *Jozef Prusák, Emília Bakošová, Nadežda Vaculíková (zost.) Slušnosť v práve. 2. Lubyho právnické dni*. Bratislava PFUK – Právnický inštitút MS SR, 1993, 110 – 124.
- LAZAR, J.: Aktuálna úvaha o postavení občianskeho práva v československom systéme práva. *Právnik*, 132, č. 12/1993.

- LAZAR, J.: A Magnanimous Approach by the Law-Giver, in: *Europa Vincet*, Bratislava, *Slovak European review*, 15, 1993, 3, 32 – 35.
- LAZAR, J.: Möglichkeiten des Eigentumserwerbs von Liegenschaften für Inländer und Ausländer in der Slowakei und in Tschechien, *Investition und Information*, Wien, Orac. Nr. 8/1993, 3 – 7.
- LAZAR, J a kolektív: *Občianske právo*, I. diel. Všeobecná časť, vecné práva, dedičské právo. Bratislava MANZ a Vydavateľské oddelenie PFUK, 1993. s. 322. (Vedúci autorského kolektívu a hlavný autor).
- LAZAR, J.: Základné aspekty nového občianskeho a obchodného práva, in: *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae XV*. Bratislava 1994, 77 – 90.
- LAZAR, J a kolektív: *Občianske právo II*. diel. Závazkové právo a právo duševného vlastníctva. Bratislava MANZ a VO PF UK, 1994, s. 400 (Vedúci autorského kolektívu a hlavný autor.)
- LAZAR, J.: Vzťah občianskeho, obchodného a pracovného práva s osobitným zreteľom na záväzky zo zmlúv, in: Jozef Prusák (ed.) *Zmluvný a zodpovednostný systém v súkromnom práve*. Bratislava, VO PF UK, 1995, 10 – 14.
- LAZAR, J.: Východiská a koncepčné otázky návrhu slovenského Občianskeho zákonníka, *Justičná revue*, 49, č. 12/1997.
- LAZAR, J.: Fünf Jahre Aufbau der slowakischen Staatlichkeit. Publikácia vyšla tiež v anglickej, francúzskej a španielskej jazykovej mutácii. Bratislava, SIA (Slovenská informačná agentúra), 1998, 43 s.
- LAZAR, J.: Aktuálny význam diela a osobnosti Štefana Lubyho (úvodná štúdia), in: Blaho/Lazar/Rybárik (zost.). *Výber z diela a myšlienok Štefana Lubyho*, Bratislava, Iura Edition, 1998, 9 – 21.
- LAZAR, J.: Koncepcia, zásady a inštitucionálne novoty návrhu nového slovenského Občianskeho zákonníka, in: Ján Lazar (ed.) *K návrhu nového slovenského Občianskeho zákonníka*. 5. Lubyho právnické dni. Bratislava, VO PF UK, 1999, 11 – 41.
- LAZAR, J.: Rekodifikácia slovenského Občianskeho zákonníka vo svetle aproximácie práva, in: Želmíra Zelenáková (zost.) *Sympóziá, kolokviá, konferencie*. Teória a prax aproximácie práva. Bratislava 1999, VO PFUK, 33 – 38.
- LAZAR, J.: Die Veränderungen der Eigentumsordnung in der ehemaligen Tschechoslowakei während der Jahre 1948 bis 1989, in Gerd Bender/Ulrich Falk (Hg), *Recht im Sozialismus. Analysen zur Normdurchsetzung in osteuropäischen Nachkriegsgesellschaften (1944 – 1989)*, Band I: Enteignung, Frankfurt a. M. Vittorio Klostermann, 1999, 101 – 116.
- LAZAR, J a kolektív: *Základy občianskeho hmotného práva*. 1. a 2. zväzok, Bratislava, Iura Edition, 2000, 732 s. (Vedúci autorského kolektívu a hlavný autor).

- LAZAR, J.: Vlastnícke právo ako ľudské právo, in: Helena Barancová/Alexandra Krsková (eds.), *Ľudské práva na prahu tretieho tisícročia*, Trnava, PF TU, 2000, 119 – 131.
- LAZAR, J.: K niektorým koncepčným otázkam rekodifikácie súkromného práva. *Právni praxe*, 49, č. 1 – 2/2001.
- LAZAR, J.: Inštitút zákazu zneužitia subjektívnych práv v systéme súkromného práva, in: Peter Blaho/Ján Lazar/Jozef Prusák (eds.) *Zákaz zneužitia práva*. 6. Lubyho právnické dni. Bratislava, Iura Edition, 2001, 21 – 51.
- LAZAR, J.: Prostriedky zabezpečenia pohľadávok a možnosti ich uspokojenia v slovenskom práve, in: Ján Lazar (zost.) *Zabezpečenie pohľadávok a ich uspokojenie*. 7. Lubyho právnické dni. Bratislava, Iura Edition, 2002, 19 – 57.
- LAZAR, J.: Reforma záložného práva v Slovenskej republike, in: *Acta Universitatis Tyrnaviensis Iuridica I*. Trnava, PF TU, 2003, 35 – 82.
- LAZAR, J.: Kodifikation und Europäisierung des slowakischen Privatrechts. In: Constance Fischer-Czermak/Gerhard Hopf/Martin Schauer (Hrsg.) *Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend*. Wien, MANZ, 2003, 229 – 231.
- LAZAR, J.: Die Neuregelung des Pfandrechts in der Slowakei, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht (ZfRV)* 4/2003, 133 – 138.
- LAZAR, J. a kolektív: *Základy občianskeho hmotného práva*, Druhé prepracované a doplnené vydanie. 1. a 2. zväzok, Bratislava, Iura Edition, 2004, 985 s. (Vedúci autorského kolektívu a hlavný autor).
- LAZAR, J.: Produkthaftung im Zivilrecht der Slowakischen republik, in: *Festschrift Rudolf Welser zum 65. Geburtstag*. Wien, MANZ, 2004, 617 – 637.
- LAZAR, J.: K základným otázkam zodpovednosti za škodu spôsobenú vadným výrobkom v slovenskom súkromnom práve, in: *Pocťa Jiřímu Švestkovi k 75. narodeninám*, Praha, ASPI, 2005, 171 – 195.
- LAZAR, J.: Aktuálna úvaha o optimálnej koncepcii súkromnoprávneho kódexu, in: *Pocťa Antonínu Kandovi k 75. narodeninám*. Plzeň, Aleš Čeněk, 2005, 45 – 57.
- LAZAR, J.: K vlastníckemu režimu zastavaného pozemku a právu stavby, in: *Pocťa Martě Knappové k 80. narodeninám*. Praha, ASPI, 2005, 145 – 159.
- LAZAR, J.: Úlohy novej kodifikácie súkromného práva v kontexte jeho europeizácie, in: Peter Blaho/Ján Švidroň (eds.) *Kodifikácia, europeizácia a harmonizácia súkromného práva*. 8. Lubyho právnické dni. Bratislava, Iura Edition, 2005, 105 – 139.
- LAZAR, J.: *Otázky kodifikácie súkromného práva*. Bratislava, Iura Edition, 2006. 204 s.
- LAZAR, J. a kolektív: *Občianske právo hmotné*, 1. a 2. zväzok. Tretie doplnené a pre-

- pracované vydanie. Bratislava, Iura Edition, 2006. 1233 s. (vedúci autorského kolektívu a hlavný autor).
- LAZAR, J.: Absencia inštitútu práva stavby a potreba jeho uzákonaenia. *Justičná revue*, č. 4/2006.
- LAZAR, J.: Východiská a zásady kodifikácie slovenského súkromného práva, in: Ján Lazar/Peter Blaho (eds.) *Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe*. 9. Lubyho právnické dni, Bratislava, Iura Edition, 2007, 261 – 283.
- LAZAR, J.: Über die Reform des slowakischen Privatrechts, in: Rudolf Welsler (Hrsg.) *Privatrechtsentwicklung in Zentral- und Osteuropa*, Wien, MANZ, 2008, 31 – 41.
- LAZAR, J.: Základné aspekty kodifikácie slovenského Občianskeho zákonníka (hlavný referát), in: Ján Lazar (ed.) *Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva. Materiály z odbornej konferencie*, Bratislava, Ministerstvo spravodlivosti SR, 2008, 128 – 143.
- LAZAR, J.: Charakteristika pripravovanej kodifikácie súkromného práva v Slovenskej republike. Medzinárodná konferencia. 4. Slovenské notárske dni. Bratislava, Notárska komora Slovenskej republiky, *Ars notaria*, č. 3/2008, 18 – 24 (slovenský i francúzsky text).
- LAZAR, J.: Štefan Luby – významný slovenský civilista európskeho formátu, in : Ján Lazar (ed.) *Reforma súkromného práva v strednej a východnej Európe*. 10. Lubyho právnické dni. Bratislava, Iura Edition, 2009, 25 – 49.
- LAZAR, J.: Osnova návrhu slovenského Občianskeho zákonníka, in: Ján Lazar (ed.) *Reforma súkromného práva v strednej a východnej Európe*. 10. Lubyho právnické dni. Bratislava, Iura Edition, 2009, 376 – 402.
- LAZAR, J.: Zásluhy profesora Lubyho o rozvoj civilistiky *Justičná revue*, č. 11/2009, 1270 – 1278.
- LAZAR, J.: Modernisierung des Pfandrechts in der Slowakei, in: Tatjana Josipović (Hrsg.) *Stvarnoprávna uređenja tranzijskih zemalja – stanje i perspektive*. Zagreb, Sveučilišna tiskarna d.o.o., 2009, 217 – 233.
- LAZAR, J./Kubíčková, G.: Rodinné právo v pripravovanom slovenskom Občianskom zákonníku, in: *Pocta Sentě Radvanové k 80. narodeninám*, Praha, ASPI, 2009, 283 – 295.
- LAZAR, J.: O koncepcii pripravovaného slovenského Občianskeho zákonníka, in: *Občianske právo – miesto a význam diela profesorov Plankovcov*. Bratislava, Univerzita Komenského, Právnická fakulta, 2009, 22 – 32.
- LAZAR, J.: O základných zásadách slovenského Občianskeho zákonníka, in: *Pocta Petrovi Blahovi k 70. narodeninám*. Trnava, Právnická fakulta TU, 2009, 283 – 297.

- LAZAR, J.: Základné otázky kodifikácie súkromného práva, in: 15. Slovenské dni obchodného práva, Bratislava, Slovenská advokátska komora, 2009, 3 – 8.
- LAZAR, J.: Die Umsetzung der EU-Verbraucherschutzrichtlinien in das neue slowakische Zivilgesetzbuch, in: Rudolf Welser (Hrsg.) Konsumentenschutz in Zentral- und Osteuropa. Wien, MANZ, 2010, 93 – 101.
- LAZAR, J. a kolektív: Občianske právo hmotné. 1. a 2. zväzok. Štvrté doplnené a prepracované vydanie. Bratislava, Iura Edition, 2010. 1248 s. (Vedúci autor-ského kolektívu a hlavný autor).
- LAZAR, J.: Európsky rozmer navrhovaného slovenského Občianskeho zákonníka, in: Peter Blaho/Adriana Švecová (eds.) Právo v európskej perspektíve I. diel. Trnava, Právnická fakulta Trnavskej univerzity, 2011, 78 – 93.
- LAZAR, J.: Codification and Europeization of the Slovak Private Law, in: Law as a Unifying Factor of Europe – Jurisprudence and Practice. Bratislava, Comenius University, Faculty of Law, 2011, 269 – 277.
- LAZAR, J.: Über die Entwicklung des slowakischen Privatrechts, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZeuP) Heft 4/2013, 789 – 813.
- LAZAR, J. a kolektív: Občianske právo hmotné, 1. a 2. zväzok, Bratislava, Iuris Libri, 2014 (Vedúci autorského kolektívu a hlavný autor).
- LAZAR, J.: O riešeníach koncepčných problémov kodifikácie občianskeho práva, in: Viktor Knapp – vedecké dielo v proměnách času. Praha, Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2014 (v tlači).
- LAZAR, J.: Slovenské súkromné právo včera, dnes a zajtra, in: Pocta Helene Barancovej k 65. narodeninám. Trnava, Právnická fakulta Trnavskej univerzity, 2014 (v tlači).
- LAZAR, J.: Die Wertorientierung des vorbereiteten slowakischen Zivilgesetzbuches und Schutz des schwächeren Subjekts, in: Helena Barancová/Peter Blaho/Ján Lazar (eds), Dies Luby Iurisprudentiae Nr. 11, Rechtsschutz des schwächeren Subjekts im Privatrecht. Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag 2014, 147 – 166.

II.

BESONDERHEITEN DES SCHADENERSATZRECHTS IM NEUEN RUMÄNISCHEN ZIVILGESETZBUCH

CHRISTIAN ALUNARU

Schlüsselwörter: Deliktische Haftung; Entgangene Lebensfreude; Entlassungsgründe; Gefährdungshaftung; Haftung für Dritte; Immaterieller Schaden; Verletzung der Affektivität; Verlust der Lebenshoffnung; Vertragshaftung; Verunstaltungsschaden

1. Einleitung. Die Zweckmäßigkeit, die Verabschiedungsweise und die Bedeutung des neuen rumänischen Zivilgesetzbuchs. Kritik der kargen Regelung des Schadenersatzrechts im alten Zivilgesetzbuch

1.1. Das alte ZGB war eine Nachahmung des Code Napoléon, das auch während des kommunistischen Regimes überlebt hat. Die „kleine Justizreform“ vor dem Inkraftsetzen des neuen ZGB

Seit der Verabschiedung des neuen rumänischen Zivilgesetzbuches habe ich öfters, bei verschiedenen internationalen Konferenzen, wie auch in verschiedenen Veröffentlichungen, die Möglichkeit gehabt meine Meinung über die Zweckmäßigkeit, die Verabschiedungsweise und die Bedeutung dieses Gesetzbuchs zu äußern¹. In dieser

1 Chr. Alunaru, Erwägungen zum neuen rumänischen Zivilgesetzbuch, in „Österreichische Notariatszeitung“ Nr. 05/2010, Manz Wien, 131 – 143; Chr. Alu-

Einleitung werde ich nur einiges darüber zusammenfassen, um die Bedeutung des neuen ZGB im Bereich Schadenersatzrecht verständlich zu machen.

Das neue rumänische ZGB (Gesetz Nr. 287/2009²) ist am 1. Oktober 2011 in Kraft getreten. Diese Verwirklichung ist sicher lobenswert. Sie beweist die Absicht Rumäniens die Reform im Bereich der Justiz durchzuführen, das Rechtssystem zu modernisieren und den EU-Vorschriften anzupassen.

Für die ausländischen Juristen scheint es auch wichtig zu sein, dass ein Land, das früher dem kommunistischen Ostblock angehört hat, ein neues Zivilgesetzbuch geschaffen hat, welches eine endgültige Trennung von der Vergangenheit bedeuten sollte. In Wirklichkeit ist es aber etwas anders. Zum Unterschied von anderen Ländern des ehemaligen Ostblocks, stammte das alte rumänische ZGB nicht aus der kommunistischen Zeit, sondern aus dem Jahre 1864 und war, trotz anderer Gesetze jener Zeit die als Quellen verwendet wurden (so, zB, das belgische Hypothekengesetz vom 16. Dezember 1851, der Zivilgesetzbuchentwurf von Pissanelli und einige Vorschriften des alten rumänischen Rechts) eine fast getreue Kopie des *Code Napoléon*.

Eigentlich wurde dieses Zivilgesetzbuch nie bis am 1. Oktober 2011 aufgehoben, es überlebte die mehr als vier Jahrzehnte kommu-

nar, Zum neuen rumänischen Zivilgesetzbuch – Vertragsrechtlicher Teil, in *European Review of Contract Law*, Vol. 6 Nr. 2/2010, de Gruyter Berlin/New York, 197 – 216; *Chr. Alunaru*, Das rumänische Zivilrecht in den zwei Jahrzehnten nach der Revolution von 1989“, in *Kilometer Null. Politische Transformation und gesellschaftliche Entwicklungen in Rumänien seit 1989*, Hrsg. Thede Kahl/Larisa Schippel, Frank & Timme, Berlin 2011, 423 – 470; *Chr. Alunaru*, Nowy rumunski kodeks cywilny, in „Kwartalnik prawa prywatnego“ Nr. 3/2011 herausgegeben von Polska Akademia Umiejetnosci Krakau, 605 – 633; *Chr. Alunaru/L. Bojin*, XXII Romania. Legislation, Cases, Literature, in „European Tort Law, Yearbook 2009“, De Gruyter, Berlin – New York 2010, 525 – 558.

2 Veröffentlicht im Amtsblatt Rumäniens I 24. 7. 2009/511

nistischer Diktatur fast unverändert. Das stellte einen großen Vorteil sowohl für die Rechtsprechung als auch für die Rechtswissenschaft dar, weil diese trotz aller Einschränkungen und des von der Diktatur ausgeübten Drucks weiter ein Dokument, ein Arbeitsmittel zur Verfügung hatten welches die Grundsätze eines normalen, unpolitisierten Zivilrechts bewahrte.

Es wurden nur einige Kapitel aufgehoben und durch Sondergesetze ersetzt, das Wesen des französisch beeinflussten ZGB blieb aber unbestattet.

Es ist wahr, dass die kommunistischen Verfassungen Rumäniens, angefangen mit der Verfassung aus dem Jahre 1948, so wie verschiedene Sondergesetze bezüglich der Nationalisierung, Enteignung oder Ersitzung zugunsten des Staates, Untersagung der Veräußerung von Privatgrundstücken, Einschränkung des Grundeigentums auf eine einzige Wohnung, usw., einen brutalen Missbrauch des Privateigentumsrechts ermöglichten. Das alles geschah jedoch außerhalb des Zivilgesetzbuches.

Die bisher erwähnten Sondergesetze wirkten sich nur auf das Sachenrecht, hauptsächlich auf das Eigentumsrecht aus. Im Bereich Schuldrecht gab es fast keine Novellierungen, jedenfalls nicht im Bereich des Schadenersatzrechts. Diesem Teil des ZGB wurde aber oft vorgeworfen, dass er nicht mehr zeitgemäß ist, dass wichtige Rechtsfiguren wie objektive Haftung (Gefährdungshaftung), Ersatz des immateriellen Schadens, Entlastungsgründe, usw. nicht geregelt sind.

Man kann behaupten, dass die wichtigsten Vorschriften des Zivilgesetzbuches, jedenfalls im Bereich Schuldrecht, also auch im Bereich Schadenersatzrecht, nie ausdrücklich aufgehoben wurden, sie galten aber nur für natürliche Personen oder privatrechtliche juristische Personen. Zwischen den nationalisierten, „volkseigenen“ Betrieben galten nicht die Regeln des Zivilgesetzbuches sondern Sonderregeln eines neuen Rechtsbereiches, des „Wirtschaftsrechts“ – einer Mischung von Handelsrecht und Verwaltungsrecht. Wie ein berühmter Professor des Römischen Rechts (*Constantin Stoicescu*) gesagt hat, handelte

es sich um eine „träge Aufhebung“ der Vorschriften des Zivilgesetzbuches.³

Nach dem Sturz des kommunistischen Regimes wurden die Sondergesetze aus der Zeit der Diktatur aufgehoben und das alte Zivilgesetzbuch trat wieder voll in Kraft. Viel schwieriger war die Wiedergutmachung, durch Sondergesetze, der durch die kommunistische Gesetzgebung verursachten Schäden. Diese „*restitutio in integrum*“ ließ aber das alte ZGB wieder unberührt, ihre Wirkung übte sich nur auf die kommunistischen Sondergesetze aus.

Im Bereich Schadenersatzrecht wurden wichtige Maßnahmen getroffen, ohne die Vorschriften des alten ZGB zu novellieren. Im alten Gesetzbuch, obwohl der Begriff „immaterieller Schaden“ unbekannt war, war die Ersetzung des immateriellen Schadens trotzdem, auf Grund Interpretierung durch die Rechtslehre und Rechtsprechung der §§ 998 – 999 des alten ZGB möglich, weil diese Texte keinen Unterschied zwischen dem materiellen und immateriellen Schaden machten. In den ersten Jahren des kommunistischen Regimes wurde durch den Anleitungsabschluss (rum. *Decizie de îndrumare*) des Obersten Gerichtshofs Nr. VII/1952, der für alle Gerichte in Rumänien zwingend war, der Ersatz des immateriellen Schadens durch Geldbeträge verboten, weil er den Grundsätzen des Kommunismus widersprach („Kein Brot ohne Arbeit und keine Arbeit ohne Brot“). Nach der Revolution von 1989 wurde dieser Beschluss aufgehoben und der Ersatz des immateriellen Schadens war auf Grund der Vorschriften des alten ZGB wieder möglich.⁴

Die rumänische Regierung hatte nach dem Beitritt in die EU eine „große Justizreform“ geplant, das vier der wichtigsten Gesetzbüchern

3 A. Capriel, 70 de ani de proiecte de Cod civil (70 Jahre von Projekten des Zivilgesetzbuches) in *Revista română de drept privat* (Rumänische Zeitschrift des Privatrechts) 1/2007, 77.

4 Dazu ausführlich : L. Pop, *Drept civil, Teoria generală a obligațiilor* (Schuldrecht. Allgemeiner Teil), Verlag Lumina Lex, București 1998, 209 -210.

eines Rechtssystems (Zivilgesetzbuch, Zivilprozessordnung, Strafgesetzbuch, Strafprozessordnung) gänzlich neu gestalten sollte.

Leider wurde es von Anfang an schon klar, dass die Verwirklichung der „großen Justizreform“ nicht leicht sein wird, unter anderem auch deshalb weil die dazu notwendige Infrastruktur fehlte. Deshalb wurde, nach der Verabschiedung, doch noch vor der Inkraftsetzung des neuen ZGB, das Gesetz der so genannten „kleinen Justizreform“⁵ verabschiedet, mit der Absicht das Gerichtsverfahren zu beschleunigen, das als Zeichen interpretiert wurde, dass die geplante allgemeine Justizreform noch lange auf sich warten lassen wird. Erst am 1. Februar 2014 (also nach 5 Jahren) sind die letzten zwei Gesetzbücher (Strafgesetzbuch und Strafprozessordnung) in Kraft getreten.

Das Einführungsgesetz zum ZGB⁶ wurde am 3. Juni 2011 verabschiedet und stellte mit seinen 230 Paragrafen eine große Überraschung für die Juristenwelt dar, weil es außer den erwarteten Übergangsbestimmungen auch zahlreiche Novellierungen des noch nicht in Kraft getretenen Zivilgesetzbuches mit sich brachte. Das Einführungsgesetz hat aber auch das genaue Datum der Inkraftsetzung des ZGB bestimmt: 1. Oktober 2011 (laut § 220 des Einführungsgesetzes).

Leider bedeutet diese Inkraftsetzung noch keine Klarstellung der auf verschiedene Rechtsverhältnisse anwendbaren Vorschriften.

5 „*Legea nr. 202 din 25/10/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea solutionării proceselor – „Mica reformă în justiție“* (Das Gesetz 25.10.2010/202 bezüglich einiger Maßnahmen zur Beschleunigung der Entscheidungen in Rechtsstreitigkeiten – „Die kleine Justizreform“ – veröffentlicht im Amtsblatt Rumäniens I 26.10.2010/714). Das Gesetz ist 30 Tage nach der Verkündung im Amtsblatt („*Monitorul Oficial*“), also am 25 November 2010, in Kraft getreten, mit Ausnahme der Vorschriften bezüglich der Ehescheidung, die erst 30 Tage später in Kraft getreten sind.

6 „*Lege nr. 71 din 03.06.2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil*“ (Gesetz 2011/71 für die Einführung des Gesetzes 2009/287 über das ZGB, veröffentlicht im Amtsblatt Rumäniens, I 10.06.2011/409).

Nicht nur, dass in dieser Übergangsperiode die Vorschriften beider Gesetzbücher, je nach dem Zeitpunkt des Rechtsgeschäftsabschlusses, anwendbar sind.⁷ Viel mehr, hat das Inkrafttreten des neuen ZGB nicht die vollständige Aufhebung des alten ZGB bedeutet. Einige Vorschriften sind, aus verschiedenen Gründen, weiter in Kraft geblieben⁸.

7 § 3 des Einführungsgesetzes: „Die vor dem Inkrafttreten des neuen ZGB abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, wie auch die vor dem Inkrafttreten des neuen ZGB begangenen Rechtshandlungen (*faits juridiques*) können keine anderen Rechtswirkungen veranlassen als jene, die im Gesetz, das zur Zeit des Rechtsgeschäftsabschlusses oder des Begehens der Rechtshandlung (Eingreifen des Ereignisses) in Kraft war, vorgesehen waren.“

8 Laut § 230 des Einführungsgesetzes, sind §§ 1169 – 1206 des alten ZGB weiter in Kraft geblieben mit der Erklärung, dass diese Artikel in Verbindung mit den Vorschriften der Zivilprozessordnung sind und zu dem Zeitpunkt die neue Zivilprozessordnung (Gesetz 2010/134) noch nicht in Kraft getreten war. Inzwischen ist aber die neue ZPO – Gesetz nr. 2010/134, veröffentlicht im Amtsblatt Rumäniens I 3.08.2012/545, auf Grund der Dringlichkeits VO 2013/4 die das Einführungsgesetz 2012/76 geändert hat, am 15. Februar 2013, mit vielen Abänderungen und nur teilweise in Kraft getreten. Durch das Gesetz 2013/2 wurde die Inkraftsetzung mancher Vorschriften der neuen ZPO sogar auf den 1.01.2016 – Art. XII- verschoben.

Die monistische Auffassung, also die Beseitigung nach 120 Jahren der Dualität Handelsrecht – Zivilrecht sollte die völlige Aufhebung des Handelsgesetzbuchs von 1887 bedeuten. Doch leider blieben einige Vorschriften dieses Gesetzbuchs bis zur Inkraftsetzung der neuen ZPO weiter (also fast zwei Jahre) in Kraft, wie zB §§ 46 – 55, 57, 58, 907 – 935, die auf den Rechtsverhältnissen zwischen Unternehmer anwendbar sind. Gleichzeitig bleibt das II. Buch des HGB „Über den Seehandel und Seeschiffahrt“ („*Despre comerțul maritim și navigație*“) bis zur Inkraftsetzung des neuen Seegesetzbuches weiter in Kraft.

Das VII. Buch des neuen ZGB, über Verhältnisse des Internationalen Privatrechts, sollte diese Rechtsverhältnisse ins neuen ZGB mit einbeziehen. Doch schreibt § 230 q) des Einführungsgesetzes zum neuen ZGB vor, dass nur §§ 1 – 33 und 36 – 147 des alten Gesetzes 1992/105 über Verhältnisse des Internationalen Privatrechts aufgehoben werden. Die anderen Vorschriften dieses Gesetzes bleiben weiter in Kraft.

1.2. Die Zweckmäßigkeit des neuen rumänischen Zivilgesetzbuches

In der Begründung des Gesetzgebers zum neuen ZGB wurden die mit der Europäischen Kommission vereinbarten Verpflichtungen Rumäniens im Rahmen des Zusammenarbeit- und Überprüfungsvorgangs⁹ hervorgehoben. Im Bericht der Kommission bezüglich der nach dem Beitritt Rumäniens getroffenen Maßnahmen (Bruxelles, 27. 06. 2007) wird erwähnt, dass „im Hinblick auf die Justizreform und den Kampf gegen die Korruption Rumänien seine Bemühungen fortsetzen muss um die spezifischen Ziele zu erreichen und, hauptsächlich die Verabschiedung der neuen Zivilprozessordnung zu Ende führen“.

Das ist auch selbstverständlich, weil dem rumänischen Rechtssystem, außer der Korruption, hauptsächlich die Langsamkeit des gerichtlichen Verfahrens vorgeworfen wurde. Keine Rede aber vom materiellen Recht, von einem neuen Zivilgesetzbuch.

Die Regierung hat aber die gleichzeitige Verabschiedung des Zivilgesetzbuches (oder genauer gesagt, die Verabschiedung des Zivilgesetzbuches noch vor der neuen Zivilprozessordnung) dadurch begründet, dass das vielseitige Reformwerk des Rechtssystems nur in einer einheitlichen Auffassung verwirklicht werden kann, was die Konsequenz der Gesetzgebung und eine enge Korrelation mit der substantiellen Reform des materiellen Rechts voraussetzt.

Diese Erläuterungen der Verfasser des ZGB wurden aber von den nachfolgenden, von der Regierung getroffenen Maßnahmen, widersprochen. So, ist das Zivilgesetzbuch zwei Jahre vor und nicht gleichzeitig mit der neuen Zivilprozessordnung in Kraft getreten, weil die von der neuen ZPO geforderte Infrastruktur gefehlt hat.

Eine Anpassung des alten *Code Napoléon* zu den Europäischen

9 Beschluss der Kommission 2006/928CE vom 13 Dezember 2006, JO L 354, 14.12.2006.

Rechtsvorschriften wäre vielleicht ausreichend gewesen, ohne das Wesen des rumänischen Zivilrechts durch die Zusammenstellung von völlig verschiedenen Quellen, von Rechtsfiguren die verschiedenen Rechtssystemen angehören, durcheinander zu bringen. Ich könnte dazu zahlreiche Beispiele bringen.

So, zB enthält die Definition des Kaufvertrages aus § 1650 Abs. 1 des neuen ZGB,¹⁰ einen Grundwiderspruch. Es gibt, zwei verschiedene, entgegengesetzte Auffassungen bezüglich des Wesens des Kaufvertrags. In der Auffassung des deutschen BGB und des österreichischen ABGB ist der Kaufvertrag ein bloßes Verpflichtungsgeschäft, also nur der Rechtsgrund (Titel) für die Übereignung; in der französischen und rumänischen konsensualistischen Auffassung ist der Kaufvertrag ein Verfügungsgeschäft. Das bedeutet, dass nach dem Abschluss des Kaufvertrags von einer Verpflichtung zur Übereignung keine Rede mehr sein kann. Eine Definition die gleichzeitig beide Auffassungen

10 „Der Verkauf ist jener Vertrag durch welchen der Verkäufer das Eigentum an einer Sache dem Käufer überträgt oder, gegebenenfalls sich verpflichtet es zu übertragen, für einen Preis, den der Käufer sich zu bezahlen verpflichtet.“ Für die deutschen und österreichischen Leser muss erläutert werden, warum der rumänische Gesetzgeber von 2009, wie auch von 1864 nicht von „Kaufvertrag“ wie in § 1053 ABGB, oder „Kauf“, wie in § 1055 ABGB, sondern von „Verkauf“ spricht, was den Einfluss des französischen Zivilrechts noch einmal bestätigt. (§ 1582 des *Code Napoléon* verwendet auch den Ausdruck „*vente*“). Die österreichische Rechtslehre nennt den Kaufvertrag „Kauf“ und nicht „Verkauf“ wie der rumänische Gesetzgeber und die rumänische Literatur. (*Welser*, Bürgerliches Recht¹³, II, 2007, 165). Die Erklärung dazu ist, dass im französischen Recht und in den von diesem beeinflussten Rechtssystemen (wie auch das rumänische Zivilrecht) ein besonderer Akzent auf die Leistung des Verkäufers, im deutschen und österreichischen Recht aber auf die Leistung des Käufers gelegt wird. Im italienischen Zivilgesetzbuch (§ 1470) werden beide Leistungen (des Verkäufers und des Käufers) in Betracht genommen, deshalb heißt der Vertrag „*la compra e vendita*“. Dazu: *I. Popa*, Contractul de vânzare-cumpărare. Studiu comparativ de doctrină și jurisprudență. Ediția a II-a revăzută și adăugită (Der Kaufvertrag. Vergleichendes Studium der Rechtslehre und der Jurisprudenz. Zweite, neubearbeitete und ergänzte Auflage). Universul Juridic, București, 2008, 50.

enthält ist nicht nur eklektisch sondern auch irreführend. Aus so einer Definition kann man nicht erfahren was für ein Rechtsgeschäft der Kaufvertrag im System des neuen rumänischen ZGB eigentlich ist.

Ein anderes Beispiel aufschlussreiches Beispiel ist auch die Regelung der deliktischen Haftung und der Vertragshaftung. Nachdem im Abschnitt bezüglich der allgemeinen Bestimmungen der zivilrechtlichen Haftung die deliktische Haftung und die Vertragshaftung getrennt, als Zweige der zivilrechtlichen Haftung definiert werden, verschwindet einfach die ausführliche Regelung der Vertragshaftung und als zivilrechtliche Haftung wird nur die deliktische Haftung geregelt. Die Vertragshaftung wird wieder, der alten Auffassung gemäß, als „Erfüllungsweise der Schuld durch Ersatzleistung“, im IV. Abschnitt des Kapitels bezüglich der „Zwangsvollstreckung der Schulden“ geregelt.

Diese Frage werde ich aber ausführlich im nächsten Abschnitt behandeln.

1.3. Die Verabschiedungsweise des neuen ZGB

Die Verabschiedungsweise des Gesetzbuches, die Verfahrensart im Parlament ist bestreitbar und jedenfalls kein Vorbild was die Verabschiedung eines Gesetzbuches bedeutet.

Der gewählte Modus für die Verabschiedung des Gesetzes war nicht die Parlamentsdebatte in beiden Parlamentskammern Rumäniens, sondern die Haftungsübernahme seitens der Regierung, ein vom § 113 des rumänischen Grundgesetzes vorgesehenes Verfahren. Dieser Vorschrift gemäß, übernimmt die Regierung die Haftung und entweder wird das Gesetz verabschiedet oder, auf Grund eines Misstrauensantrags (Misstrauensvotums) binnen drei Tagen, wird die Regierung abgesetzt.

Folglich, gab es überhaupt keine Möglichkeit für die Abgeordneten die Gesetzesvorlage mit seinen 2664 Paragraphen zu debattieren. Desto mehr konnte von einer öffentlichen, massenhaften Debatte mit den Juristen (Wissenschaftlern und Rechtspraktikern) keine Rede

sein. Zwar gibt es in Rumänien den Juristentag als eingetragener Verein der, ua die Zeitschrift „Dreptul“ (*Das Recht*) herausgibt und auch andere wissenschaftliche Tätigkeiten entfaltet, doch es werden leider keine regelmäßige Juristentage wie zB in Österreich und Deutschland oder in anderen europäischen Ländern veranstaltet, wo über den Reformbedarf in verschiedenen Rechtsbereichen und auch über konkrete Novellierungen erst gründlich debattiert wird und erst dann Beschlüsse gefasst werden.

Kritischer ist die Eile mit welcher vier der wichtigsten Gesetzbücher eines Landes (das Zivilgesetzbuch und die Zivilprozessordnung, das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung) ohne Rücksicht auf deren so wichtige, tiefgreifende soziale Auswirkungen, durch den zu einfachen, sogar oberflächigen Modus der Haftungsübernahme, ohne jedwelche Parlamentsdebatten, verabschiedet wurden. Die rumänische Rechtslehre zitiert die Worte von J. Portalis „*On ne fait pas un code, il se fait avec le temps*“.

Weil der erste Zivilgesetzbuchentwurf im Jahre 2004 nur im Senat, nicht aber auch in der Abgeordnetenkommission des rumänischen Parlaments abgestimmt wurde, hat die Regierung eine neue Kommission gebildet, diesmal aber nur aus Lehrkräften der Bukarester Universität und aus Rechtspraktikern, die gemäß den Vorschriften der Weltbank, die das Projekt finanziert hat, ausgewählt wurden.

Die Ausführung des neuen Projekts wurde auch vom Kanadischen Amt (Agentur) für Internationale Entwicklung (CIDA) durch die Gutachterkommission, die das Zivilgesetzbuch von Québec aus dem Jahre 1991 verfasst hat, unterstützt. Die kanadische Kommission bestand aus Professoren, Richtern, Rechtsanwälten die durch regelmäßige Beratung, Übermittlung von dokumentarischem (bibliographischem) Material, von rechtsvergleichenden Abhandlungen, aber auch durch tatsächliche Teilnahme an den Arbeitskommissionen beigetragen haben.

Weil die Juristenwelt zu spät, erst nach der Veröffentlichung des neuen ZGB, die Möglichkeit hatte, Meinungen zu äußern und Kriti-

ken auszuüben, mussten viele Paragraphen des neuen ZGB durch das Einführungsgesetz 2011/71 zwischen der Veröffentlichung und dem Inkrafttreten des Gesetzbuches geändert werden, was bestimmt kein Zeichen der Gründlichkeit und Genauigkeit sein kann. Sofort nach der Inkraftsetzung des ZGB folgten noch eine Dringlichkeitsverordnung¹¹ und das dazugehörige Zustimmungsgesetz¹² und es ist nicht ausgeschlossen, dass auch weitere Gesetzesnovellen erscheinen werden.

Bedauerlicherweise wurden lange nach der Veröffentlichung des Einführungsgesetzes, in den letzten Tagen vor dem Inkrafttreten des neuen ZGB, weitere Vorschriften erlassen die konkrete, für die praktische Anwendbarkeit dieses Gesetzbuches unentbehrliche Maßnahmen enthalten.¹³

Es ist zu befürchten, dass weitere Dringlichkeitsverordnungen das neue ZGB mit anderen, vom Originaltext des Gesetzbuches unterlassenen Vorschriften zu ergänzen versuchen werden.

Eine so hektische Verabschiedung des ZGB hat also zur Folge

-
- 11 „*Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 79/2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil*“ (Dringlichkeitsverordnung der Regierung 2011/79 für die Regelung einiger Maßnahmen die zum Inkrafttreten des Gesetzes 2009/287 über das Zivilgesetzbuch notwendig sind)
 - 12 „*Lege nr. 60/2012 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 79/2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil*“ (Das Gesetz 2012/60 „zur Genehmigung der Dringlichkeitsverordnung 2011/79 für die Regelung einiger zum Inkrafttreten des Gesetzes 2009/287 über das Zivilgesetzbuch notwendigen Maßnahmen“, veröffentlicht im Amtsblatt Rumäniens 20.04.2012/255).
 - 13 So zB wurde die Eintragung der Mobiliarhypotheken im Elektronischen Archiv für Mobiliarsicherheiten erst durch die Dringlichkeitsverordnung vom 28. 09. 2011/79 „für die Regelung einiger zur Inkraftsetzung des Gesetzes 2009/287 bezüglich des Zivilgesetzbuches notwendiger Maßnahmen“ (veröffentlicht im Amtsblatt Rumäniens I, 30. 09. 2011) geregelt („*Ordonanța de Urgență a Guvernului Nr. 79 din 28 septembrie 2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil*“).

gehabt, dass viele eklektische Vorschriften, Widersprüche, Ungenauheiten eingeschlichen. Der Beweis dafür sind die Novellierungen die schon kurz nach dem Verabschieden des ZGB veröffentlicht wurden. Es gibt aber auch entgegengesetzte Meinungen. So zB, ist die von Prof. Vékás Lajos, Mitglied der Kommission die das ungarische ZGB verfasst hat, der die Schnelligkeit mit welcher das rumänische Parlament das neue ZGB verabschiedet hat, im Vergleich mit den vielen Verzögerungen in Ungarn, als bewundernswert geschätzt hat.

2. Besonderheiten des Schadenersatzrechts im neuen rumänischen ZGB¹⁴. Vergleich mit dem alten ZGB von 1864

2.1. Allgemeines

Rumänien befindet sich im Bereich Schadenersatzrecht, wie im ganzen Zivilrecht, in einer Übergangsperiode. Das neue ZGB ist zwar am 1. Oktober 2011 in Kraft getreten. Doch, gemäß § 3 des Einführungsgesetzes zum rumänischen ZGB (Gesetz 71/2011) : „Die vor dem Inkrafttreten des neuen ZGB abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, wie auch die vor dem Inkrafttreten des neuen ZGB begangenen Rechtshandlungen (*fais juridiques*) können keine anderen Rechtswirkungen veranlassen als jene, die im Gesetz, das zur Zeit des

14 Für die wichtigsten Neuigkeiten, die das neue rumänische ZGB mit sich bringt, siehe: Noul cod civil. Legea nr. 287/2009 cu prefața de conf. univ. dr. Flavius-Antoniou Baias (Das neue Zivilgesetzbuch. Gesetz 2009/287 mit Vorwort von Univ.-Doz.Dr. Flavius-Antoniou Baias) C.H.Beck-Verlag, Bucuresti, 2009; *P Perju*, Consideratii generale asupra noului cod civil (titlul preliminar, persoane, familie, bunuri), (Allgemeine Erwägungen zum neuen Zivilgesetzbuch. Einleitungstitel. Personen, Familie, Sachen), in „Dreptul“ (Das Recht) Nr. 9/2009, 13 – 30; *M. Uliescu* (Hrsg), Noul Cod civil. Comentarii. Ediția a II-a revăzută și adăugită (Kommentar zum neuen Zivilgesetzbuch. Zweite neubearbeitete und ergänzte Auflage), Verlag Universul Juridic, București, 2011

Rechtsgeschäftsabschlusses oder des Begehens der Rechtshandlung (Eingreifens des Ereignisses) in Kraft war, vorgesehen waren.“ Folglich sind beide Gesetzbücher, sowohl das alte von 1864, als auch das neue von 2009, anwendbar, je nachdem ob die Rechtshandlung vor oder nach dem 1. Oktober 2011 begangen wurde.

Im alten ZGB gab es kein Buch über das Schuldrecht und kein Kapitel über die deliktische Haftung. Nach dem Vorbild des *Code Napoléon*, folgte nach den ersten zwei Büchern bezüglich der Personen und des Sachenrechts („Über Sachen und über die verschiedenen Änderungen des Eigentums“) nur noch ein drittes Buch „Über verschiedene Arten des Eigentumserwerbes“. Dieses Buch enthielt Vorschriften des Erbrechts (im I. Titel), dann Vorschriften bezüglich der Schenkungen und Testamente (im II. Titel), und regelte dann die Verträge als wichtigste Entstehungsgründe einer Obligation. Im III. Titel waren allgemeine Regeln für Verträge vorgesehen, dann waren vom IV. bis zum XVII Titel verschiedene Sonderverträge geregelt, Titel XVIII regelte die Zwangsvollstreckung und Titel XIX die Verjährung (gleichzeitig mit der Ersitzung). Der deliktischen Haftung waren nur 6 Paragraphen (§ 998 bis 1003) im Titel bezüglich der Verträge gewidmet.

Diese 6 Paragraphen bestimmten nur die allgemeinen Grundsätze des Schadenersatzrechts. (So, zB die Verpflichtung eines jeden der vorsätzlich – § 998 – oder fahrlässig – § 999 – einem anderen einen Schaden verursacht, diesen zu ersetzen).

All diese Vorschriften waren Nachahmungen der Paragraphen 1382 – 1386 des *Code Napoléon*. Einen einzigen Paragraphen hat der rumänische Gesetzgeber von 1864 dem Zivilgesetzbuchentwurf des italienischen Ministers Pissanelli vom Jahre 1863 (der dann 1866 verabschiedet wurde) entnommen und dem Text französischer Herkunft hinzugefügt: § 1003 des rumänischen ZGB. Dieser schreibt die solidarische Haftung (Gesamthaftung) „jener Personen denen der durch widerrechtliche Handlung (Delikt) verursachte Schaden zurechenbar ist“, vor (Gesamtschuldnerische Haftung derjenigen die zusammen den Schaden verursacht haben).

Man kann also feststellen, dass im alten rumänischen Zivilgesetzbuch, nach französischem Vorbild, wirklich nur die wesentlichen, elementaren Grundsätze des Schadenersatzrechts vorgeschrieben sind.

Man findet also kein Wort über die Regeln der Entschädigung, kein Wort über die Gefährdungshaftung (objektive, strikte, verschuldensunabhängige Haftung), kein Wort über die Arten der Kausalität, kein Wort über den immateriellen Schaden, über das Schmerzensgeld, kein Wort über Rechtfertigungsgründe, über die Möglichkeit der Einwilligung des Geschädigten und deren Beschränkungen, usw.

Es war die Aufgabe der Rechtslehre die überholte Verschuldenshaftung, in vielen Fällen in welchen eine solche Haftung, des Fortschritts der Technik in der gegenwärtigen Zeit wegen, der den Beweis des Verschuldens zu einer unmöglichen Aufgabe des Geschädigten gemacht hat, den Vorschriften des Zivilgesetzbuches zuwider, mit einer modernen Gefährdungshaftung zu ersetzen. Die vom ZGB geregelte Verschuldenshaftung blieb nur im Falle der Haftung für eigenes Handeln, der Haftung der Eltern für ihre minderjährigen Kinder und der Haftung der Lehrkräfte für ihre Schüler und der Handwerker für ihre auszubildenden Lehrlinge anwendbar.¹⁵ Hingegen wurde die Halterhaftung für durch Sachen verursachten Schaden, die Haftung des Tierhalters, die Haftung der Geschäftsherrn für ihre Besorgungshelfen, wie auch die Gebäudehaftung (der Haftung des Eigentümers für den durch Einsturz oder Verfall seines Gebäudes verursachten Schadens), von der Rechtslehre und dann auch von der Rechtsprechung, als Arten der neuen, verschuldensunabhängigen Haftung (Gefährdungshaftung) definiert¹⁶.

15 *L.R. Boilă*, Răspunderea civilă delictuală subiectivă (Die zivilrechtliche subjektive Deliktshaftung «Verschuldenshaftung»), Verlag C. H. Beck, București 2009, 1 – 12, 173 – 213, 300 – 305.

16 *L. R.Boilă*, Răspunderea civilă delictuală obiectivă (Die zivilrechtliche objektive Deliktshaftung «Verschuldensunabhängige Haftung»), Verlag C. H. Beck, București 2008, 109 – 171, 252 – 278, 290 – 305.

Was den Ersatz des immateriellen Schadens betrifft, ist dieser auch ein von der Judikatur angenommenes Werk der Rechtslehre. Leider ist das Projekt der Regierungsverordnung über den Ersatz des immateriellen Schadens (Projekt der Regierung Rumäniens im Zeitraum 1996 – 2000) nie verabschiedet worden.¹⁷ Die Rechtslehre, wie auch die Rechtssprechung kamen zur Schlussfolgerung, dass der Ersatz des immateriellen Schadens die allgemeinen Vorschriften der §§ 998 – 999 des alten ZGB als Rechtsgrundlage hat, auf Grund einer generischen (allgemeinen) Interpretierung dieser Texte die den Schaden betreffen, im Sinne dass diese keinen Unterschied zwischen dem materiellen und immateriellen Schaden machen, dem Grundsatz gemäß: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.¹⁸ Die zitierten Paragraphen wurden schon erwähnt. Sie schreiben die Verpflichtung eines jeden vor, der vorsätzlich (§ 998) oder fahrlässig (§ 999) einem anderen einen Schaden verursacht, diesen zu ersetzen.

17 Siehe : *Gh. Vintilă/C. Furtună*, Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență. (Die immateriellen Schäden. Abhandlung über die Rechtslehre und Rechtssprechung), Verlag All Beck, București 2002, 62 – 63.

18 *Iulia Albu*, Repararea prejudiciului cauzat prin vătămări corporale (Ersatz der durch Körperverletzungen verursachten Schäden), Editura (Verlag) Lumina lex, București 1997, 13 -14; *Ioan Albu, V.Ursa*, Răspunderea civilă pentru daunele morale (Die zivilrechtliche Haftung für immaterielle Schäden), Editura (Verlag) Dacia Cluj-Napoca, 1979, 166 – 182, 284ff; *C.Turianu*, Răspunderea civilă delictuală. Răspunderea civilă pentru daunele morale (Die zivilrechtliche Deliktshaftung. Die Haftung für immaterielle Schäden), Verlag Wolters Kluwer, București 2009, 175; *Ion Dogaru, Pompil Drăghici*, Bazele Dreptului Civil. Volumul III. Teoria generală a obligațiilor (Die Grundlagen des Zivilrechts. Band III. Allgemeines Schuldrecht), Verlag C. H. Beck, București, 2009, 245.

Es gab auch einige Sondergesetze (Einzelregelungen)¹⁹ die

19 So, zB – **das Gesetz 1990/29 bezüglich der Verwaltungsgerichtbarkeit** (*Legea nr. 29/1990 a contenciosului administrativ*), welches im § 11 Abs. 2 vorsieht, dass im Fall der Nichtigkeitserklärung des Verwaltungsakts das Gericht auch bezüglich des Ersetzung des verursachten materiellen und immateriellen Schadens zu entscheiden hat.

– **Das Gesetz 1991/11 bezüglich der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs** (*Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale*) schreibt in § 9 vor dass falls die unlautere Wettbewerbshandlung einen materiellen oder immateriellen Schaden verursacht hat, hat der Geschädigte ein Klagerecht zur Ersetzung des erlittenen Schadens.

– **Das Gesetz 1992/48 der audiovisuellen Massenmedien** (*Legea nr. 48/1992 a audiovizualului*) regelt in § 2 Abs. 5 die Haftung für immaterielle Schäden.

– **Die Regierungsverordnung 20.08.1994/47** (*Ordonanța guvernului nr. 47 din 29 august 1994*) gibt dem Gericht das Recht über die materiellen und immateriellen Umweltschäden die durch ein Desaster, das von einem Wirtschaftssubjekt durch die Verletzung seiner gesetzlichen Verpflichtungen ausgelöst wurde, verursacht worden sind, auf Grund eines Antrags der geschädigten Person oder der lokalen Verwaltungsbehörde zu entscheiden.

– **Das Gesetz 1990/118 bezüglich der Gewährung einiger Rechte den Personen die von der am 6 März 1945 eingesetzten kommunistischen Diktatur aus politischen Gründen verfolgt wurden, ins Ausland verschleppt (deportiert) oder zu Gefangenen gemacht wurden** („*Decret-Lege Nr. 118 /1990 privind acordarea unor drepturi persoanelor persecutate din motive politice de dictatura instaurată cu începere de la 6 martie 1945, precum și celor deportate în străinătate ori constituite în prizonieri*“), schreibt eine Entschädigung in Form von wiederkehrenden Leistungen (einer Monatsrente) für den erlittenen immateriellen Schaden durch Haft, Versetzung in anderen Ortschaften, Verschleppung, Gefangenschaft, Internierung im psychiatrischen Krankenhaus oder Zwangswohnsitz vor.

– **Das Gesetz 2009/221 bezüglich der Strafurteile mit politischem Charakter und den ihnen gleichgestellten Verwaltungsmaßnahmen die im Zeitraum vom 6 März 1945 bis zum 22 Dezember 1989 gefällt wurden**, gewährt in § 5 Abs.1 jeder Person die im Zeitraum zwischen dem 6. März 1945 und dem 22. Dezember 1989 politisch verurteilt wurde oder Opfer von Verwaltungsmaßnahmen mit politischem Charakter war, das Recht, binnen einer Frist von 3 Jahren vom Inkrafttreten des Gesetzes, durch das Gericht dem Staat Schadensersatz für den erlittenen ideellen, seelischen Schaden zu fordern. Dasselbe Recht haben, nach dem Tode der berechtigten Person, auch der Ehegatte oder

Vorschriften bezüglich des immateriellen Schadens enthielten.

In Abwesenheit einer allgemeinen, in allen Fällen anwendbaren gesetzlichen Regelung, konnten aber die Richter die Mängel (Lakunen) des Gesetzes nicht zum Vorwand nehmen um solche Fälle abzulehnen. Die Urteilsverweigerung (Rechtsverweigerung) war durch § 3 ZGB ausdrücklich verboten.

Also mussten die von der Rechtslehre bestimmten Regeln angewandt werden, denen so Geltung verschaffen wurde und dann weiter als von der Rechtssprechung bestimmten Regeln zitiert wurden.

Merkwürdig ist aber, dass die Rechtslehre und die Rechtssprechung im rumänischen Rechtssystem nicht als Rechtsquellen anerkannt sind. Das spricht für die Zweckmäßigkeit des neuen Zivilgesetzbuches mit seinen ausführlichen Vorschriften die eine Umsetzung all dieser Errungenschaften der Rechtslehre darstellen.

Das war auch ein Grund warum es in Rumänien genug Stimmen gegeben hat, die sich für die Erneuerung des Zivilgesetzbuches, im Allgemeinen, und des Schadenersatzrechts im Besonderen, ausge-

die Ehegattin und die Deszendenten bis zum zweiten Grad. Ursprünglich war die Höhe dieser Entschädigung nicht durch das Gesetz begrenzt, es wurde nur vorgesehen, dass bei der Bewertung der Entschädigung auch die auf Grund des Gesetzes 1990/118 erhaltenen Ersatzleistungen berücksichtigt werden müssen. Später wurde aber die Dringlichkeitsverordnung der Regierung 2010/ 62 erlassen, die § 5 des Gesetzes geändert und die Höhe des Ersatzes für den erlittenen ideellen Schaden eingeschränkt hat: Die politisch verurteilte Person oder das Opfer der politischen Verwaltungsmaßnahme hat das Recht auf höchstens 10.000 Eur; der Ehegatte oder Ehegattin und die Deszendenten ersten Grades haben das Recht auf höchstens 5.000 Eur; die Deszendenten II Grades haben das Recht auf höchstens 2.500 Eur.

Es wurden auch **Kriterien für die Berechnung (Bewertung) der Entschädigung** eingeführt. So, zB wird es vorgesehen, dass die Instanz die Dauer der Freiheitsstrafe, die von dem Urteil vergangene Zeit und die negativen körperlichen, seelischen und sozialen Folgen, wie auch die schon auf Grund des Gesetzes 1990/118 wie auch der Dringlichkeitsverordnung Nr. 214/1999 erhaltene Ersatzleistungen berücksichtigen muss. Diese Dringlichkeitsverordnung wurde aber vom Verfassungsgericht als verfassungswidrig erklärt.

sprochen haben. Die rumänische Rechtslehre zitiert oft, dass es eine so genannte Revolte der Tatsachen (des Sachverhaltes) gegen das Gesetzbuch gibt, „*La révolte des faits contre le Code*“.²⁰

Die Anhänger der Reform des Rumänischen Zivilgesetzbuches äußerten Meinungen die auch von den Reformatoren des ABGB während des Wiener Symposiums „Das ABGB auf dem Weg ins 3. Jahrtausend“, 14 – 15 November 2002, im Palais Trautson ausgesprochen wurden.

Ich zitiere hier erstens *Martin Schauer*, der sagte, dass „die Geschichte des ABGB zugleich eine Geschichte seiner Erosion“ sei. „Ganze Bereiche des ABGB, darunter auch solche, die im Rechtsalltag eine überragende Rolle spielen, wie beispielsweise das Eherecht oder das Wohnungsmietrecht, wurden in Sondergesetze ausgelagert. Andere Materien, die den Verfassern des ABGB noch gar nicht bekannt waren, wie etwa die Gefährdungshaftung oder der Verbraucherschutz, fanden erst gar nicht den Weg in die Kodifikation und wurden von Anfang an überwiegend in Sondergesetzen geregelt“.²¹ *Georg Graf*²² sprach von der „Antiquiertheit des ABGB“. „Der hauptsächliche Grund für den Substanzverlust des ABGB ist vielmehr darin zu sehen, dass die zivilrechtliche Realität über weite Strecken außerhalb des ABGB stattfindet und dessen Normen nur noch als Staffage fungieren“. Im Abschnitt über „Alterungssymptome und –ursachen“ wird erläutert, dass „die mit dem Zeitablauf eintretenden Veränderungen der gesellschaftlichen Wirklichkeit unweigerlich dazu führen, dass die ursprünglich im Gesetz vorgesehenen Regelungen und gesetzgeberischen Wertentscheidungen fragwürdig werden. Regelungen die im Zeitpunkt der Inkraftsetzung sachgerechte Lösungen bereitstellten,

20 *G. Morin*, *La révolte des faits contre le Code*, Sirey Paris, 1920.

21 *M. Schauer*, Integration des Handels- und des Unternehmensrechts in das ABGB, in *Fischer-Czermak/Hopf/Schauer* (Hrsg), *Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend. Reformbedarf und Reform*, 137 – 138.

22 *G.Graf*, ABGB forever ?, in *Fischer-Czermak/Hopf/Schauer* (Hrsg), *Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend*, 7 – 8.

verlieren diese sachliche Legitimation. Die Kodifikation verliert an inhaltlicher Qualität, eben weil sich die Zeiten ändern“.

Von den Argumenten der rumänischen Reformisten, erwähne ich die Tatsache, dass die viel zu kurze Regelung (in den nur 6 Paragraphen) der deliktischen Haftung von der Rechtslehre mit zahlreichen Grundsätzen ergänzt werden musste, Grundsätze die dann von der Rechtsprechung angewandt wurden, obwohl sie im ZGB nicht vorgesehen waren. So, zB obwohl gemäß des alten ZGB das Verschulden Voraussetzung für die deliktische Haftung ist, (also der Codex nur die Verschuldenshaftung regelt), hat die Entwicklung des modernen Lebens die Begründung der Haftung auch auf objektive Umstände, wie Risiko, Profit oder Garantie durchgesetzt. Es wurde also auch die verschuldensunabhängige Haftpflicht, *responsabilité objective*, (Gefährdungshaftung, „strikte Haftung“) außerhalb des Zivilgesetzbuches anerkannt.

Wie schon erwähnt, konnten auch in diesem Fall, in Abwesenheit einer ausführlichen gesetzlichen Regelung, die Richter die Mängel des Gesetzes nicht zum Vorwand nehmen um solche Fälle abzulehnen, weil die Urteilsverweigerung (Rechtsverweigerung) durch § 3 des alten ZGB ausdrücklich verboten war. Folglich mussten die von der Rechtslehre bestimmten Regeln angewandt werden, denen so Geltung verschaffen wurde und dann weiter als von der Rechtssprechung bestimmten Regeln zitiert wurden.

Im neuen rumänischen Zivilgesetzbuch wurde der zivilrechtlichen Haftung ein ganzes Kapitel mit 46 Paragraphen (§§ 1349 – 1395) gewidmet. Viele von diesen sind die Folge der Einbeziehung der von der Rechtslehre und der Rechtssprechung bestimmten Grundsätze ins ZGB. Einige Neuigkeiten müssen hervorgehoben werden.

Im Abschnitt bezüglich der allgemeinen Bestimmungen über die zivilrechtliche Haftung werden die deliktische Haftung (§ 1349) und die Vertragshaftung (§ 1350) als Formen (Unterarten) desselben Rechtsinstituts „zivilrechtliche Haftung“ getrennt definiert. Außer den gesetzlich geregelten Ausnahmen gibt es kein Optionsrecht

zwischen der deliktischen und der vertraglichen Haftung. Dieser Grundsatz wurde schon lange vor seiner gesetzlichen Regelung von der Rechtslehre²³ und von der Rechtssprechung²⁴ festgesetzt weil im rumänischen Zivilrecht die deliktische Haftung strenger als die Vertragshaftung ist.

Der Begriff „Vertragshaftung“ erscheint zum ersten Mal im rumänischen Zivilgesetzbuch, was aber nicht bedeutet, dass im alten ZGB die Verletzung der Vertragspflichten keine Haftung zur Folge gehabt hätte und dass die Vertragspartner willkürlich, rücksichtslos handeln

-
- 23 Siehe: *M. Eliescu*, Raportul dintre răspunderea contractuală și cea delictuală. Problema cumulului celor două responsabilități în dreptul RPR (Das Verhältnis zwischen der vertraglichen und der deliktischen Haftung. Das Problem der Kumulation – des Zusammentreffens – der beiden Haftungen im Recht der Rumänischen Volksrepublik), in „Studii și cercetări juridice“, Nr. 1/1963, 25ff. *M. Eliescu*, Răspunderea civilă delictuală (Deliktische Haftung), Editura Academiei (Verlag der Akademie), București 1972, 69 – 88; *R. Sanilievi*, Dreptul la opțiunea între temeiul contractual și cel delictual al răspunderii civile (Das Optionsrecht zwischen der vertraglichen und der deliktischen Grundlage der zivilrechtlichen Haftung), in „Revista Română de Drept“, Nr. 2/1967, 33 ff.; *C. Stătescu*, Cu privire la raportul dintre norma de drept procesual și norma de drept substantial. Implicații cu privire la cumulul răspunderii civile delictuale și răspunderea contractuală (Über das Verhältnis zwischen der verfahrensrechtlichen und der materiellrechtlichen Vorschrift. Konsequenzen bezüglich der Kumulation – des Zusammentreffens – der deliktischen und der vertraglichen Haftung), in „Revista română de drept“ Nr. 5/1981, 7 – 13; *L. Mihai, V. Stoica*, În legatură cu incidenta răspunderii civile delictuale în raporturile dintre părțile din contract (Bezüglich der Anwendbarkeit der Deliktshaftung im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien), in „Revista Română de Drept“ Nr. 9/1983, 8 – 14; *L. Pop*, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor (Zivilrecht. Allgemeines Schuldrecht), Verlag Lumina lex, București 1998, 356 – 357.
- 24 Plenul Tribunalului Suprem, Decizia de îndrumare (Anleitungs-Plenentscheidung des Obersten Gerichts) Nr. 11 vom 2 August 1965, in „Justiția Nouă“ Nr. 8/1965, 109. Anmerkung: Vor 1989 war die Benennung des Obersten Gerichtshofes „Tribunalul Suprem“, die mit „Das Oberste Gericht“ übersetzt wurde. In den ersten Jahren nach 1989 änderte sich die Benennung in „Curtea Supremă“, die „Der Oberste Gerichtshof“ übersetzt wird. Heute heißt dieses Gericht „Înalta Curte de Casație și Justiție“ = „Der Hohe Kassations- und Justizhof“.

durften. Der Geldersatz der dem Gläubiger im Falle der Vertragsverletzung gebührt, wurde, nach französischem Vorbild, im Kapitel über „Die Wirkung der Schulden“ („*De l'effet des obligations*“) als eine „Erfüllungsweise der Schuld durch Ersatzleistung“ falls die Naturalerfüllung der Schuld nicht möglich ist („*Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation*“) geregelt. Der Begriff „Zivilrechtliche Haftung“ bedeutete also nur deliktische Haftung, er umfasste nicht auch die Vertragshaftung. Diese Struktur des Stoffes im Bereich zivilrechtliche Haftung wurde auch von der rumänischen Rechtslehre übernommen²⁵. Es gab aber auch Anhänger der Schuldrechtsreform die dem Schadenersatz im Falle der Vertragsverletzung ein besonderes Kapitel mit dem Titel „Vertragshaftung“, als zweiter Zweig der zivilrechtlichen Haftung (neben der deliktischen Haftung) gewidmet haben.²⁶

25 T. R. Popescu, P. Anca, *Teoria generală a obligațiilor* (Schuldrecht. Allgemeiner Teil), Editura Științifică (Wissenschaftlicher Verlag), București 1968, 320; C. Stătescu/ C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*. Ediția a IX-a, revizuită și adăugită (Zivilrecht. Allgemeines Schuldrecht. IX. Neubearbeitete und ergänzte Auflage), București 2008, 330; I. Dogaru/ P. Drăghici, *Bazele dreptului civil. Volumul III. Teoria generală a obligațiilor* (Die Grundlagen des Zivilrechts. Band III. Allgemeines Schuldrecht). Verlag C. H. Beck, București 2009, Cartea a IV-a „Efectele obligațiilor“ (IV-tes Buch „Wirkungen der Schulden“), Titlul I. „Privire generală asupra efectelor obligațiilor“ (Erster Titel „Übersicht über die Wirkungen der Schulden“), Secțiunea a 3-a „Executarea indirectă (prin echivalent) a obligațiilor civile (Dritter Abschnitt „Die Erfüllung der Schulden durch Ersatzleistung“, 431 – 469.

26 Bekennzeichnend für diese Auffassung sind die Titel der Kapitel und Abschnitte mancher Lehrbücher. Siehe: L. Pop, *Drept civil, Teoria generala a obligatiilor* (Zivilrecht. Schuldrecht. Allgemeiner Teil). Verlag Lumina-lex, București 1998, Partea a II-a „Raspunderea civilă“, Titlul III „Raspunderea civilă contractuală“ (Zweiter Teil „Zivilrechtliche Haftung“, III. Titel „Vertragshaftung“), 336 – 359; L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile, vol. II Contractul* (Abhandlung des Zivilrechts. Schuldrecht Band II. Der Vertrag), Verlag Universul Juridic, București 2009, Titlul III „Efectele contractelor“, Subtitlul III „Consecințele neexecutării contractelor“, Capitolul I „Răspunderea contractuală“ (III. Titel „Wirkungen der

Scheinbar sollte das neue ZGB diese Gliederung des Stoffes im Bereich zivilrechtliche Haftung übernommen haben als es im Abschnitt bezüglich der allgemeinen Bestimmungen die Deliktshaftung und die Vertragshaftung getrennt, als Zweige der zivilrechtlichen Haftung, definiert. Der Begriff „Vertragshaftung“, der im neuen ZGB nicht nur zum ersten Mal im rumänischen Zivilgesetzbuch erscheint, sondern auch ausdrücklich definiert wird, könnte zu dieser Schlussfolgerung führen. Leider ist im Kapitel über die zivilrechtliche Haftung nur die Deliktshaftung geregelt. Bezüglich der Vertragshaftung finden wir außer der Definition keinen anderen Paragraphen. Die Vertragshaftung bleibt weiter, wie im alten ZGB, als „Erfüllungsweise der Schuld durch Ersatzleistung“, im IV. Abschnitt bezüglich der „Zwangsvollstreckung der Schulden“ geregelt.

Im neuen ZGB wurden ausdrücklich Arten der objektiven Haftung (Gefährdungshaftung) vorgesehen: die Sachhalterhaftung, die Tierhalterhaftung und die Gebäudehaftung. Wie schon erwähnt, war die deliktische Haftung im alten rumänischen Zivilgesetzbuch eine reine Verschuldenshaftung. Die Gefährdungshaftung war ein Werk der Rechtslehre, das von der Rechtsprechung angenommen wurde und jetzt im neuen Zivilgesetzbuch ausdrücklich anerkannt wurde.

Im Rahmen der Haftung für durch Sachen verursachte Schäden wird aber nicht auch die Haftung für fehlerhafte Produkte geregelt. Gemäß § 1349 Abs. 4 gilt für diese Haftung ein Sondergesetz. Also bleibt das Gesetz 7.06.2004/ 240 „über die Haftung der Hersteller für die Schäden die von fehlerhaften Produkten verursacht worden sind“ (Amtsblatt 22. 06.2004/552)²⁷, das eine Umsetzung im rumänischen

Verträge“, III. Untertitel „Folgen der Vertragsverletzung“, Erstes Kapitel „Vertragshaftung“), 644 – 707.

27 Wiederveröffentlicht im Amtsblatt 22.04. 2008/313, mit einer neuen Nummerierung der Paragraphen, auf Grund von § V Buchstabe k. des Gesetzes 2007/363 bezüglich der Bekämpfung der unlauteren Geschäftspraktiken der Gewerbetreibenden in den Verhältnissen mit den Verbrauchern und der Harmonisierung der Vorschriften mit der Europäischen Rechtsordnung im Bereich Verbraucherschutz (Amtsblatt 28.12.2007/899).

Zivilrecht der Richtlinie des Rates vom 25 Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EWG) darstellt, weiter in Kraft.

Die schädigende Handlung (das schädigende Verhalten) bestand im alten ZGB aus der Verletzung der allgemeinen Verhaltenspflicht niemanden zu schädigen „*neminem laedere*“. Hingegen §1349 des neuen ZGB zählt die Vorschriften auf, aus deren Verletzung sich die deliktischen Haftung ergibt. Es sind die vom Gesetz oder vom örtlichen Gewohnheitsrecht vorgeschriebenen Verhaltensregeln, wie auch die Rechte oder die berechtigten Interessen einer Person. Zum ersten Mal wird im ZGB zwischen den Ursachen (Gründen) der deliktischen Haftung auch die Verletzung eines berechtigten (rechtsschutzwürdigen) Interesses erwähnt, was die rumänische Rechtslehre²⁸, nach dem Vorbild der Rechtsprechung²⁹ und der französischen Rechtsliteratur³⁰ schon lange getan hat.

28 L. Pop, Drept civil, Teoria generală a obligațiilor (Schuldrecht. Allgemeiner Teil), 201 – 203; M. Eliescu, Răspunderea civilă delictuală (Deliktische Haftung), 101 – 102; C. Stătescu/ C. Bîrsan, 145 – 147.

29 Tribunalul Suprem, Colegiul penal, (Oberstes Gericht, Strafrechtabteilung) Decizia (Urteil) Nr. 39/1963, in „Justitia Noua“ Nr. 4/1964, 178; Tribunalul Municipiului București, Secția a II-a penala, (Landesgericht der Stadt Bukarest, II. Strafrechtliche Sektion) Decizia (Urteil) Nr. 593/1974, in „Revista română de Drept“, nr. 10/1974, 74, cu nota de (mit der Anmerkung von) O. Rădulescu /C. Bîrsan; Tribunalul Suprem, Colegiul civil (Oberstes Gericht, Zivilrechtabteilung) Decizia (Urteil) Nr. 971/1964, in „Legalitatea Populară“ Nr. 12/1964, 80; Tribunalul Suprem, Colegiul penal, (Oberstes Gericht, Strafrechtabteilung) Decizia (Urteil) Nr. 446/1964, in „Justiția Nouă“ Nr. 2/1964, 152; Tribunalul Suprem, Colegiul penal (Oberstes Gericht, Strafrechtabteilung) Decizia (Urteil) Nr. 495/1966 in „Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem 1966“ (Urteilssammlung des OG 1966), 432; Tribunalul Suprem, Colegiul penal (Oberstes Gericht, Strafrechtabteilung), Urteil Nr. 2722/1970, in „Revista Română de Drept“ Nr. 3/1971, 130.

30 B. Starck, Droit civil. Obligations, Librairies Techniques, Paris 1972, 53 – 55; X. Pradel, Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, in L.G.D.J., Paris 2004, 187 ff.

Das neue ZGB bringt auch eine neue Regelung der deliktischen Haftung für Dritte mit sich. Außer der Haftung des Geschäftsherrn für den Erfüllungsgehilfen (§ 1373) wird auch die Haftung für die schädigende Handlung der Minderjährigen und Entmündigte geregelt (§ 1372). Diese neue Regelung stellt eine Synthese der Vorschriften aus § 1000 Abs. 2 und 4 des alten Gesetzbuchs, die die Haftung der Eltern für ihre minderjährigen Kinder, der Lehrer für ihre Schüler und der Handwerker für ihre Lehrlinge vorsahen. Zum ersten Mal aber wird zu diesen Arten der Haftung auch die Haftung für entmündigte, volljährige Personen hinzugefügt. Auch der Kreis der Personen die für schädigende Handlungen von Dritten haften wurde erweitert: nicht nur die im Gesetz vorgesehene Personen, sondern alle Personen die auf Grund des Gesetzes, eines Vertrags oder eines gerichtlichen Urteils verpflichtet sind einen Minderjährigen oder einen Entmündigten zu überwachen. Weil als einziger Entlastungsgrund nur der Beweis einer fremden Ursache vorgesehen ist (also dass die schädigende Handlung des Minderjährigen eine andere Ursache als die Ausübung der elterlichen Pflichten hat) kam die Rechtslehre zur Schlussfolgerung, dass es sich um eine objektive Haftung (Erfolgshaftung) handelt.³¹

Im neuen Zivilgesetzbuch sind zum ersten Mal die Entlastungsgründe (Exkulpationsgründe) vorgesehen und zum ersten Mal werden ausführliche Regeln zum Ersatz des materiellen, und des immateriellen Schadens eingeführt.

31 *L. R. Boilă/ L. B.Boilă*, Fundamentul răspunderii civile pentru prejudiciile cauzate de către minori sau de către persoanele puse sub interdicție (Die Rechtsgrundlage der zivilrechtlichen Haftung für von Minderjährigen oder Entmündigten verursachten Schäden) in „Dreptul“ (Das Recht) Nr. 3/2010, 125.

2.2 Entlastungsgründe im neuen rumänischen Zivilgesetzbuch

Einige von diesen Entlastungsgründen sind eine Folge der Einbeziehung der von der Rechtslehre und der Rechtssprechung bestimmten Grundsätze ins ZGB.

Es wurden besondere Entlastungsgründe für die verschiedenen Arten der deliktischen Haftung vorgesehen. So, z B für die Haftung für eigenes Handeln sind die Notwehr (das Recht auf Selbstverteidigung) – § 1360 – und der zivilrechtliche Notstand (*état de nécessité*) – § 1361 – vorgesehen, die von der Rechtslehre vorgeschlagen und vom neuen ZGB aus dem Strafrecht übernommen wurden. Eigentlich hat der zivilrechtliche Notstand nicht eine Freistellung von der Haftung zur Folge, sondern es werden die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung angewandt.

Für die Gefährdungshaftung gelten als Entlastungsgründe (Befreiungsgründe) die höhere Gewalt (fr. „*force majeure*“), das Handeln des Geschädigten (fr. *fait de la victime*) und das Handeln des Dritten (§ 1380). Es wird von dem „Handeln“ des Geschädigten oder des Dritten und nicht vom „Verschulden“ gesprochen, denn im Rahmen einer verschuldensunabhängigen, („strikten“, „objektiven“ Haftung) kann vom „Verschulden“, also einer subjektiven Haftung nicht die Rede sein. Es handelt sich hier um einen objektiven Kausalzusammenhang. Der Gesetzgeber hat vermutlich den an das Gesetz 7.06.2004/240 („über die Haftung der Hersteller für die Schäden die von fehlerhaften Produkten verursacht worden sind“) geübten Kritiken³² Folge geleistet. Hier wurde das „Verschulden“ des Geschädigten oder einer Person, für die der Geschädigte haftet, als Befreiungsgrund für den Hersteller vorgesehen.

Umstritten war die Einwilligung des Geschädigten oder dessen gesetzlicher Vertreter als Entlastungsgrund.

32 Chr. Alunaru, Privatrechtsentwicklung in Rumänien, in R. Welser (Hrsg.) „Privatrechtsentwicklung in Zentral- und Osteuropa“, Manz Wien 2008, 94 – 95.

Die traditionelle Meinung der Rechtslehre war, dass das Verhalten des Schädigers nicht rechtswidrig ist wenn der Geschädigte in die Handlung des Schädigers eingewilligt hat, obwohl er wusste, dass diese Handlung einen Schaden verursachen kann. Eine solche Einwilligung stellt in Wirklichkeit eine Haftungsausschlussklausel dar. Die Haftungsausschlussklausel ist eine regelrechte Vereinbarung (ein Vertrag) die noch vor dem schädigenden Verhalten zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten abgeschlossen wurde, durch welche der Schädiger von der Ersatzpflicht des Schadens, der durch sein Verhalten verursacht werden könnte, befreit wird.³³

Laut der Rechtslehre waren im Bereich des Vertragsrechts die Haftungsausschlussklauseln gültig, falls sie sich auf eine konkret bestimmte Art des Verschuldens beziehen. Im Bereich der deliktischen Haftung war die Gültigkeit solcher Vereinbarungen umstritten.

Lange Zeit war man der Auffassung, dass das Opfer nicht schon im Voraus, noch vor der schädigenden Handlung auf den Schadenersatz verzichten darf, mit der Begründung dass die Normen die die deliktische Haftung regeln zwingend (imperativ) sind.

Später wurde zugegeben, dass eine solche Vereinbarung gültig, doch nur für „leichte Fahrlässigkeit“ (*culpa levis*)³⁴ ist. Die Vereinbarung war aber als absolut nichtig³⁵ betrachtet falls der Geschädigte in eine Tat des Schädigers eingewilligt hat, die mit schwerer Fahrlässigkeit (*culpa lata*) oder vorsätzlich begangen wurde. In diesem Fall behält das Verhalten des Schädigers seinen widerrechtlichen

33 I. M. Anghel/Fr. Deak/M. F. Popa, Răspunderea civilă (Die zivilrechtliche Haftung), Editura Științifică (Wissenschaftlicher Verlag), București 1970, 79.

34 C. Stătescu/C. Bîrsan, Tratat de drept civil. Teoria generală a obligațiilor (Abhandlung des Zivilrechts. Schuldrecht. Allgemeiner Teil), Editura Academiei (Verlag der Akademie), București 1981, 182.

35 Der Begriff „absolut Nichtig“ („*nullité absolue*“) ist kein Pleonasmus, keine Doppelaussage, denn im rumänischen Zivilrecht entspricht dieser Begriff der „Nichtigkeit“ aus dem österreichischen Recht. Hingegen die „relative Nichtigkeit“ („*nullité relative*“) entspricht der „Anfechtbarkeit“.

Charakter und hat den Ersatz des verursachten Schadens zur Folge.

Diese Schlussfolgerung galt nur für Vermögensschäden. Die Haftungsausschluss- oder Haftungsminderungsvereinbarungen die Persönlichkeitsrechte, immaterielle Rechte (Nichtvermögensrechte) betreffen, wie das Recht auf Gesundheit, auf körperliche Unversehrtheit, auf Leben, usw., jedoch waren absolut nichtig.³⁶ Einige ansehnliche Autoren haben aber die Meinung vertreten, dass so eine Lösung zu streng wäre. Sogar die Haftungsausschluss- oder Haftungsminderungsvereinbarungen die immaterielle Rechte betreffen sollten als gültig betrachtet werden falls es sich um leichte Verletzungen handelt oder insofern solche Vereinbarungen durch ihren Zweck berechtigt sind.³⁷ Als Beispiel wurden so genannte brutale (gewalttätige) Sportarten zitiert – Rugby, Box, Karate, usw. – wo die Spieler freiwillig das Risiko einiger Unfälle übernehmen unter der Bedingung die Regeln dieser Sportart einzuhalten.³⁸

Letztendlich muss betont werden, dass die genaue Untersuchung der Haftungsausschluss- oder Haftungsminderungsvereinbarungen zur Schlussfolgerung führt, dass eigentlich der Geschädigte nicht in die Schadensverursachung eingewilligt hat, sondern nur der Tat des Schädigers zugestimmt hat und dadurch das Risiko der Verursachung eines eventuellen Schadens übernommen hat.

36 *D. Alexandresco*, Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine, tomul al V-lea, (Theoretische und praktische Erläuterung des rumänischen Zivilrechts im Vergleich mit den alten Gesetzen und den wichtigsten ausländischen Gesetzgebungen, Band V.) Iași 1898, 503 ; *I. Stoenescu*, Evoluția ideii de răspundere civilă (Die Evolution des Begriffes der zivilrechtlichen Haftung), Verlag Curierul Judiciar, 1939, 123.

37 *M. Eliescu*, Răspunderea civilă delictuală, (Die zivilrechtliche Deliktische Haftung), Editura Academiei (Verlag der Rumänischen Akademie), București 1972, 162 ; *C. Stătescu/C. Bîrsan*, Tratat de drept civil. Teoria generală a obligațiilor (Abhandlung des Zivilrechts. Schuldrecht. Allgemeiner Teil), 187 – 188.

38 *M. Eliescu* 162 ; *L. Pop*, Drept civil, Teoria generala a obligatiilor (Zivilrecht. Schuldrecht. Allgemeiner Teil), 366.

Das neue rumänische ZGB hat diese Kontroversen folgendermaßen gelöst: in § 1355 werden die Klauseln über die Haftung ausdrücklich geregelt. Durch Verträge oder einseitige Rechtsgeschäfte kann die Haftung für materielle Schäden die einem anderen durch Vorsatz oder schwere Fahrlässigkeit (*culpa lata*) verursacht wurde nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden (Abs. 1). Es sind aber gültig Klauseln welche die Haftung für Vermögensschäden die durch einfache Fahrlässigkeit und Unachtsamkeit (fr. *négligence et imprudence*) verursacht wurden ausschließen (Abs. 2). Die Haftung für Schädigung der körperlichen und seelischen Unversehrtheit wie auch der Gesundheit kann nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen ausgeschlossen oder beschränkt werden. (Abs. 3). Das ZGB verweist also hier auf Sondergesetze, die aber nicht aufgezählt werden. Letztendlich schreibt § 1355 Abs. 4 des neuen ZGB vor, dass die Annahmeerklärung durch welche eine Person ein Risiko eingeht nicht an und für sich ein Verzicht des Geschädigten auf das Recht Schadenersatz zu fordern bedeutet.

2.3. Die Ersetzung des immateriellen Schadens im neuen rumänischen Zivilgesetzbuch

Im alten Gesetzbuch war der Begriff „immaterieller Schaden“ unbekannt, die Ersetzung des immateriellen Schadens war nur auf Grund Interpretierung durch die Rechtslehre und Rechtssprechung der §§ 998 – 999 ZGB möglich, weil diese Texte keinen Unterschied zwischen dem materiellen und immateriellen Schaden machen.

Im neuen rumänischen ZGB wird der Grundsatz des Schadenersatzes für immaterielle Schäden zum ersten Mal, in § 1391, ausdrücklich vorgesehen: „Im Falle der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Gesundheit kann Schadenersatz für die Einschränkung des Familien- und Gesellschaftslebens gewährt werden“ (§ 1391 Abs. 1.). Für den seelischen Schmerz der durch den Tod des Opfers verursacht wurde kann Schadenersatz nicht nur den nahen

Verwandten (Aszendenten, Deszendenten, Brüder, Schwestern und Ehegatte) sondern auch jeglicher Person die einen solchen Schaden beweisen kann gewährt werden. Das Recht auf Schadenersatz für solche Schäden ist nicht vererblich. Die Erben haben aber das Recht die vom Opfer noch zu Lebzeiten erhobene Schadenersatzklage weiterzuführen (§ 1391 Abs. 4.)

Die ausdrückliche Regelung des Schadenersatzes auch für immaterielle Schäden im ZGB ist selbstverständlich lobenswert. Leider ist die Regelung sehr summarisch, sehr kurz im Verhältnis zu den zahlreichen Aspekten die in den letzten Jahren von der Rechtssprechung und von der Rechtslehre hervorgehoben wurden.

§ 1391 zählt als Rechtsgrundlage für den Ersatz des immateriellen Schadens „die Einschränkung des Familien- und Gesellschaftslebens“ (im Falle der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Gesundheit), „den vom Tod des Opfers verursachten seelischen Schmerz“ und „die Verletzung der Rechte die jedem Rechtssubjekt eigen sind“ auf.

Man kann feststellen, dass alle drei Kategorien von immateriellen Schäden vertreten sind, die sowohl von der rumänischen als auch von der französischen Literatur nach dem Kriterium des Bereiches der menschlichen Persönlichkeit die verletzt wurde eingeteilt werden³⁹:

- a) Verletzungen der körperlichen Persönlichkeit (Körperschäden);
- b) Verletzungen der affektiven Persönlichkeit (der Affektivität);
- c) Verletzungen der sozialen Persönlichkeit.

Leider wurde aber die Kategorie der immateriellen Schäden, die durch Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit verursacht wurden und die wegen der Wichtigkeit dieser Schäden die aus dem Wert der verletzten Rechte und ihrer Häufigkeit

39 *P. Tercier, Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit suisse, Editions Universitaires, Fribourg, Suisse 1971, 68.*

in der Judikatur hervorgeht, sowohl von der rumänischen,⁴⁰ als auch von der französischen⁴¹ Rechtslehre unter der Benennung „*préjudice corporel*“ – „Körperschäden“ – analysiert werden, wesentlich eingeschränkt und vereinfacht.

Es wird nichts von den Schäden die aus körperlichen und seelischen Schmerzen bestehen („*pain and suffering*“) erwähnt, die von der französischen Rechtslehre unter der Benennung *pretium doloris*⁴² (eine Benennung die eigentlich den Geldersatz, also den „Preis“ welchen der Schädiger dem Geschädigten schuldet bezeichnet) analysiert wurden. Der Ersatz solcher Schäden wurde von der rumänischen Rechtslehre schon in der Zwischenkriegszeit vertreten⁴³.

-
- 40 I. Albu/ V. Ursa, *Răspunderea civilă pentru daunele morale* (Die zivilrechtliche Haftung für immaterielle Schäden), Verlag Dacia, Cluj-Napoca 1979, 79; Gh. Vintilă, *Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență*. Ediția a 2-a, (Die immateriellen Schäden. Abhandlung über die Rechtslehre und Rechtssprechung. Zweite Auflage), Verlag Hamangiu, București 2006, 32.
- 41 M. Dubois, *Le pretium doloris*, Thèse (Dissertation), Lyon, 1935, 32; G. Vinney/B. Marchesinis, *La réparation du dommage corporal*. Essai de coparaison des droit anglais et français, Economica, Paris 1985, 69, zitiert von Gh. Vintilă.
- 42 Al. Weill, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris 1971, 614; G. Ripert, *Le prix de douleur*, D.C., 1948, Cron., 1; M. Dubois, *Le pretium doloris*, Dissertaion, Lyon, 1935, 32, zitiert von Gh. Vintilă.
- 43 D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, tomul al V-lea, (Theoretische und praktische Erläuterung des rumänischen Zivilrechts im Vergleich mit den alten Gesetzen und den wichtigsten ausländischen Gesetzgebungen, Band V.) Iași 1898, 450 – 451; M.B. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil* (Die Elemente des Zivilrechts), Verlag Cartea românească, București, 192, 428 – 434; C. Hamangiu, *Codul civil adnotat* (Kommentar zum Zivilgesetzbuch), Band II, București 1925, 476; I. Rosetti-Bălănescu/Al. Băicoianu, *Drept civil român. Studiu de doctrină și de jurisprudență*, vol. II. (Rumänisches Zivilrecht. Abhandlung über die Rechtslehre und Rechtssprechung), Band II, București 1943, 88 – 90; F. Mihăiescu/ S.C. Popescu, *Jurisprudența Înaltei Curți de Casație, Secțiunea I și Secțiunile Unite, în materie civilă, pe anii 1934 – 1943* (Die Rechtssprechung des Obersten Gerichtshofes, Erste Sektion und Vereinigte Sektionen, im Bereich Zivilrecht, in den Jahren 1934 – 1943), București, 152.

Es wird auch nichts vom Verunstaltungsschaden erwähnt, dessen Geldersatz in der französischen Literatur „*prix de la beauté*“ (Preis der Schönheit) oder „*pretium pulchritudinis*“ genannt wird.⁴⁴ Der Schadenersatz für solche immaterielle Schäden wurde schon in den siebziger Jahren, zusammen mit dem Ersatz für den durch die entgangene Lebensfreude (Beeinträchtigung des Wohlbefindens) verursachten Schadens (*préjudice d'agrément, loss of amenity*) von der rumänischen Rechtslehre⁴⁵ anerkannt, trotz der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes („Anleitungsbeschluss“ Nr. VII vom 29 Dezember 1952), die den Geldersatz für ideelle Schäden untersagt hatte „weil er den fundamentalen Grundsätzen des sozialistischen Rechtssystems widerspricht“.

Von den Arten des ideellen Schadens die von der Rechtslehre erläutert wurden fehlt im neuen ZGB auch „der Verlust der Lebenshoffnung“ (*loss of expectation of life*).

Die Weglassung dieser Arten von immateriellen Schäden ist schwer zu verstehen, weil sogar die jüngste Rechtssprechung des Obersten

44 *Ph. le Tourneau*, La responsabilité civile, Dalloz, Paris, 1972, 141; *J. Carbonnier*, Droit civil, 4, Presses Universitaires de France, 1975, 310.

45 *V. Pătulea*, Contribuții la studiul răspunderii civile delictuale în cazul prejudiciilor rezultate din vătămarea integrității corporale (Beiträge zum Studium der Deliktshaftung im Fall der Körperschäden), in „Revista Română de Drept“ (Rumänische Rechtszeitschrift), Nr. 11/1970, 55 – 57; *M. Eliescu*, Răspunderea civilă delictuală. (Die deliktische Haftung – Schadenersatzrecht), Editura Academiei (Verlag der Akademie), București 1972, 105 – 110; *D. Rizeanu*, Câteva propuneri de perfecționare a legislației civile (Einige Vorschläge zur Vollkommnung der zivilrechtlichen Gesetzgebung), in „Studii și cercetări juridice“ (Juristische Studien und Forschungen), Nr. 1/1973, 113; *M. N. Costin*, Răspunderea civilă și penală pentru încălcarea regulilor de circulație pe drumurile publice (Die zivilrechtliche und strafrechtliche Haftung für den Verstoß gegen die Verkehrsregeln auf öffentlichen Wegen), Verlag Dacia, Cluj-Napoca, 1978, 210 – 217; *I. Albu/V. Ursa*, Răspunderea civilă pentru daunele morale (Die zivilrechtliche Haftung für immaterielle Schäden), Verlag Dacia, Cluj-Napoca 1979, 170; *C. Stătescu/C. Bîrsan*, Tratat de drept civil. Teoria generală a obligațiilor (Abhandlung des Zivilrechts. Schuldrecht. Allgemeiner Teil), Editura Academiei (Verlag der Akademie), București 1981, 165.

Gerichtshofes wenigstens ersten zwei Arten erwähnt und erläutert. In diesem Sinne, zitiere ich das Urteil des Obersten Gerichtshofes, zivilrechtliche und urheberrechtliche Sektion, Nr. 1529 vom 6. März 2008, das anlässlich der in Wien, zwischen dem 16 und 18 April 2009, veranstalteten 8-ten Konferenz für Europäisches Schadenersatzrecht⁴⁶ („8th Annual Conference on European Tort Law“), im Rahmen des Rumänienberichtes analysiert wurde.⁴⁷

Was die entgangene Lebensfreude (Beeinträchtigung des Wohlbefindens – *préjudice d'agrément, loss of amenity*) betrifft, kann man zugeben, dass sich diese Art des immateriellen Schadens in der vom ZGB erwähnten Kategorie „die Einschränkung des Familien- und Gesellschaftslebens“ wiederfindet. Diese Schlussfolgerung ergibt sich aus der Untersuchung der Definition dieser Art von immateriellen Schäden die in der rumänischen, französischen und englischen Literatur zu finden ist,⁴⁸ also: „die Einschränkung der angenehmen Elemente des Lebens, und zwar der Elemente die Folge der Gefühle, des Geschlechtslebens und der Fähigkeit normale soziale Beziehungen zu unterhalten sind“.

Was die Verletzungen der affektiven Persönlichkeit (der Affektivität) betrifft, kann man diese in der im § 1391 Abs. 2 enthaltenen Vorschrift erkennen, wo „der vom Tode des Opfers verursachte seelische Schmerz“ erwähnt wird.

46 Diese Konferenz wird jährlich vom Europäischen Institut für Schadenersatzrecht der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (*Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences*) veranstaltet und die Beiträge werden im Jahrbuch veröffentlicht.

47 Ausführlich dazu: C. Alunaru/ L. Bojin, XXII. Romania, in *European Tort Law 2008, Yearbook 2009*, Eds. H. Koziol, B.C. Steininger, Springer Wien New York, 2009, 542 – 549.

48 Dazu: M. Boar, *Repararea bănească a daunelor morale în dreptul unor state vest-europene* (Der Ausgleich der immateriellen Schäden durch Geldersatz im Rechtssystem einiger westeuropäischen Staaten), in „Dreptul“ (Das Recht) Nr. 8/1996, 23 ff.

3. Schlussfolgerung

Es ist unbestreitbar, dass das neue Zivilgesetzbuch ein bedeutender Fortschritt im Bereich Schuldrecht bedeutet hat. Zum ersten Mal gibt es ein Buch (das 5. Buch) das ausschließlich dem Schuldrecht gewidmet ist. So ein Buch fehlte im alten ZGB. Auch im Bereich Schadenersatz ist die neue Regelung viel ausführlicher: 46 Paragraphen statt nur sechs im alten ZGB. Erfreulich ist, dass viele Rechtsinsstitute, viele Begriffe die im alten ZGB fehlten und von der Rechtsprechung nur auf Grund der Rechtsliteratur übernommen wurden, im neuen ZGB ausdrücklich geregelt sind: so zB die objektive Haftung (Gefährdungshaftung), der Ersatz des immateriellen Schadens, die Vertragshaftung, ausdrücklich geregelte Entlastungsgründe, usw.

Leider gibt es zahlreiche Unachtsamkeiten, Ungenauheiten die, meiner Meinung nach, hauptsächlich als Folge der eklektischen Zusammenstellung von völlig verschiedenen Quellen (die in der Einleitung aufgezählt wurden), die bei der Ausarbeitung des neuen ZGB verwendet wurden, unterlaufen sind.

So wurde der Begriff „Vertragshaftung“, als Zweig der zivilrechtlichen Haftung, neben der deliktischen Haftung, als Folge einer langen wissenschaftlichen Kontroverse in der Rechtsliteratur zum ersten Mal ins Zivilgesetzbuch eingeführt und definiert, doch gibt es keine ausführliche Regelung dieser Haftung im Kapitel über die zivilrechtliche Haftung. Die Vertragshaftung ist weiter, wie im alten ZGB, als „Erfüllungsweise der Schuld durch Ersatzleistung“, im IV. Abschnitt bezüglich der „Zwangsvollstreckung der Schulden“ geregelt.

Der Begriff „Notstand“ (fr. *état de nécessité*) erscheint drei mal im ZGB mit verschiedenen Bedeutungen, was irreführend ist. In § 1361 ist der Notstand ein Entlastungsgrund der Haftung für eigenes Handeln. Aber der Notstand ist auch eine gesetzliche Einschränkung des Eigentumsrechts (§ 621) im Kapitel über die rechtlichen Grenzen des privaten Eigentumsrechts (III. Buch „Über Sachen“) und auch ein Willensmangel (§ 1218) im Abschnitt über den Abschluss des Ver-

trags (Anfechtbarkeit eines Vertrags wenn ein Vertragspartner den Notstand des anderen ausgenutzt hat).

Bedauerlich ist auch, wie schon erläutert, dass das neue ZGB die Kategorie der immateriellen Schäden, die durch Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit verursacht wurden, wesentlich eingeschränkt und vereinfacht hat. Es wird nichts von den Schäden die aus körperlichen und seelischen Schmerzen bestehen („*pain and suffering*“ „*pretium doloris*“), von Verunstaltungsschäden („*prix de la beauté*“) erwähnt, obwohl der Schadenersatz für solche immaterielle Schäden schon in den siebziger Jahren, zusammen mit dem Ersatz für den durch die entgangene Lebensfreude verursachten Schadens („*préjudice d'agrément*“, „*loss of amenity*“) von der rumänischen Rechtslehre, der Judikatur des Obersten Gerichtshofes zuwider, anerkannt wurde.

Von den Arten des ideellen Schadens die von der Rechtslehre erläutert wurden fehlt im neuen ZGB auch „der Verlust der Lebenshoffnung“ („*loss of expectation of life*“).

Es könnten noch viele Details hervorgehoben werden die vom Gesetzgeber viel besser hätten geregelt werden können. Solche Schwächen des neuen ZGB werfen leider einen Schatten auf die neue Regelung des Schadenersatzrechts, die als viel moderner und ausführlicher als die Regelung im alten ZGB betrachtet wurde.

Zusammenfassung

Am 1. Oktober 2011 ist das neue rumänische Zivilgesetzbuch in Kraft getreten. Das hat zur Folge gehabt, dass sich Rumänien im Bereich Schadenersatzrecht, wie im ganzen Zivilrecht, noch immer in einer langen Übergangsperiode befindet, weil dem Einführungsgesetz zum rumänischen ZGB (Gesetz 71/2011) gemäß „die vor dem Inkrafttreten des neuen ZGB begangenen Rechtshandlungen (*faits juridiques*) keine anderen Rechtswirkungen veranlassen können als

jene, die im Gesetz, das zur Zeit des Begehens der Rechtshandlung (oder Eingreifens des Ereignisses) in Kraft war, vorgesehen waren“. Folglich sind beide Gesetzbücher, sowohl das alte von 1864, als auch das neue von 2009, anwendbar, je nachdem ob die Rechtshandlung vor oder nach dem 1. Oktober 2011 begangen wurde. In diesem Beitrag wird einiges über die karge und nicht mehr zeitgemäße Regelung des Schadenersatzrechts im alten ZGB, wie auch die Regelung dieses Rechts im neuen ZGB, aber auch einiges über die Bedeutung, die Zweckmäßigkeit und Verabschiedungsweise des neuen ZGB im Allgemeinen erläutert.

ŠIKANA A PROCESNOPRÁVNE ZÁRUKY OBČIANSKEHO PRÁVA OCHRANY ZAMESTNANCA

HELENA BARANCOVÁ

Abstract: Bullying at work in the Slovak Republic is still expanding. Employees rarely defend their rights at court. According to the Slovak Labour Code, labour law legislation and as well as the Anti-Discrimination Act, bullying of employees at work should be considered as a form of abuse of rights with application such of a model with a procedural protection as is in the case of discrimination. Experience shows that it is necessary to improve the current labour system of protection for employees of workplace bullying. The current employment legislation is very general and therefore less efficient and insufficient.

Key words: Anti-Discrimination Act, discrimination, prohibition of discrimination, the burden of proof, abuse of rights, bullying at work, mobbing, bossing, harassment, sexual harassment, instruction to discriminate, employee, health and safety at work, the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, the Labour Code of the Slovak Republic, good manners in labour law, the prohibition of abuse of rights, EU law.

Úvod

V období ostatných rokov aplikačná prax avizuje narastanie šikania zamestnancov na pracovisku. Počet prípadov šikania zamestnancov vzrastá aj v zahraničí. Často sa šikanie v oblasti pracovnoprávných vzťahov nazýva mobingom, obťažovaním alebo bosingom. Šikana na pracovisku spočíva v rôznych formách nepriateľského správania, násilia, ponižovania či obťažovania a iných foriem diskriminácie zamestnancov.

Začiatkom mája 2014 bol medializovaný prípad šikanej ženy – zamestnankyne z USA, voči ktorej zamestnávateľ – veľká americká telekomunikačná firma – uplatňoval dlhší čas šikanu po tom, čo pre-

stúpila na islam. Za šikanovanie v práci a neskoršiu stratu zamestnania dostala moslimka v USA odškodné v rekordnej výške 5 miliónov dolárov včítane ušlej mzdy. Podľa denníka Cansas City Star je takéto odškodnenie najvyšším, aké bolo v takomto prípade prisúdené v americkom štáte.¹ Aj na Slovensku existuje už pár súdnych rozhodnutí, ktoré sa venujú diskriminácii v pracovnoprávných vzťahoch a šikanovaniu v pracovnoprávných vzťahoch.²

Veľký predstih v posudzovaní šikany resp. mobingu na pracovisku a jeho právnych následkov má doterajšia rozhodovacia činnosť rakúskych a nemeckých súdov. Ako prvé rozhodnutie rakúskych súdov, v ktorom sa po prvýkrát použilo slovo mobing namiesto šikany sa považuje rozhodnutie z roku 1997.³ Dovtedy sa na označenie skutko-

1 <http://www.pluska.sk/krimi/zahranicne-krimi/americka-moslimka>

2 Rozhodnutie Krajského súdu v Banskej Bystrici sp.zn. 2Cdo 67/03 zo dňa 26.8.2003 ako aj Rozhodnutie 8c/119/2006-107 zo dňa 20.11.2007, R 12 Co/6/08-6106212421, Rozhodnutie Krajského súdu v banskej Bystrici sp. Zn. 16 CoPr/11ú2012 zo dňa +3. 10. 2013.

3 Rozhodnutie OGH 1997/ARD 4842/1997 sa dátuje ako prvé rozhodnutie rakúskeho súdu, ktoré sa zaoberalo vymedzením pojmu mobing ako aj v tom istom roku prijaté ďalšie rozhodnutie k pojmu mobing OGH 1997 4875/6/97, ďalej rozhodnutia nemeckých súdov BAG 7 ARB 14/96 zo dňa 15.1. 1997, ktorý sa zaoberal aj vymedzením pojmu šikana Thüringer LAG, 5 Sa 102/00 zo dňa 15.2.2001, Sachsen LAG 9 Sa 473/99 27.1.2000, ktorý sa zaoberal mobingom ako dôvodom pre okamžitú výpoveď z pracovného pomeru, ArbG Kiel 5d Ca 2306/96 zo dňa 16.1. 1996 sa zaoberal šikanaom ako prostriedkom provokácie smerujúcej ku skončeniu pracovného pomeru, LAG Bremen 3 Sa 284/99 zo dňa 28.4.2000 zaoberajúci sa nárokom na bolestné z dôvodu mobingu na pracovisku, LAG Köln, 2 Sa 1014/97 zo dňa 7.1.1998 zaoberal sa náhradou škody a bolestným v dôsledku mobingu, ktorý viedol k psychickému ochoreniu zamestnanca, LAG Frankfurt, 7/Sa 535/97 zo dňa 26.8.1997 sa zaoberal neoprávneným výkonom práva, keď v dôsledku mobingu poklesol pracovný výkon a nasledovala výpoveď z pracovného pomeru, Jedným z najnovších rozhodnutí rakúskych súdov OGH 90bA131/11x zo dňa 26.11.2012.Šikana na pracovisku sa deklaruje ako porušenie povinnosti starostlivosti o zamestnancov zo strany zamestnávateľa, porušenie ktorej umožňuje založenie zodpovednosti zamestnávateľa za škodu. Z novších rozhodnutí nemeckých súdov ide najmä o rozhodnu-

vého stavu mobingu používali v rozhodovacej činnosti súdov pojmy šikana, pracovná klíma a podnikový mier. Psychoteror na pracovisku je častou situáciou, v ktorej sa osobne ocitajú mnohí zamestnanci. Zlé zaobchádzanie zo strany zamestnávateľa nie je zriedkavým javom osobitne v období vysokej miery nezamestnanosti. Nebezpečnosť týchto správanií voči zamestnancom spočíva aj v tom, že navonok pôsobia ako výkon práva. V skutočnosti však pod „závojom“ výkonu práva sa skrývajú aj správania naplňujúce aj skutkové podstaty trestných činov.

1. Všeobecná charakteristika a právne základy

Zamestnanci ako obeť šikanovania či mobingu v zamestnaní len veľmi zriedka bránia svoje práva na súde. Tým, že sa šikana v zamestnaní veľmi ťažko preukazuje, zamestnanci si netrúfajú využiť súdnu ochranu svojich práv. Podľa slovenskej pracovnoprávnej úpravy Zákonníka práce ale aj zákona č. 365/2004 Z. z. (ďalej len „antidiskriminačný zákon“) šikanu zamestnancov v práci treba považovať za formu zneužitia práva.

Pojem šikany pochádza z francúzskeho slova *chicane*, čo znamená zlomyseľné obťažovanie, týranie, prenasledovanie.

Slovo mobing je umelým slovom, odvodené z anglického slovesa „to mob“ (niekoho hlučne napádať, urážať, dotierať, útočiť).⁴ Používané ako substantívum sa môže „the Mob“ preložiť ako „zberba, chasa, banda, čeliadka, háved“. Okrem toho v angličtine nájdeme pojem

tie Spolkového pracovného súdu 8 AZR 593/06 zo dňa 25.10. 2007 týkajúce sa náhrady škody spôsobenej šikanou na pracovisku.

4 Wolmerath, M.: *Mobing, Rechtshandbuch für die Praxis*, Nomos Baden-Baden 2013., Porovnaj tiež: Esser, A- Wolmerath, M.: *Mobing und psychische Gewalt. Der Ratgeber für betroffene und ihre Interessenvertretung*, Auf.8, Frankfurt am Main 2011, s. 22; Neuberger, O.: *Mobing.: Übel mitspielen in Organisationen*, 3. Auflage, Münchennbek bei Hamburg 1999, s. 2; Resch, M.: *Wenn Arbeit krank macht*, Frankfurt am Main-Berlin 1994, s. 88.

„mob law“ ktorý možno postaviť na roveň slovu „lynčovanie“. Pojem „mobing“ v latinčine „mobile vulgus“, označuje vrtkavú a rozvášnenú masu ľudí. Švédsky lekár Peter-Paul Heinemann prevzal túto terminológiu na opis správania sa detí na školskom dvore. Jeho štúdie vykonané v 60. a 70. rokoch minulého storočia vysvetľujú a systematizujú skupinové správanie detí, ktoré má znaky hrubosti a zachádza tak ďaleko, že dotknuté dieťa sa môže dostať do sociálnej situácie, ktorá vedie často až k samovražde.⁵ Na výskumy Petra-Paula Heinemanna v oblasti mobingu nadviazal Heinz Leymann, zakladateľ moderného ponímania mobingu, ktorý používa tento pojem, aby opísal podobné procesy v pracovnom svete dospelých.⁶ Všimol si, že príčiny psychického zaťaženia zamestnancov často nespočívajú v ich osobe, ale v nepriaznivých prevádzkových podmienkach pracovného prostredia. Tento poznatok bol východiskovým bodom pre jeho výskum, ktorý uskutočnil vo Švédsku na konci 70. až 80 rokov minulého storočia a jeho výsledky publikoval najmä po roku 1984. Podľa neho mobing zahŕňa nepriateľskú a neetickú komunikáciu, ktorá sa uskutočňuje systematicky jednou alebo viacerými osobami najčastejšie voči jednej osobe, ktorá v dôsledku pokračujúceho tlaku sa dostáva do beznádejnej a bezbrannej situácie.⁷

Na rozdiel od pojmu šikana sa pojem mobing častejšie používa až v posledných desaťročiach. V odbornej literatúre v zahraničí nahradil pojem šikanovania, aj keď aj v súčasnosti viacerí autori považujú mobing za šikanovanie.⁸ Viac v slovenskom právnom systéme je vžitý

5 Leymann, H.: (Hrsg.): Der neue Mobing Bericht: Erfahrungen und Initiativen, Auswege und Hilfsangebote. Reibek bei Hamburg 1995, s. 14.

6 Leyman, H.: Tamže.

7 Brinkmann.: Šikana. Bullying. Bossing- Treibjagd am Arbeitsplatz, Heidelberg 1995, s. 12 a nasl.

8 Gossanyi, V.: Problémy schované pod strachom. Hospodárske noviny z 1. marca 2007. Príloha: Kariéra, s. 20 – 23, Dolobáč, M.: Vzťah noriem pracovného práva a antidiskriminačnej legislatívy. In: Právne aspekty rovnakého zaobchádzania v slovenskej realite, 2013.

pojmom šikanovania a menej pojem mobingu. Jeden aj druhý pojem je bezprostredne spojený so zneužívaním práv alebo povinností v pracovnoprávnych vzťahoch. Pokiaľ ide o obťažovanie, to treba chápať najčastejšie ako súčasť diskriminácie v oblasti pracovnoprávnych vzťahov, ak je viazané na príslušný diskriminačný znak. Obťažovanie sa stáva mobingom, ak trvá dlhšie a má určitú frekvenciu výskytu. Okrem ponímania obťažovania ako jednej z foriem diskriminácie, obťažovanie nemusí byť vždy spojené s príslušným diskriminačným znakom (napr. rod, rasa, etnická príslušnosť, vek, zdravotné postihnutie, sexuálna orientácia), kedy príslušné protiprávne konanie nie je diskrimináciou, aj keď napĺňa skutkovú podstatu pojmu šikany (mobingu), ak sa uskutočňuje často a dlhší čas.

Podľa Heinza Leymanna pod mobingom sa chápe konfliktami zaťažaná komunikácia na pracovisku medzi kolegami navzájom alebo medzi nadriadenými a podriadenými zamestnancami, pri ktorej je fyzická osoba systematicky (často) a v priebehu dlhšieho času priamo alebo nepriamo napádaná s cieľom alebo efektom jej vylúčenia z pracovného vzťahu, z pracovnej pozície či doterajšieho pracovného kolektívu.⁹ Mobing vzniká ako konfliktná situácia na pracovisku. Od obvyčajného pracovného konfliktu sa odlišuje nielen frekvenciou výskytu ale aj tým, že v prevažnej miere prípadov dlhšie trvá, čím psychický tlak na obeť časom stále narastá a spôsobuje jej aj závažné zdravotné následky. Mobing na pracovisku vzniká z konfliktov medzi zamestnancami navzájom alebo z konfliktov medzi vedúcim zamestnancom a jeho podriadeným zamestnancom. V praxi často dochádza aj ku kombinovanému mobingu, keď k mobingu, ktorý uskutočňuje vedúci zamestnanec (bossing), sa pridávajú kolegovia zamestnanca buď zo strachu o svoje pracovné pozície, alebo aby sa zapáčili svojmu vedúcemu, že majú ten istý názor na šikanovaného zamestnanca ako on. Takíto spolukolegovia sa zo dňa na deň začínajú dištancovať od šikanovaného zamestnanca alebo spolu s vedúcim zamestnancom uskutoč-

9 Leymann, H.: poznámka č. 5, s. 18.

ňujú tiež mobing voči šikanovanému zamestnancovi aj v iných formách. Zo strachu, závidosti (ak je šikanovaný zamestnanec šikovnejší od nich) a nedostatku osobnej statočnosti nechcú mať so šikanovaným zamestnancom nič spoločné, čo by nasvedčovalo tomu, že sú na jeho strane a zo dňa na deň sa mu začnú vyhýbať, aby nedajbože ich šéf nevidel a aby sa nedostali do podozrenia, že sú na strane šikanovaného zamestnanca.¹⁰

V literatúre možno nájsť ďalšie početné definície mobingu, ktoré sú dôkazom toho, že pojem mobing netreba chápať dogmaticky.¹¹ Z názorov mnohých autorov na pojem mobing vyplýva, že pri výskume tohto pojmu ide skôr o výsledok diskusie o tomto pojme v aktuálnom čase výskumu alebo o pokus opísať fenomén mobing a odlíšiť ho od ostatných foriem nesociálneho zaobchádzania so zamestnancami na pracovisku.

Najčastejším ako aj najdôležitejším pojmovým znakom mobingu je, že mobing sa uskutočňuje systematicky a trvá dlhší čas. Zamestnanec je zo strany jednej alebo viacerých osôb priamo alebo nepriamo napadaný s cieľom alebo efektom jeho vylúčenia z pracovného vzťahu alebo z príslušnej pracovnej pozície, a to pociťuje ako diskrimináciu.¹² Nie všetky tieto znaky musia byť pri právnej identifikácii pojmu mobing splnené v rovnakom rozsahu.

Pojmom šikana sa v slovenskom práve ako prvý zaoberal Štefan Luby vo svojom klasickom diele *Prevenencia a zodpovednosť v občianskom práve* z roku 1958. Podľa Lubyho je šikana spôsobenie ujmy vykonávaním práva zámerne s cieľom, aby sa inému spôsobila škoda.

10 Taká bola trpká životná skúsenosť autorky do roku 1989 na vysokej škole, na ktorej pred odbornosťou prevládala ideológia.

11 Schneider: *Mobing ist „in“*, Arbeit und Recht, 1994, s. 180, Wilhem, T.: *Rechtliche Möglichkeiten gegen Šikana*, Arbeit und Recht, 1995, s. 234.

12 Leyman, H.: *Poznámka č. 5* s 18, Däubler, W.: *Šikana und Arbeitswelt*, 1995, Gralka, P.: *Šikana und Arbeitsrecht*, Betriebsberater, 1995, s. 2651 – 2655, Rieble, V.: *Klumpf, S.: Šikana und die Folgen*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2002, s. 368 – 381.

Šikana, ktorá sa inak javí formálne v zhode s objektívnym právom, je v skutočnosti protiprávnym a zavineným úmyselným činom. Pojmovým znakom šikany je spôsobenie ujmy a zámer k nemu smerujúci. Podľa Lubyho je zámer osobitne kvalifikovaný prípad zlého úmyslu. Danosť zámeru je predpokladom zodpovednosti v prípade preukázania šikany.¹³ Šikanózny zámer sa musí dokázať, pričom dôkazné bremeno je na poškodenom. V rámci skúmania pojmu zneužitie práva a výkonu práva v rozpore s dobrými mravmi Luby vymedzil pojem šikany ako druh zneužitia práva, ktoré je na rozdiel od konania v rozpore s dobrými mravmi úmyselné a v prípade šikany k tomu pristupuje ešte osobitný znak úmyslu, cieľom ktorého je spôsobiť šikanovanej osobe hmotnú alebo nehmotnú ujmu.¹⁴ Ide o zneužitie práva na škodu druhého účastníka pracovnoprávneho vzťahu, ktoré sa uskutočňuje zámerne preto, aby tento účastník poškodený a aby mu takýmto výkonom práva bola spôsobená ujma. Šikanózny výkon práva podľa Lubyho je možný u všetkých subjektívnych práv nielen u vecných práv ale aj u záväzkových práv.

Súladne s Lubym vychádzame z názoru, že šikana je formou zneužitia práva. Do rozporu s objektívnym právom sa oprávnený subjekt dostáva vo fáze výkonu svojho subjektívneho práva alebo právnej povinnosti. Napríklad v prípade šikany zo strany zamestnávateľa dochádza k zneužitiu pokynového práva zamestnávateľa. Ak šikanu na pracovisku uskutočňujú radoví zamestnanci voči svojmu kolegovi, zneužívajú svoju povinnosť pracovať zodpovedne a riadne podľa svojich síl, znalostí a schopností, povinnosť plne vyžívať pracovný čas a výrobné prostriedky na vykonávanie zverených prác

13 Luby, Š.: Prevencia a zodpovednosť v občianskom práve, Bratislava, Slovenská akadémia vied, 1958. I. diel, s. 335.

14 Luby, Š.: Prevencia a zodpovednosť v občianskom práve, Bratislava, Slovenská akadémia vied, 1958, I. diel, s. 327 a n. pozri tiež: Barancová, H.: Zneužitie práva, Bratislava, Právny obzor 1983, Barancová, H.: Schronk, R.: Pracovné právo, vydavateľstvo Manz, 1992, ako aj ďalšie vydania učebnice Pracovné právo uvedeníh autorov.

a povinnosť dodržiavať právne predpisy vzťahujúce sa na prácu nimi vykonávanú, najmä predpisy o bezpečnosti a ochrane zdravia pri práci.

Šikana na pracovisku v praxi bude najčastejšie spĺňať právne charakteristiky pojmu zneužitie práva, ktoré Zákonník práce zakazuje nielen v článku 2 Základných zásad Zákonníka práce ale aj v § 13 Zákonníka práce.

Ak skúmame šikanu na pracovisku ako jednu z foriem zneužitia práva, právne významnou je aj obsahová identifikácia pojmu zneužitie práva a zákazu zneužitia práva.

Zákaz zneužitia práva je obsiahnutý v článku 2 Základných zásad ZP. Zákaz zneužitia práva v oblasti pracovnoprávných vzťahov doplňuje ZP príkazom vykonávať práva a povinnosti vyplývajúce z pracovnoprávných vzťahov v súlade s dobrými mravmi. Ide o tzv. „pozitívnu hranicu výkonu práva“. Zákaz zneužitia práva predstavuje tzv. „negatívnu hranicu“ výkonu práv a povinností vyplývajúcich z pracovnoprávných vzťahov.

Uvedené zákonné príkazy, zakotvené v článku 2 Základných zásad Zákonníka práce, vyjadrené pozitívnym i negatívnym spôsobom majú okrem svojich osobitostí aj spoločný právny základ, upravujú spôsob výkonu subjektívnych práv a povinností v oblasti pracovnoprávných vzťahov. O výkon práva vylučujúci protiprávnosť ide iba vtedy, pokiaľ sa právo vykonáva v zákonných medziach, určujúcich jeho obsah pri zachovaní dobrých mravov a spôsobom zodpovedajúcim jeho určeniu. Ak sa právo vykonáva prekročením hraníc, určujúcich jeho obsah, ide o excesívne uplatnenie práva, ktoré je v príslušnej časti protiprávne. O výkon práva ide len vtedy, ak sa právo uplatňuje dovoľeným spôsobom. Z tohto dôvodu objektívne právo podriaďuje výkon práv súladom s dobrými mravmi a negatívnou hranicou výkonu práva je zneužitie práva.

Niekaždé chybné použitie práva, ktoré je v rozpore s dobrými mravmi (č. 2 Zákonníka práce), je aj zneužitím práva. Na druhej strane každé zneužitie práva je vždy konaním, ktoré je v rozpore s dobrými mravmi.

Pri zneužití práva je výkon práva neprípustný.¹⁵ Preto aj zákaz zneužitia práva má svoj špecifický význam. Upotrebiť právo na zlo si ťažko možno predstaviť bez uvedomovacieho procesu na strane toho, kto sa dopúšťa zneužitia práva.

Podľa rozhodnutia Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. M Cdo 17/2008 objektívne právo predpokladá, že výkon subjektívneho práva sa formálne uskutočňuje v medziach práva, ale prostredníctvom tohto výkonu sa sleduje poškodenie druhého účastníka právneho vzťahu. Takéto konanie je totiž realizované nie s cieľom dosiahnuť výsledky, ktoré má pozitívne právo v úmysle chrániť, ale len preto, aby sa formálne dosiahol súlad so zákonom. Preto je potrebné považovať takýto výkon práva, aj keď je formálne v súlade so zákonom, len za zdanlivý výkon práva. Jeho účelom nie je výkon práva, ale snaha poškodiť druhého účastníka právneho vzťahu.

Podľa judikatúry ČR za zneužitie výkonu práva treba považovať iba také správanie, ktorého cieľom nie je dosiahnutie účelu a zmyslu sledovaného právnou normou, ale ktoré je v rozpore s ustálenými dobrými mravmi a vedené priamym úmyslom spôsobiť ujmu inému účastníkovi právneho vzťahu.¹⁶

Tak ako je zneužitie práva osobitným druhom protiprávneho úkonu, aj šikana možno chápať ako osobitný druh zneužitia práva. Od ostatných prípadov zneužitia práva sa odlišuje tým, že jej pojmovým znakom je spôsobenie materiálnej alebo nemateriálnej ujmy a kvalifikovaný úmysel subjektu smerujúceho ku spôsobeniu takejto ujmy. Preto aj keď nie je zákaz šikany výslovne upravený v Zákonníku práce, ide o kvalifikovaný „výkon práva,“ ktorý je v rozpore s dobrými mravmi.

Zákaz šikany v pracovnoprávnych vzťahoch sa zakladá na morálne škodlivom, zavrhnutiahodnom zámere a nie na tom, že sleduje spôso-

15 Bičovský, J.: K uplatnění pravidel socialistického soužití k zákazu zneužití práva k obohacení podle čl. VI, VII OZ a III druhá věta Zákonníka práce. Socialistické soudnictvo, 1971, č. 8.

16 Rozhodnutie NS ČR zn. Cdo 92/99 (SJ 126/2000).

benie ujmy inému účastníkovi. Závažnosť právnych následkov šikany má však podstatný význam pri určovaní výšky náhrady škody pri zodpovednosti za škodu. Zákaz šikany v podobe zákazu zneužitia práva zakladá preto reprobáciu, ktorá nemá v prvom rade reštitučné, ale represívne ciele. Je motivovaná nie tak potrebou nápravy spôsobenej ujmy, ako predovšetkým potrebou potrestania iného účastníka právneho vzťahu. Už Luby považuje šikanu ako zneužitie výkonu práva v rozpore s mravnými názormi spoločnosti za spoločensky nebezpečný a protiprávny čin. Preto pojmovým znakom šikany je spôsobenie ujmy a zámer k nemu smerujúci (*animus nocendi*).¹⁷ Zámer je osobitne kvalifikovaný prípad zlého úmyslu (*dolus coloratus*), aj keď sa považuje za úmysel a sankcionuje ako úmysel. Zistenie zámeru v aplikačnej praxi nie je jednoduché, pretože patrí do vnútornej vôľovej sféry konajúceho a možno ho vyvodiť len z vonkajších okolností správania sa konajúceho. Aj keď je zámer konajúceho subjektu zvyčajne výlučným motívom šikanózneho výkonu práva, výkon práva je šikanóznym aj vtedy, ak je zámer škodiť inému účastníkovi právneho vzťahu aspoň hlavným, podstatne prevažujúcim motívom konajúceho subjektu. Existenciu zámeru ustaluje sudca. Šikanóznym výkonom práva je možný pri všetkých subjektívnych právach, vecných aj záväzkových právach.

Šikanóznym výkonom práva je možné sankcionovať najmä založením zodpovednosti za škodu. Luby vo svojom klasickom diele pripúšťa v takýchto prípadoch aj možnosť použitia nutnej obrany a svojpomoci alebo aj konanie v krajnej núdzi.¹⁸

Hoci je doteraz veľmi málo súdnych rozhodnutí zaoberajúcich sa osobitne šikanou na pracovisku, rozhodnutie Krajského súdu v Banskej Bystrici sa zaoberalo aj pojmom šikanovania vo vzťahu k diskriminácii. V rozhodnutí súd uviedol, že „diskriminácia primárne spočíva

17 Luby, Š.: Prevencia a zodpovednosť v občianskom práve, Vyd. Veda 1958, I. diel, s.335.

18 Luby, Š., Prevencia a zodpovednosť v občianskom práve, Bratislava Veda, 1958, I. diel, s. 327 a n.

v tom, že diskriminovaný zamestnanec je nositeľom určitého znaku. Ak je zamestnanec prenasledovaný z iného dôvodu, nemôže ísť o diskrimináciu, môže však ísť o šikanovanie“. Rovnako podľa tohto súdneho rozhodnutia aj rozpor s dobrými mravmi možno považovať za šikanovanie.¹⁹

Preto zneužitie práva treba používať v právnej vede na označenie charakteristiky určitého osobitného druhu protiprávneho úkonu. Oprávnený subjekt sa ho dopúšťa tým, že v rámci zákonom dovoleného všeobecného typu správania využije konkrétne nedovolené formy správania.

1.1. Vzťah pojmu mobing a pojmu šikana

Podľa nemeckej judikatúry je mobing širším pojmom ako pojem šikana, pretože pod pojem mobing sa zahrňujú nepriateľské útoky, šikana, obťažovanie alebo diskriminácia zamestnanca, ak uvedené formy mobingu trvajú dlhší čas, sú systematické alebo aspoň časté a medzi jednotlivými prejavmi mobingu voči zamestnancovi je časová aj vecná súvislosť.²⁰ Pri šikanovaní ide o zastráňovanie a znížovanie dôstojnosti zamestnanca, ktoré môže mať za následok nielen fyzické ublíženie na zdraví ale aj morálne a sociálne ublíženie na zdraví.²¹ Vargová vymedzuje pojem šikanovania ako „násilné, ponižujúce správanie jednotlivca alebo skupiny osôb voči slabšiemu jednovčivcovi, ktorý nemôže zo situácie uniknúť a nie je schopný sa účinne brániť“. Šikanovanie je podľa nej zjavný, priehľadný a situačne podmienený priamy prejav agresie

19 Rozhodnutie Krajského súdu v Banskej Bystrici sp. Zn: 16CoPr/11/2012 zo dňa 13. 08.2013.

20 Iný názor na vzťah šikanau vyjadril Dolobáč, podľa ktorého je šikana širší pojem než šikana. Dolobáč, M. : Vzťah noriem pracovného práva a antidiskriminačnej legislatívy. In: Právne aspekty rovnakého zaobchádzania v slovenskej realite, Equilibria, s.r.o., 2013, s. 45 a n.

21 Gossanyi, V.: Problémy schované pod strachom, Hospodárske noviny zo dňa 1.marca 2007. Príloha:Kariéra, s. 22-23.

šikanujúcej osoby, kým mobing je opakované správanie sa nepriehľadné, nepriame, zastierané a na prvý pohľad nezjavné.²² U niektorých ďalších autorov sa pojem mobing a šikanovanie odlišuje tým, že šikanovanie uskutočňuje zvyčajne jedna fyzická osoba proti druhej fyzickej osobe a pri mobingu psychické násilie uskutočňujú viacerí mobéri – zamestnanci voči jednej osobe-zamestnancovi. Mobing je preto viac zameraný na skupinové násilie a šikanu, pričom šikana sa vo väčšej miere uskutočňuje medzi dvoma individuálnymi osobami. Mobing je v praxi viac charakteristickejší ako psychické násilie, šikana obsahuje často aj prvky fyzického násillia. Podľa Stibalovej sa mobing od šikany líši predovšetkým špecifickým prostredím, ktorým je pracovisko. Ide o zákernejšiu formu šikany, lebo je viac skrytá a rafinovanejšia.²³ To, že sa pojem mobing viac vzťahuje na psychické a morálne obťažovanie, sa prejavuje aj v zahraničných právnych úpravách. Tie z krajín, ktoré upravujú mobing, napríklad Belgicko alebo Španielsko používajú pre vyjadrenie pojmu mobing pojem morálne obťažovanie alebo pojem psychoteror, resp. psychický teror (Nemecko).

Šikanovanie podriadeného zamestnanca zo strany jeho nadriadeného sa nazýva bosing. Aj podriadení zamestnanci môžu smerovať mobing alebo šikanu voči svojmu nadriadenému zamestnancovi. V literatúre sa tento spôsob mobingu označuje termínom staffing.²⁴ Ako „staffing“ sa označuje šikanovanie nadriadeného zamestnanca zo strany podriadených zamestnancov. Takéto správanie sa označuje aj termínom chairing.²⁵

Nemecký Spolkový pracovný súd definoval pojem mobing (šikanovania) ako systematické nepriateľské správanie, obťažovanie a diskrimináciu s cieľom systematicky škodiť inej osobe vzhľadom

22 Vargová, M.: Šikana. Bezpečná práca. 2003, roč. 31, č. 2/2003, s 9-14.

23 Stibalová, K.: Šikana na pracovíšti.I: Prohuman-on line, 2011.

24 Por. Spolkový pracovný súd 15.1.1997 – 7 ABR 14/96; porovnateľná definícia Spolkového súdneho dvora 1.8.2002 – III ZR 277/01.

25 Schaub, C.: Arbeitsrechtshandbuch, 14 Aulage, München 2011, § 36 okraj, č. 43.

na jej pocit sebahodnoty. Na základe rozhodnutia Spolkového súdu Nemecka 8 AZR 593/06 zo dňa 25. 10. 2007 pojem mobing je širší pojem ako pojem obťažovanie. Mobing predpokladá pretrvávajúci výskyt protiprávnych skutkov alebo systematické obťažovanie, porušenie zákonných práv dotknutej osoby, jej zdravia, osobnosti alebo majetku. Mobing predpokladá jednosmerný charakter procesu šikanovania. K protiprávnym zásahom dochádza jednosmerne, len voči dotknutej osobe. Dotknutá osoba neútočí, je len obeťou šikanózných útokov.²⁶ V nemeckej judikatúre sa ustálil pojem mobingu, nie pojem šikanovania. Aj podľa novšej nemeckej judikatúry mobing predstavuje systematické nepriateľské útoky, šikanovanie alebo diskrimináciu zamestnanca na pracovisku, ktoré zasahujú do osobnosti zamestnanca, poškodzujú jeho česť, dôstojnosť a zdravie a tým zasahujú do jeho osobnostných práv a hlavne do práva na ochranu zdravia.²⁷ Vyššie uvedené obsahové ohraničenie pojmu mobing podľa novších rozhodnutí nemeckých súdov je prakticky súladné s judikatúrou rakúskych súdov (napríklad rozhodnutie 1997/ARD 4842/97).

Pojem mobing môže naplniť konanie osoby, ktoré je nepriateľským útokom, alebo šikanou alebo diskrimináciou, pričom sa v praxi nevylučuje, že to bude aj kombinácia takýchto konaní, ak sa opakujú a trvajú dlhší čas. Môže ísť napríklad o vyššie uvedené konania (útoky, šikana, diskriminácia), ktoré sa uskutočňujú nielen v kombinácii ale aj v súbehu. Ide o konania zamerané na cieľ, ktorý nie je krytý právnym poriadkom.²⁸

Z vyššie uvedeného vyplýva, že mobing je vo vzťahu k šikane širším pojmom, aj keď v praxi mnohé prípady mobingu na pracovisku bude možné považovať za šikanu.

26 Porovnaj Spolkový pracovný súd 7 ABR 14/96, tiež definícia Spolkového pracovného súdu III ZR 277/01 zo dňa 1.8. 2002, ako aj Rozhodnutie Spolkového pracovného súdu 8 AZR 593/06 zo dňa 25.10. 2007.

27 Poznámka č. 3.

28 Wilhem Moll. a kol.: Arbeitsrecht. Münchener Anwalts Handbuch.2 Auflage, München. 2009, s. 757 – 758.

Mobing (šikana) sa neskladá z jedného protiprávneho konania, ale zo súhrnu protiprávnych konaní, ktoré nemusia byť toho istého druhu. Tieto konania musia byť však vo vzájomnej nielen časovej ale aj vecnej súvislosti, opakujú sa s určitou pravidelnosťou a všetky sú zamerané na identický cieľ, na konkrétneho zamestnanca.

Mobing (šikana) porušuje všeobecné osobnostné právo zamestnanca, jeho česť a zdravie. Mobingom sa porušuje tiež právo na súkromie zamestnanca a právo na bezpečnosť a ochranu zdravia pri práci.

Prvá judikatúra o šikanovaní už existuje aj na Slovensku. Napríklad podľa rozhodnutia Krajského súdu v Banskej Bystrici súd pri riešení kauzy vychádza zo šikanovania zamestnanca ako druhu zneužitia práva, pričom rozlišuje medzi pojmom šikanovania a pojmom obťažovania zamestnanca.²⁹

Konštatujeme, že pojmy obťažovanie, diskriminácia a šikana ako pojmy, hoci sa používajú často na označenie konania toho istého alebo veľmi podobného obsahu, čiastočne sa odlišujú čo do obsahu. V slovenskom právnom systéme je doteraz viac vžitý pojem šikanovania a menej pojem mobingu okrem iného aj preto, že slovo mobing nemá slovenský pôvod a doteraz sa ani v zahraničnej literatúre nepodarilo jednotne vymedziť mobing ako právny pojem. Pritom pojem šikana ako forma zneužitia práva sa vyskytuje častejšie v slovenskej právnej terminológii, v literatúre ako aj v aktuálnej judikatúre.³⁰ Pojem šikana je bezprostredne spojený so zneužívaním práv alebo povinnosti. Pokiaľ ide o obťažovanie, to treba chápať najčastejšie ako súčasť diskriminácie v oblasti pracovnoprávnych vzťahov. Okrem ponímania obťažovania ako jednej z foriem diskriminácie, obťažovanie nemusí byť vždy spojené s príslušným diskriminačným znakom (napr. rod, rasa,

29 Rozsudok Krajského súdu v Banskej Bystrici, sp.zn. 16 CoPr/11/2012 zo dňa 13.10.2013.

30 Luby, Š.: *Prevenia a zodpovednosť v občianskom práve*, Bratislava vyd. Veda, 1958.

etnická príslušnosť, vek, zdravotné postihnutie, sexuálna orientácia). Aj takéto obťažovanie bude naplňovať znaky mobingu, ak bude opakované a ak bude trvať dlhší čas.

Nemecká judikatúra je stotožnená v názore, že termín mobing nie je právnym pojmom, pretože pojem mobing môže predstavovať protiprávne konania veľmi rôzneho druhu. Každé z týchto konaní jednotlivito je protiprávne, ale individuálne sami osebe nemusia byť ešte mobingom, ak sa napríklad neopakujú a netrávajú dlhší čas. Vo svojom súhrne môžu predstavovať mobing, ktorý je fenoménom pracovného života a pracovného prostredia.³¹

Preto pojem mobing sa používa ako súhrny pojem pre označenie protiprávneho konania rôzneho druhu, ktoré vo svojich dôsledkoch má pre zamestnanca nepriaznivé právne, zdravotné a hospodárske dôsledky a účinky. Často sa mobing na pracovisku zo strany nadriadeného zamestnanca prejaví svojvoľnými a častými zmenami zmluvných pracovných podmienok.³²

Či ide prípad „mobingu“, závisí od okolností individuálneho prípadu. Pritom je potrebné ohraničenie tohto pojmu od správania, ktoré je v spoločenskom styku všeobecne obvyklé alebo právne dovolené, a preto prijateľné. **V pracovnoprávnom chápaní predstavuje pojem „mobing“ opakované, na sebe nadväzujúce alebo sa prekrývajúce protiprávne správanie osoby spočívajúce v nepriateľských útokoch, osočovaní, obťažovaní, šikanovaní alebo v diskriminácii, ktoré podľa druhu a priebehu správania spravidla pomáha sledovať právnym poriadkom nedovolený cieľ a v každom prípade porušuje všeobecné osobnostné právo zamestnanca alebo iné tiež chránené práva, ako právo na česť a dôstojnosť, právo na súkromný život alebo právo zdravie dotknutej osoby.**

Aj keď je nemecká alebo rakúska judikatúra zaoberajúca sa mobin-

31 Rozhodnutie LArb Baden-Württemberg Urteil vom 12.06.2006, sp. zn. 4 Sa 68ü/05. bod 103.

32 Poznámka č. 3.

gom v podstatnom predstihu pred Slovenskom, v početných súdnych rozhodnutiach týchto krajín prevažujú rozsudky odmietajúce existenciu mobingu. Je zjavné, že ani v judikatúre nemeckých a rakúskych súdov doteraz nedošlo k zásadnému vyjasneniu všetkých právnych otázok v súvislosti s problémom „mobing“. Aj pre špecializované nemecké pracovné súdy je stále veľmi ťažké rozpoznať existenciu mobingu.

Ako je z vyššie uvedeného vidno, pojem mobing sa často obsahovo prekrýva s pojmom šikana. Ide o veľmi podobné až synonymické pojmy.³³ Mobing ako strešný pojem pre súhrn protiprávnych konaní rôzneho druhu je často ťažkým zásahom do osobnostných práv zamestnanca. Prevažná časť nemeckých súdnych rozhodnutí spája mobing s ochranou ľudskej dôstojnosti a ochranou osobnostných práv. Najvýraznejšie to vyjadril Krajinský súd v Thuringene, podľa ktorého je mobing systematické poškodzovanie ľudskej dôstojnosti, ktoré je zároveň zneužitím práva.³⁴

Preto medzi pojмами mobing, šikana a obťažovanie sú podobnosti, ale aj rozdiely, ktoré zdôrazňuje najmä nemecká judikatúra, ktorá viaceré prípady mobingu na pracovisku posúdila ako obťažovanie, a to nielen obťažovanie naviazané na konkrétny diskriminačný znak, ale aj obťažovanie zamestnanca bez spojitosti s konkrétnym diskriminačným znakom. Ide o prípady, ak dôjde k obťažovaniu či mobingu zamestnanca zo strany nadriadeného zamestnanca napríklad preto, že mu je zamestnanec napríklad nesympatický.³⁵ Mobing (šikana) je zásah nielen do osobnostných práv zamestnanca, ale aj do fyzického alebo psychického zdravia zamestnanca.³⁶

33 Rozhodnutie nemeckého Spolkového súdu BAG 8 AZR 593/06 zo dňa 25.10.2007.

34 Tamže.

35 Pozri napríklad rozhodnutie LAG Thüringen 5Sa 403/00 zo dňa 10.04.2001, BAG 7 ABR 14/96 zo dňa 15.01.1997. BAG 8 AZR 592/06 zo dňa 25.10.2007.

36 Správa rakúskej vlády rakúskemu parlamentu zo dňa 28. júna 2011, s. 1.

2. Procesnoprávne záruky proti diskriminácii, zneužitiu práva a šikane podľa antidiskriminačného zákona

Významnú procesnoprávnu záruku proti šikane, diskriminácii a násiliu na pracovisku poskytuje antidiskriminačný zákon. V zmysle § 13 Zákonníka práce táto procesnoprávna záruka sa má uplatniť aj v prípade šikany ako formy zneužitia práva, ako aj v prípade správania sa subjektov, ktoré sú v rozpore s dobrými mravmi. Pôjde o také prípady šikany, ktoré sú diskrimináciou, ak sa viažu na niektorý z diskriminačných dôvodov, ale aj prípady šikany, ktoré nie sú diskrimináciou, ale možno ich považovať za zneužitie práva alebo za konanie v rozpore s dobrými mravmi.

Pokiaľ ide o procesnoprávne garancie proti šikanovaniu na pracovisku je v slovenskom právnom systéme nedosiahnuteľná požiadavka Európskej únie o reálnej dostupnosti súdneho vymáhania práv podľa antidiskriminačných smerníc pre všetky osoby, ktoré sa cítia poškodené. Vyššie uvedené vyplýva zo súčasného právneho modelu ochrany zamestnanca, proti zneužitiu práva, ktorý predstavuje § 9 antidiskriminačného zákona.

Podľa § 9 antidiskriminačného zákona oprávnená osoba sa môže najmä domáhať, aby sa:

- upustilo od takéhoto konania, ak je možné,
- napravil protiprávny stav alebo
- poskytlo primerané zadostučinenie,
- náhrada nemajetkovej ujmy v peniazoch.

Z ustanovenia § 13 ods. 6 Zákonníka práce vyplýva, že ochrana predvídaná týmto ustanovením prislúcha len zamestnancovi, nie zamestnávateľovi.

Predpokladom úspešnosti uplatnenia nárokov podľa § 9 antidiskriminačného zákona je existencia protiprávneho diskriminačného konania, (ale aj existencia zneužitia práva či konania proti dobrým

mravom) vzniknutá ujma týmto konaním a príčinná súvislosť medzi protiprávnym konaním a vzniknutou ujmov.

Ako vyplýva z ustanovenia § 9 antidiskriminačného zákona, oprávnená osoba, voči ktorej sa šikanou zasiahlo do jej práva na rovnaké zaobchádzanie alebo voči ktorej došlo šikanou k zneužitiu práva alebo ku konaniu v rozpore s dobrými mravmi, môže sa domáhať určitých oprávnení, ktorých zákonný výpočet nie je v citovanom ustanovení ZP pojatý taxatívne. Použitím slova najmä zákonodarca chcel vyjadriť, že pripúšťa aj iný spôsob nápravy porušeného práva. Poradie, v akom § 9 antidiskriminačného zákona uvádza oprávnenia, ktorých sa môže domáhať žalobca, zrejme svedčí o tom, že by mal súd rozhodujúci vo veci dodržať toto poradie.

Slovenský zákonodarca pri uplatňovaní nárokov z antidiskriminačného zákona ako vyplýva priamo zo znenia § 9 antidiskriminačného zákona zjavne preferuje ako prvú možnosť, upustenie od diskriminácie, resp. odstránenie následkov diskriminácie alebo upustenie od šikany alebo iného druhu zneužitia práva.

Právo EÚ upravujúce zásadu rovnakého zaobchádzania veľmi dôsledne vyžaduje, aby v prípade súdneho sporu bolo dôkazné bremeno na žalovanom. Medzi právne záruky dodržiavania zásady rovnakého zaobchádzania patrí preto aj dôkazné bremeno na strane žalovaného. Pritom treba rozlišovať medzi dôkazným bremenom tvrdenia skutočnosti o existujúcej diskriminácii od bremena dôkazu týchto skutočností. Dôkazné bremeno na strane žalovaného antidiskriminačné smernice nevyžadujú zakotviť len v prípade, ak súd alebo iný príslušný orgán je z úradnej povinnosti – *ex offio* – povinný skúmať sám od seba skutkovú podstatu prejednávanej veci, čo nie je prípad Slovenskej republiky vo vzťahu ku koncepcii Občianskeho súdneho poriadku.

Z procesnoprávneho hľadiska antidiskriminačný zákon formuluje dôkazné bremeno tak, že žalovaný je povinný preukázať, že neporušil zásadu rovnakého zaobchádzania, ak aj samotný žalobca predloží súdu dôkazy, z ktorých možno dôvodne usudzovať, že došlo k poruše-

niu zásady rovnakého zaobchádzania. Konanie vo veciach porušenia zásady rovnakého zaobchádzania začína na návrh poškodenej osoby. Žalobný návrh musí preto obsahovať presný popis skutočnosti, ktoré nasvedčujú diskriminácii a zároveň návrh, akých správani sa má žalovaná strana zdržať. V žalobe na odstránenie následkov diskriminácie by mal žalobca označiť to, čo má žalovaný urobiť.

2.1. Upustenie od konania, ak je to možné

Právo domáhať sa, aby sa upustilo od takého konania, ak je možné, prichádza do úvahy len vtedy, ak by takéto konanie ešte trvalo aspoň vo forme hrozby do budúcnosti v podobe opakovania. Teda nie vo všetkých prípadoch bude možné sa domáhať, aby sa upustilo od takého konania. Pôjde najmä o situácie, keď takéto konanie už netrvá. Žaloba o upustenie od antidiskriminačného konania by mala obsahovať údaje o tom, čoho sa žalobca domáha s takou mierou určitosti, aby na základe prijatého súdneho rozhodnutia bolo možné uskutočniť jeho výkon, t. j. žalobca by mal v žalobe uviesť, akého konkrétneho konania sa má žalovaný zdržať (§ 79 ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku).

Pokiaľ ide o samotnú žalobu, ide o negatívnu žalobu, ktorú je možné podať v situácii, ak šikanózne chovanie ešte stále trvá alebo trvá aspoň hrozba jeho opakovania. Zamestnanec by mal v takejto negatívnej žalobe uviesť, od akého konkrétneho konania žiada upustiť (§ 79 Občianskeho súdneho poriadku).

2.2. Právo na napravenie protiprávneho stavu

Právo na napravenie protiprávneho stavu, t. j. právo na odstránenie následkov protiprávneho konania sa má žalobca v zmysle § 80 písm. b) Občianskeho súdneho poriadku domáhať žalobou o plnenie. V žalobe by mal uviesť spôsob odstránenia následkov protiprávneho konania za predpokladu, že tieto následky ešte trvajú, aj keď samotné protiprávne konanie už pominulo. Súd posudzuje primeranosť navr-

hovaného spôsobu odstránenia následkov, pričom by mal prihliadať aj na možnosť súdneho výkonu rozhodnutia, ktoré § 9 antidiskriminačného zákona zakotvuje alternatívne popri dvoch vyššie uvedených spôsoboch právnych záruk, t. j. upustenia od protiprávneho konania a napravenia protiprávneho stavu, čo nie je najšťastnejším legislatívnym riešením.

Návrh na napravenie protiprávneho stavu by mal obsahovať spôsob odstránenia tohto konania (§ 80 OSP). V prípade, ak nie je možné existujúci protiprávny stav napraviť, zamestnanec, ktorý bol šikanovaný, môže v žalobe žiadať primerané zadostučinenie ako formu odstránenia následkov šikanovania (napr. ospravedlnenie sa zamestnancovi), ktoré by mal šikanovaný zamestnanec konkretizovať, napr. navrhnúť znenie ospravedlnenia. Podľa aktuálnej nemeckej judikatúry je zamestnanec oprávnený na súde sa domáhať žalobou o plnenie, ak zamestnávateľ neplní svoje právne povinnosti smerujúce k ochrane zamestnanca proti šikanóznemu výkonu práva, t. j. žiadať súd, aby prinútil zamestnávateľa k aktívnej ochrane zamestnanca z hľadiska bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci, aká mu vyplýva zo zákona.³⁷ Aj podľa existujúceho právneho stavu, by bol šikanovaný zamestnanec oprávnený aj k žalobe o plnenie, na základe ktorej by sa domáhal plnenia zákonných povinností zamestnávateľa, aké má voči svojim zamestnancom nielen z hľadiska bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci, ale osobitne aj povinnosti, ktoré mu vyplývajú hlavne z antidiskriminačného zákona ako aj Zákonníka práce, zo zákona o bezpečnosti a ochrane zdravia pri práci a ďalších zákonov.

2.3. Právo na primerané zadostučinenie

Častým nárokom v rámci uplatnenia § 9 antidiskriminačného zákona na súde je morálne zadostučinenie, najmä vtedy, keď pre postihnutú osobu nebudú dať odstrániť negatívne následky.

³⁷ LAG Thüringen 5Sa 403/00 zo dňa 24.9.2001.

Ak sa žalobca domáha primeraného zadostučinenia, mal by v žalobe uviesť, aké zadostučinenie požaduje (napríklad znenie ospravedlnenia). Problémy by mohli nastať v situácii, ak by súd považoval navrhované zadostučinenie za neprimerané, keď je súd viazaný žalobným návrhom a nemôže priznať iné zadostučinenie.

2.4. Právo na náhradu nemajetkovej ujmy v peniazoch

Len v prípade, ak morálna satisfakcia (zadostučinenie) šikanovaného zamestnanca nie je postačujúca, antidiskriminačný zákon umožňuje šikanovanému zamestnancovi domáhať sa aj náhrady nemajetkovej ujmy v peniazoch, ktorá sa určí súdom s prihliadnutím na závažnosť spôsobenej ujmy, najmä v prípade zníženia dôstojnosti značným spôsobom alebo značného zníženia jej spoločenskej vážnosti a spoločenského uplatnenia. Podľa § 9 ods. 2 antidiskriminačného zákona ak by primerané zadostučinenie nebolo dostačujúce, najmä ak nedodržaním zásady rovnakého zaobchádzania bola značným spôsobom znížená dôstojnosť, spoločenská vážnosť alebo spoločenské uplatnenie poškodenej osoby, môže sa táto domáhať aj náhrady nemajetkovej ujmy v peniazoch. Sumu náhrady nemajetkovej ujmy v peniazoch určí súd s prihliadnutím na závažnosť vzniknutej nemajetkovej ujmy a všetky okolnosti, za ktorých došlo k jej vzniku. Právo na náhradu škody alebo právo na náhradu podľa osobitných predpisov nie je týmto zákonom dotknuté. Je zjavné, že ustanovenie § 9 ods. 3 antidiskriminačného zákona uvažuje s finančným zadostučinením ako s krajnou možnosťou, a pritom jeho priznanie viaže napríklad na zníženie dôstojnosti vážnym spôsobom alebo zníženie spoločenského uplatnenia či spoločenskej vážnosti poškodeného zamestnanca. Aj keď ide o implicitne uvedené skutočnosti, ktoré poukazujú na nedostatočnosť primeraného morálneho zadostučinenia, takým spôsobom formulované nároky obetí diskriminácie sú, ako sa domnievame, v rozpore nielen s cieľom antidiskriminačných smerníc, ale aj aktuálnej judikatúry Súdneho dvora. Súd pri rozhodovaní o priznaní finančného zadostučinenia by

preto mal uplatniť eurokonformný výklad, súladný s právom Európskej únie. Najvyšší súd ČR vo svojom rozhodnutí 30 Cdo 4431/2007 výslovne pripustil v antidiskriminačných sporoch podpornú preventívnu úlohu materiálnej sankcie. Podľa rozhodnutia Najvyššieho súdu SR zníženie dôstojnosti alebo vážnosti v spoločnosti v značnej miere nie jediným právne akceptovateľným prejavom závažnosti ujmy spôsobenej fyzickej osobe na týchto chránených právach.³⁸

Primerané finančné zadostučinenie by malo plniť aj funkciu „odmeny“ pre úspešného žalobcu, ktorý našiel odvahu a dal žalobu na súd. Takýto krok žalobcu významne prispieva k preventívnej ochrane pred diskrimináciou nielen jeho samého, ale aj k ochrane iných osôb. Platný právny model primeraného finančného zadostučinenia nie je plne súladný s právom EÚ ani aktuálnou judikatúrou Súdneho dvora EÚ. Podľa judikatúry Súdneho dvora ako aj podľa antidiskriminačných smerníc podstatné pre priznanie finančnej náhrady je hlavne to, či iné ako peňažné spôsoby nápravy poskytujú žalobcovi účinnú ochranu a či aj z hľadiska budúcnosti plnia preventívnu funkciu, či sú efektívne a odstrašujúce.³⁹ Zníženie dôstojnosti, spoločenskej vážnosti či spoločenského uplatnenia značným spôsobom vymedzil Najvyšší súd Českej republiky vo svojom rozhodnutí NS sp.zn. 30 Cdo 2005/2003, podľa ktorého ide o nemajetkovú ujmu, ktorá vznikla v osobnostnej sfére fyzickej osoby, ktorú táto fyzická osoba pociťuje a prežíva ako závažnú ujmu vzhľadom na povahu, intenzitu, opakovanie, trvanie a šírku okruhu pôsobenia nepriaznivého následku spočívajúceho v znížení jej dôstojnosti, vážnosti v spoločnosti či jej spoločenského uplatnenia.

Zákonný predpoklad na priznanie práva na primerané finančné zadostučinenie, ktorý spočíva v znížení dôstojnosti značným spôso-

38 Uznesenie Najvyššieho súdu SR 4 Cdo 232/2010 zo dňa 29. júna 2011.

39 Raška, M.: Výše a účel náhrady nemajetkové újmy v penezích při ochrane osobnosti, *Právní rozhledy*, 9/2009, s. 305 a n., pozri tiež nález ÚS ČR sp. Zn. ÚS 350/05, II.ÚS 3894/11, R NS SR 30 Cdo 4431/2007.

bom, spoločenskej vážnosti alebo spoločenského uplatnenia poškodeney osoby predstavuje pre obeť diskriminácie odrádzajúci prvok na uplatnenie finančného zadostučinenia a vôbec neplní preventívnu funkciu proti diskriminácii.

K veľmi slabej vymožitelnosti práva v uvedenej oblasti prispievajú aj procesné prekážky. Podľa položky 7d sadzobníka súdnych poplatkov z návrhu na začatie konania vo veciach porušenia zásady rovnakého zaobchádzania, v ktorom sa neuplatňuje náhrada primeraného finančného zadostučinenia, súdny poplatok je 66 eur a z návrhu na začatie konania vo veciach porušovania zásady rovnakého zaobchádzania s náhradou nemajetkovej ujmy je súdny poplatok 66 eur a poplatok v sume 3 % z výšky uplatnenej nemajetkovej ujmy. Súdny poplatok je povinný žalobca zaplatiť na začiatku konania, pred rozhodnutím vo veci samej. Takto ustanovené súdne poplatky sú v rozpore s cieľom a účelom antidiskriminačného zákona, ako aj v rozpore s doterajšou judikatúrou Súdneho dvora EÚ a s cieľom antidiskriminačných smerníc, podľa ktorých **sankcie za porušenie zásady rovnakého zaobchádzania musia byť účinné, primerané a odstrašujúce**. Bolo by spravodlivejšie, aby sadzba poplatku za antidiskriminačné žaloby bola stanovená jednotne.⁴⁰ Z vyššie uvedeného celkom zjavne vyplýva, že súdne poplatky pri uplatňovaní diskriminačných žalôb nekorešpondujú s cieľmi antidiskriminačných smerníc EÚ, ktoré dôsledne vyžadujú, aby sa **každá osoba mohla dovolať svojho práva na súde**. Okrem toho, že možnosť finančného zadostučinenia antidiskriminačný zákon v § 9 spája s prísnou podmienkou zníženia dôstojnosti a spoločenského uplatnenia značným spôsobom, zákonodarca už samotnými súdnymi poplatkami prakticky mnohým poškodeným reálne znemožňuje sa súdnou cestou domáhať aj finančného zadostučinenia. Tým, že žalobca sa antidiskriminačnou žalobou domáha aj finančného zadostučinenia, je povinný za antidiskriminačnú žalobu popri

40 Pozri tiež Straka, P.: Primerané finančné zadostučinenie, In: Právne aspekty rovnakého zaobchádzania v slovenskej realite, 2013, s. 63 a 64.

poplatku 66 eur zaplatiť aj súdny poplatok vo výške 3 % z hodnoty nárokovaného finančného zadostučinenia, ktorý musí zaplatiť ešte pred začatím súdneho sporu. Už samotný tento fakt neumožňuje mnohým diskriminovaným osobám sa domôcť spravodlivosti súdnou cestou. Tieto skutočnosti by si mala všimnúť aj Európska komisia, pretože sú také závažné, že za existencie existujúceho právneho stavu neumožňujú naplniť ciele antidiskriminačných smerníc.

Konkrétnu ani maximálnu sumu náhrady nemajetkovej ujmy antidiskriminačný zákon neustanovuje. Súd ju v zmysle § 9 ods. 3 antidiskriminačného zákona určí s prihliadnutím na závažnosť nemajetkovej ujmy ako aj na všetky okolnosti, za ktorých došlo k jej vzniku.

Aj keď diskriminačných žalôb je v Slovenskej republike ešte veľmi málo, pár takýchto rozhodnutí už existuje.⁴¹ Napríklad Najvyšší súd Slovenskej republiky v roku 2003 priznal náhradu nemajetkovej ujmy za diskriminačné konanie zamestnávateľa voči zamestnancovi vo výške 100 000 Sk.⁴²

Podľa § 9a antidiskriminačného zákona antidiskriminačnú žalobu je oprávnená podať aj právnická osoba, ak by porušením zásady rovnakého zaobchádzania mohli byť dotknuté práva, právom chránené záujmy alebo slobody väčšieho alebo neurčitého počtu osôb, alebo ak by takýmto porušením mohol byť inak vážne ohrozený verejný záujem. Na rozdiel od fyzických osôb právnickým osobám antidiskriminačný zákon výslovne nepriznáva právo domáhať sa primeraného morálneho alebo finančného zadostučinenia. Tieto právnické osoby sa v zmysle § 9a antidiskriminačného zákona môžu domáhať najmä určenia, že bola porušená zásada rovnakého zaobchádzania, aby ten, kto nedodrжал zásadu rovnakého zaobchádzania, upustil od svojho konania, a ak je to možné, napravil protiprávny stav. Zo znenia usta-

41 Rozhodnutie NS SR 2 Cdo 67/03 zo dňa 26.8.2003, Rozhodnutie Krajského súdu V Banskej Bystrici 8c/119/2006-107 zo dňa 20.11.2007, Rozhodnutie Krajského súdu v Banskej Bystrici 12 Co/6/08-6106212421 zo dňa 27.3.2007

42 Rozhodnutie NS SR, poznámka č. 14.

novenia §9a antidiskriminačného zákona vyplýva, že nejde o taxatívnu úpravu nárokov právnickej osoby, čím je pre súd otvorený právny priestor aj pre priznanie ďalších nárokov právnickej osobe.

3. Právne garancie ochrany šikanovaného zamestnanca podľa Občianskeho zákonníka

Ochrana osobnostných práv fyzickej osoby, voči ktorej sa uskutočňuje šikana tak, ako ju upravuje Občiansky zákonník, nepochybne zaväzuje aj zamestnávateľa. Aj zamestnávateľ je povinný dbať o to, aby v priebehu trvania pracovnoprávneho vzťahu nedochádzalo k protiprávnym zásahom do osobnostných práv. V prípade, že dôjde k takýmto zásahom do osobnostných práv zamestnancov, šikanovaný zamestnanec je oprávnený žalovať zamestnávateľa pre porušenie jeho osobnostných práv tak, ako ich upravuje Občiansky zákonník. Niet právnych pochybností o tom, či sa ustanovenia Občianskeho zákonníka o ochrane a zásahoch do osobnostných práv zamestnancov vzťahujú aj na pracovnoprávne vzťahy, ktoré nemajú osobitný právny model ochrany osobnostných práv v Zákonníku práce ani v inom pracovnoprávnym predpise.

Ustanovenie § 13 Občianskeho zákonníka vo vzťahu k antidiskriminačnému zákonu predstavuje *lex generalis*. Antidiskriminačný zákon je vo vzťahu k ustanoveniam Občianskeho zákonníka o ochrane osobnosti *lex specialis*. Ak ide o protiprávne správanie mimo pôsobnosť antidiskriminačného zákona, uplatňujú sa ustanovenia Občianskeho zákonníka o ochrane osobnosti.

Ustanovenia § 11 a nasledujúce Občianskeho zákonníka predstavujú osobnostné právo a jeho ochranu. Pričom sa rozlišuje osobnostné právo na jednej strane a právo na jeho ochranu na druhej strane. Vychádza sa pritom z monistického poňatia osobnostného práva, ktoré je založené na existencii jednotného kmeňového osobnostného práva, z ktorého vyplývajú jednotlivé čiastkové osobnostné práva. Predmetom

ochrany Občianskeho zákonníka je osobnosť človeka – zamestnanca v jej fyzickej a morálnej celistvosti a jednotlivým stránkam osobnosti sa poskytuje ochrana len vtedy, keď ich ohrozením, resp. porušením je ohrozená osobnosť ako celok.⁴³ Právo na ochranu osobnosti podľa Občianskeho zákonníka predstavuje inštitút, v rámci ktorého sú nedielne chránené jednotlivé čiastkové práva zabezpečujúce občianskoprávnu ochranu konkrétnych otázok osobnosti fyzickej osoby. Predmetom právnej ochrany sú jednak nemateriálne hodnoty a stránky osobnosti človeka (meno, česť, dôstojnosť, súkromie, telesná integrita), jednak prejavy osobnej povahy. Otázku prípadného negatívneho dotknutia sa týchto čiastkových práv treba posudzovať u každého z nich samostatne. Do rámca ochrany patrí aj právo na súkromie osoby. Nie všetky zásahy do čiastkových osobnostných práv musia vyvolať zníženie vážnosti alebo dôstojnosti poškodenej osoby. Porušenie práva na súkromie treba podľa judikatúry odlišovať od prípadov neoprávnených zásahov do práva na česť, dôstojnosť a vážnosť v spoločnosti.⁴⁴ Ustanovenia § 11 až 16 Občianskeho zákonníka upravujú právo na ochranu osobnosti ako jednotné právo, aj keď ustanovenia § 11 až 13 Občianskeho zákonníka chránia aj ďalšie čiastkové práva fyzickej osoby, akým je právo na česť a dôstojnosť fyzickej osoby v rozmanitých spoločenských vzťahoch vrátane pracovnoprávných vzťahov. Právo na ochranu osobnosti si po smrti fyzickej osoby môžu uplatňovať manžel a deti, a ak ich niet, jeho rodičia (§ 15 Občianskeho zákonníka).

Šikanovaním zamestnanca sa často zasahuje do jeho súkromia. Podľa § 11 Občianskeho zákonníka fyzická osoba má právo na ochranu svojej osobnosti, najmä života a zdravia, občianskej cti a ľudskej dôstojnosti, ako aj súkromia, svojho mena a prejavov osobnej povahy. Ide len o implicitne zakotvené spôsoby ochrany osobnostných práv, a preto sa z rozsahu ochrany § 11 Občianskeho zákonníka nevylučujú

43 Cirák, J.: Osobnostné právo v Návrhu slovenského Občianskeho zákonníka, Vydavateľstvo Právnickej fakulty UK v Bratislave, 1999, s.77.

44 Tamže.

aj ďalšie práva spojené s osobnosťou človeka, ktoré sú uvedené v Ústave Slovenskej republiky.⁴⁵ Tým § 11 a § 12 Občianskeho zákonníka veľmi účelne dopĺňujú ústavou garantované právo na súkromný život. Podľa § 11 Občianskeho zákonníka fyzická osoba má právo na ochranu svojej osobnosti, najmä telesnej integrity, života a zdravia, občianskej cti a ľudskej dôstojnosti, ako aj súkromia, svojho mena a prejavov osobnej povahy.

Pre úspešné uplatnenie právneho nároku zamestnanca z titulu zasiahnutia do osobnostných práv, resp. práv na ochranu osobnosti sa nevyžaduje, aby nepriaznivé dôsledky šikany spôsobili zamestnancovi ujmu na zdraví alebo aby zamestnancovi následkom šikany vznikla konkrétna hmotná ujma. Pri uplatňovaní právnych nárokov zamestnanca vyplývajúcich z osobnostných práv fyzickej osoby tak, ako ich upravuje Občiansky zákonník na rozdiel od klasických porušení osobnostných práv fyzickej osoby nepôjde v prípade šikany v prevažnej miere o jeden izolovaný protiprávny zásah, resp. konanie zo strany šikanujúceho zamestnanca. V prípade súdneho posudzovania šikany a jej nepriaznivých právnych následkov vo vzťahu k osobnostným právam sa skúmajú rozličné protiprávne konania ako celok. Pritom tieto protiprávne konania nemusia mať tú istú povahu. Môže ísť o protiprávne zásahy do komunikačných možností zamestnanca, o protiprávne zásahy do jeho sociálnych vzťahov, do kvality profesijného a súkromného života. Agresívnejšie formy šikany môžu spôsobovať aj závažné zdravotné následky, často končiace trvalou invaliditou, ale aj samovraždou obete šikany. Právo na telesnú integritu zahrnuje právo na ochranu života a zdravia. Ochrana občianskej cti a dôstojnosti spočíva predovšetkým v zákaze rôznych druhov neoprávnených, zneuctujúcich zásahov, uskutočňovaných ústnou formou alebo písomnou formou alebo akýmkoľvek masovokomunikačnými prostriedkami. Neoprávneným zásahom môže byť aj obrazové spravodajstvo alebo uverejnenie fotografie, to však nemusí vždy naplniť obsah šikany.

45 Lazar, J.: Občianske právo I. diel, 2014, Bratislava, s. 179.

Právo na súkromie spočíva v práve jednotlivca rozhodnúť podľa vlastného uváženia, či, prípadne v akom rozsahu majú byť skutočnosti jeho súkromného života prístupné iným osobám. Predmetom práva na osobné súkromie je vnútorná intímna sféra života jednotlivca vytváraná skutočnosťami jeho súkromného života. Súčasťou jeho súkromného života je aj rodinný život, ktorý zahŕňa vzťahy medzi blízkymi príbuznými a ochrana korešpondencie.⁴⁶

Ak je napríklad za zásah do osobnostných práv považovaný písomný prejav, je pre posúdenie, či sa negatívne dotkol osobnosti, potrebné analyzovať nielen obsah tohto prejavu, ale aj jeho formu a použité výrazové prostriedky, pretože tá je vonkajším prejavom obsahu.⁴⁷

Oprávnená osoba, do osobnosti ktorej sa zasiahlo, má podľa § 13 a v nadväznosti na § 16 Občianskeho zákonníka právo sa domáhať:

- aby sa upustilo od neoprávnených zásahov,
- aby sa odstránili následky neoprávnených zásahov,
- aby jej bolo poskytnuté primerané zadostučinenie, satisfakcia.

§ 13 Občianskeho zákonníka poskytuje ochranu osobnosti len v prípadoch takého porušenia občianskej cti, ktoré predstavujú zásah do osobnosti osoby pričom tento zásah musí byť objektívne spôsobilý spôsobiť takúto ujmu. Ide o konanie proti osobnej a mravnej integrite osoby znižujúce jej dôstojnosť, vážnosť a česť, o konanie, ktoré z hľadiska vzťahu občana k iným spoluobčanom ohrozuje jeho postavenie a uplatnenie v spoločnosti. (R 103/1967). Právne prostriedky ochrany podľa § 13 Občianskeho zákonníka možno uplatniť len v prípade, keď neoprávnený zásah smeroval do niektorej zo zložiek osobnosti človeka, ktoré napríklad zakotvuje § 11 Občianskeho zákonníka.

46 Uznesenie Najvyššieho súdu SR sp.zn.3 Cdo 84/2011 zo dňa 13.10. 2011, Uznesenie Najvyššieho súdu SR sp.zn. 4 Cdo 232/2010 zo dňa 29.6. 2011.

47 Uznesenie NS SR 3 Cdo 84/2011 zo dna 13 októbra 2011, ako aj R MCdo 10/2005.

Právne prostriedky podľa § 13 Občianskeho zákonníka nemožno použiť v prípade, ak neoprávnený zásah smeroval do oblasti majetkových práv.

Spôsoby ochrany podľa § 13 ods. 2 Občianskeho zákonníka sú uvedené napríklad len demonštratívne. V praxi preto do úvahy prichádzajú aj iné spôsoby ochrany.

Pokiaľ by morálna satisfakcia bola nedostačujúca, súd môže žalovanému v prípade, ak bola v značnej miere znížená dôstojnosť poškodenej osoby, jej vážnosť, uložiť aj povinnosť poskytnúť žalobcovi náhradu nemajetkovej ujmy v peniazoch, t. j. materiálnu satisfakciu. Výšku tejto náhrady určí súd nezávisle od výšky požadovanej žalobcom. Občiansky zákonník pre úspešnosť práva na ochranu osobnosti nevyžaduje zavinenie toho, kto sa dopustil protiprávneho konania, zásahu do práva na ochranu osobnosti. Zodpovednosti sa nemožno zbaviť ani dôkazom, že subjekt tohto zásahu bol v omyle (Uznesenie Najvyššieho súdu ČR sp.zn. 28 Cdo 662/2002). Forma protiprávneho správania sa môže byť aktívnym konaním, ale aj opomenutím. Vždy musí ísť o taký zásah do práv chránených § 13 Občianskeho zákonníka, ktorý je objektívne spôsobilý porušiť alebo ohroziť právo chránené v § 11 Občianskeho zákonníka. Nevyžaduje sa pritom, aby takýto zásah vyvolal právne následky. Podľa doterajšej súdnej praxe o zásah do práva na ochranu osobnosti ide najmä v prípade ohovárania a nepravdivého obvinenia. Neoprávneným zásahom je každé neoprávnené tvrdenie alebo obvinenie. Nemožno sa úspešne brániť žalobe na ochranu osobnosti tým, že žalovaný šíril len také údaje, ktoré sám počul. (RNS ČR Cdo 14/10/2002). Protiprávny zásah môže spočívať v rozširovaní nepravdivých správ týkajúcich sa osobnosti fyzickej osoby, vo zverejňovaní nepravdivých správ z jej intímneho a rodinného života proti jej vôli, ďalej v nepravdivom obvinení z nečestného konania, ako aj v kritike presahujúcej obsahom, formou či cieľom rámec pravdivej a objektívnej kritiky (Uznesenie NS ČR sp.zn. 28 Cdo 2099/2002).

Zadostučinenie v peniazoch podľa § 13 ods. 2 Občianskeho zákonníka plní len podpornú (subsidiárnu) funkciu a nastupuje až potom,

keď sa morálne zadostučinenie ukázalo sčasti alebo celkom nepostačujúce. Nevyhnutnou a výlučnou podmienkou na priznanie morálneho zadostučinenia v peniazoch súdom je, že sa priznanie žiadnej inej formy morálneho zadostučinenia nejaví s ohľadom na konkrétne okolnosti prípadu dostačujúce a že v dôsledku neoprávneného zásahu došlo k zníženiu dôstojnosti fyzickej osoby alebo jej vážnosti.⁴⁸ Teda nie každý zásah do osobnostných práv je vo vzťahu k porušovateľovi sankcionovaný zadostučinením v peniazoch. Dôkazná povinnosť, že k zásahu do súkromnej sféry došlo, a že tým aj k zníženiu cti, dôstojnosti a vážnosti poškodeného v spoločnosti, je na strane žalobcu. Aby bol úspešný v spore o ochranu osobnosti, prípadne aby vysúdil aj primerané peňažné zadostučinenie, musí uniesť dôkazné bremeno, čo nie je v praxi jednoduché. Peňažné zadostučinenie prichádza do úvahy len v prípade, ak sú splnené dve podmienky. Ak morálne zadostučinenie nie je v danom prípade postačujúce a ak neoprávneným zásahom došlo k zníženiu dôstojnosti fyzickej osoby alebo jej vážnosti v spoločnosti v značnej miere. Tieto okolnosti § 13 Občianskeho zákonníka zakotvuje príkladmi, preto súd môže pri rozhodovaní prihliadať aj na iné vážne dôvody.

Peňažná satisfakcia podľa Najvyššieho súdu SR je prípustná aj v prípade, keď dokazovaním bolo preukázané, že neoprávneným zásahom došlo k zníženiu cti, dôstojnosti a vážnosti v spoločnosti bez toho, aby toto zníženie dôstojnosti vykazovalo charakteristiku „v značnej miere“.⁴⁹ Jediným dôvodom priznania náhrady nemajetkovej ujmy v peniazoch je, že morálne zadostučinenie sa nezdá postačujúce. Podmienkou priznania peňažnej satisfakcie je tiež skutočnosť, že došlo k závažnej ujme. Za závažnú ujmu Najvyšší súd považuje ujmu, ktorú fyzická osoba vzhľadom na okolnosti, za ktorých došlo k porušeniu práva, intenzitu zásahu a jeho trvanie alebo dopad a dôsledky považuje-

48 Kerecman, P.: Právo na primerané zadostučinenie a náhradu nemajetkovej ujmy v slovenskom právnom poriadku, *Justičná revue*, 2006, č. 8 – 9, s. 1157 – 1182.

49 Uznesenie NS SR 4Cdo 232/2010 z 29. júna 2011.

je za značnú ujmu. Pritom nie sú rozhodujúce subjektívne pocity, ale objektívne hľadisko, t. j. to, či by predmetnú ujmu takto v danom čase a mieste vnímala aj každá iná fyzická osoba.

Pokiaľ dôjde k neoprávnenému zásahu na česť a dôstojnosť, má takýto zásah závažné dôsledky vtedy, keď ním bola v značnej miere znížená dôstojnosť a vážnosť fyzickej osoby v spoločnosti. Aj v prípade niektorého zásahu do práva na súkromie môže nastať ten istý dôsledok, t. j. zníženie dôstojnosti a vážnosti v spoločnosti v značnej miere. Tento následok však nie je jediným akceptovateľným prejavom závažnosti ujmy spôsobenej fyzickej osobe na týchto chránených právach.⁵⁰

Ani samotné znenie § 13 ods. 2 Občianskeho zákonníka nevyžaduje pri zásahu do súkromia, aby došlo k zníženiu dôstojnosti, cti a vážnosti poškodeného v spoločnosti v značnej miere.⁵¹

Výšku primeraného zadostučinenia v peniazoch podľa § 13 ods. 2 Občianskeho zákonníka nemožno dopredu presne stanoviť. Je vecou súdu, aby na základe konkrétnych zistení príslušnej veci stanovil jeho výšku.

Záver

Šikanovanie zamestnanca v rámci pracovnoprávnych vzťahov možno postihovať nielen prostredníctvom pracovného práva, ale aj právnymi nástrojmi občianskeho práva, administratívneho práva a trestného práva. Niektoré závažnejšie formy šikany na pracovisku napĺňajú aj skutkovú podstatu trestného činu, preto je správne, ak sa páchatelia takýchto skutkov stíhajú aj trestnoprávne. Osobitosťou takýchto situácií v rámci pracovnoprávnych vzťahov je, že trestnoprávne je osobne zodpovedný konkrétny zamestnanec pracujúci u zamestnávateľa popri pracovnoprávnej zodpovednosti, ktorú možno voči nemu

⁵⁰ Tamže.

⁵¹ Tamže.

založiť podľa Zákonníka práce, prípadne popri zodpovednosti podľa Občianskeho zákonníka.

Pri relatívne vysokej miere nezamestnanosti stále klesá odvaha zamestnancov sa účinne brániť voči týmto protiprávnym postupom zamestnávateľa. Na strane vedúcich zamestnancov často rastie „guráž“ o túto formu ponižovania a obťažovania zamestnancov.

Prax ukazuje, že je potrebné zlepšiť súčasnú pracovnoprávnu úpravu ochrany zamestnancov pred šikanovaním na pracovisku, pretože existujúca pracovnoprávna úprava je veľmi všeobecná, a tým aj málo účinná a neefektívna.

Optimalizácia existujúceho právneho modelu právnej ochrany zamestnanca proti šikane na pracovisku by preventívne účinnejšie pôsobila v predchádzaní závažných konfliktov na pracoviskách, ktoré vyúsťujú do šikanovania zamestnancov a spôsobujú zamestnancom často závažné ujmy najmä na psychickom zdraví.

Komplexne právne postihnúť mobing a šikanu na pracovisku nie je jednoduché. Nielen z dôvodu, že sa „skrýva“ za výkon subjektívnych práv a právnych povinností. Mobing či šikanovanie na pracovisku nepredstavuje jediné izolované negatívne a nekorektné správanie sa voči zamestnancovi, ktoré by sa dalo posúdiť samostatne od iných, tiež negatívnych konaní. Každé z týchto konaní môže mať iný obsah a formu, ale spolu navzájom súvisia. Sú zamerané proti dôstojnosti zamestnanca. Pretože šikana a mobing predstavuje celý komplex niekedy veľmi rôznorodých negatívnych správania sa voči zamestnancovi, ktoré sa uskutočňujú v určitej časovej a vecnej nadväznosti, tento obsahovo rôznorodý komplex protiprávných zásahov do osobnostných práv zamestnancov a ich dôstojnosti treba posúdiť ako celok. Práve rôznorodosť jednotlivých správania voči zamestnancovi významne sťažuje nielen výskum právnych problémov šikany a mobingu a jeho preukázanie, ale aj jeho právne sankcionovanie. Jednorazové nekorektné správanie sa voči zamestnancovi spravidla nenapĺňuje pojem šikany alebo mobingu, preto aj pri posudzovaní právnych, najmä sankčných dôsledkov, musí súd skúmať nielen jednotlivé nekorektné protiprávne

zásahy do osobnostných práv zamestnanca, ich obsah a formu, ale aj ich právnu povahu a časové a vecné súvislosti medzi nimi s osobitným zohľadnením následkov, ktoré spôsobili zamestnancovi. Ťažkosti s identifikáciou šikanovania zvyšuje aj skutočnosť, že mnohé z čiastkových negatívnych správania voči zamestnancovi, nemusia byť výslovné aktívne správania, ale sú pasívne, a preto aj ťažko identifikovateľné a dokázateľné. Mnohokrát stačí ignorancia zamestnanca či už zo strany nariadeného zamestnanca alebo zo strany kolegov. Ako preukázať ignoranciu zamestnanca, voči ktorému zamestnávateľ nič konkrétne aktívne neuskutočňuje, len ho ignoruje, a tým izoluje od potrebných profesijných informácií?

Treba povzbudzovať zamestnancov k aktívnej ochrane proti šikane alebo mobingu na pracoviska. Samotná osвета nestačí, treba zmeniť podstatným spôsobom aj doterajšiu pracovnoprávnu ochranu, aby sa zamestnanci pri rastúcej šikane a mobingu na svojich pracoviskách nemuseli uchýľovať k nutnej obrane alebo ku konaniu v krajnej núdzi, pri nedodržaní zákonných podmienok, ktorých by sami boli predmetom právnej zodpovednosti a sankcií z nej vyplývajúcich.

Summary

Bullying and Procedural Guarantees of Civil Law Protection of Employee

Bullying of employee in labour relations can penalize not only through the labour law, but also by legal instruments of the civil law, administrative law and criminal law. In addition is relevant labour law responsibility of employer.

Practice shows that it is necessary to improve the present labour law legislation of protection of employees against workplace bullying, because the existing legislation is very general and therefore less efficient and inefficient.

A complex legal affect the mobbing and bullying at the workplace is not easy. Not only because it is „hidden“ behind the exercise of individual rights and legal obligations. Because bullying represents a whole complex of sometimes very disparate negative behaviour against an employee, which take place at a certain time and material relation, this content varied complex of unlawful interference in the personal rights of employees and their dignity must be assessed in its entirety. Precisely the diversity of individual behaviour towards employee significantly hampers not only to research legal problems of bullying and its demonstration, but also its legal sanction. Disposable incorrect behaviour against an employee generally does not meet the concept of bullying because even in assessing legislation, in particular the effects of sanctions, the court must examine not only individual incorrect unlawful interference with the personal rights of employees, their content and form, but also their legal nature and time and material relations between them.

Employees should be encouraged to the active protect against bullying or mobbing at the workplace. Awareness itself is not enough, it need to be changed substantially the present labour law protection.

Optimization of existing legal model of legal protection of employees against workplace bullying would preventative effectively influence in the prevention of serious conflicts in the workplace that result in bullying staff and them often cause serious injury to the mental and physical health.

PRIVATRECHTSKODIFIKATION UND SOZIOÖKONOMISCHER WANDEL

JÜRGEN BASEDOW*

Wer die Zivilrechtsentwicklung der vergangenen Jahrzehnte in einer rechtsvergleichenden Perspektive Revue passieren lässt, wird auf die Renaissance der Kodifikationsidee als eine der großen Entwicklungslinien stoßen. Die Académie internationale de droit comparé hat ihr 2012 einen eigenen Kongress gewidmet.¹ Ján Lazar, dem die folgenden Gedanken in langjähriger Verbundenheit gewidmet sind, hat in den vergangenen Jahren intensiv an der Kodifizierung des slowakischen Privatrechts mitgewirkt.² In einer Festschrift, die aus Anlass seines 80. Geburtstags ihm zu Ehren herausgegeben wird, ist es daher angezeigt, das Thema der Kodifikation näher zu beleuchten. Dies geschieht hier im Hinblick auf das Spannungsverhältnis, das sich zwischen den kurzfristigen Regelungsbedürfnissen einer sich rasch verändernden Gesellschaft und den Verstetigungs-, ja Petrifizierungseffekten einer Kodifikation ergibt. Die folgenden Überlegungen sollen zunächst die Geschichte und Neubelegung der Kodifikationsidee skizzieren (I.), danach die Einbindung zweier großer, im Abstand von 100 Jahren entstandener Kodifikationen, des französischen Code civil und des deutschen BGB in die Lebensverhältnisse ihrer jeweili-

* In Teilen beruht dieser Artikel auf einem Vortrag, den ich im September 2012 an der ELTE-Universität in Budapest gehalten habe.

- 1 Die Beiträge zu diesem Kongress von Taipei sind in zwei Bänden veröffentlicht, siehe Wen-Yeu WANG, Hrsg., *Codification in International Perspective*, Springer, Cham 2014, und Wen-Yeu WANG, Hrsg., *Codification in East Asia*, Springer, Cham 2014.
- 2 Ján Lazar, Über die Entwicklung des slowakischen Privatrechts, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2013, 789 – 811 (804 ff.).

gen Entstehungszeit (II. und III.). Am Beispiel der „sozialen Frage“ gehen wir sodann der Frage nach, wie die deutsche Kodifikation den neuen Regelungsbedürfnissen gerecht geworden ist (IV.). Am Ende stellt sich die Frage, ob ähnlich bedeutende ökonomische und gesellschaftliche Veränderungen der Gegenwart, die zunächst spezifische Reaktionen in Sondergesetzen hervorrufen, vielleicht einer künftigen Rekodifikation des Zivilrechts ihren Stempel aufdrücken werden (V.).

I. Die Renaissance der Kodifikationsidee

Die Kodifikationsgeschichte lässt sich, was das Zivilrecht betrifft, nach den Worten von Jan Peter Schmidt als eine Wellenbewegung verstehen: Einer ersten Welle vernunftrechtlicher Gesetzbücher um 1800 ist seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine Welle nationalstaatlicher Kodifikationen gefolgt; eine dritte Welle von Zivilgesetzbüchern ist nach dem Zweiten Weltkrieg der Etablierung sozialistischer Systeme in Mittel- und Osteuropa geschuldet. Man wird zusätzlich von einer jüngsten Welle sprechen können, die seit Ende der neunziger Jahre die Antwort auf den Zusammenbruch eben dieser Systeme darstellt.³ Auch wenn diese jüngste Welle ihren Schwerpunkt in Ost- und Mitteleuropa hat,⁴ reicht sie doch geografisch weit darüber hinaus, wie die Neukodifizierung des Zivilrechts in Brasilien⁵ und die Kodifikationsbemühungen der Volksrepublik China⁶ zeigen. Dieser letzten Welle sind auch umfangreiche Teilkodifikationen wie

3 Jan Peter Schmidt, Kodifikation, in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. II, S. 986 – 990 (987 – 988).

4 Ján Lazar, Hrsg., *Reforma súkromného práva v strednej a východnej európe – Die Reform des Privatrechts in Mittel- und Osteuropa*, Bratislava 2009.

5 Jan Peter Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, Tübingen 2009, S. 66 ff.

6 Xianzhong SUN, Die Rezeption der westlichen Zivilrechtswissenschaft und ihre Auswirkung im modernen China: *RabelsZ* 71 (2007) 644-662 (654-656).

etwa die Schuldrechtsmodernisierung in Deutschland⁷ und die niederländische Gesamtkodifikation zuzurechnen, darüber hinaus auch größere Projekte in anderen westeuropäischen Ländern wie Frankreich und Spanien.

Die Kodifikation des Zivilrechts steht also wieder auf der Agenda der Rechtspolitik. Damit wird eine Phase des „Kodifikationspessimismus“⁸ deutlich sichtbar zum Abschluss gebracht. In Deutschland hatte etwa Friedrich Kübler um 1970 der weit verbreiteten Auffassung Ausdruck verliehen, „dass unter den in der Bundesrepublik gegebenen wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Voraussetzungen Kodifikation als ein Instrument rechtlicher Gestaltung und Ordnung nicht mehr verfügbar ist.“⁹ In Italien brachte Natalino Irti diese verbreitete Strömung mit dem Begriff der „*decodificazione*“ auf den Punkt.¹⁰ Wie ist dieser Wandel des Zeitgeistes in puncto Kodifikation zu erklären? Dass die Kodifikationsgegner der 70er Jahre mit ihrer Analyse völlig Unrecht gehabt hätten, wird man kaum behaupten können. Nach wie vor „ist die Aufstellung allgemeinverbindlicher Regeln deutlich schwieriger als im 19. Jahrhundert. Technischer Fortschritt und gesellschaftlicher Wandel erfordern eine ständige Anpassung und Weiterentwicklung des Rechts“.¹¹

Gleichwohl beschränken sich Gesetzgeber nicht darauf, die Rechtsordnung mit einer Masse von Sondergesetzen gleichsam zu fluten, sondern bemühen sich offenbar in vielen Ländern um eine Konsolidierung in einem Zivilgesetzbuch. Hat die Komplexität der modernen Gesellschaft also vielleicht doch kein für die Kodifikation prohibitives Ausmaß erreicht? Kann auch ein umfassendes Zivilgesetzbuch mit dem sozioökonomischen Wandel Schritt halten? Eine

7 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. 11. 2001, BGBl. I, S. 3138.

8 Begriff von Karsten Schmidt, *Die Zukunft der Kodifikationsidee*, Heidelberg 1985, z.B. S. 16.

9 Friedrich Kübler, *Kodifikation und Demokratie*, JZ 1969, 645 – 651 (648).

10 *Natalino Irti, L'Età della Decodificazione*, Mailand 1978.

11 Jan Peter Schmidt, oben Fn. 3, S. 989.

Erklärung für die Renaissance des Kodifikationsgedankens lässt sich nach meiner Überzeugung darin sehen, dass der gesellschaftliche Wandel seinerseits nicht linear und gleichmässig, sondern wellenartig verläuft: Einer Phase rascher Veränderungen folgt – jedenfalls in dem betreffenden Bereich des gesellschaftlichen Zusammenlebens – im allgemeinen eine Ruhephase, die eine Konsolidierung gestattet oder sogar nahelegt. Dies ist die Stunde der Kodifikation oder Rekodifikation, die es gestattet, von der Vielfalt punktueller Regeln zu abstrahieren und übergreifende Prinzipien zu fixieren. Der Ablauf der Gesetzgebung ist danach, wie es Karsten Schmidt einmal ausgedrückt hat, ein dialektischer Prozess, in dem Phasen zentrifugaler Kräfte in Richtung auf eine Dekodifikation sich mit Phasen zentripetaler Kräfte im Sinne einer Konsolidierung abwechseln.¹²

Das Bild der Wellenbewegung bezieht sich demnach nicht nur auf den Rückgang und die Vermehrung kodifikatorischer Aktivitäten, sondern auch auf den Wertungswandel. Die neuen Werte werden zunächst außerhalb des Gesetzbuches in Sonderregeln verankert, nach einiger Zeit aber schließlich doch in die Kodifikation integriert. Kodifikation ist also nicht nur geprägt durch abstrakte und vielleicht gar als blutleer empfundene Regeln, die oft als ihr Charakteristikum bezeichnet wurden;¹³ in ihr wirken auch die grundlegenden Wertungen der Zeit, freilich erst nach einer gewissen Akzeptanz und Konsolidierung im Bewusstsein der Gesellschaft. Dies ist keineswegs nur das Ergebnis von legislatorischen Irrungen der neueren Zeit. Die großen Gesetzbücher Frankreichs und Deutschlands waren auch schon zur Zeit ihres Erlasses Ausdruck der jeweiligen Lebensverhältnisse und Grundwertungen. Insbesondere spiegelt sich in ihnen eine Fortentwicklung der

12 Karsten Schmidt, oben Fn. 8, S. 49-52.

13 Siehe etwa Karsten Schmidt, oben Fn., S. 24 unter Berufung auf Luhmann; ähnlich Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. Tübingen 1996, S. 84: „abstrakte Kürze“; *H. Patrick Glenn, Legal Traditions of the World*, 3. Aufl. Oxford 2007, spricht vom BGB als „the most abstract of the civil codes“.

wirtschaftlichen Gegebenheiten. Man kann im Ablauf der Geschichte eine Entwicklung neuer Märkte bzw. eine Erweiterung bestehender Märkte beobachten, die sich alsbald in Kodifikationswellen niederschlägt. Dies sei im Folgenden für den Code civil und das Bürgerliche Gesetzbuch erläutert, also für zwei Gesetzbücher, deren Zustandekommen durch ein ganzes Jahrhundert getrennt war, sogleich II. und III.

II. Der Code civil oder das Ende des Feudalismus

Der französische Code civil wurde 15 Jahre nach der großen Revolution erlassen, die das Ende des Ancien Régime markiert. Das Ancien Régime steht für eine Gesellschaftsordnung, die sich letztlich herleitet aus der mittelalterlichen Lehenspyramide, in der die Position des Menschen in der Gesellschaft durch persönliche Loyalitätsbedingungen gekennzeichnet war. Er war Lehensherr oder belehnter Vasall; die Mehrheit der Bevölkerung bestand aus Unfreien oder Hörigen. Sie waren an das Land gebunden, auf dem sie lebten und begründeten dessen Ertragskraft, die wiederum die ökonomische Grundlage des Lehenssystems bildete. Grund und Boden konnten Hörige nicht erwerben; ihre Rechtsfähigkeit war beschränkt. Durch die unterschiedlichen Bindungen der Menschen aneinander und an ihre jeweiligen Ländereien ergab sich auch im übrigen eine komplizierte Vielfalt unterschiedlicher Personenstände und Klassen von Grund und Boden. Portalis schreibt dazu:

„Dans l’Ancien Régime, la distinction des personnes privilégiées ou non-privilégiées, nobles ou roturières, entraînait par rapport aux biens, une foule de distinctions... On peut dire que les choses étaient classées comme les personnes mêmes. Il y avait des biens féodaux et non-féodaux, des biens servants et des biens libres.“¹⁴

14 Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1 pluviôse an IX, S. 53,

Liberté und égalité, zwei der drei zentralen Parolen der Französischen Revolution verlangten nach der Aufhebung dieser Unterscheidungen: Jeder sollte Eigentum an Grund und Boden erwerben können. Niemand sollte gleichsam als Annex zum Boden behandelt werden und in seiner Unabhängigkeit beschränkt sein. Diese Forderungen wurden schon unmittelbar nach der Revolution durch spezielle Beschlüsse der Nationalversammlung verwirklicht. Ihre endgültige Verankerung im Code Napoléon hatte weitreichende Konsequenzen im Personenrecht, im Grundstücksrecht und im Erbrecht zur Folge.

Zum Personenrecht: Während sich die Fürsten und adeligen Herren bei ihrer Rechtssetzung in früheren Jahrhunderten an die jeweiligen Vasallen und Untertanen in der Lehenspyramide wenden konnten, entfiel dieser Anknüpfungspunkt mit der Aufhebung der feudalen Bindungen und der Gleichstellung aller Personen. Zum Adressaten der Gesetze über den Personenstand erklärte Art. 6 Abs. 3 nun „les français, même résidents en pays étranger“. Zwar war die Aufgabe des früheren Systems eine zwangsläufige Folge des gesellschaftlichen Wandels, die Ersatzlösung war aber in einer Zeit ohne klare Definition der Staatsangehörigkeit nicht sehr aussagekräftig. Der Code Napoléon musste daher selbst in den Artikeln 9 ff. und 17 ff. Regeln über Erwerb und Verlust der französischen Staatsangehörigkeit aufstellen und hat damit die Grundlage für die Entwicklung dieses Rechtsbereichs in den Staaten Europas gelegt. Bemerkenswert ist dabei, dass der ursprüngliche Artikel 9 für den Erwerb der Nationalität ganz wesentlich auf den rechtmäßigen Wohnsitz in Frankreich abstellt. Auch wenn die Unterschiede seinerzeit noch nicht klar zu Tage traten, hat sich aus diesen Bestimmungen doch im Laufe der Jahrzehnte das Staatsangehörigkeitsprinzip des internationalen Privatrechts entwickelt und damit eine nationalstaatliche Perspektive des Personalstatus, wie sie in früheren Jahrhunderten nicht bestand.

hier zitiert nach Le discours et le code – Portalis, Deux siècles après le code napoléon, Paris 2004, S. XV – LXVI (XLVIII).

Zum Bodenrecht: Von ähnlich grundlegender Bedeutung für die weitere Entwicklung ist die Aufhebung der feudalen Bindungen von Grund und Boden zugunsten bestimmter Personen. Zugelassen wurden nur noch Grunddienstbarkeiten zugunsten anderer Grundstücke; die betreffende Bestimmung war eindeutig als zwingend formuliert.¹⁵ Damit war einer eventuellen Renaissance feudaler Bindungen der Boden entzogen. Das Streben nach der Befreiung des Grundeigentums von rechtlichen Bindungen setzte sich auch im Erbrecht fort. Über Jahrhunderte hatten die Lehensträger sich durch testamentarische Bestimmungen um den integralen Erhalt des Lehens im Erbgang bemüht. Um der nachfolgenden Generation der Familie die wirtschaftliche Grundlage und damit die gesellschaftliche Geltung zu erhalten, hatten sie komplizierte fideikommissarische Gestaltungen verfügt. Ein bedeutender Teil des gesamten Grundeigentums war damit den Marktprozessen und dem kaufwilligen Bürgertum entzogen. Damit aufgeräumt hat Art. 896 des Code Napoléon:

„Les substitutions sont prohibées.

Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire.“

Damit wurde eine Ausdehnung des Grundstücksmarktes verwirklicht, wie sie radikaler kaum vorstellbar ist.¹⁶ Unter den Bedingungen einer vorindustriellen Epoche, in der Grund und Boden noch den Großteil des volkswirtschaftlichen Vermögens ausmachten, kann man in dieser Bestimmung den Startschuss für die Entwicklung der Marktwirtschaft sehen. Damit erhielten kapitalkräftige bürgerliche Kreise die Möglichkeit, sich Ressourcen anzueignen, die ihnen früher

15 Art. 686 des Code Napoléon und Portalis, oben Fn. 14, S. XLVIII.

16 Portalis, oben Fn.14, S. LVI, deutet dies nur an, wenn er als Zweck der Regelung „la liberté de la circulation“ anspricht.

verwehrt waren und die andererseits aber auch noch nach der Revolution dem gesellschaftlichen Status der Eigentümer in den Augen der Bevölkerung untermauerten.

III. Das BGB - Frucht der industriellen Revolution

Wenden wir den Blick nun der Zeit um 1900 zu. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch ist oft dafür getadelt worden, dass es einseitig die Interessen des Bürgertums verfolgt und der sozialen Frage des ausklingenden 19. Jahrhunderts, dem Schutz der arbeitenden Massen keinen Raum gegeben habe.¹⁷ Diese Einschätzung findet ihre Grundlage besonders in den Regelungen des Dienstvertrages und des Mietvertrages. Das Dienstvertragsrecht des ursprünglichen BGB widmet sich nur in drei Vorschriften dem besonderen Schutzbedürfnis von Arbeitnehmern (§§ 617 – 619), und das Mietvertragsrecht unterwirft zwar die Grundstücksrente einer Reihe von Sondervorschriften, übergeht den Schutz des Mieters bei der Wohnraummiete aber fast vollständig.¹⁸ Die Kritik am Ursprungstext des BGB ist also sozialpolitisch durchaus gerechtfertigt. Doch ist diese Perspektive zu eng, wenn es um die Frage geht, ob und wie das Gesetzbuch den gesellschaftlichen Wandel seiner Zeit zum Ausdruck gebracht hat.

Dieser Wandel knüpft an die industrielle Revolution an und hat

17 Siehe etwa Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. Göttingen 1967, S. 479; noch schärfer Zweigert/Kötz, oben Fn. 11, S. 142: „[Manche Kodifikationen] atmen regelmäßig einen eher rückwärts gerichteten, beschaulichen Geist und beschränken sich auf die Konservierung der Zustände, die den Interessen der politisch und wirtschaftlich seit langem ausschlaggebenden Klassen entsprechen. Zu diesen Kodifikationen konservativen und bewahrenden Charakters zählt auch das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch.“

18 Siehe aber § 544: Außerordentliches Kündigungsrecht bei der Vermietung gesundheitsgefährdender Räume und § 570: Besonderes Kündigungsrecht für staatliche Bedienstete im Falle der Versetzung.

sich wesentlich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vollzogen. Für das Wirtschaftsleben bedeutete die industrielle Revolution die Abkehr von der Fertigung auf individuelle Bestellung hin zu einer Massenproduktion von Erzeugnissen, für deren Absatz erst noch Vertriebskanäle geschaffen und Absatzmärkte gefunden und erobert werden mussten. Kurz gesagt wurde der Primat der Nachfrage ersetzt durch einen Primat von Herstellung und Angebot. Für den Absatz der Waren bedeutete dies, dass dem Handel eine nie gekannte und alle anderen Wirtschaftszweige überragende Bedeutung erwuchs. An die Stelle des Platzkaufs trat damit der Distanzkauf als Paradigma von Kaufrecht und Vertragsrecht.

Im BGB ist diese grundlegende Veränderung der wirtschaftlichen Wirklichkeit an mehreren Stellen verarbeitet worden; auf zwei von ihnen möchte ich hinweisen. Das erste und berühmteste Indiz ist das Abstraktionsprinzip, das Zweigert und Kötz in der ersten Auflage ihrer Einführung in die Rechtsvergleichung sogar zum stiltypischen Merkmal des deutschen Rechtskreises erhoben haben.¹⁹ Man hat die Zerlegung der einheitlichen Transaktion in einen schuldrechtlichen Kaufvertrag und ein dingliches Übereignungsgeschäft aus der Neigung der deutschen Juristen zur Spitzfindigkeit und dem Charakter des deutschen Bürgerlichen Rechts als Professorenrecht erklärt. Damit werden aber die tieferen ökonomischen Gründe dieser auf den ersten Blick eigentümlichen Konstruktion verkannt. Die natürliche Einheit von Kauf und Übereignung besteht nur beim Platzkauf, der über Jahrhunderte auch den Handelsverkehr auf Messen und Stapelplätzen dominierte. Mit dem Aufbau von Distributionsketten und der Verbreitung des Distanzhandels spaltete sich die ursprünglich einheitliche Transaktion dagegen bei einer natürlichen Betrachtung durchaus auf in getrennte Vorgänge, die die obligatorische Verpflichtung und deren Erfüllung zum Gegenstand hatten. Der Handelsver-

¹⁹ Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. I, Tübingen 1971, S. 213 ff.

kehr brachte dem 19. Jahrhundert den Reichtum. Insofern lag es bei wirtschaftshistorischer Betrachtung nahe, dass sich mit dem Abstraktionsprinzip Ideen durchsetzten, die die herausragende Rolle dieses Wirtschaftssektors anerkannten und unterstützten.

Der gleiche Umstand – die dominierende Stellung des Handels – erklärt das zweite Indiz für die durchaus bemerkenswerte Verarbeitung des gesellschaftlichen Wandels im BGB. Es handelt sich dabei um die Sachmängelgewährleistungsrechte des Käufers, die der Ursprungstext des BGB auf Wandel und Minderung sowie bei Gattungswaren auf Ersatzlieferung beschränkte; eine Nachbesserungspflicht war nicht vorgesehen. Auch hier ist die Erklärung einfach: Der Handel als beherrschender Wirtschaftszweig der Zeit unterhielt keine Reparaturwerkstätten, und die industriellen Erzeuger waren oft so weit vom Käufer entfernt, dass eine Rückbeförderung als unwirtschaftlich erschien, verglichen mit der Reparatur durch billige handwerkliche Leistungen am Ort des Käufers.

In den geschilderten Regelungen zeigt sich, dass das BGB den wirtschaftlichen Wandel der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts sehr wohl verarbeitet hat, wenngleich es gegenüber den sozialpolitischen Konsequenzen blind geblieben ist. Betrachtet man die Zeitspanne des 19. Jahrhundert vom Code civil bis zum BGB als eine Einheit, so zeigt sich doch in beiden Kodifikationen eine progressive Anpassung des Zivilrechts an die Bedürfnisse einer sich entwickelnden und erweiternden Marktwirtschaft.

IV. Das BGB und die „soziale Frage“ nach einem Jahrhundert

Die „soziale Frage“, vom BGB-Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts ignoriert oder ausgespart, hat im Übrigen in der Zeit seit dem Zweiten Weltkrieg in etlichen Änderungsgesetzen zum BGB Antworten erfahren. Im Dienstvertragsrecht finden sich einige zwingende Bestimmungen zu Arbeitsverträgen, die allerdings neben den sonderge-

setzlichen Regelungen zum vertragsrechtlichen Arbeitnehmerschutz recht eklektisch wirken. Umfassender und systematisch stimmiger ist dagegen der Mieterschutz für die Wohnraummiete in einem neuen Untertitel 2 in §§ 549 ff. BGB geregelt. Schließlich hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002 eine größere Zahl von Sondergesetzen zum Verbraucherschutz an verschiedenen Stellen in das BGB integriert.

Allen genannten Vertragsverhältnissen gemeinsam ist, was Ökonomen als asymmetrische Information und Verhandlungsmotivation der Vertragsparteien bezeichnen. Die dadurch verursachten Marktunvollkommenheiten sind an sich in der Natur der Sache begründet und keine Zeugnisse gesellschaftlichen Wandels; nur sind sie in früheren Zeiten von der Rechtspolitik noch nicht wahrgenommen worden. Die zwingenden Regelungen stellen sich also nicht als Bruch mit der liberalen Tradition des BGB dar, sondern als eine Vervollkommnung seiner Regelungen im Hinblick auf Spezifika einzelner Märkte. Gesetzgebungstechnisch bereitet sie Probleme, weil die Bereiche, in denen die geschilderten Asymmetrien festgestellt werden, sich nicht mit den traditionellen Vertragstypen des BGB decken. Sie bestehen eben nur für die Wohnraummiete, nicht aber für die Miete von Kraftfahrzeugen, Baumaschinen oder Lagerhallen, nur für Arbeitsverträge, nicht aber für Dienstverträge schlechthin, schließlich auch nicht etwa für alle Werkverträge, wohl aber beispielsweise für den besonderen Werkvertragstypus der Reiseveranstaltung. Es mussten also für die Vertragsverhältnisse, die wegen der Marktunvollkommenheiten einzelnen zwingenden Normen unterstellt wurden, besondere Untergliederungen in der Systematik des Gesetzbuches geschaffen werden.²⁰ Dies ist für das Mietrecht und auch das Verbraucherrecht durchaus gelungen, für das

20 Siehe hierzu schon weiterführend Jürgen Basedow, Die besonderen Vertragsverhältnisse zwischen juristischer Begrifflichkeit und Marktversagen, in: *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana – Atti del Convegno di Ferrara* 26 – 28 settembre 1996, Padova 2002, S. 1005 – 1021.

Arbeitsvertragsrecht dagegen nicht einmal versucht worden. Alles in allem wird man aber dem Bürgerlichen Gesetzbuch aus der Sicht der Gegenwart nicht absprechen können, dass es die wesentlichen Etappen des sozioökonomischen Wandels der Nachkriegszeit und insbesondere des Wandels der Märkte in Deutschland nachvollzogen hat.

V. Der verfügbare Mensch und die künftige Zivilrechtskodifikation

Nach dieser Rückschau auf die Vergangenheit sei der Blick auf die Zukunft der Zivilrechtskodifikation gerichtet. Welche Veränderungen des gesellschaftlichen Umfeldes werden künftig nach Regelungen verlangen, die sich für eine Aufnahme in das Zivilgesetzbuch eignen oder empfehlen? Welche sind von so zentraler Bedeutung für das gesellschaftliche Zusammenleben, dass ihre Regelung in Sondergesetzen das Bürgerliche Gesetzbuch marginalisieren und zum Statisten der Rechtsordnung degradieren würde? Zwei Entwicklungen zeichnen sich ab, mit denen sich der Gesetzgeber eines Zivilgesetzbuchs früher oder später auseinandersetzen muss: Dies ist zum einen der – gerade auch vonseiten der Europäischen Union – forcierte Gedanke des Schutzes vor Diskriminierungen aller Art,²¹ und es ist zum anderen die Erweiterung menschlicher Handlungsmöglichkeiten, die mit den Fortschritten von Medizin, Technik und Wissenschaft verbunden ist. Hier soll nur ein kurzer Blick auf den zweiten Fragenkomplex geworfen werden.

Die sogenannten Life Sciences haben in den letzten Jahrzehnten gewaltige Fortschritte sowohl in der Grundlagenforschung wie auch in der Anwendung der Erkenntnisse gemacht. Fortpflanzung ist nicht

21 Es ist bislang ganz ungeklärt, welche Bedeutung die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. EU 2010 C 83/389) und insbesondere ihr Artikel 21 mit nicht weniger als 17 Diskriminierungsverboten für das Privatrecht hat.

mehr Schicksal, sondern in vielfältiger Hinsicht steuerbar; die künstliche Befruchtung einer Eizelle im Reagenzglas und die Austragung eines so gezeugten Embryos durch eine Leihmutter haben der uralten *Maxime mater semper certa est* den Boden entzogen. Der Transplantation von menschlichen Organen, die vor einem Jahrhundert noch jenseits aller Vorstellungen lag, sind heute große Klinikabteilungen gewidmet, die den Körper frisch Verstorbener als eine Art menschliches Ersatzteillager für die Lebenden nutzen. Auch das Geschlecht des Menschen ist nicht mehr abschließend festgelegt; Transsexuelle nutzen die moderne Medizin zunehmend, um ihr biologisches Geschlecht dem gefühlten Geschlecht anzupassen. Die Entschlüsselung des Genoms von Pflanzen, Tieren und Menschen erlaubt gezielte gentechnische Eingriffe in die Entwicklung künftiger Organismen, eines Tages vielleicht bis hin zur geplanten Ausstattung unserer eigenen Nachkommen mit bestimmten Eigenschaften. Davon abgesehen ist aber schon die Kenntnis des Genoms unserer Mitmenschen geeignet, das gesellschaftliche Zusammenleben tiefgreifend zu verändern. Man denke etwa an die Auswahl des Lebenspartners, an die Entscheidung junger Paare für oder gegen Nachwuchs, aber auch an die Einstellung von Arbeitnehmern oder die Bewertung von Gesundheitsrisiken in der Assekuranz. Bedenken wir noch zusätzlich die geradezu revolutionären Veränderungen bei der Speicherung und Übermittlung von gewaltigen Datenmengen, so können wir drastische Veränderungen in der menschlichen Gesellschaft vorhersagen, die wenigstens zum Teil auch schon eingetreten sind. Das Geheimnis des Lebens, versinnbildlicht in dem göttlichen Funken, der auf Michelangelos Fresko in der Sixtinischen Kapelle überspringt, weicht einer fast totalen Transparenz, dem gläsernen und auch verfügbaren Menschen. Die Verfügbarkeit des Menschen lässt ihrerseits neue Märkte entstehen, Märkte für Organtransplantation, für die Speicherung menschlicher Zellen, für die Erzeugung von Embryos, für die Austragung fremder Kinder, für genetische Daten etc.

Dieser Wandel betrifft das Zivilrecht in seinem Kern. Es geht zum

einen um das Recht der natürlichen Personen. Seine Regelung betrifft den Menschen bislang vor allem als Rechtssubjekt, d.h. als Träger von Rechten. Künftig wird sich das Zivilrecht mehr und mehr auch mit dem eigentlichen Menschsein befassen müssen. Fragen der Abstammung und der Geschlechtszugehörigkeit bedürfen der Regelung, die offensichtlich differenzierter ausfallen muss als bisher. Wenn das österreichische ABGB in § 137 b (entsprechend § 1591 BGB) ohne jede Einschränkung festlegt, dass „Mutter... die Frau [ist], die das Kind geboren hat“, so ist dies offenbar mit dem Phänomen der Leihmutter-schaft nur schwer vereinbar.²² Entsprechende Regelungen betreffen den Kern des Personalstatuts einer gewissen Anzahl von Menschen; sie behandeln auch keineswegs ein Problem von vorübergehender Bedeutung. Ihr Standort ist deshalb nicht ein Sondergesetz, sondern das Zivilgesetzbuch.

Der durch den Fortschritt von Medizin, Wissenschaft und Technik erzeugte Regelungsbedarf erschöpft sich nicht in Regelungen des Personenrechts. Die geschilderten Diagnose- und Behandlungsmethoden weisen vielmehr darauf hin, dass der menschliche Körper bzw. einzelne Körperteile oder auch nur Informationen darüber auf die eine oder andere Weise in den Rechtsverkehr eingebracht werden. Unabhängig davon, wie dies ethisch zu beurteilen ist, entstehen auf diese Weise Märkte, und die Rechtsordnung muss sich früher oder später damit auseinandersetzen, ob und in welchem Umfang sie Geschäfte auf den betreffenden Märkten zulassen will. Es fehlt rechtsvergleichend auch nicht an Regelungen zu diesen Fragen. Dabei fällt im Bereich der Gendiagnostik die allgemeine Tendenz auf, die Nutzung genetischer Untersuchungen im Arbeitsleben und Versicherungs-

22 Der österreichische Verfassungsgerichtshof hat es abgelehnt, § 137 b ABGB als Bestandteil des österreichischen *ordre public* anzusehen, der sich gegenüber ausländischem Recht unbedingt durchsetzen würde, *östVfGH* 14.12.2011, *Recht der Medizin (RdM)* 2012, 104.

recht zu verbieten.²³ Weniger einheitlich ist das Bild hinsichtlich der Leihmutterchaft. Während der amerikanische Uniform Parentage Act von 2002, der immerhin in 10 Bundesstaaten gilt, Leihmutterverträge unter bestimmten Voraussetzungen für rechtswirksam erklärt, sind solche Absprachen nach einer 1994 eingefügten Ergänzung des französischen Code civil null und nichtig.²⁴

Mir geht es an dieser Stelle aber nicht so sehr um die inhaltliche Regelung, sondern um ihre Platzierung in einem Sondergesetz oder aber im Zivilgesetzbuch. Mit der Durchdringung des menschlichen Organismus durch Wissenschaft und Medizin geht wie erwähnt eine Schaffung neuer Märkte für menschliche Körperteile, menschliche Zellen und für Informationen darüber unvermeidlich Hand in Hand. Man mag dies als eine weitere Stufe der Entwicklung der Marktwirtschaft bezeichnen, nach der Öffnung der Immobilienmärkte um 1800 und der Entwicklung der Märkte für Waren und Dienstleistungen in der Folge der industriellen Revolution. Gleich ob man sie zulässt oder aber durch gesetzliche Verbote in den Bereich der Schwarzmärkte verdrängt, es geht dabei um Märkte, die für viele Menschen schon heute von existenzieller Bedeutung sind und die für viele im Zuge der weiteren wissenschaftlichen Entwicklung immer selbstverständlicher werden. Krankenkassenpatienten werden eines nicht so fernen Tages Plastikkarten mit sich führen, auf denen die Daten über ihr eigenes Genom gespeichert sind. Das Recht wird den Menschen dann erklären müssen, dass sie diese Karten zwar im Krankenhaus oder der Arztpraxis vorlegen müssen, aber beim Abschluss einer Le-

23 Siehe etwa die §§ 18 – 22 des Deutschen Gesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG) vom 31.7.2009, BGBl. I, S.2529.

24 Siehe einerseits Section 801 des *Uniform Parentage Act* in der Fassung von 2002, verfügbar auf der Website der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws www.nccusl.org; andererseits Artikel 16-7 *Code civil*: „*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.*“

bensversicherung nicht vorlegen dürfen. Da die Lebensgewohnheiten künftiger Generationen durch den alltäglichen Umgang mit großen Datenmengen geprägt sein werden, müssen zentrale Fragen wie die Verfügbarkeit solcher Daten im Zivilgesetzbuch und nicht in verstreuten Sondergesetzen geregelt werden, wie dies bisher der Methode des deutschen Gesetzgebers entspricht. Insofern verdient die Aufnahme der betreffenden Regelungen in den französischen Code civil durchaus Zustimmung, auch wenn diese Vorschriften mit ihren kategorischen Verboten allzu holzschnittartig wirken und inhaltlich eher einem Menschenbild der Vergangenheit verhaftet sind.

VI. Schluss

Das Verhältnis der Zivilrechtskodifikation zu den Sondergesetzen hat sich seit der ersten Kodifikationswelle um 1800 deutlich verändert. Dabei ist nicht zu verkennen, dass die Wachstumszonen der Privatrechtsordnung vor allem außerhalb der Privatrechtskodifikation liegen, dass also neue Entwicklungen überwiegend in Sondergesetzen eingeläutet werden. Andererseits zeigt sich aber auch eine Tendenz, solche Sondergesetze in wiederkehrenden Konsolidierungswellen in das Zivilgesetzbuch zu integrieren oder zu reintegrieren. Hintergrund ist dabei jeweils ein Wandel der sozioökonomischen Verhältnisse, der sich als eine schrittweise Erweiterung der Märkte auf neue Güter und Leistungen verstehen lässt. Wo solche Märkte eine hinreichende Verankerung im Bewusstsein der Menschen gefunden haben, ist es an der Zeit, ihre zivilrechtliche Regelung in der Kodifikation selbst vorzunehmen.

ODKIAL PRICHÁDZAME – SLOVENSKÉ PRÁVO A SLOVENSKÍ PRÁVNICI

K 80. narodeninám prof. Jána Lazara, DrSc.

JOZEF BEŇA

1.

V jurisprudencii rozlišujeme analógiu legis a analógiu iuris. Pri reflexiách o životnej púti ľudskej bytosti s týmito metódami a druhmi výkladu právnych noriem určite nevystačíme, ani pri jeho hodnotení nepochodíme. Násť a pochopiť podobnosti však môže pomôcť, môže byť užitočné pre pochopenie, pre rozlíšenie a zistenie generačných súvislostí. Máme na mysli analógiu generačnú, analógiu medzi cestou života dvoch osobností – profesora Jána Lazara a profesora Štefana Lubyho, právnikov, civilistov a v čase vedeckých a pedagogických začiatkoch oboch aj právnych historikov. Jurisprudencia je veda historická. Dnešok neskúmame a nepoznávame historizujúco, ale vývojovo, v dynamike a dialektike jeho protirečení, nominálnych, kontextuálnych a kauzálnych, ktoré sa prejavujú vo vektoroch pohybu k budúcnosti. Aj touto metodológiou a súborom metód do nej patriacich poznáva civilista, vedec v právnickej disciplíne par excellence, v občianskom práve, svoj predmet bádania.

Osudová analógia životnej púte vedcov a pedagógov Štefana Lubyho a Jána Lazara je zaznamenaná v análoch alma mater slovenských právnikov, v histórii Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave. Profesor Štefan Luby je tu zapísaný ako ordinár a vedúci Seminára slovanských a všeobecných dejín, ako aj Ústavu všeobecného súkromného práva Právnickej fakulty UK.¹

1 Por. Právnici na Univerzite Komenského v Bratislave. 75 rokov činnosti Právnic-

Profesor Ján Lazar začínal svoju vedeckú a pedagogickú anabázu v odbore dejín práva a v kontinuite s touto vedeckou disciplínou sa stal československým, následne slovenským civilistom² s európskym zakotvením a dimenziou.³

Imanentným občianskym a vedeckým rozmerom osobnosti prof. Š. Lubyho a J. Lazara je ich vzťah, bytostný vedecký prínos ku konštituovaniu slovenskej národnej a demokratickej štátnosti resp. jeho právnenému poriadku vôbec. Š. Luby vo svojich vedeckých prácach teoreticky zdôvodnil legitimitu a legalitu nariadenia SNR č. 1/1944 Zb. nar. SNR o zákonodarnej vládnej a výkonnej moci na Slovensku. Na základe ktorej začala Slovenská národná rada vykonávať všetku zákonodarnú, vládnu a výkonnú moc na Slovensku (na celom jej predvidenskoarbitrážnom území) a ustanovil sa ním slovenský demokratický antifašistický právny poriadok. Legislatívnou činnosťou SNR v Slovenskom národnom povstaní začal proces konštituovania slovenskej národnej demokratickej a antifašistickej štátnosti, slovenského právneho poriadku, ktorý sa vytváral na Slovensku, na území medzinárodnoprávne jestvujúcej ČSR, dodajme, s cieľom ústavnoprávneho pretvorenia už štátu dvoch rovnoprávných národov, na zložený štát, na federáciu. Ako je známe tento ústavnoprávny proces sa dovíril až nadobudnutím účinnosti ústavného zákona č. 143/1968 Zb. o československej federácii. Dôležité je však podčiarknuť že proces konštituovania slovenskej národnej štátnosti začal 1. septembra 1944. Pôvodný povstalecký cieľ dosiahol tento proces dňom 1. januára 1969, vytvorením Slovenskej socialistickej republiky v ČSSR. Druhým ústavnoprávnym a súčasne medzinárodnoprávnym stupňom bolo konštituovanie Slovenskej republiky ako suverénneho a samostatného štátu

kej fakulty UK (1921 – 1996). Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, Bratislava 1996, s. 64.

2 Por. tamže, s. 94.

3 Lazar, J.: Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe – IX. Lubyho právnické dni. Projekt PF TU č. 1/2007.

dňom 1. januára 1993. Bola to Slovenská národná rada legitimovaná v SNP, ktorá po peripetiách vývoja, iniciovala a participovala na vytvorení slovenskej národnej štátnosti v československej federácii, a po prijatí Deklarácie zvrchovanosti a Ústave Slovenskej republiky aj na prijatí ústavného zákona o zániku ČSFR a vzniku Českej republiky a Slovenskej republiky.

Cestu k tomuto vývoju otváral teoreticky publikačne aj Š. Luby. Vedecky exaktne a občiansky odvážne dokazoval v rokoch 1946 až 1947 prof. Š. Luby, ustanovenie § 2 nariadenia č. 1/1944 Zb. n. SNR znamenalo prerušenie formálnej kontinuity nielen s vojnovým slovenským štátom (ktorého právne jestvovanie SNR neuznávala), ale aj s československým štátom a jeho právnym poriadkom. Presadil sa tým princíp formálnej diskontinuity. Súčasne sa však uskutočnila zásada obmedzenej materiálnej kontinuity v podobe tzv. recepcie s výhradou.⁴

Prof. Ján Lazar sa stal pokračovateľom v tomto diele. Patrí do spoločenstva autorov ktorí spolupracovali na koncipovaní Deklarácie zvrchovanosti Slovenskej republiky ktorú prijala Slovenská národná rada 17. júla 1992. Spoluúčastnil sa tiež v procese prípravných prác na prijatí Ústavy Slovenskej republiky, vrátane jej ustanovení o právnej recepcii, teda vytváraní právneho poriadku suverénnej Slovenskej republiky. Slovenská národnú štátnosť vníma, študuje, reflektuje v jej historickej právnej kontinuite, v jej vývojovom pohľade, ktorý pramení z autentického diela našich predkov, z tradície Nitrianskeho kniežatstva, z jeho zjednotenia s Moravským kniežatstvom do prvého štátu západných Slovanov, zo žriedla Veľkej Moravy a veľkej misie kresťanstva, pravdy a spravodlivosti, počínu solúnskych bratov, byzantských vierozvestcov – Konštantína a Metoda.

4 LUBY, Š.: Kontinuita. Právny obzor č. 7 – 8. R. XXIX/1946; LUBY, Š.: Základy všeobecného súkromného práva. Bratislava 1947. V roku 1974, retrospektívny návrat k tejto polemike: LUBY, Š.: SNP a vznik národného a demokratického právneho poriadku. Právny obzor, 57, 1974, č. 7 – 8; LUBY, Š.: Národná a demokratická revolúcia a prerušenie formálnej kontinuity s predrevolučným právom. Právny obzor, 58, 1975, č. 5 – 6.

Dovoľte preto vzdať úctu jubilantovi prof. Jánovi Lazarovi, prenesením sa od histórie modernej slovenskej národnej štátnosti a slovenského práva, k jeho pôvodnému, dejinnému prototypu a to rozozvučaním tónov z prameňov autentického slovenského práva, zo žriediel, ku ktorým svojou hrivnou kňazov, ale tiež vedcov právnikov prispeli Konštantín a Metoda, aj ako ich otcovia spoluzakladatelia staroslovienského štátu a staroslovienského práva.

2.

Vo všeobecnej resp. politickej historiografii a v kontexte s tým aj v právnych dejinách, sa dlhý čas viedli spory, potom polemiky a následne ešte spochybňujúce diskusie o tom, či vývoj slovanských kmeňov (hospodársky, sociálny, politický a kultúrny) po rozbití avarského kaganátu Karolom Veľkým dospel v 9. storočí do štádia, ktorý možno klasifikovať ako sformovanie vlastného štátu a premenu predprávných pravidiel správania sa na právne normy a právny poriadok.⁵ Preukázalo sa, že štátom nebola Samova ríša v 7. storočí. Istý čas sa väčšmi emocionálne, národne sebaobranne a určite aj politicky quasi emancipačne na takýto stupeň vývoja komponovala Nitra z obdobia kniežata Pribinu. Napokon integrácia Nitavy z Mojímírovým Moravským kniežatstvom sa všeobecne hodnotí ako naplnenie kritérií pre ranostredoveký štát a právo.⁶ Hmotnými prameňmi pre takéto vyargumentované

5 Por. k tomu VANĚČEK, V.: Dějiny státu a práva v Československu do roku 1945. Orbis – Praha 1975, s. 40. HAVLÍK, L.: Velká Morava a středoevropští Slované. Praha 1964.

6 Z prameňov písomných i archeologických bolo zrekonštruované, že Veľká Morava v čase svojho zjednotenia a ešte aj v období nástupu kniežata Rastislava (842) mala jedenásť hradísk a hradských žúp. V priebehu nasledujúceho štvrtstoročia staršie hradiská zanikli, prebudovali sa resp. došlo k rozsiahlej výstavbe nových hradísk. V rokoch 882 až 883 dosiahla už územno-správna organizácia štátu celkový počet 30 hradských stredísk, ktoré boli hospodárskymi a administratívnymi centrami štátu. O opevnené hradiská – sa opierala **správna organizácia**

hodnotiace závery boli nové výskumy, osobitne archeologické, ktoré sa uskutočňovali v priebehu 60. a 70. rokov v minulom storočí a ich vedecké vyhodnotenie⁷.

Po roku 1993, po konštituovaní Slovenskej republiky, výsledky svojej bádateľskej práce priniesli vo veľkom rozsahu aj historici. V rámci veľkej edície Pramene k dejinám Slovenska a Slovákov, bol vydaný ako druhý zväzok aj súbor historických primárnych pramenných dokladov, z ktorých sa prevažná väčšina vzťahuje na druhú polovicu 9. storočia. Preskúmané, overené, precízne preložené doklady umožňujú aj právnikovi vysloviť svoj súd, vnieť svoj argument do rozpravy o historickom stupni vývoja, o politickej forme organizácie života útvaru, ktorý byzantský cisár Konštantín Porfyrogenetos pomenoval Veľkou Moravou. Symptomatické je zaradenie dokumentov z dejín práva do časti nazvanej „Slovensko na prahu dejín“. Zbierky byzantského práva, rímske právne pamiatky z Konštantínopolu prichádzali na Slovensko ako písané dokumenty. Znamenalo to, že sa Slovensko vývojovo premiestňovalo z predhistorickej doby do epochy histórie prijatím, rozvinutím a zakomponovaním tohto písaného práva do už jestvujúcich predprávných obyčajov, ich transformovaním na svoj autentický právny poriadok.

Nebola to náhoda, ani osudové fátum. O kreovanie právneho poriadku usilovali a o pomoc pri jeho zostavení žiadali, slobodne, uvážene, so znalosťou vecí, s pochopením jeho významu pre staroslovanský národ Moravanov a Slovákov, jeho kniežatá.

Podľa slov Moravsko-panónskej legendy, Rastislav, knieža slovienske, spolu so Svätoplukom poslali z Moravy k cisárovi Michalovi posolstvo, ktoré prehovorilo takto: „Hľa, prišlo k nám veľa učiteľov

veľkomoravského štátu, nazývaná aj ako **hradská správa**. Branná povinnosť bola organizovaná spočiatku na rodovom, neskôr už na župnom, teda teritoriálnom základe. To sú dôkazy historickej organizácie na vývojovom stupni štátu.

7 Por. RATKOŠ, P., Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava 1968; KUČERA, M.: Slovensko po páde Veľkej Moravy. Bratislava 1974.

kresťanov z Vlách i z Grécka, i z Nemiec a učia nás rozlične. Lenže my Slovieni sme ľud prostý a nemáme nikoho, kto by nás naučil **pravde** a vysvetlil zmysel. **Tak teda, dobrý vládár, pošli nám takého muža, ktorý nám usporiada všetko právo.**⁸ A toto poslanie misie, „usporiadať všetko právo“, splnili veľkí muži našich dejín (na počiatku našich dejín), práve usporiadaním všetkého práva veľkomoravského kniežatstva. Dokázali to dielom Súdny zákon pre ľudí, ktorým riešili premenu jestvujúcich obyčajových pravidiel, na právne normy a ich zjednotenie do systému, do právneho poriadku. Právo bolo pre vierozvestcov, ale všeobecne pre Slovienov aj podľa slovného výrazu slovienskeho jazyka – „pravdou“. Pravdu vyjadrovalo právo, v tom bol jeho zmysel pre život, v tom bol súlad práva s poznaním a morálkou. Dlhodobo používané pravidlá správania sa, identifikované hlbokým presvedčením, že vyjadrujú pravdu a spravodlivosť, tradované ústnym podaním, sa overovali, selektovali a obsahove modifikovali podľa ustanovení Starého zákona ako aj Nového zákona, a usporadúvali do zosúladeného poriadku (príp. aj súladne nesúladných ustanovení).⁹

Piliermi dotvárajúceho sa právneho poriadku Veľkomoravského štátu sa stali tri právne diela (právne pamiatky):¹⁰

- a) Napomenutie vláďárom,
- b) Súdny zákonník pre ľud – veľkomoravský zákonník,
- c) Nomokánon – sloviensky súdny poriadok

8 Pramene k dejinám Slovenska a Slovákov. II. Slovensko očami cudzincov. Bratislava 1999, s. 275.

9 Výslovne takúto podobu a stav vnútornej homogenity mala aj prvá inkorporácia všeobecného kánonického práva, ktorú jej autor nazval: „SÚLAD NESÚLADNÝCH KÁNONOV“. (Concordia discordantium canonum). Gratianov dekrét (Decretum (magistri) Gratiani (vznikol po roku 1139). Por. Pramene k dejinám práva (Stredovek). Ed.: Beňa, J.: vyd. odd. Právnickej fakulty UK., Bratislava 2007, s. 193 a na.

10 Por. PRAMENE K DEJINÁM SLOVENSKA A SLOVÁKOV. II. Slovensko očami cudzincov. Literárne informačné centrum Bratislava, 1999. (III. Časť. Slovensko na prahu dejín. Dokumenty č. 18, 19 a 20).

Ako súčasť tohto právneho poriadku sa uvádza aj „PROGLAS“ (Predslov)¹¹ ako najstaršia slovenská a slovanská báseň, ktorú v sloviencine napísal Konštantín – Filozof na Veľkej Morave v rokoch 863 – 867, ktorá má teologicko-etický rozmer, i filozoficko-právne dimenzie.

Na základe týchto právnych diel, spolu s právotvornou činnosťou orgánov veľkomoravského štátu sa rozvinula právnická činnosť, rozhodovacia práca vladykov a sudcov a s veľkou pravdepodobnosťou aj tvorba na staroslovanských literárnych učilištiach, kde predmetom výučby boli aj veľkomoravské právne diela. Konštantín niesol oprávnené meno, prívlastok Filozof. Metodovi prináleží nepochybne eponymos – zákonodarca, Metod – Zákonodarca. Žiaci Metoda – zákonodarcu si v jeho škole (právnickej akadémii?) osvojovali prvé právny pojmy, filozofiu, ustanovenia byzantsko-rímskeho práva. Ruka v ruke so svetským zákonom, si osvojovali aj zákon cirkevný – Nomokánon, Príkazy svätých otcov – osvojovali si obojaké právo. Korene našej právnej vzdelanosti, právnej kultúry, vyučovania práva a jeho bádanie si uložené v kultúrnej vrstve našej prvej, veľkomoravskej, slovienskej civilizovanosti, kultúry, štátnosti. Veľkomoravský štát to je aj veľkomoravské právo, je to veľkomoravský právny poriadok, a sumárne, súborné – celé veľké dielo veľkomoravskej právnej kultúry. Opierajúc sa o ne môžeme oprávnené uviesť, že s obdobím Veľkej Moravy sa spájajú nielen právne pamiatky inonárodného pôvodu (byzantského, bulharského, franského, rímskeho – cirkevno-pápežského), ale že Veľkomoravský štát mal svoj samostatný právny poriadok a vytvoril aj do určitého stupňa samostatnú právnu kultúru v stredoeurópskom prostredí.

11 Proglas k štyrom evanjeliám objavil roku 1858 ruský slavista A. F. Milferding v srbskom rukopise napísanom na pergamene zo 14. storočia v kláštore Chilandar na Svätej hore Athos (Grécko). Preklad prebásnil V. Turčány. Bratislava 1964. Por. DOKUMENTY SLOVENSKEJ NÁRODNEJ IDENTITY A ŠTÁT-NOSTI. I. Bratislava 1998.

3.

Príspevok zameriava na poznanie či vývoj pravidiel správania na území Veľkomoravského kniežatstva dosiahol historickú vývojovú úroveň ich transformácie na právo, na právny poriadok. Sústreďujeme sa pri tomto poznávaní na vzťah medzi veľkomoravským obyčajovým právom a jeho ohniskovou, recepčnou právnou normou, za ktorú považujeme právnú pamiatku známu v staroslovenskom jazyku ako „Zákon Sudnyj ljudem“. Do českého, resp. slovenského jazyka bol tento názov pretlmočený (V. Vaněčkom) ako „Súdny zákon pre laikov“. V edícii dokumentov vydanéj v r. 1999 ju jej vedecký redaktor R. Marsina pomenoval vhodnejším názvom, slovensky priliehavým ako „Súdny zákonník pre ľudí“. Poznávame slovenské právne dejiny, osvojujeme si ich aj duchovne jazykovými výrazmi, ktoré patria do slovnej zásoby slovenského jazyka, aby sme si slovenské právne pamiatky znútorňovali (interiorizovali).

Novú úroveň poznania priniesli editori aj v otázke jej pôvodu. V staršej odbornej literatúre obhajovanú teóriu o starobulharskom,¹² resp. staroruskom¹³ pôvode zákonníka opätovne podrobili kritickej verifikácii. Textová kritika tejto právnej pamiatky dokázala veľmi presvedčivo jej veľkomoravský pôvod. V súlade s predchádzajúcim poznaním sa nepopiera, že táto právna pamiatka pochádza z byzantskej právnej zbierky zvanej Ekloga. Nie je však jej jednoduchým prevzatím, nebola iba jednoducho preložená. Pravdou je, že byzantské právo bolo tu využité ako podklad a inšpirácia. Pri zostavení Súdneho zákona pre ľudí sa vychádzalo prioritne z pomerov, z pravidiel a noriem

12 Konkrétne V. Vaněček považoval „Súdny zákon pre laikov“ za cirkevnoslovanskú právnú pomôcku, inak pokladanú za pamiatku starobulharského pôvodu“. VANĚČEK, V.: Dějiny státu a práva v Československu do roku 1945. Orbis – Praha 1975, s. 46.

13 Staroruského pôvodu aj preto, že z viacerých zachovaných rukopisov z 13. A 14. Storočia je najznámejší Novgorodský z roku 1280. In: Slovensko očami cudzincov. Bratislava 1999, s. 200.

panujúcich na Veľkej Morave a v súlade s tým sa skomponovala táto zbierka právnych noriem, ktorá je v značnom rozsahu inkorporáciou už jestvujúcich pravidiel správania sa a ktorá je súčasne vo významnom rozsahu kodifikáciou originárnych právnych pravidiel zodpovedajúcich jej životným podmienkam.

Súdny zákonník pre ľud má v dejinách práva výnimočné postavenie. Možno ho zhrnúť do týchto hodnotení:

- a) je najstaršou slovanskou právnou pamiatkou vôbec;
- b) má veľkomoravský pôvod; (nie je to importovaná právna pamiatka z iného právneho prostredia);
- c) je prejavom „učeného právnictva“ na Slovensku, na Morave a v slovanských štátoch vôbec¹⁴.
- d) mala atribúty pôsobenia ako právny fókus, ako právne ohnisko, prostredníctvom ktorého sa platné právne pravidlá na Veľkej Morave recipovali, pričom sa niektoré selektovali, iné modifikovane preberali a ďalej sa utriedovali a homogenizovali s cieľom vytvoriť usporiadaný právny poriadok.

4.

Hlavným a rozhodujúcim prameňom obdobia Nitrianskeho a Moravského kniežatstva boli **obyčajové** protoprávne normy, ktoré po vytvorení Veľkomoravskej ríše dosiahli nový vývojový stupeň, úroveň obyčajových právnych noriem. Podčiarkujeme pritom, že **obyčajové normy** dostávali zmenený obsah ich interpretáciou a aplikáciou už orgánmi štátnej moci. Normy, pravidlá správania sa **sa menia na právne normy**.

Právo na Veľkej Morave vyvieralo a uplatňovalo sa z niekoľkých **prameňov vzniku práva**. Spôsob a proces tejto transformácie pô-

14 „V Konštantinových a Metodových pokusoch o úpravu byzantských právnych pomôcok pre Slovanov vznikali nesporne prvé začiatky učeného právnictva“ nielen u nás, ale v slovanskom svete vôbec“. VANĚČEK, V.: Dějiny státu a práva v Československu do roku 1945. Orbis – Praha 1975, s. 46.

vodne predštatnej obyčajovej normy, na normu práva (právnú norma platiacu v politickej forme organizácie obyvateľstva na určitom území, teda v štáte) sa vo Veľkomoravskej ríši podľa nášho názoru uskutočnil na základe ustanovení SÚDNEHO ZÁKONNÍKA PRE ĽUDÍ.

Podľa článku 17. Súdneho zákonníka pre ľudí bola každej osobe uložená povinnosť oznámiť svoj spor s niekým iným „vladykovi“, teda predstaviteľovi novej už štátnej moci. Ak sa takáto osoba pokúsila presadiť svoju pravdu v danom spore mocou alebo násilím, hoci by mala pravdu, malo to za následok, že prišla o svoju vec a bola povinná ju vrátiť. Ak by pri tomto svojom „súkromnom uplatňovaní a vymáhaní svojho práva“ sa zmocnila cudzej veci, vladyka toho kraja ju mal palicovať.¹⁵ Dopustila sa tým **deliktu (previnenia) „nepodrobenia sa moci“** a to tým, že sa stávala, resp. stala svojím pomstiteľom.

Právo a povinnosť na **súkromnú odplatu**, „krvnú pomstu“, realizovanú členom rodu (kmeňa) ako pomstiteľom, muselo ustúpiť. Verejná (štátna) moc získala zákonom výlučné právo riešiť majetkové spory, trestať osoby ako páchatelov zločinov („zlých činov“, „zlo – dejov“). Bola to norma: a) prikazujúca (oznámiť spor vladykovi), súčasne: b) zakazujúca použiť moc, násilie poškodenou osobou ako súkromným pomstiteľom tým, že by „vzala právo do svojich rúk“, c) trestajúca pomstiteľa za porušenie tohto zákazu.

Súdny zákonník pre ľud tak zakotvil právnú normu, ktorá **potvrdovala jestvovanie, autoritu štátu** (dokazovala, že Veľká Morava je štátom) – a potvrdzovala súčasne, že pravidlá správania predštatnej pospolitosti (právo na svojpomocné riešenie sporu s inou osobou, s použitím vlastnej moci a násilia) už neplatí, je zrušené a dokonca je trestné ako protiprávne a protizákonné konanie. **Norma, pravidlo**

15 Čl. 17. Ak má niekto s niekým spor a neoznámi to vladykom a sporí sa o svojej ujme, chcúc buď mocou alebo násilím presadiť svoj zámer, ak to urobí, aj keď má pravdu, nech príde o svoju vec a nech ju vráti. Ak by vzal niečo cudzie, nech ho vladyka toho kraja palicuje, pretože sa nepodrobuje moci a sám sa stáva svojím pomstiteľom. A ak si takto počína, nech vráti to, čo vzal.“ Por. „Súdny zákonník pre ľud“. In: Slovensko očami cudzincov. Bratislava 1999, s. 198.

správania sa, riešenia sporu, malo **relevanciu práva**, jeho uplatňovanie patrilo orgánu štátu, a v prípade jeho nedodržania nastupovalo donútenie, potrestanie narušiteľa tohto výlučného a monopolného práva štátu.

Ďalšie ustanovenie Súdneho zákona pre ľud, čl. 16,¹⁶ modifikoval obsah a podstatu starodávneho, archaického **práva azylu**, v zmysle ochrany osoby (podozrivej, považovanej) a prenasledovanej súkromným pomstiteľom podľa a na základe ustanovení o krvnej pomste. Právo na jej ochranu v mieste azylu (v chráme) bolo chránené hrozbou naloženia 140 palíc osobe, ktorá by ju chcela odtiaľ vyvieť násilím. Poskytnutie a uznanie práva na azyl neznamenal, že takáto osoba bude v jej dôsledku pokladaná aj za nevinnú. Azyl bol ochranou pred krvnou pomstou. Ukladalo sa však, že konanie prijatého utečenca má byť vyšetrené a preskúmané – (s dôrazom na spôsob vyšetrenia a preskúmania) – teda **ZÁKONOM**. Možno tvrdiť, že aj táto nová úprava práva azylu vedie, vyúsťuje, potvrdzuje a posilňuje postavenie verejnej moci, ako štátnej moci (výlučnej a monopolnej predstaviteľke) donútenia voči osobám na jej území. Zakazuje a trestá použitie súkromnej odplaty. Prikazuje, že **konanie podozrivej osoby či obvinenej osoby** (utečenca, či azylanta) má byť vyšetrené, náležite preskúmané **podľa ZÁKONA** (teda štátom autorizovanej a vymáhanej právnej normy). Obdobne aj konanie utečenca, ktoré pomstiteľia považujú za zločin, sa preskúma podľa zákona. Sú to teda znaky právnych noriem, povahy hmotnoprávnej, ako aj procesnoprávnej.

Články 16 a 17 Súdneho zákona pre ľud, ktoré pravdepodobne pre potreby Veľkej Moravy modifikoval arcibiskup Metod, ktorý absolvoval štúdium práva v Konštantínopole a pôsobil aj ako vládár

16 „Čl. 16. Nikto nech nevyvádza násilím z chrámu toho, kto sa v ňom uchýli. Ten, čo sa sem utieka, nech oboznámi kňaza so svojou záležitosťou a vinou, ktorú spáchal. Kňaz nech ho prijme ako utečenca, aby bol jeho zločin podľa zákona vyšetrený a preskúmaný. Ak sa niekto pokúsi, nech je to ktokoľvek, vyvieť násilím z chrámu toho, kto sa sem utiekal, nech dostane 140 palíc. Potom nech sa náležite preskúma zločin toho, kto sa sem utiekal.“ Tamže, s. 198.

teritoriálno-administratívnej oblasti Byzantskej ríše, spôsobovali transformáciu protopráva na právo, zákazom súkromnej odplaty (krvnej pomsty), modifikáciou práva azylu, ktorými sa presadzoval a potvrdzoval monopolný a výlučný status štátu (na riešenie sporov a trestanie osôb) a práva ako normy (vyšpecifikovanej z doterajšej sústavy spoločenských pravidiel) ako jediného a autoritatívneho pravidla, podľa ktorého pri riešení sporov a ukladaní trestov postupoval štát.

Ďalšie ustanovenia Súdneho zákonníka pre ľud **implementovali do sústavy dovedy obyčajových noriem práva** Veľkej Moravy v podstate dve oblasti právnych noriem, už písaných a s relevanciou zákona, a to: a) **noríem** normujúcich inštitút manželstva a špecifikujúcich siedme prikázanie z **Desatora**, imperatív „nezosmilniš“: b) noríem upravujúcich správanie sa ľudí ako kresťanov vo vzťahu k Bohu, klerikom, a nezmieriteľnosti k pohanstvu.

Manželstvom muža s jedinou ženou (monogamné) sa uplatňovalo všeobecne, s kolíziami (s neplnením) v prípade veľmožov a kniežata. Ďalším imperatívom v manželstve bola jeho nerozlučiteľnosť s tým, že to nie je svetská norma, ale preto, že manželstvo „je od Boha nerozlučné“. Norma o monogamii a nerozlučiteľnosti sa aj rozsiahlo odôvodňovala ustanoveniami z knihy Genezis o osobitnom spôsobe stvorenia muža a ženy so zámerom Spasiteľa „aby spojením jedného tela v dvoch osobách uzákonil nerozlučné manželstvo“ (čl. 30a).¹⁷ Ustanovoval súčasne výnimočné a závažné okolnosti, pre ktoré bolo manželov rozlúčiť (pre prípravu úkladov na život jedného z nich, jeho neprekazenie, pre malomocenstvo manželky či pre zlú chorobu (pohlavnú) manžela. Výlučne právo rozhodovať o splnení podmienok rozluky, mal knieža, sudcovia so svedkami.

17 Súdny zákonník pre ľud. Pramene k dejinám Slovenska a Slovákov II. SLOVENSKO OČAMI CUDZINCŮV. (Literárne a informačné centrum) Bratislava 1999, s. 199.

Pravidlo o obligatórnosti monogamie, bolo presadzované aj trestaním bigamie, a to vyhnáním v poradí druhej manželky aj s deťmi a zbičováním bigamistu.

Súdny zákon pre ľud obsahoval aj pravidlá, ustanovenia, aké okolnosti sa považujú za skutočnosti vylučujúce uzavretie platného manželstva, resp. prinášal normy o manželských prekážkach. Tradične, v súlade s normami archaického práva (predštátneho práva), to bolo pokrvné príbuzenstvo (pričom sa pokrvní príbuzní nešpecifikovali menovite. Možno z toho vyvodzovať, že boli uvedené už v obyčajových aj predprávných normách). Upravovali sa tu dôsledky – neplatnosť (rozlúčenie) takéhoto manželstva, a potrestanie krvismilníkov za spáchanie incestu. Ďalšími okolnosťami neplatného manželstva (prekážkami) bolo vzatie si za manželku matku svojho kmotrenca alebo ženba z krstnou dcérou. Prijatie kresťanského postavenia krstného otca sa podľa cirkevného (kánonického) práva považovalo za vznik a jestvovanie duchovného príbuzenského vzťahu (nie iba agnátskeho a kognátskeho príbuzenstva). Obdobne ako pokrvné príbuzenstvo aj duchovné príbuzenstvo bolo právnou skutočnosťou, vylučujúcou uzavretie platného manželstva.

Skutkové prípady porušenie prikázania „nezosmilniš“, ktoré podľa Dekalógu mali imperatívnu a apodiktickú relevanciu (v tom zmysle, že sa nebolo možné vyviniť, exculptovať, a nepoznali ani poľahčujúcu okolnosť) boli v Súdnom zákonníku pre ľud obsiahnuté asi v desiatich kauzistických ustanoveniach, ktoré rozlišovali smilstvo (s otrokyňou, s vlastnou cudzou, s reholníčkou), cudzoložstvo (ženatého, vydatej ženy), zvedenie (panny), znásilnenie, styk s mladistvou (do 13 rokov), so zasnúbenou devou. Naplnenie takýchto skutkových podstát zakazujúcich konaní sa trestalo dvojnásobne, podľa dvoch normatívnych systémov, podľa svetského práva (peňažný trestom, telesným trestom (odrezaním nosa, palicovaním, zbičováním, vyhostením z obvodu), a podľa cirkevného práva (podrobením sa sedemročnému pokániu, s vyobcováním z účasti na bohoslužbe a prijímaní; a ďalej boli povinní jesť iba chleba a vodu počas siedmich rokov).

Taká bola **prísna kresťanská regula**, čistoty pohlavnej, proti oddeleniu zmyselných rozkoší od **manželského pohlavného spoluzitia a plodenia zdravého nového pokolenia**. Vo svojom historickom pôvode to bol prejav odmietania, úplného negovania pohanského náboženstva, zmyselného modloslužobníctva (kulty plodnosti bohyně Aštarty z Kannaánu, ktoré zaujali Izraeliti) a pohlavných orgií z obdobia úpadkového Ríma.

Podľa triedenia uvedeného vyššie, druhá skupina ustanovení zo Súdneho zákona pre ľud boli normy, ktoré upravovali správanie sa ľudí ako kresťanov, pravidiel výkonu náboženského kultu, ochranu svätostánkov. Kristianizácia ešte nebola dokončená a nebol to ešte nezvratný stav. Aj z tohto kontextu malo miesto prvé ustanovenie v zákonníku (čl. 1.) o tom, že **každá dedina**, v ktorej sa **konajú obety alebo prisahy pohanské**, má byť **odovzdaná Božiemu chrámu** so všetkým majetkom, ktorý patrí pánom v tejto dedine. Osoby, ktoré vykonávali obety a prisahy, sa mali predat' so všetkým svojím majetkom a získaný výnos sa prikazoval dať chudobným.

Trest za modloslužobníctvo bol – a) kolektívny, kolektívnej povahy, celá dedina sa odovzdávala božiemu chrámu so všetkým majetkom (stávala sa majetkom katolíckej cirkvi); b) druhý trest bol individualizovaný, t. j. ukladal sa konkrétnym osobám, ktoré vykonávali pohanské obety a prisahy v podobe ich predaja so všetkým majetkom.

Oprávnenosť takéhoto postupu – bola založená na „božom zákone“, „božej pravde“ **t. j. „božom práve“** (pretože slová, pojmy, **zákon** (viera), **pravda** boli v tomto období totožné, resp. zahrňovalo **aj slovo a pojem „právo“**). Ako ďalší prameň oprávnenosti, zákonnosti tohto konania proti pohanstvu sa uvádzal prvý zákon svätého Konštantína (t. j. cisára Konštantína, autora Milánskeho ediktu o povolení kresťanstva z roku 313). Historicko-právne korene boli dané v prvom a treťom prikázaní z Desatora.

Aj prikázanie z Desatora – „nepokradneš“ – našlo svoju podobu a vyjadrenie v právnom poriadku Veľkej Moravy, a to v podobe: a)

transformácií doterajších obyčajových noriem na právne (akceptované a presadzované štátom konkrétne podľa ustanovenia článku 17, podľa ktorého spor o vec, komu patrí (teda držba či vlastníctva) bolo treba oznámiť vladykom a podrobiť sa tým ich moci a rozhodnutiu (podrobnejšie porovnaj vyššie); b) príslušných ustanovení Súdneho zákonníka pre ľud (čl. 26 – zákaz odohnania cudzieho stáda s progresívne stúpajúcimi trestami: zbitie, vyhnanie zo zeme, vrátenie všetkého, čo odohnal a (asi kapitálny trest); článok 14, zákaz podpaľovania a rúbania cudzieho lesa, cudzích stromov, lúpeže majetku, podpaľachstva na cudzom poli, cudzej vinice).

Obyčajové pravidlá správania sa menili a stávali právnymi normami prostredníctvom súdneho konania pred kniežatom, vladykom ich sudcami. Rozlišovali sa podľa textu procesné úkony – udanie, žaloba a spor. Procesné strany, žalobcovia a udavači. Prísne sa ukladalo sudcom neprijímať udania bez vypočutia mnohých svedkov – teda s cieľom vylúčiť krivé obvinenia, krivé žaloby a založiť rozsudok na zistení pravdy. Odmietali sa svedkovia, ktorí nepoznali udalosti, predmetov sporu podľa vlastných zmyslových orgánov – nevideli, nepočuli dané skutočnosti. Odmietali sa svedkovia, ktorí od niekoho (tretieho, ďalšieho) počuli, že tento je dlžník alebo o niečom svedčili z počutia. (čl. 20).

Ako predpoklad, záruka, konečná inštancia spravodlivého rozhodovania kniežaťa, sudcu, svedectiev – uvádzal Veľkomoravský zákonník – Boží súd (nie však v zmysle zisťovania pravdy iracionálnymi dôkaznými prostriedkami, ordálom, vody, ohňa a pod.), ale „posledný súd“ na konci sveta. Priebežným každodenným prostriedkom predchádzania protiprávnosti bolo vyučovanie o božom zákone s cieľom vytvárať, posilňovať a prehľbovať náboženské, morálne a právne vedomie všetkých ľudí. V týchto súvislostiach vyznieva a akcentuje aj pomenovanie tohto Veľkomoravského zákonníka – ako Súdneho zákona pre ľud, teda pre laikov, pre celú pospolitosť.

Záver

Pravidlá správania sa z obdobia Veľkomoravského kniežatstva a Veľkomoravskej ríše sa pretvárajú v jedinečnom historickom procese vytvorenia štátu, jeho upevnenia a jestvovania, už do kvalitatívne nového fenoménu, a to do podoby a historickej vývojovej kvality právnych noriem ranostredovekého a ranofeudálneho štátu. Dejinný proces konštituovania právneho poriadku tohto štátu sa udial v rozhodujúcej miere v procese dotvorenia dovtedajších protoprávnych obyčajových noriem na obyčajové normy s právnou relevanciou tým, že štátne orgány jestvujúce normy prevzali a viazali ich platnosť a účinnosť na svoju autoritu. Právny poriadok tohto štátu tvorili spolu s obyčajovými právnymi normami, právne normy a predpisy, ktoré mali svoj pôvod v kresťanstve a v jeho normách priamo obsiahnutých v jeho prioritných zákonoch (v starom zákone a novom zákone), v normách, ktoré boli s vysokým stupňom samostatnosti importované z byzantských, franských pomeroch, resp. z pápežskej kúrie. Historicky právnym klenotom v diele tvorby veľkomoravského práva je prínos solúnskych bratov, vierozvestcov a svojím vzdelaním (nepriamo či priamo) aj právnikov, Konštantína Filozofa a Metoda.

Právnym dielom Súdny zákon pre ľud, ktorým riešili premenu jestvujúcich obyčajových pravidiel, na právne normy, dokázali splniť aj juristickú časť svojej misie, t.j. usporiadať veľkomoravské právo do právneho poriadku. Právo bolo pre nich pravdou, pravdu vyjadrovalo právo, v tom videli a chápali jeho zmysel.

Slovenské právo, slovenský právny poriadok, slovenskí právnici vedia, odkiaľ pochádzajú, aké hodnoty im boli daná do vienka, poznajú, že učenie právo, právna veda bola spojená so vznikom staroslovenskeho práva a pôvod slova právo sa viaže na pojem pravda a spravodlivosť.

STAV PRESADZOVANIA DOBRÝCH MRAVOV V SPOLOČNOSTI SO ZRETELOM NA SPOTREBITEĽSKÉ ZÁVÄZKOVÉ VZŤAHY A OCHRANU SPOTREBITEĽA

MILAN BUDJAČ

Abstrakt: Príspevok sa venuje aktuálnemu čiastkovému zhodnoteniu presadzovania dobrých mravov v spoločnosti s osobitným zreteľom na spotrebiteľské záväzkové vzťahy a ochranu práv spotrebiteľa. Autor poukazuje nielen na formálne, ale predovšetkým na materiálne pramene (spotrebiteľského) práva a na tendenciu prístupu k presadzovaniu dobrých mravov, kde možno aktuálne identifikovať stav zaostávania aplikačnej praxe za zákonodarcom, ktorý sa vo sfére ochrany práv spotrebiteľa zameril na zásadné civilistické zmeny. Príspevok rozoberá aj vybrané otázky mimosúdneho výkonu práva, neprijateľných zmluvných podmienok a nekalých obchodných praktík, a to cez prizmu presadenia dobrých mravov.

Kľúčové slová: Dobré mravy. Mimosúdny výkon práva. Neprijateľné zmluvné podmienky. Nekalé obchodné praktiky.

1. Úvod

Problematika ochrany práv spotrebiteľa v slovenskom právnom poriadku je tak z hľadiska právnej vedy, legislatívy a aplikačnej (rozhodovacej) praxe veľmi aktuálna. V tomto zmysle možno ochranu spotrebiteľa považovať aj za integrálnu tému a v istom zmysle aj jadro ochrany slabšej zmluvnej strany v súkromnom práve. Hoci uplynulo 10 rokov od prvej spotrebiteľskej transpozície noriem európskeho práva do slovenského právneho poriadku, možno skonštatovať, že až v rokoch 2006 až 2008 došlo k výraznejšiemu presadeniu práv spotrebiteľa v legislatíve a v aplikačnej praxi. Toto obdobie možno v mno-

hom v súkromnom práve charakterizovať aj ako znovuzrodenie dobrých mravov v zmluvnom práve a v zmluvnej praxi, ktoré spája práve s vyššou mierou ochrany slabšej zmluvnej strany.

Z hľadiska širšieho normatívneho a legislatívneho kontextu je potrebné ochranu spotrebiteľa vnímať ako pretavenie pozitívnych záväzkov Slovenskej republiky („SR“) vo vzťahu k európskemu právu (čl. 169 Zmluvy o fungovaní Európskej únie a čl. 38 Charty základných práv EÚ).

Ochrana práv spotrebiteľa má aj svoj širší spoločenský rozmer a ak uvádzame, že ochrana práv spotrebiteľa nadobudla v ostatných rokoch na vyššej intenzite, je uvedené dané práve aktuálnym morálnym rozmerom zmluvnej praxe a dodržiavania práv spotrebiteľov.

V ďalšom texte sa budeme venovať jednak súčasnému (spoločenskému) stavu ochrany slabšej zmluvnej strany, ktorú budeme ilustrovať na používaní, resp. zneužívaní vybraných civilných inštitútoch v zmluvnom práve, a jednak výzvam *de lege ferenda*, ktoré je potrebné reflektovať v ďalšom vývoji a smerovaní civilného práva.

2. Stav, vývoj a spoločenský rozmer ochrany práv spotrebiteľa v intenciách materiálnych prameňov práva a právno-aplikačných súvislostí

Stav a spoločenský rozmer ochrany práv spotrebiteľa je potrebné analyzovať a hodnotiť najmä z pohľadu materiálnych prameňov práva, ktoré by mali byť východiskom pre formulovanie jednotlivých formálnych prameňov práva. V tomto smere dobre známa teoretická premisa má aj svoj teoretický záver – v prípade, ak sa právo odtrhne od spoločenskej reality, má potenciál stať sa autonómnym systémom, ktorý sa v dôsledku existenčného zacyklenia môže spreneveriť svojim funkciami, hodnotám a časom sledovať už len vlastné udržanie. Tento záver je použiteľný aj v každom podsysteme spoločenského (právneho) systému.

Na podklade uvedeného sme pristupovali k spracovaniu predloženeho príspevku a zohľadňovali sme rovnako logiku komparácie objektívneho stavu zmluvnej praxe (zmluvné podmienky a obchodné praktiky) a subjektívna dispozícia spotrebiteľskej obce, ktorá je atribútom dominantne ovplyvňujúcim ochranu práva.

V rovine aktuálneho vývoja a trendov v civilnom práve možno zaznamenať, že najmä civilný proces sa v ostatnom období stáva priestorom experimentov s rôznymi ekonomickými modelmi kumulácie zisku, kde súd je ťažiskovým priestorom snáh o judikovanie niekedy až pochybných x-násobne postupovaných pohľadávok, ktoré okrem toho, že sú často premlčané, znejú na plnenia majúce základ v neprijateľných zmluvných podmienkach a pri ich hromadnom uplatnení aspirujú o ochranu s odkazom na ústavné právo na súdnu ochranu. Neraz sa tak stáva, že na súdoch sú uplatňované tisíce pohľadávok formou tzv. hromadných podaní, nárok z jedného záväzku sa delí na viaceré časti, o ktorých v tisícoch konaniach musia súdy opakovane rozhodovať, pohľadávky uplatňuje postupník z krajiny tzv. daňového raja, prostredníctvom advokátskej kancelárie, ktorá právne služby poskytuje aj pôvodnému veriteľovi a pod. V tomto kontexte však napríklad nespomíname ani početné modely uplatňovania fiktívnych pohľadávok, ktorých uplatnenie má vyvolať tlak na protistranu, súdnu sústavu a v konečnom dôsledku sleduje iné nároky a záujmy, napríklad v smere aspirovania o majetkové nároky z tzv. priedávok v súdnom konaní. Na tieto a ďalšie výzvy by malo právo adekvátne reagovať, čo však zostáva faktom – mnohé z uvedených situácií, modelov a prípadov majú spoločného menovateľa – sú uplatňované vo vzťahu k tisícim spotrebiteľov. Je to práve tzv. spotrebiteľská obec, ktorá sa stáva veľmi ľahkou korisťou uvedených experimentov – „justičných biznis modelov kumulácie zisku“, a to vzhľadom na úroveň právneho povedomia, bdelosti, informovanosti a mnohokrát dominantnej ťaživej sociálnej situácie a tiesne. Výsledkom je potom množstvo neprimeraných exekúcií, ktoré v stave živých vecí v roku 2013 presiahli 2 880 000. Pri obmedzenej funkčnosti, resp. nedostupnosti a nefunkčnosti malého

konkurzu a oddĺzenia fyzickej osoby sa exekúcia v slovenskom právnom poriadku a ivotných reáliách stáva súčasťou ivotu priemerného spotrebiteľa, sprevádzajúcou ho až do jeho konca.

Vzhľadom na ostatné štatistické údaje možno skonštatovať, že viac ako 1,2 milióna ľudí v SR ¼ije na hranici chudoby, pričom až 310 000 z nich výrazne pod priemernou hranicou chudoby a z týchto 192 000 tvoria dôchodcovia, 76 000 invalidní dôchodcovia a takmer 42 000 mladé rodiny s deťmi či ženy na materskej dovolenke. Uvedené skupiny možno označiť ako rizikové, avšak, ako zvyknú poznamenať niektorí dodávateľa, rizikové skupiny so stabilným príjmom alebo s (nehnuteľným) majetkom.

V tomto faktickom kontexte je potrebné stručne komparovať aj vývoj zmluvnej praxe a súdnej praxe vo sfére tzv. spotrebiteľských záväzkov, ktorý nám môže poskytnúť odpovede aj na pretrvávajúce výčitky o neúmernosti ochrany spotrebiteľa tak v legislatíve, ako aj v súdnej praxi.

Krátkym exkurzom do súdnej praxe možno dospieť k záveru, že súdy za obdobie rokov 2004 až 2006 iba minimálne aplikovali normy na ochranu spotrebiteľa, čo sa zjavne excesívne prejavilo napríklad v rozhodovaní o určovacích nárokoch plynúcich alebo súvisiacich so spotrebiteľskými záväzkami. Do roku 2007 bola značná časť takýchto nárokov zamietaná kvôli nedostatku naliehavého právneho záujmu, a teda možno konštatovať, že spotrebiteľa aj v tomto segmente nárokov mali iba minimálny priestor na presadenie svojich spotrebiteľských práv. Uvedený trend bol nasledovaný aj vo vykonávanom konaní. Je iba ťažko predstavitel'né, že exekučné súdy do roku 2007, 2008 vôbec nekontrolovali súkromnoprávne – nejudikované exekučné tituly a nevyužívali ustanovenia platného práva (§ 44 ods. 2 zákona NRSR č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti (Exekučný poriadok) a o zmene a doplnení ďalších zákonov v znení neskorších predpisov a § 45 zákona č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní v znení neskorších predpisov), ktoré im umožňujú odmietnuť výkon exekúcie na plnenia v rozpore s dobrými mravmi,

v rozpore s verejným poriadkom a najmä na plnenia, ktoré boli priznané neúčinným alebo nulitným exekučným titulom.

Z hľadiska zmluvnej praxe spotrebiteľských záväzkov, možno v podmienkach SR dlhodobo vysledovať snahy o absolútnu komercializáciu záväzkov, ktorú možno v jednoduchosti vystihnúť slovami „v zásade dodávateľ presadzuje vždy voľbu Obchodného zákonníka“. Je pochopiteľné, že Obchodný zákonník poskytuje významný preferenčný režim pre predávajúceho a v tomto smere znevýhodňuje zmluvnú stranu, ktorá je v pozícii dlžníka. V kontexte dominantnej komercializácie záväzkov možno v skorších spotrebiteľských zmluvách rovnako identifikovať aj hrubú nerovnováhu postavenia zmluvných strán, a to v neprospech spotrebiteľa – tento stav možno vystihnúť aj konštatovaním, že spotrebiteľ mal málokedy reálne práva plynúce zo spotrebiteľského vzťahu, pričom tento trend sa dominantne prejavil práve vo sfére poskytovania finančných služieb. O konkrétnych zmluvných inštitútoch sa zmienime v nasledujúcom texte, pre ukážku konkrétnych príkladov však možno upozorniť na stránku Komisie na posudzovanie podmienok v spotrebiteľských zmluvách a nekalých obchodných praktík predávajúcich (ďalej len „Komisia“) http://wwwold.justice.sk/wfn.aspx?pg=h4c&htm=h4/komis_ozn.htm. Uvedená podoba zmluvnej praxe prirodzene našla svoju reflexiu aj vo výkone práva, ktorý najmä v súvislosti so zabezpečením záväzkov priniesol do praxe konanie hraničiace s trestnou činnosťou, spočívajúce najmä v násilných deložovaniach bez súdneho rozhodnutia s poukazom na svojpomoc. Takáto prax sa udomácnila najmä v súvislosti s výkonom tzv. zabezpečovacieho prevodu práva. Cieľom bolo rýchlo – bez súdneho procesu a exekučného titulu – sa zmocniť majetku, často obydli dlžníka, ktorého cena sa cez tzv. prepadnú klauzulu mala rovnať výške dlhu spotrebiteľa. Uvedený extrémny výkon práva, ktorý sa udomácnil v záväzkových vzťahoch, viedol neraz až k zotrvačným deformáciám zmluvnej a aplikačnej praxe v dôsledku vžitia tohto spôsobu uplatňovania a výkonu práva. Vžitie výkonu práva, resp. uplatňovania (realizácie) práva ako také je treba v danom kontexte, keď

spoločnosť nie je ovládaná ustáleným aplikovaním pravidiel dobrých mravov, označiť za najzávažnejší a najnebezpečnejší spôsob presadzovania právnych noriem. V spoločenských pomeroch pri presadzovaní práva nemôže pozornosť ujsť ani ďalší významný trend, a to súkromnoprávny výkon práva, ktorý sa markantne presadzuje na úkor súdnej kontroly. Súkromnoprávny výkon zrážok zo mzdy, práva inkasa, záložného práva a podobne však nie je a nemôže byť len o ulahčení uhradzovacej funkcie právnych inštitútov, práve naopak ten vo svojej podstate kladie ešte významnejšie požiadavky na pretavenie dobrých mravov a ustálenie výkonu práva takej kvality, ktorý musí byť cez prizmu primeranosti vždy obhájiteľný.

Všetky uvádzané skutočnosti nemajú za cieľ dramatizovať stav pomerov, práve naopak pleďujú o vyšší záujem o presadzovanie dobrých mravov a primeranosti v každom štádiu a forme realizácie práva. Formálne pramene práva a právo ako také, ktoré opúšťa existenčnú spätosť so životnými pomermi a materiálnymi prameňmi práva (či už na právnických fakultách, na štátnych orgánoch a osobitne súdoch), nemá nielen legitimitu, ale vo svetle presadzovania skupinových záujmov smeruje až k sprenevereniu sa svojim spoločenským funkciám. Ak sú inštitúty práva zásadným spôsobom zneužívané na škodu slabšieho a sudca ako strážca dobrých mravov rezignuje na svoju úlohu presadzovania primeranosti, ide o vážny signál nielen pre právny systém, ale aj spoločnosť ako takú.

Predátorské vzťahy, ktoré sa prejavujú azda najviac vo sfére ochrany spotrebiteľa, však nevznikli len tak. Majú svoj základ v opúšťaní hodnôt slušnosti v práve, ktoré siaha až na pôdy právnických fakúlt. Prominentní pedagógovia, ktorí kvôli osobnému kreditu neopúšťajú katedru, pritom však v praxi obhajujú nemorálne zmluvné podmienky, neprimerané exekúcie a prepožičiavajú sa na účelové prednášky ašpirantov o advokátske alebo sudcovské povolanie sú len jednou časťou mozaiky demoralizácia právnej náuky vo výučbovom procese. Právnické povolania, ktoré organizujú odborné podujatia namierené proti spotrebiteľom, len kvôli presadzovaniu vlastného profitu a upev-

ňovania monopolu poskytovania právnych služieb, rovnako nepri-
spievajú k verejnému dobru na slušnom výkone profesie. Aj v uvede-
nom zmysle je potrebné vnímať operatív pôsobenia dobrých mravov
v práve a v právnickej obci. Za danej situácie úcta patrí osobnostiam
slovenskej civilistiky, ktorí sa zaslúžili o presadzovanie primeranosti
v súkromnom práve a tento cit „zasiali“ do nespočetného množstva
študentov a absolventov právnických fakúlt. Takouto osobnosťou je
práve prof. JUDr. Ján Lazar, DrSc., ktorý svoju hodnotovú orientá-
ciu v početných odborných diskusiách neraz vyjadroval slovami, že
v platnom Občianskom zákonníku sú dobré mravy ustanovené na
málo miestach a ktorému za jeho hodnotovú orientáciu a profilovanie
civilného práva patrí veľká úcta a vďaka.

3. Dobré mravy a ochrana spotrebiteľa v zmluvnom práve

Dobré mravy zaznamenali v súvislosti s ochranou spotrebiteľa
novú vlnu oživenia s príležitosťou ich aktuálneho aplikačného a ju-
dikatúrneho ustálenia. Vyjadrenie dobrých mravov preniká najmä
inštitút neprijateľných zmluvných podmienok a nekalých obchod-
ných praktík, pričom operatívom dobrých mravov v spotrebiteľských
záväzkoch je odborná starostlivosť dodávateľa, ktorá sa pri poskyto-
vaní tovarov a služieb prezumuje. Vo sfére neprijateľných zmluvných
podmienok sa dobré mravy prejavujú v podobe existencie hrubej ne-
rovnováhy v neprospech spotrebiteľa, ktorá je jedným z pojmových
znakov neprijateľnej zmluvnej podmienky (§ 53 ods. 1 Občianskeho
zákonníka). Pri nekalých obchodných praktíkách sú dobré mravy,
resp. ich absencia vyjadrené konaním v rozpore s požiadavkou odbor-
nej starostlivosti pri súčasnom klamlivom alebo agresívnom aspekte
konania. V danom definičnom rámci potom identifikujeme klamlivé
a agresívne nekalé obchodné praktiky.

Kým neprijateľné zmluvné podmienky sú jasne transformované do
spotrebiteľskej zmluvy alebo súvisiacich dokumentov zmluvnej po-

vahy, nekalé obchodné praktiky sú v zmluve reflektované nepriamo, ovplyvňujúc pritom samotnú povahu zmluvnej podmienky. V každom prípade spoločným znakom neprijateľných zmluvných podmienok a nekalých obchodných praktík je skutočnosť, že ich právne posúdenie musí byť uskutočnené cez prizmu posúdenia ich materiálnych znakov. Z hľadiska účinkov na ochranu práv spotrebiteľa je potrebné predovšetkým ustáliť, že neprijateľné zmluvné podmienky a nekalé obchodné praktiky sú vo vzájomnom existenčnom spojení a spravidla platí, že existencia neprijateľnej zmluvnej podmienky predznamenáva existenciu a použitie nekalej obchodnej praktiky. Okrem iného už len samotné použitie neprijateľnej zmluvnej podmienky môže zakladať nekalú obchodnú praktiku, a teda konanie v rozpore s dobrými mravmi a rovnako v rozpore s odbornou starostlivosťou.

Konanie v rozpore s dobrými mravmi sa výrazne prejavuje pri existenčnom súvisi neprijateľných zmluvných podmienok a nekalých obchodných praktík, keď dochádza k vzájomnému prieniku oboch foriem porušovania dobrých mravov pri multiplikácii ich účinkov. Existenčný súvis neprijateľných zmluvných podmienok a nekalých obchodných praktík možno posudzovať vzhľadom na štádiá a fázy spotrebiteľského zmluvného vzťahu a otázku účinkov nekalých obchodných praktík na platnosť spotrebiteľskej zmluvy ako právneho úkonu. V prvom prípade sa nekalé obchodné praktiky výrazne prejavujú v rámci jednotlivých fáz zmluvného vzťahu, pričom osobitne závažné je pôsobenie praktík v štádiu uzavierania zmluvného vzťahu, a to najmä za situácie, že samotná zmluva bola dosiahnutá nekalou obchodnou praktikou, resp. jej použitím. Z povahy veci plynie, že v tomto prípade sa účinok nekalej obchodnej praktiky sústreďuje na vôľu ako takú, uvedené však platí aj pre používanie nekalých obchodných praktík všeobecne. V tomto kontexte je tak irelevantné, či ide o klamlivú alebo agresívnu nekalú obchodnú praktiku. Pokiaľ ide o účinky nekalých obchodných praktík na platnosť spotrebiteľskej zmluvy, je potrebné oddeliť použitie klamlivých obchodných praktík od agresívnych obchodných praktík. Klamlivé nekalé obchodné praktiky vždy

spôsobujú uvedenie do omylu, z čoho následne plynie potreba ustálenia vážnosti omylu vo vzťahu k platnosti právneho úkonu. Agresívne nekalé obchodné praktiky naproti tomu vždy aspirujú na spochybnenie lege artis atribútov slobody vôle pri konkrétnom právnom úkone. V súvislosti s otázkou platnosti právneho úkonu rozlišujeme európsky rozmer problematiky a vnútroštátny rozmer problematiky, pričom platí, že členský štát môže v zmysle čl. 8 Smernice Rady 93/13/EHS o nekalých podmienkach v spotrebiteľských zmluvách prijať aj prísnejšiu právnu úpravu ako plyní z ustanovení smernice (čl. 6 ods. 1 cit. Smernice).

Osobitným prípadom konania v rozpore s dobrými mravmi je výkon práva v rozpore s dobrými mravmi (§ 3 ods. 1 Občianskeho zákonníka). Ako sme naznačili vyššie takýmto výkonom môže byť predovšetkým mimosúdny, súkromnoprávny výkon práva, napríklad výkon záložného práva alebo zabezpečovacieho prevodu práva, prípadne výkon práva z dohody o zrážkach zo mzdy. V danej súvislosti je len potešujúce, že zákonodarca prijatím ostatnej novelizácie Občianskeho zákonníka *expressis verbis* zreguloval formu výkonu záložného a zabezpečovacieho prevodu práva v spotrebiteľských záväzkoch (§ 53 ods. 10 Občianskeho zákonníka v znení zákona č. 106/2014 Z. z.), keď ju obmedzil len na predaj na dobrovoľnej dražbe a predaj v exekúcii, a to aj retrospektívne (§ 879r Občianskeho zákonníka v znení zákona č. 106/2014 Z. z.). Z hľadiska aplikačných dôsledkov je potrebné poukázaním na § 553e Občianskeho zákonníka ustáliť, že novozavedené ochranné normy sa plne použijú aj pri zabezpečovacom prevode práva dojednanom podľa skoršej právnej úpravy. V rámci ďalšieho inštitútu mimosúdneho výkonu práva, kde bolo možné zaznamenať excesívne uplatňovanie práva, možno rovnako vyzdvihnúť aj reakciu zákonodarcu na používanie dohody o zrážkach zo mzdy, keď zákonom č. 102/2014 Z. z. o ochrane spotrebiteľa pri predaji tovaru alebo poskytovaní služieb na základe zmluvy uzavretej na diaľku alebo zmluvy uzavretej mimo prevádzkových priestorov predávajúceho a o zmene a doplnení niektorých zákonov, došlo k ustáleniu formy do-

hody o zrážkach zo mzdy v § 5a ods. 1 písm. a) zákona č. 250/2007 Z. z. o ochrane spotrebiteľa v znení neskorších predpisov. Zákonodarca ustanovil, že dohoda o zrážkach zo mzdy alebo z iných príjmov je neprípustná, okrem prípadu, že dohoda bola uzavretá vo forme osobitnej listiny a spotrebiteľ bol poučený o dôsledkoch uzavretia dohody a mal možnosť túto odmietnuť. Z uvedeného plynie, že zákonodarca sa zameral na formálne prvky aplikácie dohody o zrážkach zo mzdy, a to preto, aby predišiel zneužívaniu dohody vo forme štandardnej klauzuly začlenenej neprípustne v neprehľadných všeobecných obchodných podmienkach. Ani v tomto prípade však nová právna úprava formy kontraktácie dohody o zrážkach zo mzdy a z iných príjmov nevyklučuje posúdenie dohody z hľadiska neprijateľnosti zmluvných podmienok.

Zusammenfassung

Die Frage des Schutzes der Verbraucherrechte im Slowakischen Rechtssystem ist sehr aktuell. In diesem Sinne ist es notwendig, den Schutz der Verbraucher auch als integrales Thema und Kern des Schutzes der schwächeren Partei im Privatrecht zu betrachten. Trotz der Tatsache, dass wir mehr als 10 Jahre Mitglied der Europäischen Union sind, kann der Schluss gezogen werden, dass erst in den Jahren 2006 bis 2008 die aktive Durchsetzung der Verbraucherrechte in der Zivilrechtlichen Gesetzgebung und Praxis zum Wort kam. Dieser Zeitraum und die folgenden Jahre können weitgehend im Privatrecht als die Wiedergeburt der guten Sitten im Vertragsrecht und Vertragsrechtspraxis gekennzeichnet werden.

Literatúra

- LAZAR, J. a kol. Občianske právo hmotné 2. Bratislava: IURA EDITION, 2010. 549 s. ISBN 978-808078-346-4.
- STRAKA, P. Vymožitelnosť spotrebiteľského práva, kolektívna ochrana spotrebiteľa v občianskom súdnom konaní. In Medzinárodná konferencia v kontexte vymožitelnosti práva v Slovenskej republike. [online]. 2009. [cit. 2011.12.11]. Dostupné na internete: http://www.wix.com/oz_hoos/hoos/judikaty#!__odborne-clanky
- Komisia na posudzovanie podmienok v spotrebiteľských zmluvách a nekalých obchodných praktík predávajúcich http://www.wold.justice.sk/wfn.aspx?pg=h4c&htm=h4/komis_ozn.htm.

ZÁLOŽNÉ PRÁVO K ÚČASTI NA PRÁVNICKEJ OSOBE (najmä obchodnej spoločnosti)

KRISTIÁN CSACH

Abstrakt: Cieľom príspevku je upriamiť pozornosť na niektoré sporné otázky súvisiace so záložným právom na účasť na právnickej osobe, najmä obchodnej spoločnosti. Vychádzame z toho, že predmetom záložného práva je v podstate abstraktná účasť na spoločnosti, ktorý môže podliehať zmenám. Navrhujeme taký výklad podmienok zániku záložného práva, aby záložné právo na účasť na spoločnosti trvalo tak pri zmenách vo výške založeného obchodného podielu, ako aj v prípade zmeny menovitých hodnôt akcie. Predmetom záložného práva na účasť na spoločnosti by mal byť aj nárok na podiel na likvidačnom zostatku, nie však nárok na vyrovnací podiel, ak naďalej existuje účasť na spoločnosti, ktorá je spôsobilým predmetom obchodných transakcií. Zároveň by záložné právo na účasť na spoločnosti malo trvať aj v prípadoch štrukturálnych zmien obchodných spoločností, akými sú zmena právnej formy, zlúčenie, splynutie a rozdelenie.

Kľúčové slová: Záložné právo, záložné právo k obchodnému podielu, záložné právo k akcii, zlúčenie, splynutie a rozdelenie spoločnosti

Na úvod

Predkladaný príspevok nadväzuje na výstižný postreh profesora Lazara, poukazujúceho na neuralgický bod novelizácie právnej úpravy záložného práva, ktorým je možnosť, aby založená vec ostala v užívaní záložcu, pričom právna úprava podľa tohto autora nedáva dostatočné záručky pred zneužívaním daného práva „v najrôznejších smeroch, od ne-hospodárneho nakladania až po zašantročenie“.¹ Príspevkom by autor

1 Lazar, J.: Prostriedky zabezpečenia pohľadávok a možnosti ich uspokojenia v slovenskom práve. In: Lazar, J. (ed.): *Zabezpečenie pohľadávok a ich uspokojenie*. Bratislava: Iura Edition, 2002, s. 43.

rád nadviazal na tieto slová a načrtnol svoj pohľad na širší kontext záložného práva k účasti na právnických osobách a osobitne obchodných spoločnostiach, kde správanie sa záložcu ako spoločníka obchodnej spoločnosti môže zásadne vplyvať na hodnotu a – ako bude skúmané v predkladanom príspevku – aj na existenciu záložného práva.²

Hoci problematika záložného práva na účasti na obchodných spoločnostiach je predmetom dlhodobého záujmu právnej vedy,³ nemožno hovoriť o ustálenom výklade ani o jednoznačne prijímaných odpovediach na zložité otázky, súvisiace so zmenami, ktorými môžu byť účasti na právnickej osobe vystavené. Príspevok preto považujeme za diskusný, ktorý asi viac otázok otvorí, ako ponúkne definitívnych odpovedí.

1. Účasť na právnickej osobe ako predmet záložného práva

Predmetom záložného práva (zálohom) môže byť vec, právo, iná majetková hodnota, byt a nebytový priestor, ktoré sú prevoditeľné, ak zákon neustanovuje inak. Záloh môže byť aj súbor vecí, práv alebo iných majetkových hodnôt, podnik alebo časť podniku, alebo iná hromadná vec (§ 151d ods. 1 Občianskeho zákonníka – ďalej len „OZ“).

Takéto vymedzenie predmetu záložného práva vyvoláva otázku, či môže byť členstvo ako účasť na právnickej osobe s personálnym substrátom spôsobilým predmetom záložného práva. Účasťou na spoločnosti sa myslí určitá abstraktná kategória, pojem popisujúci špeciálne klbko vzťahov medzi členom právnickej osoby a touto osobou, ako aj

2 V tejto súvislosti bol veľkou inšpiráciou a zásadným podnetom príspevok Romana Procházku s názvom *Záložné právo na obchodný podiel po splnutí spoločnosti* a nadväzujúca diskusia na internetovom fóre <http://www.lexforum.sk/481>.

3 Z najaktuálnejších pozri Alakszová, K.: Zriadenie záložného práva na obchodný podiel. In: *Inštitúty obchodného práva aplikovateľné pri riešení prejavov hospodárskej krízy v korporátnom a zmluvnom práve*. Zborník z konferencie Bratislavské právnické fórum 2013, elektronický zdroj, online: http://www.lawconference.sk/archiv/bpf_2013/, s. 801 – 806.

medzi jej členmi navzájom a medzi členmi, právnickou osobou a jej orgánmi dané práve členstvom v tejto právnickej osobe a ničím iným. Napríklad *Flume* presadzuje názor, že akékoľvek členstvo/členský podiel (*Mitgliedschaft*) je nielen predmetom práva, ale aj subjektívnym právom, ktoré má dvojitý, osobný a majetkový charakter.⁴ Problematika býva skúmaná (problematizovaná) najmä v súvislosti s členstvom v obchodných spoločnostiach, najmä osobného charakteru, ktoré majú skôr zmluvný ako korporatívny charakter. Česká právna veda sa k tejto problematike stavia pomerne negatívne, keď uvádza, že podiel nemôže byť predmetom záložného práva s výnimkou osobitnej úpravy (ako je to pri obchodných podieloch a akciách).⁵

Podľa slovenského práva je účasť na právnickej osobe spôsobilým predmetom právnych vzťahov. Je predmetom ochrany deliktuálneho práva a potenciálnym predmetom zmluvných a dedičsko-právnych dispozícií. Ak je prevoditeľná, tak spĺňa definičné znaky predmetu záložného práva.⁶ Z toho dôvodu sú spôsobilým predmetom záložného práva iba také účasti na obchodných spoločnostiach, ktoré sú prevoditeľné, a nie tie, ktoré predstavujú skôr zmluvné ako korporátne pozície (napr. členstvo v osobných spoločnostiach). Ani pozícia zmluvnej strany ako taká nie je spôsobilým predmetom záložného práva, tým je len konkrétna vec alebo pohľadávka z nej vyplývajúca. Správne preto česká rekodifikácia spája spôsobilosť účasti na právnickej osobe byť predmetom záložného práva s jej voľnou prevoditeľnosťou (§ 1320 nového Občianskeho zákonníka – ďalej len „NOZ“).

4 *Flume, W.: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts: Band 1, Teil 1: Die Personengesellschaft. Berlin: Springer, 1977, § 9, s. 127. K problému pozri aj Habersack, M.: Die Mitgliedschaft: subjektives und „sonstiges“ Recht. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, 406 s.*

5 *Pokorná, J. in Eliáš, K. Bartošiková, M., Pokorná, J. a kol.: Kurs obchodního práva. Právnícké osoby jako podnikatelé. 5. vydanie, C. H. Beck: Praha 2005, s. 53.*

6 *Rovnako aj Tomlainová, A.: Zmluvné záložné právo na obchodný podiel v spoločnosti s ručením obmedzeným. In: Bulletin slovenskej advokácie. 11/2006, s. 9 – 32.*

2. Postavenie spoločníka ako záložcu – vnútorný vzťah záložcu a záložného veriteľa

Podľa právnej úpravy záložného práva v OZ je prípustné zriadiť záložné právo aj tak, aby záložcovi ostalo užívacie právo k veci. K veci, ktorá je predmetom zálohu, nezískava záložný veriteľ bez ďalšieho užívacie právo ani právo poberať plody a úžitky. Rovnako ani založenie účasti na obchodnej spoločnosti ešte samo osebe nevedie k prevodu oprávnení spojených s touto účasťou na záložného veriteľa.⁷ Záložný veriteľ nenadobúda korporátne oprávnenia, resp. práva spojené s účasťou na spoločnosti, akými sú napríklad majetkové práva, účasť na riadení obchodnej spoločnosti a jej kontrole (porovnaj aj § 117a ods. 5 ObchZ). Podľa nášho názoru nedochádza pri založení obchodného podielu k zriadeniu záložného práva k pohľadávke na podiel na zisku (a iných majetkových práv),⁸ a preto ani spoločnosť nemusí bez ďalšieho plniť prípadné majetkové plnenia (podiel na zisku a podobne) priamo záložnému veriteľovi (§ 151mb ods. 3 OZ). Ani v prípade splatnosti zabezpečenej pohľadávky nemôže bez ďalšieho záložný veriteľ vykonávať tieto práva namiesto záložcu.⁹

Existencia záložného práva ale predsa zasahuje do právneho postavenia záložcu – spoločníka. Podľa § 151i ods. 1 OZ môže záložca používať záloh zvyčajným spôsobom, je však povinný zdržať sa všetkého, čo by nad rámec bežného opotrebenia viedlo k zníženiu hodnoty zálohu. Zákon pritom vyžaduje iba to, aby sa záložca určitého konania *zdržal*, nie to, aby záložca niečo *aktívne* konal. Myslíme si však, že uvedená norma ukladá záložcovi aj povinnosť aktivity určitej kvality (pri užívaní zálohu *postupovať* tak, aby nedochádzalo k zníženiu jeho

7 K možnosti zapojenia záložného veriteľa do výkonu určitých práv vyplývajúcich z účasti na obchodnej spoločnosti pozri napr. Fekete, I.: *Obchodná spoločnosť s ručením obmedzeným*, Komplexná príručka, Bratislava: EPOS, 2004, s. 312.

8 V tom smere argumentuje Tomlainová, dielo citované v poznámke č. 6, bod II.

9 Pozri ale § 1324 NOZ s opačným riešením.

hodnoty). Vzťah medzi záložcom a záložným veriteľom je akési fiduciárne puto, z ktorého vyplývajú aj ochranné povinnosti, avšak zrejme iba obligačno-právneho charakteru. Je pritom otázne, či toto puto budeme hľadať v záväzkovom vzťahu medzi záložcom a záložným veriteľom, alebo ho budeme vnímať ako prejav zákonných povinností a ich následkov (najmä v zmysle zodpovednosti za škodu spôsobenú úmyselným konaním proti dobrým mravom),

Ten istý záver platí aj v prípade založenia účasti na obchodnej spoločnosti. Nejasný však ostáva rozsah povinnosti spoločníka zdržať sa konania, ktoré by znížilo hodnotu založeného podielu na spoločnosti. Vzťahuje sa aj na hlasovanie na valnom zhromaždení alebo na výkon kontrolných oprávnení či podanie *actio pro socio*? Podľa nášho názoru nie je vylúčené, aby spoločník – záložca svojím rozhodnutím ako spoločník obchodnej spoločnosti spôsobil zníženie hodnoty zálohu. Preto by mal byť vo vnútornom vzťahu záložca – záložný veriteľ zodpovedný za škodu tým spôsobenú (zníženie možnosti uspokojenia sa z predmetu zálohu). V extrémnych prípadoch cieleného koluzívneho správania sa s inými spoločníkmi by sme potenciálne mohli uvažovať aj o neplatnosti právneho úkonu pre rozpor s dobrými mravmi.¹⁰ Avšak, hoci má spoločník – záložca povinnosť zohľadňovať majetkový záujem záložného veriteľa aj pri výkone práv spojených s účasťou na obchodnej spoločnosti, nie je výkon týchto práv záložcu podmienený súhlasom, schválením ani inou súčinnosťou záložného veriteľa.

K zníženiu hodnoty zálohu vo forme účasti na obchodnej spoločnosti môže dôjsť v dôsledku rôznych rozhodnutí spoločníka – záložcu. Iba tá skutočnosť, že záložca ako spoločník hlasoval za pristúpenie ďalšieho spoločníka, v dôsledku čoho sa znížil pomer jeho účasti na spoločnosti ešte nemusí znamenať, že došlo aj k zníženiu hodnoty jeho

10 Tak sa odvodzuje v nemeckej právnej vede. Pozri Rieder, M., S., Ziegler, B.: Die Auswirkungen einer Pfändung von Kapitalgesellschaftsanteilen auf Strukturmaßnahmen. In: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 11/2004, s. 483 a diela tam uvádzane v poznámke 39.

(matematicky zníženého) obchodného podielu. To bude závisieť od konkrétností prípadu (v tomto prípade napríklad od toho, či zníženie jeho podielu v spoločnosti je kompenzované zvýšením majetku spoločnosti kvôli vkladu nového spoločníka). Aj samotné nehlasovanie, resp. neúčast' na rozhodovacích procesoch však môže viesť k zníženiu hodnoty zálohu.

3. Vplyv zmien týkajúcich sa obchodného podielu a akcie na trvanie záložného práva

Právna úprava záložného práva v OZ neupravuje žiaden všeobecný režim pre zmeny týkajúce sa predmetu záložného práva (spracovanie či zmena vlastností veci, zmena obsahu založenej pohľadávky), a vplyv týchto zmien na trvanie záložného práva je potrebné odvodit' z iných pravidiel. OZ ustanovuje iba to, že záložné právo zaniká v prípade, ak zanikli všetky veci, práva alebo iné majetkové hodnoty, na ktoré sa záložné právo vzťahovalo (§ 151md ods. 1 písm. b) OZ). Z toho vyplýva, že kým existuje predmet zálohu (aspoň čiastočne), tak záložné právo trvá. Rovnako záložné právo v zásade trvá napriek prevodu alebo prechodu zálohu (§ 151h ods. 1 OZ).

Zákon ale nerieši napríklad zmenu obsahu pohľadávky tvoriacej záloh, resp. zmenu či spracovanie veci samotným vlastníkom. Pri absencii zmeny v subjekte vecno-právne oprávnenom k predmetu zálohu (resp. oprávnenom majetkovo), by nemalo dôjsť k zániku záložného práva, a to aj v takom prípade, ak by sme po právnej stránke dospeli k záveru, že predmet zálohu prestal existovať ako vec (pohľadávka) A a stala sa z neho vec (pohľadávka) B. Obrázne povedané, z ľadu sa stala voda.¹¹

V prospech tohto záveru je možné argumentovať tým, že nielen kumulatívna novácia (dohoda o zmene v obsahu záväzku v zmysle §

¹¹ Porovnaj § 1350 NOZ.

516 OZ), ale ani privatívna novácia (teda dohoda o nahradení jedného záväzku iným s tým, že prvý zaniká a je nahradený druhým) zabezpečenej pohľadávky sama osebe nevedie k zániku záložného práva zabezpečujúceho túto pohľadávku (§ 516 ods. 3 OZ, § 572 ods. 1 OZ). Rovnako aj pri zmene právneho dôvodu zabezpečenej pohľadávky (napríklad zabezpečená pohľadávka zo zmluvy je nahradená pohľadávkou na vydanie bezdôvodného obohatenia) súdna prax dovodila trvanie záložného práva a nekonštatovala zánik zabezpečenej pohľadávky.¹² Rovnaké závery ako pre zabezpečenú pohľadávku by mali platiť aj pre pohľadávku ako predmet zálohu. Ak je založená pohľadávka predmetom novácie (bez ohľadu na to, či pôjde o kumulatívnu alebo privatívnu), alebo dôjde k zmene podstaty veci (bez zmeny jej vlastníctva), nemalo by to viesť k zániku zálohu. Podobné by malo platiť aj pre takú zmenu vo vlastnostiach veci, ktorá po právnej stránke vedie k tomu, že vec zaniká a vzniká vec nová pri zachovaní vlastníctva k danej veci.¹³ Ak dôjde aj k zmene vlastníctva, resp. oprávneného k predmetu zálohu, aplikujú sa zásady platné pre prechod a prevod zálohu.¹⁴

-
- 12 Pozri rozhodnutie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky (ďalej len „najvyšší súd“) sp. zn. 4 Obo 102/1999, citované podľa Fekete, I.: *Občiansky zákonník. Veľký komentár*. 1. diel. Eurokódex. Bratislava 2011, s. 971 a rozsudky Najvyššieho súdu Českej republiky (ďalej len „najvyšší súd ČR“) sp. zn. 31 Cdo 2851/99 z 5. marca 2000 a sp. zn. 29 Cdo 2606/2000 z 27. marca 2008 s poukazom na to, že odstúpením od zmluvy sa iba menia podmienky, za ktorých je dlžník povinný vrátiť svoj záväzok.
- 13 Dodáme, že má dôjsť k zmene vo vlastnostiach veci, nie k zničeniu jednej veci na vytvorenie druhej (z ľadu sa stane voda, zo semienka kvet, na druhej strane z uhlia vznikne teplo) ani k tomu, že jedna vec sa stane súčasťou inej (tehla zabudovaná do domu).
- 14 Pre spracovanie cudzej veci vo vzťahu k trvaniu záložného práva pozri Maliar, M.: Zaniká záložné právo ostatných záložných veriteľov výkonom záložného práva prednostným záložným veriteľom? In: *Ars Notaria*, 4/2013, s. 5 – 7. Od spracovania cudzej veci na tomto mieste s cieľom zjednodušenia odhliadneme a predpokladáme, že nebude konflikt medzi dvoma vlastníkmi.

Rovnaké závery by mali platiť aj v prípadoch, ak je zálohom účasť na obchodnej spoločnosti – obchodný podiel alebo akcia (akcie).

Preto zmena výšky obchodného podielu, napríklad v dôsledku zmien v základnom imaní či vzájomnom rozdelení obchodných podielov medzi spoločníkmi, nemá vplyv na trvanie záložného práva k danému obchodnému podielu.¹⁵

V tejto súvislosti vznikla otázka, či v dôsledku prevodu zataženého obchodného podielu (alebo jeho časti) na iného spoločníka sa predmetom záložného práva stáva aj doterajší nezatažený obchodný podiel nadobúdateľa (a to nezávisle od pomeru ich výšok) a opačne. Argumentuje sa, že v dôsledku zásady jednotnosti obchodného podielu (§ 114 ods. 2 ObchZ) sa celý obchodný podiel nadobúdateľa stáva predmetom zálohu, bez ohľadu na to, či jeho dovtedajší obchodný podiel bol zatažený záložným právom, alebo či nadobudol zatažený obchodný podiel od prevodcu.¹⁶ Nemyslíme si však, že tento záver je neotrasiteľný. Česká judikatúra napríklad v prípade nehnuteľnosti patriacej do výlučného vlastníctva vlastníka dovodila možnosť založiť iba akúsi ideálnu časť nehnuteľnosti.¹⁷ Podobne pre prípad záložným právom zataženého spoluvlastníckeho podielu, ktorý nadobudol druhý spoluvlastník, čím sa stal výlučným vlastníkom veci, judikatúra dovodila, že záložné práva neviazane na „celej“ veci.¹⁸ Pre tento prípad sa v podstate vytvára virtuálny spoluvlastnícky podiel k nehnuteľnosti,

15 Žiada sa ale dodať, že v prípadoch, ak zmena výšky obchodného podielu v dôsledku dohôd medzi spoločníkmi je spojená s prevodom časti zataženého obchodného podielu na iného spoločníka, toto záložné právo vzťahujúce sa na tento prevádzaný obchodný podiel (resp. na jeho časť) nezaniká.

16 Tomlainová, dielo citované v poznámke č. 6., bod IV.

17 Tak napríklad rozsudok najvyššieho súdu ČR sp. zn. 30 Cdo 1268/2002 z 19. decembra 2002. Zdá sa, že Fekete považuje tento názor o prípustnosti zálohu v ideálnej časti nehnuteľnosti za názor súčasnej doktríny, a to ako výnimku k všeobecnej zásade o nedeliteľnosti zálohu (dielo citované v poznámke č. 12, s. 929), ostáva však nejasné, či myslí na doktrínu českú alebo slovenskú (s. 930).

18 Rozsudok najvyššieho súdu ČR sp, zn. 21 Cdo 4397/2009 z 6. apríla 2011.

ktorý je následne samostatne prevoditeľný a postihnuteľný (v rámci výkonu záložného práva). Niet zásadných prekážok, prečo by sa podobná myšlienka nemohla presadiť aj v slovenskom práve,¹⁹ a to aj v prípade obchodných podielov. Ani § 117 ods. 1 prvú vetu ObchZ, podľa ktorého nie je možné rozdeliť obchodný podiel, nepovažujeme za zásadný problém, keďže je možné dané pravidlo teleologicky redukovať v prípadoch záložného práva (a najmä jeho realizácie). Existencia ideálnej časti obchodného podielu nie je rozdelením obchodného podielu, tým by bol až výkon záložného práva. V opačnom prípade by boli pri prevode záložným právom zataženého obchodného podielu súčasní spoločníci podstatne znevýhodnení pri prípadnom záujme o tento podiel, keďže nadobudnutie zataženého obchodného podielu nimi by viedlo k zataženiu aj ich doterajších podielov a mohlo viesť k transakcii so zápornou hodnotou.

Aj v akciovom práve je pochopiteľne možné, že sa účasť akcionára na spoločnosti zvýši alebo zníži. V bežnom prípade je takáto zmena spojená so zvýšením alebo znížením počtu akcií v majetku spoločníka. Vzhľadom na to, že každá akcia jednotlivo môže byť predmetom záložného práva, nevznikajú vyššie uvedené problémy a nákup nezataženej akcie do vlastného portfólia akcií, ktoré sú zatažené, nevedie k jej zataženiu záložným právom. Sporný ale je záver týkajúci sa napríklad zvýšenia menovitej hodnoty akcie, osobitne v prípade, ak je spojený s výmenou akcie ako listinného cenného papieru. Otázne je, či zmena menovitej hodnoty zataženej akcie vedie k zániku tejto akcie ako zálohu. Zmena menovitej hodnoty akcie sa uskutočňuje buď vyznačením inej menovitej hodnoty na akcii, výmenou akcie (§ 209 ods. 2 ObchZ), alebo zmenou v evidencii zaknihovaných cenných papierov (§ 209 ods. 6 ObchZ).

Sledujúc logiku záložného práva k akcii ako záložného práva k cennému papieru, mali by sme dospieť k záveru, že zmena menovitej

19 Rovnako Maliar, M.: Zaniká záložné právo ostatných záložných veriteľov výkonom záložného práva prednostným záložným veriteľom? In: *Ars Notaria*, 4/2013, s. 5.

hodnoty vyznačenej na danom cennom papieri nevedie k jeho zániku, rovnako ako zmena jeho vlastností v centrálnej evidencii. Naopak, vydanie novej akcie by znamenalo zánik pôvodného cenného papiera a vznik nového, a teda aj zánik záložného práva naň sa vzťahujúceho. Napriek právno-technickému zjednodušeniu, podľa ktorého je záložné právo k akcii záložným právom k cennému papieru, je dôležité, že aj v prípade akcií ako predmetu záložného práva ide o záložné právo k účasti na spoločnosti (akciovej). Preto by malo riešenie problémových situácií korešpondovať s riešením ponúknutým pre založený obchodný podiel. Výsledok, že trvanie záložného práva by malo byť závislé od technikálií uskutočnenia zmeny (výmena listiny alebo prepísanie textu na listine) sa zdá byť nepresvedčivé, a preto sa žiada postupovať rovnako ako v prípadoch záložného práva k obchodnému podielu so záverom, že záložné právo vzťahujúce sa na akciu trvá aj pri zmene jej menovitej hodnoty, a to bez ohľadu na spôsob realizácie tejto zmeny, teda aj v prípade jej výmeny za inú akciu.²⁰

4. Vplyv ukončenia účasti spoločníka v obchodnej spoločnosti na trvanie záložného práva k jeho účasti

Zjednodušene povedané, spoločník môže ukončiť svoju účasť na spoločnosti buď prevodom svojho obchodného podielu (akcie) na tretiu osobu, núteným odchodom/vylúčením zo spoločnosti so vznikom nároku na vyrovnací podiel, alebo jeho účasť na spoločnosti môže skončiť aj v prípade, ak sa spoločnosť zruší. V posledne uvedenom prípade môže spoločníkovi vzniknúť nárok na podiel na likvidačnom zostatku.

Prevod obchodného podielu (akcie) na tretiu osobu nemá vplyv na trvanie záložného práva. Zataženie obchodného podielu sa však prejaví v cene za tento podiel.

²⁰ Porovnaj § 1349 NOZ.

Ak však dôjde k zániku účasti spoločníka na spoločnosti spojenému so vznikom nároku na vyrovnací podiel (vylúčenie spoločníka, zrušenie jeho účasti súdom – § 150 ObchZ), dochádza k prechodu obchodného podielu na obchodnú spoločnosť, ktorá s ním môže ďalej disponovať (§ 113 ods. 4 ObchZ). Samotný obchodný podiel nezániká a je naďalej predmetom záložného práva. Keďže však vylúčený spoločník získava nárok na vyrovnací podiel, tak je z ekonomického hľadiska zvýhodnený oproti situácii, keď by bol sám previedol svoj zaťažovaný obchodný podiel na tretiu osobu (pričom by zrejme dosiahol nižšiu cenu). Preto by mali pravidlá pre výpočet vyrovnacieho podielu *ex ante* zohľadňovať možnosť, že obchodný podiel bude zaťažovaný záložným právom, a tak bude jeho hodnota v prípade ponuky tretím osobám nižšia. Riziko plynúce pre obchodnú spoločnosť je však obmedzené aj možnosťou znížiť základné imanie o vklad vylúčeného spoločníka.²¹ Rozhodnutie o zodpovedajúcom znížení základného imania je síce konaním, ktoré vedie k zániku zálohu (a teda je konaním záložcu poškodzujúcim záložného veriteľa), nemalo by sa však bez ďalšieho považovať za protiprávne. Postavenie záložného veriteľa síce bude zhoršené tým, že záložné právo sa nebude vzťahovať na vyrovnací podiel; to však treba vnímať v súvislosti s obmedzenými možnosťami spoločníka ukončiť svoju účasť v spoločnosti s nárokom na vyrovnací podiel.²² Taktiež môže záložný veriteľ obmedziť svoje riziko dohodou, že predmetom záložného práva bude aj nárok na vyrovnací podiel. Podľa § 151b ods. 4 OZ má byť predmet zálohu určený tak, aby ho bolo možné kedykoľvek počas trvania záložného práva určiť. Po vzniku nároku na vyrovnací podiel ho bude možné určiť, a tak by

21 V tomto svetle je potrebné vnímať aj možnosť, že v procese zmeny právnej formy alebo v iných prípadoch štrukturálnych korporátnych zmien môže niektorým spoločníkom zaniknúť účasť v spoločnosti na základe dohody spoločníkov (§ 69b ods. 5 ObchZ).

22 Pozri Šuleková, Ž.: Autonómia spoločníka v súvislosti so zánikom jeho účasti v spoločnosti s ručením obmedzeným. In: *Právo, obchod, ekonomika III*. Košice: UPJŠ, 2013, s. 590 – 600.

takáto budúca pohľadávka mala byť spôsobilým predmetom záložného práva.

V tejto súvislosti sa vynára otázka, či nie je navrhované riešenie nekonzistentné s úpravou exekúcie na obchodný podiel (§ 113b Exekučného poriadku), podľa ktorej sa v prípade, ak dorúčením exekučného príkazu účasť povinného v obchodnej spoločnosti podľa osobitného predpisu zaniká, môže sa veriteľ uspokojiť z vyrovnacieho podielu. Podľa niektorých názorov sa tento mechanizmus aplikuje aj v prípade, ak je povinným záložca a exekvovaný je obchodný podiel – záloh. Tomlainová²³ predpokladá, že aj pri výkone záložného práva môže dôjsť k zániku účasti záložcu na spoločnosti. Z toho vyplýva, že predmetom zálohu, z ktorého by sa mal záložný veriteľ uspokojiť, by mal byť nárok na vyplatenie vyrovnacieho podielu, hoci by pôvodný predmet záložného práva naďalej existoval.

S uvedenou autorkou nesúhlasíme najmä v tom, keď z § 117a ods. 3 ObchZ vyvodzuje, že výnimka z povinného súhlasu valného zhromaždenia pri výkone záložného práva sa vzťahuje len na jeho prevod a nie na jeho prechod. A keďže podľa uvedenej autorky dochádza pri exekúcii na obchodný podiel k jeho prechodu na nadobúdateľa, tak je pri výkone záložného práva vždy potrebný súhlas valného zhromaždenia. V dôsledku toho a zrejme v spojitosti s úpravou v § 148 ods. 3 ObchZ, podľa ktorej ak sa na prevod obchodného podielu vyžaduje súhlas valného zhromaždenia, má exekúcia na obchodný podiel spoločníka rovnaké účinky ako zrušenie jeho účasti v spoločnosti súdom, dochádza k záveru, že k zániku účasti záložcu ako spoločníka v spoločnosti dochádza v podstate vždy pri exekúcii záložného práva. Podľa nášho názoru na realizáciu záložného práva už súhlas valného zhromaždenia nie je potrebný, bez ohľadu na to, či realizačné opatrenie

23 Tomlainová, A.: Výkon záložného práva na obchodný podiel v spoločnosti s ručením obmedzeným podľa Exekučného poriadku. 1. časť. In: *Bulletin slovenskej advokácie*, 4/2007, s. 7 – 17.

vnímame ako prevod (tak zrejme pri dobrovoľných dražbách)²⁴ alebo ako prechod (ak chápeme predaj prostredníctvom exekučnej dražby ako prechod).²⁵

Exekúcia na zaťažený obchodný podiel ako prostriedok realizácie záložného práva by preto mala prichádzať do úvahy v prípadoch, pri ktorých exekúciou účasť spoločníka v spoločnosti nezaniká. Z hľadiska exekučného práva sa v týchto prípadoch primerane aplikujú pravidlá o exekúcii hnutelných vecí (§ 113 b ods. 6 veta prvá EP)²⁶ a záložné právo sa na vyrovnací podiel nerozšíri.

Iná situácia nastáva v prípade, ak účasť záložcu na spoločnosti zaniká spolu so spoločnosťou. V tom prípade má spoločník nárok na podiel na majetkovom zostatku, ktorý vyplynul z likvidácie, teda podiel na likvidačnom zostatku (§ 61 ods. 4 a § 153 ods. 2 ObchZ). Je otázne, či nárok na likvidačnom zostatku je tiež predmetom záložného práva pôvodne zriadeného k obchodnému podielu. Riešenie vidíme v interpretácii § 151md ods. 1 písm. b) OZ, podľa ktorého záložné právo zaniká v prípade, ak zanikli všetky veci, práva alebo iné majetkové hodnoty, na ktoré sa záložné právo vzťahovalo. Je možné argumentovať, že obchodný podiel v sebe obsahuje rôzne majetkové práva, a to aj podmienené. Vznik nároku na podiel na likvidačnom zostatku je podmienený obchodným podielom a zrušením spoločnosti s likvidáciou – a teda aj zánikom obchodného podielu.²⁷ Kým toto

24 Napríklad uznesenie najvyššieho súdu sp. zn. 2 MCdo 20/2011 z 18. decembra 2012, publikované aj ako R 61/2014.

25 Rovnako interpretujeme názor Majeríkovej in Ovečková, O., a kol.: *Obchodný zákonník, komentár, 1. časť*, 3. Vydanie. Bratislava: Iura Edition, 2012, s. 557.

26 Pre podrobný rozbor pozri Tomlainová, A.: Výkon záložného práva na obchodný podiel v spoločnosti s ručením obmedzeným podľa Exekučného poriadku. In: *Bulletin slovenskej advokácie*, 5/2007, s. 11 – 23 (2. časť), 6/2007, s. 9 – 18 (3. časť).

27 Žiada sa doplniť, že na rozdiel od podielu na likvidačnom zostatku či vyrovnací podiel je nárok na podiel na zisku určitým výnosom zo založenej „veci“ a na jeho vzťah k záložnému právu sa žiada použiť pravidlá o úžitkoch a plodoch zálohu (§ 151d ods. 2 druhá veta OZ).

právo (na podiel na likvidačnom zostatku) nezanikne, nezanikne ani celý predmet zálohu (§ 151md ods. 1 písm. b) OZ), bez ohľadu na to, že už *stricto sensu* niet samotného obchodného podielu. Predmetom záložného práva na obchodný podiel by preto mal byť aj podiel na likvidačnom zostatku (transformácia obchodného podielu na iný majetkový nárok voči likvidačnej podstate).

5. Záložné právo pri vybraných korporátnych zmenách

Najkomplikovanejšie otázky sú spojené s existenciou záložného práva k obchodnému podielu, resp. k akcii v prípade určitých zásadných korporátnych zmien. Budeme uvažovať o dvoch situáciách: o zmene právnej formy obchodnej spoločnosti a o rozdelení a zlúčení obchodnej spoločnosti

a) Vplyv zmeny právnej formy obchodnej spoločnosti na trvanie záložného práva k účasti na tejto spoločnosti

Podľa § 69b ObchZ je v zásade prípustná zmena právnej formy obchodnej spoločnosti na inú právnu formu spoločnosti alebo na družstvo. Nedochoádza k zániku obchodnej spoločnosti, len sa mení jej právna forma. Spoločníci obchodnej spoločnosti ostávajú spravidla spoločníkmi obchodnej spoločnosti aj po zmene jej právnej formy.

Podľa vyššie uvedeného chápania zmeny podstaty predmetu zálohu samotná zmena vlastníctva (podstaty) veci/pohľadávky nevedie k zániku záložného práva na tejto veci/pohľadávke. Uvedené by sa malo aplikovať aj v prípade zmeny právnej formy obchodnej spoločnosti. Predmetom záložného práva bol síce obchodný podiel/akcia obchodnej spoločnosti konkrétnej právnej formy, to však treba chápať abstraktne ako účasť na obchodnej spoločnosti, ktorej právna forma bola zmenená. Aj vzhľadom na to, že nedochádza k zániku obchodnej spoločnosti, nie je dôvod dospieť k záveru, že zmenou jej právnej

formy dochádza k zániku predmetu záložného práva (účasti na nej). Ak by však došlo k zmene právnej formy na spoločnosť, na ktorej nie je účasť spôsobilým predmetom záložného práva, záložné právo zaniká.²⁸

b) Vplyv zlúčenia, splynutia a rozdelenia obchodnej spoločnosti na trvanie záložného práva k účasti na zanikajúcej spoločnosti

Zrejme najkomplikovanejšie situácie súvisia so zlúčením, splynutím a rozdelením obchodných spoločností, na ktorých je účasť zaťažená záložným právom. Slovenská právna úprava neobsahuje výslovnú úpravu, podľa ktorej by po zlúčení, splynutí alebo rozdelení obchodnej spoločnosti malo záložné právo zaťažujúce obchodný podiel (akcie) na zanikajúcej spoločnosti trvať aj vo vzťahu k obchodnému podielu (akcii) na nástupnickej spoločnosti. Zahraničných vzorov je pritom dostatok.²⁹ Kvôli absencii výslovnej právnej úpravy sa odvodzuje, že ak spoločnosť, na ktorej bola účasť predmetom záložného práva zaniká, zaniká aj záloh – zaťažená účasť na spoločnosti, a teda

28 Rovnako Tomlainová, dielo citované v poznámke č. 6., bod IV.

29 Napríklad podľa § 40 českého zákona č. 125/2008 Zb. o proměnách obchodních společností a družstev prechádza záložné právo vzťahujúce sa na podiel na zanikajúcej spoločnosti počas premeny, alebo spoločnosti, ktorá mení právnu formu aj na podiel tohto spoločníka na nástupnickej spoločnosti (ods. 1), inak má záložný veriteľ právo požadovať poskytnutie dostatočného zabezpečenia (ods. 3). Podobne, podľa čl. 334o ods. 1 druhej knihy holandského Občianskeho zákonníka (BW), existujúce záložné práva na účasti na rozdeľovanej spoločnosti ostávajú aj na účastiach na spoločnostiach vzniknutých rozdelením, popri tom sa predmetom záložného práva stávajú aj všetky plnenia získané na základe projektu rozdelenia. Podľa ods. 2 tohto ustanovenia, ak účasť spoločníka zanikne, musí byť nástupníckymi spoločnosťami oprávnenému zo záložného práva poskytnutá rovnocenná náhrada. Najkratšiu úpravu ponúka nemecké právo, keď podľa § 20 ods. 1 bod 3 veta druhá zákona o premenách (UmwG – Umwandlungsgesetz) pri zlúčení práva tretích osôb viaznuce na podieloch alebo členstve v zanikajúcej spoločnosti trvajú aj na podieloch alebo členstve na nástupnickej spoločnosti, ktoré ich nahrádzajú.

aj záložné právo, a to aj vtedy, ak sa daná osoba stáva spoločníkom v nástupnickej spoločnosti.³⁰

Aj v tomto prípade si myslíme, že v podstate jasný textualistický argument (zaniká spoločnosť *ergo* zaniká aj účasť na tejto spoločnosti *ergo* zaniká aj záloh a záložné právo) nie je jediným možným. Argumentáciu v prospech zotrvania účasti na spoločnosti je možné aj v tomto prípade postaviť na výklade § 151md ods. 1 písm. b) OZ ustanovujúceho podmienky, za ktorých zaniká záložné právo pri zániku zálohu v celom jeho rozsahu, ako aj vzhľadom na už uvedené zotrvanie záložného práva na veci, ktorá podlieha zmene (pri absencii konfliktu medzi jej potenciálnymi vlastníkmi – ako je to pri spracovaní cudzej veci). Záložné právo zanikne až vtedy, ak zaniknú všetky veci, práva a iné majetkové hodnoty, ktoré sú jeho predmetom. Opätovne môžeme tvrdiť, že účasť na spoločnosti, ktorá zaniká rozdelením, zlúčením alebo splynutím zahŕňa aj právo stať sa spoločníkom nástupnickej spoločnosti (§ 69 ods. 5 ObchZ). A toto právo sa naplňa vznikom novej účasti záložcu na nástupnickej spoločnosti. Predmet záložného práva sa transformuje. Skutočnosť, že sa účasť spoločníka už bude vzťahovať na inú spoločnosť nie je rozhodujúca. Podobne ako pri zmene v predmete zálohu, relevantná je existencia vzťahu danej osoby k predmetu zálohu a zmena v danej veci, a to hoci z hľadiska zákonného textu ide v prípade štrukturálnych korporátnych zmien o zánik jedného predmetu (účasť na zanikajúcej spoločnosti) a vznik druhého (účasť na nástupnickej spoločnosti).

Takýto záver vidíme ako hodnotovo konzistentný aj so záverom o trvaní záložného práva pri zmene právnej formy.

Záver

Cielom príspevku bolo nadviazať na myšlienky pána profesora Lazara a upriamiť pozornosť na niektoré sporné otázky súvisiace so

30 Tomlainová, dielo citované v poznámke č. 6., bod IV.

záložným právom na účasť na právnickej osobe, najmä obchodnej spoločnosti. Vychádzame z toho, že predmetom záložného práva je v podstate abstraktná účasť na spoločnosti, titul spoločníka vo vzťahu k spoločnosti, ktorý môže podliehať zmenám. Navrhujeme, aby záložné právo na účasť na spoločnosti trvalo tak pri zmenách vo výške založeného obchodného podielu, ako aj v prípade zmeny menovitých hodnôt akcie. Predmetom záložného práva na účasť na spoločnosti by mal byť aj nárok na podiel na likvidačnom zostatku, nie však nárok na vyrovnací podiel, ak naďalej existuje účasť na spoločnosti, ktorá je spôsobilým predmetom obchodných transakcií. Zároveň by záložné právo na účasť na spoločnosti malo trvať aj v prípadoch štrukturálnych zmien obchodných spoločností, akými sú zmena právnej formy, zlúčenie, splynutie a rozdelenie. Riešenie uvedených situácií môžeme nájsť vo flexibilnom výklade podmienok zániku záložného práva, keď by sme záložné právo považovali za zaniknuté až zánikom posledného oprávnenia vyplývajúceho z predmetu záložného práva – účasti na spoločnosti.

Autor si uvedomuje, že neponúka jednoznačné a definitívne závery, skôr sa pokúša formulovať argumentačné línie, ktorými zamýšľa konfrontovať jasné textualistické argumenty nadväzujúce na nedostatočnú právnu úpravu. Ponúknuté riešenia sú takpovediac záchrannými, ale považujeme ich za spravodlivé a demotivujúce záložcov od úkonov, ktorými by cieľným uskutočňovaním štrukturálnych zmien v obchodnej spoločnosti vykĺzli spod ťarchy záložného práva.

Aj tento príspevok podčiarkuje, že na prvý pohľad detailná právna úprava záložného práva otvára mnoho otázok, ktoré si žiadajú explicitnú právnu úpravu (alebo aktivistickú judikatúru), lebo ich odvodenie *de lege lata* je viac ako zložité a nie vždy jednoznačne presvedčivé. Niektorá z načrtnutých navzájom súladných zahraničných právnych úprav môže poslúžiť za vzor.³¹

31 Táto práca bola podporovaná Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe zmluvy č. APVV-0809-12.

Zusammenfassung

Ziel dieses Beitrags ist es, die Aufmerksamkeit auf einige umstrittene Fragen im Zusammenhang mit der Pfändung von Beteiligung an juristischen Personen, insbesondere Handelsgesellschaften zu ziehen. Er Autor geht davon aus, dass der Gegenstand des Pfandrechts im Wesentlichen eine abstrakte Teilhabe an der Gesellschaft (Mitgliedschaft), die Änderungen unterliegen kann. Es wird die Interpretation der Norm über das Erlöschen des Pfandrechts vorgeschlagen, dass das Pfandrecht am Gesellschaftsanteil oder der Aktie bestehen bleibt trotz der Veränderung seines Betrages, bzw. des Nennwertes. Das Pfandrecht an der Mitgliedschaft sollte sich auch auf den Anspruch auf den Anteil des Liquidationserlöses erstrecken, nicht aber auf den Anteil zum Ausgleich bei Ausstieg eines Gesellschafters aus einer GmbH. Das Pfandrecht an der Mitgliedschaft sollte auch im Rahmen der Strukturveränderungen (Umwandlung).

Použitá literatúra

- Alakszová, K.: Zriadenie záložného práva na obchodný podiel. In: *Inštitúty obchodného práva aplikovateľné pri riešení prejavov hospodárskej krízy v korporátnom a zmluvnom práve*. Zborník z konferencie Bratislavské právnické fórum 2013, online: http://www.lawconference.sk/archiv/bpf_2013/, s. 801-806.
- Eliáš, K., Bartošiková, M., Pokorná, J. a kol.: *Kurs obchodného práva. Právnické osoby jako podnikatelé*. 5. Vydanie, C. H. Beck: Praha 2005, 617 s.
- Fekete, I.: *Občiansky zákonník. Veľký komentár*. 1. diel. Eurokódex. Bratislava 2011, 1288 s.
- Fekete, I.: *Obchodná spoločnosť s ručením obmedzeným*, Komplexná príručka, Bratislava: EPOS, 2004, 688 s.
- Flume, W.: *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts: Band 1, Teil 1: Die Personengesellschaft*. Berlin: Springer, 1977, 451 s.
- Habersack, M.: *Die Mitgliedschaft: subjektives und „sonstiges“ Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, 406 s.
- Lazar, J.: Prostriedky zabezpečenia pohľadávok a možnosti ich uspokojenia v sloven-

- skom práve. In: Lazar, J. (ed.): *Zabezpečenie pohľadávok a ich uspokojenie*. Bratislava: Iura Edition, 2002, s. 19 – 54.
- Maliar, M.: Zaniká záložné právo ostatných záložných veriteľov výkonom záložného práva prednostným záložným veriteľom? In: *Ars Notaria*, 4/2013, s. 4 – 10.
- Ovečková, O. a kol.: *Obchodný zákonník, komentár, 1. časť*. 3. Vydanie. Bratislava: Iura Edition, 2012, 1182 s.
- Procházka, R.: *Záložné právo na obchodný podiel po splynutí spoločností*. Online: <http://www.lexforum.sk/481>.
- Rieder, M., S., Ziegler, B.: Die Auswirkungen einer Pfändung von Kapitalgesellschaftsanteilen auf Strukturmaßnahmen. In: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 11/2004, s. 481 – 490.
- Šuleková, Ž.: Autonómia spoločníka v súvislosti so zánikom jeho účasti v spoločnosti s ručením obmedzeným. In: *Právo, obchod, ekonomika III*. Košice: UPJŠ, 2013, s. 590 – 600.
- Tomlainová, A.: Výkon záložného práva na obchodný podiel v spoločnosti s ručením obmedzeným podľa Exekučného poriadku. In: *Bulletin slovenskej advokácie*, 4/2007, s. 7 – 17 (1. časť), 5/2007, s. 11 – 23 (2. časť), 6/2007, s. 9 – 18 (3. časť).
- Tomlainová, A.: Zmluvné záložné právo na obchodný podiel v spoločnosti s ručením obmedzeným. In: *Bulletin slovenskej advokácie*. 11/2006, s. 9 – 32.

K NOVÉMU MEDZINÁRODNÉMU MECHANIZMU OCHRANY PRÁV DETÍ

RÓBERT DOBROVODSKÝ

Abstrakt: Príspevok sa venuje významnej medzinárodnoprávnej udalosti, ktorou je prijatie Opčného protokolu k Dohovoru o právach dieťaťa o procedúre oznámení (sťažnosti) a v neposlednej rade jeho ratifikácii Slovenskou republikou. Slovenská republika si v medzinárodnom spoločenstve zapísala prvenstvo tým, že svojou ratifikáciou sa zaslúžila o to, že protokol vstúpil v platnosť. Článok podrobne analyzuje princípy konaní a druhy konaní podľa protokolu. Vzhľadom na novosť témy má článok v parciálnych otázkach ambíciu formulovať odporúčania pre slovenské orgány, najmä pre súdy a orgány sociálnoprávnej ochrany detí a mládeže. Autor článku oboznamuje aj s podrobnosťami konania, ktoré sú upravené v procesnom poriadku výboru.

Kľúčové slová: Opčný protokol, mechanizmus ochrany a vynútiteľnosti práv detí, Výbor pre práva dieťaťa, princíp najlepšieho záujmu dieťaťa, princíp rešpektovania práv dieťaťa, princíp vypočutia názoru dieťaťa (participačný princíp), individuálna procedúra oznámení (sťažnosti), konanie na základe oznámenia medzi štátmi, vyšetrovanie.

1. Úvod

Deň 14.4.2014 sa zapíše v dejinách medzinárodnoprávnej ochrany práv detí ako významný. Presne v tento deň uplynuli tri mesiace odkedy v poradí desiatu krajina, konkrétne Kostarika, ratifikovala **Opčný protokol k Dohovoru o právach dieťaťa o procedúre oznámení (sťažnosti)** (*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure*) (ďalej len „protokol“). Táto udalosť má význam osobitne pre Slovenskú republiku, keďže **bola deviatou krajinou** ratifikujúcou protokol.¹ Protokol je **otvorenou**

1 Dobrovodský, R.: in Lazar, J a kol.: Občianske právo hmotné. Europeizácia a in-

zmluvou,² keďže je otvorený na prístup všetkým štátom, ktoré ratifikovali dohovor alebo pristúpili k dohovoru alebo ku ktorémukoľvek z jeho prvých dvoch opčných protokolov.³ Vyzdvihnúť je potrebné nie len samotnú ratifikáciu protokolu Slovenskou republikou, ale aj nezanedbateľný úspech slovenskej diplomacie spočívajúci v aktívnom prístupe slovenského diplomata pána *Drahoslava Štefánka*, ktorý predsedal pracovnej skupine na prípravu textu protokolu.⁴ Gestor protokolu – Ministerstvo zahraničných vecí a európskych záležitostí Slovenskej republiky – vyvinul na medzinárodnom a vnútroštátnom poli veľké úsilie, aby Slovenská republika bola jednou z prvých desiatich krajín, ktoré protokol ratifikovali.⁵

2. Povaha protokolu. Legislatívny proces protokolu na Slovensku

Na rozdiel od prvých dvoch substantívnych opčných protokolov, t. j. Opčný protokol k dohovoru o predaji detí, detskej prostitú-

ternacionalizácia rodinného práva. Občianske právo hmotné. Iuris Libris. Bratislava. 2014. s. 254 – 255.

2 K druhom medzinárodných zmlúv pozri: Jankuv, J. in Jankuv, J. – Lantajová, D.: Medzinárodné zmluvné právo a jeho interakcia s právnym poriadkom Slovenskej republiky. Plzeň. Aleš Čeněk, 2011. s. 34; ku dňu 26.6.2014 podpísalo zmluvu 45 krajín a ratifikovalo ju 11 krajín. Zdroj: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-11-d&chapter=4&lang=en

3 Čl. 18 ods. 3.

4 Porovnaj napríklad: Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure (25 May 2011) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrconcouncil/docs/17session/A-HRC-17-36.pdf>

5 Ku dňu 14.01.2014 ratifikovalo protokol 10 krajín. Medzi ne patrí Albánsko, Bolívia, Gabon, Nemecko, Čierna Hora, Portugalsko, Slovensko, Španielsko, Thajsko a Kostarika.

cii a detskej pornografii⁶ a Opčný protokol k dohovoru o účasti detí v ozbrojených konfliktoch⁷, predmetný opčný protokol **má proceduralný charakter**. Je univerzálnou medzinárodnou zmluvou zakotvujúcou možnosť a postup podávania oznámení (sťažností) zo strany jednotlivcov, skupiny jednotlivcov alebo v mene jednotlivca či skupiny jednotlivcov, v prípadoch porušenia práv garantovaných Dohovorom o právach dieťaťa alebo niektorým z jeho substantívnych protokolov. Platnosťou protokolu sa v medzinárodnom spoločenstve zaplňa miesto, kde absentoval procesný mechanizmus ochrany práv detí. Osobitný význam protokolu vyniká v kontexte súčasného stavu najdôležitejších univerzálnych zmlúv a dokumentov o ľudských právach a základných slobodách, ktoré majú vlastný mechanizmus kontroly a vynútenia. **Zakotvuje sa rovnaký mechanizmus ochrany a vynútiteľnosti práv** vyplývajúcich z medzinárodnej zmluvy tak ako je tomu pri iných medzinárodných nástrojoch na pôde OSN. Literatúra totiž prikladá mechanizmu podávania sťažností jednotlivcom pre porušenie práv veľký význam a považuje ju za jednu z foriem garancie dodržiavania zmlúv v medzinárodnom zmluvnom práve.⁸ Protokol popri Dohovore o právach dieťaťa, ktorý zakotvuje mechanizmus podávania a konzultácií správ⁹ o dodržiavaní práv dieťaťa za Slovenskú

-
- 6 Oznámením Ministerstva zahraničných vecí Slovenskej republiky č. 424/2004 Z. z. bolo oznámené, že 25. mája 2000 bol v New Yorku prijatý Opčný protokol k Dohovoru o právach dieťaťa o predaji detí, detskej prostitúcii a detskej pornografii.
 - 7 Oznámenie Ministerstva zahraničných vecí Slovenskej republiky č. 256/2009 Z. z. o uzavretí Opčného protokolu k Dohovoru o právach dieťaťa o účasti detí v ozbrojených konfliktoch.
 - 8 Porovnaj: Blaškovič, K.: Pacta sunt servanda a prostriedky jeho vynútenia. Medzinárodné zmluvy ako prostriedok globalizácie práva v 21. storočí. Právnická fakulta TU v Trnave. Trnava 2011, s. 18.
 - 9 Porovnaj napr. Východisková správa k Dohovoru o právach dieťaťa, Druhá periodická správa k Dohovoru o právach dieťaťa. Dostupné: http://www.mzv.sk/sk/zahranicna_politika/ludske_prava-implementacne_spravy_k_ludskopravnym_dohovorom

republiku, má mimoriadny význam **pre individuálne potreby dieťaťa** v prípade porušenia jeho práv. Prijatie protokolu bez pochyb prispeje k posilneniu jedného z princípov právneho štátu a to ochrana a garancia ľudských práv.¹⁰ Protokol neobsahuje materiálnoprávne zakotvenie práv a slobôd, ale upravuje procesný postup kontroly dodržiavania práv a slobôd vyplývajúcich z Dohovoru o právach dieťaťa a z už spomínaných dvoch opčných protokolov.

Účel a povahu protokolu možno vyvodit' z jeho preambuly, ktorej veda medzinárodného práva verejného pripisuje nezanedbateľný a nezameniteľný význam pri výklade zmluvy, ako aj pri jej vykonávaní.¹¹ V preambule Slovenská republika ako zmluvná strana protokolu uznáva, že osobitné a závislé postavenie detí môže pre ne vytvárať skutočné ťažkosti pri dosahovaní nápravy v prípade porušenia ich práv. Slovenská republika má na zreteli, že protokol posilní a doplní národné a regionálne mechanizmy umožňujúce deťom predkladať sťažnosti v prípade porušenia ich práv a uznáva, že najlepší záujem dieťaťa má byť prvoradá pri úvahách o zabezpečení nápravy porušenia práv dieťaťa a že takáto náprava by mala vziať do úvahy potrebu citlivého prístupu k dieťaťu na každej úrovni.

Protokol schválilo Valné zhromaždenie OSN v New Yorku rezolúciou č. 66/138 z 19. decembra 2011 a bol otvorený na podpis 28. februára 2012 v Ženeve počas 19. zasadnutia Rady OSN pre ľudské práva. Slovenská republika v nadväznosti na uznesenie vlády SR č. 57 z 22. februára 2012, ktorým vláda vyslovila súhlas s podpisom protokolu s výhradou ratifikácie. Protokol Slovenská republika podpísala v deň jeho otvorenia na podpis ako jeden z prvých štátov. Uznesením vlády SR č. 443 z 21. augusta 2013 bol vyslovený sú-

10 Porovnaj: Krošlák, D. in: Krošlák, D. – Šmihula, D.: Základy teórie štátu a práva. Iura Edition. 2. aktualizované vydanie. s. 103.

11 Lantajová, D. in Jankuv, J. – Lantajová, D.: Medzinárodné zmluvné právo a jeho interakcia s právnym poriadkom Slovenskej republiky. Plzeň. Aleš Čeněk, 2011, s. 42.

hlas s ratifikáciou protokolu a v septembri 2013 bol Národnej rade SR doručený návrh na vyslovenie súhlasu s tým, že ide o medzinárodnú zmluvu, ktorá má podľa čl. 7 ods. 5 Ústavy SR prednosť pred zákonmi.¹² Ratifikačná listina bola uložená u generálneho tajomníka OSN dňa 3.12.2013. Oznámením Ministerstva zahraničných vecí a európskych záležitostí Slovenskej republiky č. 91/2014 Z. z. Ministerstvo zahraničných vecí a európskych záležitostí Slovenskej republiky bolo oznámené, že protokol pre Slovenskú republiku nadobudne platnosť **14. apríla 2014.**

Mechanizmus postupu podľa protokolu má v porovnaní s ostatnými ľudsko-právnymi mechanizmami v sebe zakomponovaných viacerých špecifik, ktoré vyplývajú z osobitej povahy práv detí. Jedným špecifikom je vyššie uvádzaná skutočnosť, že Národná rada SR rozhodla, že protokol je medzinárodná zmluva, ktorá má podľa čl. 7 ods. 5 Ústavy Slovenskej republiky prednosť pred zákonmi. Protokol je medzinárodnou zmluvou o ľudských právach a základných slobodách, ktorá priamo zakladá práva alebo povinnosti fyzických osôb alebo právnických osôb, a preto slovenské orgány sú povinné rešpektovať procesné práva dieťaťa garantované **priamo protokolom**. Z hľadiska medzinárodnoprávnej doktríny ústavného práva na Slovensku sa možno z pohľadu kvalifikácie medzinárodných zmlúv prikloniť k názoru, že protokol je v prevažnej väčšine priamo vykonateľný.¹³

12 K pôsobnosti medzinárodných zmlúv o ľudských právach a základných slobodách v slovenskom právnom poriadku porovnaj: Krošlák, D.: Introduction to the Slovak Constitutional System. 2nd, revised and extended edition. Leges. Praha. 2014, s. 106.

13 Porovnaj úvahy uvedené v dielach: Berdisová, L.: Bröstl, A. a kol: Ústavné právo Slovenskej republiky. 2. upr. vydanie. Plzeň Aleš Čeněk, 2013. s. 95-96; Šmid, M.: Priama aplikovateľnosť medzinárodného práva a jeho postavenie voči vnútroštátnemu právu. Právny obzor č. 1, 1997, s. 28 – 35; Jankuv, J.: Postavenie medzinárodných zmlúv v právnom poriadku Slovenskej republiky. Teória aplikácie medzinárodnej zmluvy ako nástroja právnej regulácie na národnej, medzinárodnej a komunitárnej úrovni. Zborník príspevkov. Trnava 2009, s. 29.

Na to nadväzuje ďalšia výnimočná skutočnosť, že v rámci ratifikácie Slovenská republika **uznala príslušnosť Výboru pre práva dieťaťa (*Committee on the Rights of the Child*)** (ďalej len „výbor“) **prijat' a posúdiť oznámenia** podľa protokolu.¹⁴ Ustanovenie čl. 1 protokolu upravuje **právomoc výboru**. Protokol upravuje aj negatívnu právomoc výboru vo vzťahu k otázkam týkajúcich sa porušenia práv ustanovených nástrojom, ktorého štát nie je zmluvnou stranou. Výbor môže prejednávať otázky porušenia práv detí zo strany slovenských orgánov, ktoré vyplývajú z Dohovoru o právach dieťaťa, z Opčného protokolu k dohovoru o predaji detí, detskej prostitúcii a detskej pornografii a Opčného protokolu k dohovoru o účasti detí v ozbrojených konfliktoch.

Ďalším špecifikom mechanizmu je skutočnosť, že ustanovenie čl. 2 protokolu ustanovuje povinnosť výboru pri svojom postupe v prvom rade zohľadňovať tri základné princípy:

- 1. princíp najlepšieho záujmu dieťaťa,**
- 2. princíp rešpektovania práv dieťaťa,**
- 3. princíp vypočutia názoru dieťaťa (participačný princíp).**

Osobitosti mechanizmu zameraného na ochranu práv detí sú rovnako zakotvené v **Procesnom poriadku ku konaniu podľa Opčného protokolu k Dohovoru o právach dieťaťa o procedúre oznámení (sťažností)** (*Rules of procedure under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure*), ktorý bol prijatý výborom (ďalej len „procesný poriadok“).¹⁵

14 Pri podpise opčného protokolu Slovenská republika urobila toto vyhlásenie: „Slovenská republika uznáva príslušnosť Výboru OSN pre práva dieťaťa prijat' a posúdiť oznámenia podľa článku 12 ods. 1 opčného protokolu.“

15 Rules of procedure under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure. Committee on the Rights of the Child. United Nations. CRC/C/62/3. 8 April 2013. Dostupné: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/62/3&Lang=en

3. Princíp najlepšieho záujmu dieťaťa v kontexte protokolu.

Princíp najlepšieho záujmu dieťaťa je významným princípom nielen v slovenskom právnom poriadku, ale aj v medzinárodnom zmluvnom práve. Tým, že sa tohto princípu dovoľáva protokol a zaväzuje ním postup výboru, je potrebné na tomto mieste primerane možnosťami nášho príspevku jeho obsah aspoň naznačiť. Nielen bližšia neurčitost obsahu pojmu najlepší záujem dieťaťa, ale i medzinárodno-právny záväzok prednostného aplikovania najlepšieho záujmu dieťaťa pred vnútroštátnou úpravou vyvoláva potrebu osobitnej aplikácie tohto pojmu v živote konkrétneho dieťaťa. Najlepší záujem dieťaťa je prízvukovaný tak v generálnej klauzule čl. 3 Dohovoru o právach dieťaťa, ako aj v iných (osobitných) ustanoveniach Dohovoru o právach dieťaťa. Princíp najlepšieho záujmu dieťaťa má Slovenská republika, resp. jej orgány zohľadňovať osobitne pri realizácii jednotlivých práv zakotvených v Dohovore o právach dieťaťa. Na mysli sa majú predovšetkým situácie rešpektovania najlepšieho záujmu dieťaťa pri jednotlivých právach, napr. v kontexte ustanovenia čl. 9 o odlúčení dieťaťa od rodičov, čl. 10 o spájaní rodín, čl. 18 o rodičovskej zodpovednosti,¹⁶ čl. 20 o pozbavení rodinného prostredia a náhradnej starostlivosti,¹⁷ čl. 21 o osvojení a pod. Najlepší záujem dieťaťa nemá byť konkurenciou vo vzťahu k iným právam, práve naopak, má zabezpečiť plné a účinné aplikovanie iných práv. Dohovor o právach dieťaťa nenadradzuje najlepší záujem dieťaťa nad iné práva upravené v dohovore.

Tým, že samotný výbor je mocou platnosti protokolu viazaný princípom najlepšieho záujmu dieťaťa možno očakávať, že výbor sa bude pri svojej činnosti čiastočne pridrižovať Všeobecného komentára č. 14 (2013) o práve dieťaťa na prvoradé zohľadnenie

16 Rovnako porovnaj aj vnútroštátnu úpravu napr. § 23 ods. 2, § 24 ods. 2 a ods. 4 zákona č. 36/2005 Z. z. o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

17 Rovnako porovnaj aj vnútroštátnu úpravu napr. § 44 ods. 4, § 45 ods. 1, § 54 ods. 5 zákona č. 36/2005 Z. z. o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

jeho alebo jej najlepšieho záujmu (*General comment No. 14 – 2013 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*)¹⁸, ktorý bol zverejnený dňa 29. mája 2013. I slovenské orgány by mali Všeobecnému komentáru č. 14 (2013) venovať **náležitú pozornosť**. Z komentára priamo vyplýva, že „výbor očakáva, že všeobecný komentár bude usmerňovať rozhodnutia všetkých osôb, ktoré sa zaoberajú deťmi, vrátane rodičov a opatrovníkov“.¹⁹ Výbor považuje všeobecný komentár za rámec pre posudzovanie a určovanie najlepšieho záujmu dieťaťa pričom jeho snahou „nie je predpísať, čo je najlepšie pre dieťa v každej situácii a čase“.²⁰ Výbor vyžaduje, aby štát rešpektoval a vykonával právo dieťaťa na posúdenie a prioritné uplatňovanie jeho najlepšieho záujmu. Štát je povinný prijať všetky potrebné ciele a konkrétne opatrenia pre úplné vykonávanie tohto práva. Má zabezpečiť, aby bol najlepší záujem dieťaťa riadne integrovaný a konzistentne uplatňovaný **v každom kroku verejnej inštitúcie**, najmä vo všetkých vykonávacích opatreniach a súdnych konaniach, ktoré priamo alebo nepriamo ovplyvňujú deti. Všetky súdne a správne rozhodnutia týkajúce sa detí majú demonštrovať, že najlepší záujem dieťaťa je ich prvoradým hľadiskom. Sem patrí aj opis, akým spôsobom sa najlepšie záujmy dieťaťa skúmajú a hodnotia a aká váha sa im pripisuje pri rozhodovaní. Pojem najlepší záujem dieťaťa je komplexný a jeho obsah sa má určiť podľa okolností prípadu (podľa dieťaťa), t. j. podľa konkrétnej situácie konkrétneho dieťaťa.²¹ Z hľadiska posudzovania najlepšieho záujmu dieťaťa **je každé jedno dieťa jedinečné**. Potreba, resp. možnosť zohľadniť okolnosti každého

18 Dostupné: http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf

19 Bod 10 komentára.

20 Bod 11 komentára.

21 K doktríne materiálneho právneho štátu a záujmu dieťaťa ako axiologického hľadiska pri rozhodovaní porovnaj: Dubovský, M.: Právo dieťaťa na rodičovskú výchovu a starostlivosť v aplikačnej praxi vnútroštátnych súdov Slovenskej republiky. *Justičná revue*, 62, 2010, č. 4. s. 462 a nasl.

prípadu je garantovaná **pružnosťou a adaptabilitou** pojmu najlepši záujem dieťaťa. Osobný kontext, situácia a potreba dieťaťa majú byť pri posudzovaní najlepšieho záujmu rozhodným kritériom. Výbor vo všeobecnom komentári prízvukuje, že pri posudzovaní najlepšieho záujmu sa má prihliadať najmä na okolnosti, ktoré súvisia s individuálnymi charakteristikami konkrétneho dieťaťa. Týmito charakteristikami sú vek, pohlavie, stupeň zrelosti, skúsenosti, príslušnosť k menšinovej skupine, telesné, zmyslové alebo intelektuálne postihnutie, ako aj sociálny kontext, v ktorom dieťa žije. Do úvahy by sa mali brať okolnosti ako prítomnosť či absencia rodičov, kvalita vzťahov dieťaťa s biologickou alebo náhradnou rodinou, prostredie, v ktorom dieťa žije a pod.

Pružnosť a adaptabilita pojmu najlepši záujem dieťaťa na druhej strane kladie dôraz na to, aby sa slovenské orgány zaoberali so situáciou **dieťaťa dôsledne**. Po ratifikácii protokolu Slovenskou republikou môže v praxi nastať situácia, že v rámci konania pred výborom sa bude skúmať či došlo k **riadnemu zohľadneniu a odôvodneniu najlepšieho záujmu dieťaťa**. Je dôležité, aby rozhodnutia či záznamy o postupoch splňali náležitú presvedčivosť, že sa orgán vyrovnal s najlepším záujmom dieťaťa. Požiadavka na presvedčivosť odôvodnenia rozhodnutia nie je príznačná len pre rozhodnutia týkajúce sa detí, ale pre rozhodnutia vo všeobecnosti. Riadne odôvodnenie súdneho rozhodnutia je v demokratickom právnom štáte totiž základnou podmienkou jeho legitimacy.²² Rozhodnutie musí byť dostatočné, racionálne a presvedčivo odôvodnené. Ak by rozhodnutie o dieťati súd alebo iný štátny orgán riadne neodôvodnil a neodôvodnil by, či je v najlepšom záujme dieťaťa, výbor by postup v konaní podľa protokolu mohol vyhodnotiť ako porušenie práv die-

22 Wilfling, P.: Kvalitatívne požiadavky na odôvodnenie súdneho rozhodnutia. Vybrané otázky. Via Iuris, 2013, s. 4. http://www.viaiuris.sk/stranka_data/subory/publikacie/kvalitativne-poziadavky-na-odovodnenie-sudneho-rozhodnutia-2-vydanie.pdf

ťaťa. Z tohto dôvodu by sa v rozhodovacej činnosti slovenských orgánov odôvodnenie nemalo obmedzovať iba na popis skutkového stavu prípadu, citáciu ustanovenia normy, ktorá sa aplikuje či strohé konštatovanie právneho názoru. Rovnako je požiadavka na riadne a zákonné odôvodnenie kladená aj na rozhodnutia v správnom konaní. Literatúra správneho práva požaduje od odôvodnenia rozhodnutia takú kvalitu, aby samotné odôvodnenie poskytlo skutkovú a právnu oporu výroku rozhodnutia.²³ V slovenských podmienkach sa to týka napríklad situácii, keď orgán sociálnoprávnej ochrany detí a sociálnej kurately rozhodne o uložení výchovného opatrenia podľa § 12 zákona č. 305/2005 Z. z. o sociálnoprávnej ochrane detí a o sociálnej kuratele, ktorého rozhodnutie podlieha súdnemu prieskumu.²⁴ Výboru by mohlo v konkrétnom postupe absentovať odôvodnenie úvahy nad najlepším záujmom dieťaťa. Výbor vyvodzuje z princípu najlepšieho záujmu dieťaťa povinnosť „kedykoľvek prijať rozhodnutie, ktoré ovplyvní konkrétne dieťa, identifikovanú skupinu detí alebo deti všeobecne“ a kladie na rozhodovací proces potrebu „posúdenia možného vplyvu (pozitívneho alebo negatívneho) rozhodnutia na dané dieťa“. V tejto súvislosti musia zmluvné štáty Dohovoru **vyvetliť**, akým spôsobom bolo rešpektované právo v rozhodnutí, tzn. čo sa považuje za konanie v najlepšom záujme dieťaťa, na akých kritériách sa zakladá a akú váhu mal najlepší záujem dieťaťa v porovnaní s ostatnými záujmami.

23 Porovnaj: Košičiarová, S.: Správny poriadok. Komentár. 1. vyd. Šamorín, Heuréka, 2013, s. 357.

24 Porovnaj: Hašanová, J. – Dudor, L.: Základy správneho práva. Plzeň, vyd. Aleš Čenek, 2013, s. 126.

4. Konania a postupy podľa protokolu.

Protokol upravuje **tri základné druhy konaní**:

- a) Individuálna procedúra oznámení (sťažnosti) pred výborom.
- b) Konanie na základe oznámenia medzi štátmi.
- c) Vyšetrovanie.

5. Individuálna procedúra oznámení (sťažnosti) pred výborom (Communications procedure)

Z ustanovenia čl. 4 protokolu vyplýva pre Slovenskú republiku povinnosť uskutočniť **ochranné opatrenia** (*protection measures*) zamerané na ochranu osôb patriacich pod právomoc slovenských orgánov. Ide o ochranu pred porušovaním ľudských práv, zlým zaobchádzaním či zastrášaním v dôsledku predloženia oznámenia alebo spolupráce s výborom na základe protokolu.²⁵ Bez výslovného súhlasu nebude zverejnená totožnosť osôb.²⁶ Dôležitými procesnými ustanoveniami protokolu sú ustanovenia o **prípustnosti sťažnosti (oznámenia) (Admissibility)**. Protokol upravuje viacero **kritérií (podmienok) prípustnosti, resp. prijateľnosti sťažnosti**. Pokiaľ ide o aktívnu legítimáciu na podanie sťažnosti, tá patrí

- jednotlivcovi,
- skupine jednotlivcov,
- zástupcovi jednotlivca alebo skupiny jednotlivcov.

Podľa procesného poriadku výbor rozhoduje o prijateľnosti sťažnosti bezodkladne a to nadpolovičnou väčšinou.²⁷ V procesnom poriadku výbor upravidl právomoc rozhodnúť za určitých podmienok

25 Porovnaj aj pravidlo 4. procesného poriadku.

26 Čl. 4 ods. 2 protokolu.

27 Pravidlo 20.1. procesného poriadku.

o neprijateľnosti sťažnosti, ak zistí, že by prerokovanie sťažnosti bolo v rozpore s najlepším záujmom dieťaťa.²⁸

Jednotlivec. Príznačné pre protokol je, že pri okruhu osôb oprávnených podať sťažnosť protokol neupravuje pojem dieťa, ale hovorí o jednotlivcovi. Preto sa pojem „jednotlivec“ neobmedzuje len na dieťa v zmysle čl. 1 Dohovoru o právach dieťaťa,²⁹ ale aj na osobu, ktorá dosiahla plnoletosť a sťažuje sa na porušenie práva v čase, keď **bola ešte neploletá**. Ďalšou osobitosťou protokolu je, že dieťa sa môže obrátiť na výbor **bez ohľadu na vek a procesnú spôsobilosť** podľa národného práva.³⁰ Tento konštrukt je výrazom a upevnením postavenia dieťaťa, ktoré je plnohodnotným subjektom práva.

Sťažnosť môže podať aj **zástupca** jednotlivca. Protokol náležitosti zastúpenia bližšie neupravuje, avšak vzhľadom na povahu a závažnosť úkonu (podanie sťažnosti) možno na zastúpenie klásť požiadavku spočívajúcu **najmenej v súhlase zastúpeného**. Výnimka z podmienky súhlasu je možná v prípade, ak zástupca (predkladateľ) **odôvodní konanie bez súhlasu zastúpeného**. Protokol umožňuje, aby ktokoľvek, kto na tom preukáže záujem, podal aj bez súhlasu dieťaťa sťažnosť pre porušovanie jeho práv. Do úvahy prichádzajú situácie, keď štátny orgán alebo nezisková organizácia podá v záujme dieťaťa na výbor sťažnosť. Bude to možné najmä v situácii, ak dieťa nebude schopné vzhľadom na jeho osobné, zdravotné, rodinné či iné pomery podať sťažnosť a orgány, ktoré sú príslušné chrániť práva dieťaťa zostanú nečinné. Platí, že podanie sťažnosti zástupcom jednotlivca nevylučuje ďalšiu priamu komunikáciu jednotlivca s výborom.³¹ Výbor má určité oprávnenia reagovať na situácie, ak sa bude domnievať, že existuje neprimeraný

28 Pravidlo 20.4. procesného poriadku.

29 Na účely tohto Dohovoru sa dieťaťom rozumie každá ľudská bytosť mladšia ako osemnásť rokov, pokiaľ podľa právneho poriadku, ktorý sa na dieťa vzťahuje, nie je plnoletosť dosiahnutá skôr.

30 Pravidlo 13.1. procesného poriadku.

31 Pravidlo 12 procesného poriadku.

nátlak zástupcu na zastúpeného.³² Podľa procesného poriadku výbor môže v prípade potreby vyjasnenia sťažnosti žiadať dodatočne potvrdenie existencie zastúpenia alebo súhlasu zastúpeného.³³

Maloleté deti **môžu, ale nemusia zastupovať rodičia**. Nemožno vylúčiť, aby dieťa bolo zastúpené zákonným zástupcom (rodičom) alebo opatrovníkom. Ak by existovala kolízia záujmu dieťaťa na podaní sťažnosti a záujmu jeho zákonného zástupcu preto, že protokol je medzinárodná zmluva, ktorá má podľa čl. 7 ods. 5 Ústavy SR prednosť pred zákonmi, neuplatnilo by sa pri podaní sťažnosti dieťaťom a v konaní pred výborom napríklad ustanovenie § 31 ods. 2 zákona č. 36/2005 Z. z. o rodine. Podľa tohto ustanovenia platí, že žiadny z rodičov nemôže zastupovať svoje maloleté dieťa, ak ide o právne úkony, pri ktorých by **mohlo dôjsť k rozporu záujmov** medzi rodičmi a maloletým dieťaťom alebo medzi maloletými deťmi zastúpenými tým istým rodičom navzájom. V aplikačnej praxi podľa protokolu by sa mohlo jednať napríklad o situácie, keď z dôvodu konania rodiča voči dieťaťu boli porušené jeho práva (napr. právo na telesnú integritu) a slovenské orgány konali v záujme rodiča a nie v záujme dieťaťa (napr. polícia alebo orgán sociálnoprávnej ochrany detí a sociálnej kurately boli upozornení na použitie hrubých alebo ponižujúcich foriem zaobchádzania a foriem trestania dieťaťa a tí neuplatnili niektoré z ochranných opatrení podľa zákona).

Predmetom sťažnosti podľa protokolu môže byť len porušenie jedného z troch medzinárodných dokumentov, za predpokladu, že štát je ním viazaný. Ide o už spomínané medzinárodné zmluvy:

- Dohovor o právach dieťaťa,
- Opčný protokol k dohovoru o predaji detí, detskej prostitúcii a detskej pornografii a
- Opčný protokol k dohovoru o účasti detí v ozbrojených konfliktoch.

32 Pravidlo 13.2. procesného poriadku.

33 Pravidlo 15.1. b) procesného poriadku.

Ďalšími podmienkami prijateľnosti sťažnosti sú **jej obligatórne náležitosti**. Sťažnosť **nesmie byť anonymná**.³⁴ Jednotlivец, skupina jednotlivcov alebo zástupca jednotlivca (skupiny jednotlivcov) musia uviesť svoju identitu. Podmienka neanonymity oznámenia neznamená, že osoby nemôžu žiadať utajenie svojich údajov. Právo žiadať utajenie identity je garantované protokolom³⁵ a procesným poriadkom výboru.³⁶ V prípade potreby **vyjasnenia sťažnosti** výbor môže žiadať dodatočne oznámenie mena, adresy, dátumy narodenia autorov sťažnosti alebo obeť porušenia práv³⁷ a taktiež sa výbor môže opýtať príslušnej osoby, či si želá, aby jej údaje boli vymazané z finálneho rozhodnutia o sťažnosti.³⁸

Sťažnosť má byť podaná v **písomnej forme**.³⁹ Vzhľadom na to, že protokol neobsahuje osobitnú úpravu formy podania, pri vymedzení písomnej formy možno vychádzať z podmienok vnútroštátneho práva. Slovenské občianske právo kladie na písomnú formu existenciu dvoch podmienok:

- a) písomnosti (spočíva v tom, že obsah sťažnosti je zachytený v texte listiny) a
- b) podpisu konajúcej osoby.

Písomnosť prejavu spočíva v tom, že obsah sťažnosti je zachytený v texte listiny. Dôležité však je, aby obsah sťažnosti bol prístupný ľudskému vnímaniu. Vlastný text sťažnosti môže byť vyhotovený ľubovoľným spôsobom. Okrem vlastnej ruky konajúceho môže byť text vyhotovený strojom, tlačou alebo aj rukou inej osoby. Sťažnosť musí byť zaradená do jednej listiny. Výbor v procesnom poriadku však do určitej miery pripúšťa aj iné formy podania sťažnosti, ktoré by rovnocenne umožnili zachytiť obsah sťažnosti.⁴⁰

34 Čl. 7 písm. a) protokolu. Rovnako i pravidlo 16.3.c. procesného poriadku.

35 Čl. 4 ods. 2 protokolu.

36 Pravidlo 3 alebo 19.1. procesného poriadku.

37 Pravidlo 15.1. a) procesného poriadku.

38 Pravidlo 15.1. e) procesného poriadku.

39 Čl. 7 písm. b) protokolu. Rovnako i pravidlo 16.3.d. procesného poriadku.

40 Pravidlo 16.3. d) procesného poriadku.

Stážnosť nesmie smerovať k **zneužitiu práva**.⁴¹ Protokol bližšie neupravuje, čo sa považuje za zneužitie práva. Pôjde zrejme o situáciu, keď by stážnosť smerovala, resp. bola podaná s úmyslom zneužiť niektoré z práv, ktoré sú zakotvené v Dohovore o právach dieťaťa alebo v niektorom z jeho opčných protokolov. Bude preto len vo výlučnej právomoci výboru po zohľadnení individuálnych súvislostí prípadu (stážnosti) posúdiť, či ide o stážnosť smerujúcu k zneužitiu práva, alebo nie.

Stážnosť je prípustná len vtedy, ak **neexistuje prekážka posudzovanej veci**.⁴² Táto prekážka môže spočívať v dvoch podobách. Na jednej strane môže ísť o posúdenie veci výborom, keď predmet stážnosti (vec, porušenie práva) výbor už predtým posudzoval, alebo ide o predmet stážnosti, ktorý bol posudzovaný v rámci iného medzinárodného vyšetrovacieho alebo zmierovacieho konania. Pojem „medzinárodný“ nezodpovedá len mechanizmu Organizácie spojených národov, ale napríklad i mechanizmu ochrany ľudských práv a slobôd tvorenej Európskym súdom pre ľudské práva. Táto podmienka prípustnosti stážnosti má za cieľ zabrániť prelínaniu sa stážností medzi jednotlivými medzinárodnými mechanizmami ochrany ľudských práv a slobôd.

Pred podaním stážnosti sa musia vyčerpať **všetky dostupné vnútroštátne prostriedky nápravy**.⁴³ Účelom tejto náležitosti je východisko, že konanie podľa protokolu nemá nahrádzať vnútroštátnu jurisdikciu a vnútroštátne prostriedky. Povaha a účel ustanovenia čl. 7 písm. e) protokolu zodpovedá ustanoveniu čl. 35 ods. 1 Európskeho dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd, ktoré rovnako upravuje možnosť podať stážnosť až po vyčerpaní všetkých vnútroštátnych prostriedkov nápravy. Inými slovami povedané protokol zakotvuje **princíp subsidiarity** medzinárodného mechaniz-

41 Čl. 7 písm. c) protokolu.

42 Čl. 7 písm. d) protokolu.

43 Čl. 7 písm. e) protokolu.

mu ochrany práv detí. Obdoba oboch mechanizmov preto pripúšťa vychádzať z ustálených a z judikovaných podmienok štrasburského mechanizmu o vyčerpaní všetkých dostupných vnútroštátnych prostriedkov nápravy. Kedy sú vnútroštátne prostriedky nápravy splnené (vyčerpané), bude posudzovať výbor individuálne, t. j. v závislosti od právneho poriadku danej krajiny. Účelom požiadavky vyčerpania vnútroštátnych prostriedkov je, aby sťažnosť pre porušenie práva, ktorá má byť zaslaná výboru, bola predtým **vznesená pred príslušnými vnútroštátnymi orgánmi**. Vyčerpanie vnútroštátnych prostriedkov má byť riadne, t. j. v súlade s hmotnoprávnymi, ako aj procesnoprávnymi predpismi daného štátu. Výbor je oprávnený žiadať od danej krajiny, aby **informovala o podrobnostiach možností vyčerpania vnútroštátnych** prostriedkov nápravy.⁴⁴ Ak jednotlivec nebol úspešný vo vnútroštátnom konaní napríklad pre nerešpektovanie lehôt stanovených vo vnútroštátnom práve, znamená to, že nesplnil povinnosť vyčerpania vnútroštátnych opravných prostriedkov.⁴⁵ Na mysli sa majú všetky správne či súdne konania, ktoré môžu sťažovateľovi efektívne a opodstatnene pomôcť v ochrane jeho práva. Protokol pozná aj **výnimku** z povinnosti vyčerpania vnútroštátnych prostriedkov. Pôjde o prípad, keby využitie prostriedkov nápravy bolo **neprimerane predĺžované alebo by bolo nepravdepodobné, že prinesie účinnú nápravu**. O neprimerané predĺžovanie nepôjde v prípade, že proces nápravy by prebiehal dlhšie v rámci viacnásobného konania. Do veľkej miery sa možno stotožniť s postojmi literatúry,⁴⁶ že najmä pri závažných zásahoch štátu do rodičovských práv je reparácia stavu

44 Pravidlo 18.8 procesného poriadku.

45 Pirošíková, M.: Komentár k vybraným článkom Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd. EUROIURIS. 2007; podrobne k podmienkam prijateľnosti sťažnosti pozri aj: Kratochvíl, V. a kol. Evropská úmluva o lidských právech. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 190

46 Porovnaj: Bubelová, K.: Svoboda myšlení dítěte versus právo na výchovu. In: Moravčíková, M. (ed.): Náboženské vyznanie rodičov a nejlepší záujem dieťaťa. Praha. Leges, 2013, s.11.

štrasburským mechanizmom oneskorená, výnimku z povinnosti vyčerpania vnútroštátnych prostriedkov podľa protokolu možno hodnotiť pozitívne.

V podmienkach slovenského práva má dieťa viacero možností, **ako dosiahnuť vnútroštátnymi prostriedkami ochranu svojich práv**. Predovšetkým v rovine **sociálnoprávnej ochrany** má garantovanú ochranu, ktorá je nevyhnutná pre jeho blaho (najlepší záujem dieťaťa) a ktorá rešpektuje jeho najlepší záujem podľa Dohovoru o právach dieťaťa.⁴⁷ Dieťa má ďalej právo na výchovu a všestranný vývin v jeho prirodzenom rodinnom prostredí. Slovenská republika garantuje dieťaťu aj sociálnu kuratelnu, ktorá je zameraná na odstránenie, zmiernenie a zamedzenie prehlbovania alebo opakovania porúch psychického vývinu, fyzického vývinu a sociálneho vývinu dieťaťa. Podľa zákona je každý povinný upozorniť orgán sociálnoprávnej ochrany detí a sociálnej kurately na porušovanie práv dieťaťa.⁴⁸ Ak je orgán sociálnoprávnej ochrany detí a sociálnej kurately upozornený na použitie hrubých alebo ponižujúcich foriem zaobchádzania a foriem trestania dieťaťa, alebo ak pri výkone opatrení podľa zákona zistí ich použitie rodičom alebo osobou, ktorá sa osobne stará o dieťa, je povinný v závislosti od ich povahy a závažnosti uplatniť niektoré z opatrení podľa zákona o sociálnoprávnej ochrane detí a o sociálnej kuratele. Samo dieťa má právo **požiadať o pomoc pri ochrane svojich práv** orgán sociálnoprávnej ochrany detí a sociálnej kurately, iný štátny orgán, ktorý je príslušný podľa osobitných predpisov chrániť práva a právom chránené záujmy dieťaťa, zariadenie, obec, vyšší územný celok, akreditovaný subjekt, školu, školské zariadenie alebo poskytovateľa zdravotnej starostlivosti.⁴⁹ Uvedené orgány, právnické osoby a fyzické osoby sú povinné poskytnúť dieťaťu okamžitú pomoc pri ochrane jeho života a zdravia,

47 § 1 ods. 2 zákona č. 305/2005 Z. z. o sociálnoprávnej ochrane detí a o sociálnej kuratele.

48 § 7 zákona č. 305/2005 Z. z. o sociálnoprávnej ochrane detí a o sociálnej kuratele.

49 § 8 zákona č. 305/2005 Z. z. o sociálnoprávnej ochrane detí a o sociálnej kuratele.

vykonať opatrenia na zabezpečenie jeho práv a právom chránených záujmov, a to aj sprostredkovaním tejto pomoci. To platí aj vtedy, ak dieťa nemôže vzhľadom na svoj vek a rozumovú vyspelosť požiadať o pomoc samo, ale prostredníctvom tretej osoby. Dieťa má ďalej právo požiadať o pomoc pri ochrane svojich práv aj bez vedomia rodičov alebo osoby, ktorá sa osobne stará o dieťa. Dieťa môže dosiahnuť ochranu práv prostredníctvom **rozhodovacej činnosti súdov** podľa ustanovení zákona o rodine a Občianskeho súdneho poriadku. Vzhľadom na efektivitu a rýchlosť konania vo veciach starostlivosti súdu o maloletých, keď súd podľa zákona rozhodne bez zbytočného odkladu, najneskôr do šiestich mesiacov odo dňa začatia konania,⁵⁰ zrejme vo vzťahu k Slovenskej republike nebude prichádzať do úvahy aplikácia výnimky z podmienky vyčerpania všetkých dostupných vnútroštátnych prostriedkov nápravy.

Stážnosť nesmie smerovať k prešetreniu veci (skutočnosti), **ktorá nastala pred dňom nadobudnutia platnosti** protokolu **pre príslušnú zmluvnú stranu**. V tejto súvislosti je potrebné mať na zreteli ustanovenie čl. 20 protokolu podľa, ktorého platí, že príslušnosť výboru sa týka výlučne porušenia práv ustanovených Dohovorom o právach dieťaťa alebo niektorými opčnými protokolmi zmluvnou stranou pričom tieto **porušenia sa vyskytli po nadobudnutí platnosti protokolu**.

Stážnosť nesmie byť **zjavne nepodložená** alebo **nedostatočne odôvodnená**⁵¹ a nesmie smerovať k prešetreniu veci (skutočnosti), ktorá nastala **pred dňom nadobudnutia platnosti** protokolu pre príslušnú zmluvnú stranu.⁵²

Poslednou podmienkou prípustnosti stážnosti je skutočnosť, že stážnosť musí byť predložená **v jednoročnej lehote** od vyčerpania vnútroštátnych prostriedkov nápravy.⁵³ Splnenie tejto podmienky je

50 § 176 ods. 3 Občianskeho súdneho poriadku.

51 Čl. 7 písm. f) protokolu.

52 Čl. 7 písm. g) protokolu.

53 Čl. 7 písm. h) protokolu.

relativizované skutočnosťou, že predkladateľ preukáže, že sťažnosť nebolo možné predložiť v jednoročnej lehote od vyčerpania vnútroštátnych prostriedkov nápravy. Použitie výnimky z podmienky je odôvodnené najmä v prípadoch, že maloleté deti budú znevýhodnené kvôli informačnému a vedomostnému deficitu o podmienkach chránenia práva sťažnosťou.

Podľa ustanovenia čl. 6 ods. 1 protokolu výbor môže kedykoľvek po prijatí sťažnosti a pred rozhodnutím v merite veci požiadať štát, aby bezodkladne zvážil prijatie **predbežných opatrení** (*Interim measures*), ktoré môžu byť za výnimočných okolností potrebné na to, aby sa predišlo vzniku novej nenapraviteľnej škody na strane obete alebo obetí údajného porušenia práv. Pojem „požiadavka štátu“ (*a request*) však neznamená záväznú požiadavku pre štát prijať predbežné opatrenie. Na vydanie predbežného opatrenia protokol predpisuje kumulatívne splnenie dvoch okolností. Prvou je **výnimočnosť okolností** (*exceptional circumstances*) prípadu a druhou je **potreba predchádzania vzniku novej nenapraviteľnej škody** (*irreparable damage*). Tieto okolnosti bude posudzovať výbor podľa toho, či by sa neskoršie rozhodnutie vo veci samej výborom nestalo pre obeť bez významu. Ak výbor požiada štát o prijatie predbežného opatrenia, neznamená to, že rozhodol o prijateľnosti alebo o merite veci. Podrobnosti postupu prijatia predbežných opatrení upravuje procesný poriadok.⁵⁴ Hoci žiadosť výboru na prijatie predbežného opatrenia adresovanú Slovenskej republike, resp. slovenskému orgánu nemá záväzný charakter, slovenské orgány by mali zodpovedne zvážiť, či v konkrétnom prípade nastala výnimočná okolnosť a potreba predchádzať vzniku novej nenapraviteľnej škody pre dieťa. Je na konkrétnom zmluvnom štáte, aby si zvolil vhodný vnútroštátny nástroj s cieľom dosiahnuť účel predbežného opatrenia v zmysle protokolu. V slovenskej praxi nemusí ísť vždy o predbežné opatrenie, tak ako ho pozná Občiansky súdny poriadok, alebo Správny poriadok. Do úvahy prichádza napríklad možnosť, aby

⁵⁴ Pravidlo 7 procesného poriadku.

slovenské súdy nariadili výchovné opatrenia podľa zákona o rodine či iné primerané obmedzenia obvinenému prípadne páchatelovi podľa Trestného poriadku.

V prípade, že výbor nerozhodne o neprijateľnosti sťažnosti, doručенú **sťažnosť čo najskôr postúpi zainteresovanému štátu**. Štát má predložiť výboru písomné vysvetlenie alebo stanovisko. Ich obsahom má byť objasnenie celej veci (ktorá je predmetom sťažnosti), pričom sa majú uviesť prípadné prostriedky nápravy. Vysvetlenie alebo stanovisko má štát predložiť čo najskôr, najneskôr však do šiestich mesiacov. V tej istej lehote by sa mal zainteresovaný štát vyjadriť k prijateľnosti sťažnosti, k podstate veci (sťažnosti), ako aj k otázke, či je možné v predmetnej veci podať vnútroštátny prostriedok nápravy.⁵⁵ V prípade, že sa výbor obráti na Slovenskú republiku vo veci predloženia písomného vysvetlenia alebo stanoviska k sťažnosti, je dôležité, aby všetky orgány, ktoré majú informácie o veci, ktorá je predmetom sťažnosti, si navzájom poskytovali dostatočnú súčinnosť. Cieľom súčinnosti má byť podrobné zmapovanie napádaného postupu a následné posúdenie jeho súladu s ustanoveniami Dohovoru o právach dieťaťa či jeho opčnými protokolmi.

Spolupráca medzi slovenskými orgánmi má byť koordinovaná tak, aby bolo možné v zmysle ustanovenia čl. 8 protokolu predložiť vysvetlenie alebo stanovisko čo najskôr, najneskôr však **do šiestich mesiacov**.

Pri postupe má byť **zachovaný princíp dôvernosti informácií** okrem prípadu, ak výbor rozhodne o sťažnosti ako o neprijateľnej bez upovedomenia zainteresovaného štátu. Slovenské orgány majú povinnosť pri postúpení sťažnosti a následnej príprave vysvetlenia (stanoviska) pre výbor postupovať v súlade s princípom dôvernosti informácií. V praxi to znamená, že okrem zachovávanía mlčanlivosti má slovenský orgán, ktorý má k dispozícii informáciu, povinnosť odmietnuť poskytnutie informácie aj v prípade, že mu bude podaná

⁵⁵ Pravidlo 18.3. procesného poriadku.

žiadosť o poskytnutie informácie v zmysle zákona č. 211/2000 Z. z. o slobodnom prístupe k informáciám. Dôvodom odmietnutia bude ustanovenie § 11 ods. 1 písm. g) zákona č. 211/2000 Z. z., podľa ktorého platí, že povinná osoba obmedzí sprístupnenie informácie alebo informáciu nespístupní, ak by to bolo v rozpore s právne záväznými aktmi Európskych spoločenstiev a Európskej únie alebo s medzinárodnou zmluvou, ktorou je Slovenská republika viazaná.⁵⁶

Ustanovenie čl. 9 ods. 1 protokolu prioritne upravuje možnosť dosiahnuť **zmier**. Kompetenciu vplývať na strany má výbor, ktorý má poskytnúť príslušným stranám súčinnosť s cieľom dosiahnuť uzatvorenie zmiery. Protokol na rozdiel od klasických vnútroštátnych zmierov uzatvorených v občianskom súdnom konaní alebo v trestnom konaní neposkytuje sťažovateľovi záruku vynútiteľnosti. Uzatvorenie zmiery pod dohľadom výboru ukončí konanie o sťažnosti.

V prípade, že **nedôjde k zmiery**, výbor posúdi sťažnosť postupom podľa zásad uvedených v čl. 10 protokolu. Jednou zo zásad prejednávacieho procesu je zásada rýchlosti prejednávania sťažnosti. V prípade, že výbor požiadal o prijatie predbežných opatrení, posúdi sťažnosť **urýchlene**. Pri prejednaní má výbor vychádzať zo všetkých predložených podkladov pod podmienkou, že tieto podklady budú postúpené príslušným stranám, čím protokol vyjadruje dôležitú zásadu „rovnosti zbraní v procese“ a „férovosti“ procesu ako takého. Podkladmi, ktoré sa majú postúpiť, sú najmä písomné vysvetlenia alebo stanoviská predložené štátom, podania a vyjadrenia sťažovateľov či ich zástupcov. Výbor pri posudzovaní sťažností zasadá neverejne.

Ak ide o **porušenie hospodárskych, sociálnych alebo kultúrnych práv** dieťaťa protokol prízvukuje, že pri prejednávaní má výbor prihliadnuť na primeranosť krokov, ktoré zmluvná strana uskutočnila v súlade s článkom 4 Dohovoru o právach dieťaťa, t. j. prihliadnuť má

56 Wilfling, P.: Zákon o slobodnom prístupe k informáciám. Komentár, problémy z praxe a rozhodnutia súdov. VIA IURIS – Centrum pre práva. S. 139, dostupné: občana http://www.viaiuris.sk/stranka_data/subory/publikacie/zpibrozura.pdf

na to, že zmluvná strana vykonala opatrenia na realizáciu hospodárskych, sociálnych a kultúrnych práv ustanovených Dohovorom o právach dieťaťa. Výboru tak protokol zveruje široký rámec právomoci posudzovať splnenie opatrení na realizáciu hospodárskych, sociálnych a kultúrnych práv a v konečnom dôsledku výsledok prejednávania sťažnosti ako takej. Táto právomoc sa však **obmedzuje** len na prejednanie sťažnosti o porušení hospodárskych, sociálnych alebo kultúrnych práv. Posilnená právomoc výboru najmä vo vzťahu k sociálnym právam dieťaťa bude výzvou aj pre Slovenskú republiku a posúva kontúry aktuálne diskusie o ústavnoprávnom rozmere funkcie sociálneho zabezpečenia na Slovensku⁵⁷ na medzinárodnú úroveň.

Výsledok prejednávania je upravený v odseku 5 čl. 10 protokolu. Po prejednaní sťažnosti výbor bezodkladne predloží príslušným stranám svoje názory vrátane prípadných odporúčaní. Vo svojom názore môže výbor dospieť **ku konštatovaniu porušenia práv garantovaných Dohovorom o právach dieťaťa alebo niektorým z opčných protokolov**. Po tom, ako zmluvná strana náležite zváži názory (odporúčenia) výboru, má predložiť výboru písomnú odpoveď vrátane informácií o opatreniach, ktoré prijala alebo ktoré zamýšľa prijať so zreteľom na názory (odporúčenia) výboru. Zmluvná strana predloží svoju odpoveď čo najskôr, najneskôr však do šiestich mesiacov. V praxi môžu odporúčania smerovať k zmene legislatívy, k príprave školení pre príslušné štátne orgány, k osvete alebo k vykonaniu konkrétneho opatrenia. V prípade, že výbor adresuje Slovenskej republike **svoje názory** vrátane prípadných **odporúčaní**, je dôležité, aby všetky orgány, ktoré sa pri svojej činnosti

57 K tomu bližšie porovnaj spisbu autora Miloša Lacka: Lacko, M.: Ochranná funkcia sociálneho zabezpečenia. 1. vyd. Trnava Typi Universitatis Tyrnaviensis, spoločné pracovisko Trnavskej univerzity v Trnave a Vedy, vydavateľstva Slovenskej akadémie vied, 2013, s. 40 a nasl.; Lacko, M.: Základné sociálne práva – kolízie primeranosti a solidarity, in: Barancová, H. a kol.: Základné práva a slobody v pracovnom práve. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 377; Lacko, M.: Ústavnoprávny rozmer sociálneho zabezpečenia, in: Dôstojnosť ľudskej osoby v pracovnom práve. Trnava, Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, 2009, s. 29 a nasl.

zaoberali prípadom porušenia práv, dôsledne analyzovali názory vrátane prípadných odporúčaní výboru. Je nevyhnutné koordinovať svoju činnosť najmä v situácii, ak výbor konštatuje porušenie práv. V prípade, že slovenské orgány uznávajú, že došlo k porušeniu práv, v závislosti od okolností konkrétneho prípadu bude vhodné, aby slovenské orgány uvažovali o opatreniach, ktoré prijali alebo ktoré zamýšľajú prijať. Tie by mali byť prijaté **so zreteľom na názory (odporúčenia) výboru** a mali by byť v **súlade s najlepším záujmom dieťaťa**.

Ustanovenie čl. 11 odseku 2 protokolu upravuje **tzv. follow-up mechanizmus**. Ide o osobitný mechanizmus umožňujúci medzi štátom a výborom dialóg. Výbor môže osobitne požiadať zmluvnú stranu o predloženie ďalších informácií o akýchkoľvek opatreniach, ktoré štát prijal v reakcii na názory (odporúčania) výboru alebo na realizáciu zmieru. Okrem toho môže výbor **vyzvať štát, aby v správach** podľa článku 44 Dohovoru o právach dieťaťa, podľa článku 12 Opčného protokolu o predaji detí, detskej prostitúcii a detskej pornografii alebo podľa článku 8 Opčného protokolu o účasti detí v ozbrojených konfliktoch, **uviedol informáciu o opatreniach**, ktoré štát prijal v reakcii na názory (odporúčania) výboru.⁵⁸

58 Slovenská republika spracovala naposledy **tretiu, štvrtú a piatu konsolidovanú periodickú správu o opatreniach prijatých na zabezpečenie práv uznaných Dohovorom o právach dieťaťa**. Slovenská republika správu predložila podľa článku 44 Dohovoru o právach dieťaťa za obdobie rokov 2007 – 2012. Gestorom správy je Ministerstvo práce, sociálnych vecí a rodiny Slovenskej republiky, ktoré ju v spolupráci s vecne príslušnými rezortmi, Splnomocnencom vlády Slovenskej republiky pre rómske komunity, Splnomocnencom vlády Slovenskej republiky pre národnostné menšiny a ďalšími subjektmi pôsobiacimi v oblasti práv dieťaťa spracovalo. Správa obsahuje informácie podľa zoskupení práv určených výborom a poskytuje osobitné informácie o opatreniach prijatých na vykonanie odporúčaní z predchádzajúcich záverečných odporúčaní. Keďže SR ratifikovala protokol je vhodné, aby v budúcnosti gestor periodickej správy, ako aj iné rezorty vzali do úvahy názory (odporúčenia) výboru a najmä tzv. follow-up mechanizmus podľa čl. 11 odseku 2 protokolu.

6. Oznámenia (sťažnosti) medzi štátmi (Inter-State communications)

Ustanovenie čl. 12 protokolu umožňuje zmluvným stranám prijsť sa k procedúre oznámení medzi štátmi. Vykonať tak možno kedykoľvek vyhlásením, že štát uznáva príslušnosť výboru na prijatie a posúdenie sťažnosti jednej zmluvnej strany o tom, že iná zmluvná strana protokolu neplní záväzky ustanovené Dohovorom o právach dieťaťa alebo niektorým z opčných protokolov. Povahu „opt-in“ **mechanizmu** oznámení umocňuje ustanovenie protokolu, podľa ktorého platí, že výbor sa ani len nebude zaoberať oznámením týkajúcim sa zmluvnej strany, ktorá **vyhlásenie o uznaní príslušnosti výboru** neurobila. To isté platí aj o oznámení od zmluvnej strany, ktorá také vyhlásenie neurobila.⁵⁹ Uvedené vyhlásenia uložia zmluvné strany u generálneho tajomníka OSN, ktorý pošle kópie týchto vyhlásení ostatným zmluvným stranám. Vyhlásenie je možné kedykoľvek odvolať prostredníctvom oznámenia zaslaného generálnemu tajomníkovi. V rámci ratifikácie Slovenská republika uznala príslušnosť Výboru OSN pre práva dieťaťa prijať a posúdiť oznámenia podľa protokolu. Slovenská republika v ratifikačnom vyhlásení osobitne uviedla, že sa **pripája** k procedúre oznámení medzi štátmi podľa čl. 12 ods. 1 protokolu. Rovnaké vyhlásenie dalo napríklad Nemecko. Pre prax to bude znamenať, že v prípade, keď nemecké orgány podajú na slovenské orgány oznámenie pre porušenie práv dieťaťa, výbor je oprávnený prijať a posúdiť sťažnosť proti Slovensku. Preto majú slovenské orgány dbať o dôsledné dodržiavanie práv detí bez ohľadu na ich štátnu príslušnosť či aktuálnu jurisdikciu. Slovenské orgány by nemali zostať nečinné ani v prípade, že v inej krajine, ktorá podala vyhlásenie podľa čl. 12, sa porušujú práva slovenských alebo iných detí.

Výbor poskytne zmluvným stranám súčinnosť pri sprostredkovaní

⁵⁹ Čl. 12 ods. 2 protokolu.

pokojného urovnania danej záležitosti pri dodržaní povinností ustanovených dohovorom a jeho opčnými protokolmi.⁶⁰

7. Vyšetrovanie prípadov závažného alebo systematického porušovania práv (inquiry procedure for grave or systematic violations)

Ustanovenie čl. 13 upravuje **vyšetrovací proces v prípade závažného alebo systematického porušovania práv dieťaťa**. Ide o tretí základný druh konania podľa protokolu. Vyšetrovací proces začína prijatím spoľahlivej informácie o tom, že niektorá zmluvná strana sa dopúšťa závažného alebo systematického porušovania práv ustanovených Dohovorom o právach dieťaťa alebo jeho opčným protokolom. **V prvom stupni** vyšetrovacieho procesu výbor vyzve zmluvnú stranu na spoluprácu pri posúdení týchto informácií.⁶¹ Za závažné porušenie sa zrejme bude považovať predovšetkým ohrozenie alebo poškodenie fyzickej alebo duševnej integrity dieťaťa alebo jeho bezpečnosti. **V druhom stupni vyšetrovania** výbor môže poveriť jedného alebo viacerých svojich členov prešetrením veci (informácií). Výbor má pritom prihliadať na stanoviská predložené príslušnou zmluvnou stranou a na ďalšie spoľahlivé informácie, ktoré má k dispozícii. Poverení členovia výboru majú podať výboru urýchlene správu.⁶² Ak je to odôvodnené a zmluvná strana udelí súhlas, súčasťou vyšetrovania môže byť aj **návšteva jej územia**.⁶³ Vyšetrovanie sa má uskutočňovať pri **zachovaní princípu dôvernosti informácií** a so snahou o spoluprácu

60 Čl. 12 ods. 3 protokolu.

61 k podrobnostiam o predbežnom prešetrovaní spoľahlivosti informácie pozri pravidlo 34 procesného poriadku.

62 Čl. 13 ods. 2 prvá veta protokolu.

63 Čl. 13 ods. 2 druhá veta protokolu; k podrobnostiam pozri aj pravidlo 38 procesného poriadku.

so zmluvnou stranou vo všetkých štádiách konania.⁶⁴ Po preverení výbor bezodkladne postupuje výsledky príslušnej zmluvnej strane spolu s prípadnými pripomienkami a odporúčaniami.⁶⁵

Príslušná zmluvná strana predloží výboru svoje stanovisko čo najskôr a najneskôr do šiestich mesiacov od prijatia zistení, pripomienok a odporúčaní výboru.

Po skončení konania v súvislosti s vyšetrovaním môže výbor po konzultácii s príslušnou zmluvnou stranou rozhodnúť, že prehľad výsledkov konania zahrnie do svojej súhrnnej informácie (správy) o svojich aktivitách pre Valné zhromaždenie OSN. Výbor predkladá správu každé dva roky v súlade s článkom 44 ods. 5 Dohovoru o právach dieťaťa.

Na rozdiel od „opt-in“ mechanizmu oznámenia (sťažnosti) medzi štátmi, ustanovenie čl. 13 protokolu umožňuje každej zmluvnej strane v čase podpisu alebo ratifikácie protokolu alebo v čase pristúpenia k protokolu vyhlásiť, že neuznáva príslušnosť výboru vo vzťahu k vyšetrovaniu prípadov závažného alebo systematického porušovania práv. Ide o „**opt-out**“ **mechanizmus**, ktorý si Slovenská republika v rámci ratifikácie neuplatnila, a to preto, že predstavuje posilnenú záruku ochrany práv dieťaťa. Slovenský zákonodarca aj s prihliadnutím na angažovanosť Slovenskej republiky v procese prípravy protokolu pristúpil k procedúre medzištátnych oznámení, ako aj k vyšetrovacej procedúre.⁶⁶

Protokol upravuje systém sledovania prípadu po **ukončení vyšetrovania (follow-up)**. Výbor môže vyzvať príslušnú zmluvnú stranu, aby informovala o opatreniach, ktoré sa prijali alebo ktoré sú plánované v reakcii na vyšetrovanie. Informovať o opatreniach sa má po

64 Čl. 13 ods. 3 protokolu.

65 Čl. 13 ods. 4 protokolu.

66 Predkladacia správa k Návrhu na vyslovenie súhlasu Národnej rady Slovenskej republiky s Opčným protokolom k Dohovoru o právach dieťaťa o procedúre oznámení <http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/cpt&ZakZborID=13&CisObdobia=6&ID=695> (parl. tlač. 695).

uplynutí šesťmesačnej lehoty na predloženie stanoviska príslušnej zmluvnej strany po prijatí zistení, pripomienok a odporúčaní výboru. Protokol pozná okrem vyššie uvedeného možnosť vyzvať zmluvnú stranu, aby poskytla ďalšie informácie o všetkých opatreniach prijatých zmluvnou stranou v reakcii na vyšetrovanie v následných správach zmluvnej strany podľa článku 44 dohovoru, článku 12 Opčného protokolu k dohovoru o predaji detí, detskej prostitúcii a detskej pornografii alebo článku 8 Opčného protokolu k dohovoru o účasti detí v ozbrojených konfliktoch.

8. Záverečné ustanovenia protokolu

Ustanovenia č. 15 až 24 obsahujú záverečné ustanovenia. Upravuje sa medzinárodná spolupráca a podpora so špecializovanými agentúrami OSN. Výbor sa môže obrátiť na agentúry, fondy a ďalšie kompetentné orgány a postúpiť im svoje názory a odporúčania týkajúce sa sťažnosti a vyšetrovaní. Cieľom informovania a spolupráce má byť konzultácia o vhodnosti medzinárodných opatrení prijatých s cieľom pomôcť zmluvným stranám pri dosahovaní pokroku pri realizácii práv uznaných dohovorom alebo jeho opčnými protokolmi. Výbor má podľa protokolu povinnosť do svojej správy, ktorú predkladá Valnému zhromaždeniu OSN každé dva roky, povinnosť **zahnúť súhrnnú informáciu o svojich aktivitách**. Každá zmluvná strana sa zaväzuje informovať **verejnú a rozširovať informácie o protokole** a umožniť prístup k informáciám o názoroch a odporúčaní výboru, najmä v záležitostiach, ktoré sa týkajú zmluvnej strany. Šírenie informácií o protokole má zmluvná strana zabezpečiť vhodným a aktívnym spôsobom, ako aj formátom prístupným rovnako dospelým, ako aj deťom vrátane osôb so zdravotným postihnutím.

Každá zmluvná strana môže **kedykoľvek vypovedať** protokol prostredníctvom písomného oznámenia generálnemu tajomníkovi Organizácie Spojených národov. Výpoveď nadobúda účinnosť jeden rok

odo dňa prijatia oznámenia generálnym tajomníkom. Výpoveď však nemá vplyv na pokračovanie uplatňovania ustanovení protokolu na sťažnosť predloženú podľa článkov 5 alebo 12 alebo na vyšetrovanie začaté podľa článku 13 pred dňom nadobudnutia účinnosti výpovede.

Zusammenfassung

Am 14. April 2014 trat das dritte Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention) in Kraft. Da die Slowakei zu den ersten 10 Ländern gehört die das dritte Fakultativprotokoll ratifiziert haben, alle slowakische Organen und Subjekten die auf die Kindesrechte einwirken können, seit 14. April 2014 durch Protokoll gebunden sind. Das Protokoll enthält Regelungen für ein Individualbeschwerdeverfahren und ein Untersuchungsverfahren. Der Menschenrechtsschutz für Kinder in der Kinderrechtskonvention und den Fakultativprotokollen umfassender und präziser formuliert als in anderen Menschenrechtsabkommen. Damit wurde eine Lücke im internationalen Menschenrechtsschutz geschlossen, denn die Kinderrechtskonvention erhält nun die gleichen Instrumente wie die anderen UN-Menschenrechtsverträge. Die KRK und die ersten beiden Fakultativprotokolle enthalten eine hohe Anzahl und Vielfalt an speziell für Kinder ausformulierten Rechten, deren Verletzung Kinder vor dem Ausschuss geltend machen können. Dieser Schritt untermauert, dass es sich bei den Rechten des Kindes um individuelle, einklagbare Rechtspositionen handelt.

Literatúra

Berdisová, L.: Bröstl, A. a kol.: Ústavné právo Slovenskej republiky. 2. upr. vydanie. Plzeň Aleš Čeněk, 2013.

- Blaškovič, K.: *Pacta sunt servanda a prostriedky jeho vynútenia. Medzinárodné zmluvy ako prostriedok globalizácie práva v 21. storočí.* Právnická fakulta TU v Trnave. Trnava. 2011.
- Bubelová, K.: *Svoboda myšlení dítěte versus právo na výchovu.* In: Moravčíková, M. (ed.): *Náboženské vyznanie rodičov a najlepši záujem dieťaťa.* Praha. Leges. 2013.
- Dubovský, M.: *Právo dieťaťa na rodičovskú výchovu a starostlivosť v aplikačnej praxi vnútroštátnych súdov Slovenskej republiky.* *Justičná revue*, 62, 2010, č. 4.
- Dobrovodský, R.: in Lazar, J a kol.: *Občianske právo hmotné. Europeizácia a internacionalizácia rodinného práva. Občianske právo hmotné.* Iuris Libris. Bratislava. 2014.
- Hašanová, J. – Dudor, L.: *Základy správneho práva.* Plzeň. vyd. Aleš Čenek. 2013.
- Jankuv, J.: *Postavenie medzinárodných zmlúv v právnom poriadku Slovenskej republiky. Teória aplikácie medzinárodnej zmluvy ako nástroja právnej regulácie na národnej, medzinárodnej a komunitárnej úrovni. Zborník príspevkov.* Trnava. 2009.
- Jankuv, J. – Lantajová, D.: *Medzinárodné zmluvné právo a jeho interakcia s právnym poriadkom Slovenskej republiky.* Plzeň. Aleš Čenek, 2011.
- Kratochvíl, V. a kol. *Evropská úmluva o lidských právech.* Praha: C.H.Beck, 2012.
- Krošlák, D.: *Introduction to the Slovak Constitutional System.* 2nd, revised and extended edition. Leges. Praha. 2014.
- Krošlák, D. – Šmihula, D.: *Základy teórie štátu a práva.* Iura Edition. 2. aktualizované vydanie.
- Lacko, M.: *Ochranná funkcia sociálneho zabezpečenia.* 1. vyd. Trnava Typi Universitatis Tyrnaviensis, spoločné pracovisko Trnavskej univerzity v Trnave a Vedy, vydavateľstva Slovenskej akadémie vied, 2013.
- Lacko, M.: *Ústavnoprávny rozmer sociálneho zabezpečenia* In: *Dôstojnosť ľudskej osoby v pracovnom práve.* - Trnava : Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, 2009.
- Lacko, M.: *Základné sociálne práva – kolízie primeranosti a solidarity* in: Barancová, H. a kol.: *základné práva a slobody v pracovnom práve.* Plzeň: Aleš Čenek, 2012. s. 377
- Pirošíková, M.: *Komentár k vybraným článkom Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd.* EUROIURIS. 2007.
- Šmid, M.: *Priama aplikovateľnosť medzinárodného práva a jeho postavenie voči vnútroštátnemu právu.* *Právny obzor* č. 1, 1997.
- Wilfling, P.: *Kvalitatívne požiadavky na odôvodnenie súdneho rozhodnutia. Vybrané otázky.* *Via Iuris.* 2013. S. 4. http://www.viaiuris.sk/stranka_data/subory/

publikacie/kvalitativne-poziadavky-na-odovodnenie-sudneho-rozhodnutia-2-
-vydanie.pdf

Wilfling, P.: Zákon o slobodnom prístupe k informáciám. Komentár, problémy z praxe a rozhodnutia súdov. VIA IURIS – Centrum pre práva. S. 139, dostupné: ob-
čana http://www.viaiuris.sk/stranka_data/subory/publikacie/zpibrozura.pdf

KU KONCEPČNEJ OTÁZKE REKODIFIKÁCIE OBČIANSKEHO ZÁKONNÍKA (osnované prevažne na myšlienkach prof. Lazara)

ANTON DULAK

Abstrakt: Po roku 1989 sa nastolila potreba rekodifikácie súkromnoprávných vzťahov. Prijatie Obchodného zákonníka a novelizácia ustanovení Občianskeho zákonníka síce reagovali na vtedajšie potreby budovania trhového hospodárstva, avšak priniesli nové problémy. Snaha pripraviť a prijať nový moderný občiansky zákonník sa tak odvíja od vyriešenia mnohých koncepčných otázok, spomedzi ktorých je zásadnou vhodnosť presadenia monistickej alebo dualistickej koncepcie.

Kľúčové slová: Rekodifikácia, Občiansky zákonník, Obchodný zákonník, monistická koncepcia, dualistická koncepcia.

O rekodifikácii občianskeho zákonníka, resp. súkromného práva v Slovenskej republike sa hovorí dlhšie a vo viacerých rovinách. V jednej, sprostredkovanej médiami sa otázky zmeny právneho poriadku obvykle koncentrujú na okrajové problémy, ktoré za zaujímavé považuje redakcia, resp. príslušný žurnalista. V uplynulých mesiacoch sa tak čitateľ sa mohol dozvedieť, že rekodifikácia Občianskeho zákonníka rieši hlavne také problémy, akým je „strata potešenia z dovolenky“, ďalej či existuje možnosť uzavrieť „predmanželskú zmluvu“ alebo či sa zakotvením zásady *superficies solo cedit* vyrieši problém rómnych osád.

Záujem o rekodifikáciu pochopiteľne prejavuje aj odborná verejnosť, obvykle zastúpená akademickou obcou. Tá má vo všeobecnosti sklony konštatovať, že rekodifikácia trvá príliš dlho a uplynulému času neodpovedajú hmatateľné výstupy. Pravda, napriek odbornosti tejto populácie, sa podobné postoje nezakladajú na úplnej znalosti veci.

Napokon je tu pohľad tých, ktorí sa priamo podieľajú na príprave textu nového kódexu. „Byť pri tom“, zúčastniť sa na prestavbe súkromného práva sa u všetkých zúčastnených prejavuje ako silná motivácia zavrieť práce na kódexe, ktorý sa predsa nemení (aspoň by sa nemal meniť) tak často. A úplne osobitným je pohľad toho, kto sa rekodifikáciou Občianskeho zákonníka, resp. súkromnoprávných vzťahov intenzívne zaoberal dlhodobo, už skoro tri desiatky rokov. Takou osobou je náš jubilant, dlhoročný vedec a pedagóg v oblasti občianskeho práva, vážený prof. JUDr. Ján Lazar, DrSc.

Hovoriť a pracovať na rekodifikácii znamená prijať myšlienku, že rekodifikácia nie je len nejakým „sprehladnením“ platných zákonov.¹ Naopak, od rekodifikácie sa očakáva, že prinesie nové legislatívne riešenia. Zameranie a konkrétny obsah riešení závisia od mnohého, aj od toho, či kodifikátor podľahne legislatívnemu optimizmu či (naivnej) predstave o tom, že nový kódex vyrieši každý spoločenský problém.² Od rekodifikácie sa predpokladá zavedenie inováčných prvkov, avšak snaha o nové, zásadné riešenia súčasne môže vyvolať obavu zo stability nového kódexu v anticipovaných spoločenských (ekonomických) podmienkach a predpokladaných súvislostiach.³

Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka, schválený vládou Slovenskej republiky v januári roku 2009 obdobné obavy sčasti utlmuje. Predovšetkým razí myšlienku nekopírovať žiaden zo zákonov a pri formovaní systému a systematiky nevychádzať z nijakého vzorového kódexu (modelu).⁴ Legislatívny zámer výslovne uvádza, že za rozum-

1 Pozri SUCHOŽA, J.: Klukaté cesty procesu rekodifikácie súkromného práva v Slovenskej republike. IN: HUSÁR, J. (ed.): Právo a obchodovanie. Košice: UPJŠ, 2008, s. 209. Prístupné na: http://www.upjs.sk/public/media/1084/zbornik_2.pdf.

2 HOLLÄNDER, P.: Filosofie práva. Vydavateľství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., Plzeň 2006, s. 90.

3 KLIMA, K. A kol.: Státověda. Vydavatelství a nakladatelství Aleš čeněk, s.r.o., Plzeň 2006, s.168.

4 Tamže, s. 277.

né a vhodné sa považuje, aby tie inštitúty Občianskeho alebo Obchodného zákonníka, ktoré sa obsahovo a funkčne osvedčili a v praxi dlhodobo majú požadovanú efektívnosť, aby sa prevzali do nového Občianskeho zákonníka. Musia však zodpovedať kritériám nového metodologického prístupu, vyznačovať sa dostatočným stupňom abstraktnosti a navyše zodpovedať európskym štandardom.⁵ Jednotu budúceho systému má zabezpečiť aj text kódexu. Snahou je používať osvedčenú, zaužívanú a jasnú slovenskú právnickú terminológiu, ktorej zásady položil Š. Luby. Podľa autora myšlienky „...v terminológii nemienime za každú cenu zbytočne experimentovať v záujme nejakej domnejšej modernizácie a novátorstva...“.⁶

Budúcu podobu Občianskeho zákonníka určuje predovšetkým jeho koncepcia, osobitne to, akým spôsobom sa vymedzí miesto Občianskeho zákonníka ako regulátora vzťahov súkromnoprávnej povahy. Od začiatku rekodifikačných prác (po roku 1991) sa v našich podmienkach formuje predstava, ako keby hlavným cieľom rekodifikácie bolo riešenie vzájomného vzťahu Občianskeho a Obchodného zákonníka, konkrétne to, či rekodifikáciou súkromného práva sa sleduje príprava a vydanie jedného kódexu súkromného práva (tzv. monistická koncepcia), alebo bude zachovaná existencia odvetvových kódexov (dualistický model).⁷ Tento problém, nepochybne prvoradý a zásadný zamestnával účastníkov všetkých rekodifikačných projektov. Hľadanie optimálneho riešenia sa síce časom priklonilo k jednému z možných riešení, presadzovaná monistická koncepcia však stále nie je prijímaná

5 Legislatívny záměr Občianskeho zákonníka” (17.2. 2009), s. 20.

6 LAZAR, J., BLAHO, P. (eds.). (2007). Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe. Iura Edition, s. 278 – 279.

7 Pozri PLÍVA, S.: Vzájemný vztah občanského a obchodního zákoníku. In: ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J., TICHÝ, L. (eds.): Sborník statí z diskusních fór o rekodifikaci občanského práva. Praha, ASPI, a.s., 2007, s. 68. Tiež Pozri SUCHOŽA, J.: Kľukaté cesty procesu rekodifikácie súkromného práva v Slovenskej republike. In: HUSÁR, J. (eds.). (2008). Právo a obchodovanie, Zborník z vedeckej konferencie doktorandov konanej 7. 6. 2007 v Košiciach, s. 210.

jednoznačne. Predstave o veľkom občianskom zákonníku sa oponuje skutočne všeličím,⁸ obvyklým je tvrdenie, že obchodné právo je dlhodobo samostatným právnym odvetvím a v procese jeho aplikácie nie sú problémy.⁹ Na obranu dvoch samostatných kódexov sa tiež uvádza, že úprava v Obchodnom zákonníku je modernejšia a funkčnejšia než úprava v Občianskom zákonníku.¹⁰ Napokon celkom pochopiteľná je obava zástupcov obchodného práva z toho, žeby monistický model viedol k „pohlteniu obchodného práva právom občianskym“.¹¹

Už z uvádzaných dôvodov vyplýva, že vzťah zástancov dualistickej koncepcie k rekodifikácii, jej dôvodom aj zameraniu je vnímaný podstatne inak ako u predstaviteľov monistickej koncepcie. Zásadným je rozdielny pohľad na výsledok legislatívnych prác z roku 1991, ktorý sa nastolil po prijatí Obchodného zákonníka a rozsiahlou novelizáciou ustanovení Občianskeho zákonníka. V oboch myšlienkových táboroch existuje zhoda len v tom, že dôvody na legislatívny postup po roku 1989 sú pochopiteľné¹² a že prijatie Obchodného zákonníka a novelizovanie

-
- 8 Z mnohých diskusných fór napríklad DANIŠ, M. – KRAJČI, J.: Historický pohľad na koexistenciu reglementácie občianskoprávnej a obchodnoprávnej úpravy spoločenských vzťahov. In: Rekodifikácia súkromného práva v SR – ako ďalej? Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie 29. – 30. októbra 2009 na Fakulte práva Janka Jesenského Vysokej školy v Sládkovičove, Sládkovičovo, Vysoká škola Visegrádu, s.r.o., 2009, 142 s. ISBN 978-80-89267-44-6, ďalej HUSÁR, J.: Súčasnosť a perspektívy právnej regulácie obchodných zmlúv. In: HUSÁR, J. (ed.): Právo a obchodovanie. Zborník z vedeckej konferencie doktorandov konanej 7.6.2007 v Košiciach (6. marca 2008), s. 1 – 235.
- 9 Mamojka, M.: K Správe ministra spravodlivosti SR o zámere a aktuálnom stave rekodifikačných prác súkromného práva. Zápisnica zo 47. schôdze Ústavnoprávneho výboru Národnej rady Slovenskej republiky 10.a 11. 6. 2008.
- 10 PLÍVA, S.: Vzájemný vzťah občianskeho a obchodného zákoníku. In: Švestka, J., Dvořák, J., Tichý, L. (eds.): Sborník statí z diskusných fór o rekodifikaci občianskeho práva. Praha, ASPI, a.s., 2007, s. 83.
- 11 MAMOJKA, M.: Rekodifikácia súkromného práva a obchodnoprávny kódex. *Justičná revue*, 60, 2008, č. 11, s. 1519.
- 12 Pozri PLANK, K.: O potrebe a spôsobe okamžitej novelizácie Občianskeho zákonníka. *Justičné revue* č. 2/1991, s. 11 a nasl.

Občianskeho zákonníka predstavovali pozitívny krok pri prispôbovaní súkromného práva podmienkam trhového hospodárstva.¹³ V ďalšom hodnotení sa už názory na dôvody zamýšľaných zmien rozchádzajú. Kým pre predstaviteľov dualistickej koncepcie je typické, že existenciu Obchodného zákonníka berú ako logicky dôsledok zaplnenia medzery po zrušení Obchodnom zákonníku a Zákonníku medzinárodného obchodu a že ďalej už len plédujú pre zachovanie Obchodného kódexu poukazom najmä na osobitosť obchodnoprávnych vzťahov, historické skúsenosti a zahraničné vzory. Ak sa aj priznávajú aplikačné problémy, tie sa pripisujú predovšetkým samotnému dualizmu úprav, nedostatočnej koordinácii týchto úprav pri ich vzniku a tiež v nejednoznačnosti konkrétnych právnych úprav.¹⁴ Za tejto situácie ani neprekvapuje, že sa oživuje myšlienka o tom, že rekodifikácia nie je ani potrebná, pretože existujúce aplikačné problémy je možné vyriešiť novelizovaním príslušných ustanovení Obchodného či Občianskeho zákonníka, pravda pri zachovaní existencie oboch samostatných kódexov.

Z hľadiska zástupcov monistickej koncepcie sa naopak prízvukuje, že legislatívny postup v roku 1991 treba chápať len ako dočasné riešenie. Prijatý výsledok, ktorým sa mali odstrániť nedostatky Občianskeho zákonníka prostredníctvom širokej a veľmi obsiahlej úpravy v Obchodnom zákonníku, táto časť odborníkov hodnotí ako vonkoncom neschodný a koncepcne nevhodný legislatívny postup.¹⁵ Podľa profesora Lazara v skutočnosti sa na základe pôvodných deformácií postupovalo v zmenených podmienkach, čo už za existencie súkromného práva plodilo ďalšie deformácie.¹⁶

13 LAZAR, Ján. Otázky kodifikácie súkromného práva. [s.l.]: Iura Edition, 2006. ISBN 80-8078-128-1, s. 9 – 10

14 Pozri napr. OVEČKOVÁ, O.: Regulačné možnosti obchodného práva v súčasnosti. In: Suchoža, J., Husár, J. (eds.): Obchodné právo a jeho širšie kontexty. Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, 2010, s. 3.

15 LAZAR, J.: Otázky kodifikácie súkromného práva. Iura Edition, 2006. ISBN 80-8078-128-1, s. 9 – 10.

16 Tamže.

Pri takomto stanovisku je zrejmé, že nevyhnutnosť pokračovania v rekodifikačných prácach stojí minimálne na dvoch dôležitých dôvodoch – potrebe definitívne odstrániť provizórium z roku 1991 a potrebe nápravy právneho stavu po uskutočnených legislatívnych zmenách. Uvádzané dôvody tak bez akýchkoľvek pochybností pochovávajú predstavu o ceste parciálnych novelizácií oboch predpisov, ktorá by na určitom stupni vytvorila akýsi základ obsahovo nového kódexu. Podľa Lazara, je táto cesta a priori nevhodná a vonkoncom nespôsobilá prekonať koncepčné, systémové, vecné i formálno-legislatívne nedostatky platného právneho stavu.¹⁷ Nedostatky môže prekonať len rekodifikácia.¹⁸

Z uvedeného možno usúdiť, že legislatívne práce z roku 1991 nijakým spôsobom nevyriešili problém, ktorý sa podnes vníma ako základný. A tým je snaha prijať nový Občiansky zákonník, ktorý by mal jednoznačne charakter všeobecnej základnej súkromnoprávnej úpravy. Len málokedy sa v literatúre uvádza, že tento dôvod rekodifikácie Občianskeho zákonníka sa vymedzoval už skôr, ešte pred spoločensko-politickými zmenami v roku 1989. Už v tom čase niektorí predstavitelia vedy občianskeho práva spájali kvalitatívnu zmenu úpravy súkromnoprávných vzťahov s potrebou riešenia vzťahu občianskeho práva ku hospodárskemu právu, resp. k právu medzinárodného obchodu. V záveroch sa zdôrazňoval jednotiaci (integrujúci) rys všetkých majetkových vzťahov tovarovo-peňažnej povahy, bez ohľadu na to, či vznikali vo výrobe alebo spotrebe. Podľa osobitnej správy, na ktorej sa autorsky podieľal aj prof. Lazar „...v nových spoločenských pomeroch by mali byť dôsledne uplatňované jednotiace (integračné) tendencie“.¹⁹ Len

17 Pozri tiež LAZAR, J.: Otázky kodifikácie súkromného práva. Iura Edition, 2006. ISBN 80-8078-128-1, s. 12

18 Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka, s. 12.

19 KNAPPOVÁ, M., KNAPPV., LAZAR, J., ŠVESTKA, J.: Nad koncepcií československého občianskeho práva. Právnik č. 8/1990, s. 676 – 689. Citované podľa LAZAR, J.: Otázky kodifikácie súkromného práva. Iura Edition, 2006. ISBN 80-8078-128-1, s. 30 – 31.

pre úplnosť treba dodať, že významných predstaviteľov hospodárskeho práva (teraz obchodného) v tom čase zamestnávala otázka novelizácie hospodárskeho zákonníka.²⁰

Treba priznať, že samotná predstava Občianskeho zákonníka ako ústredného a integrujúceho súkromnoprávneho kódexu, od ktorého sa odvíjajú alebo naň nadväzujú v obsahovej a logickej previazanosti všetky osobitné súkromnoprávne úpravy, sa nerodila ľahko. V prvých teoretických prácach sa uvádza, že v súvislosti so vznikom nových spoločensko-ekonomických podmienok a s procesom zavádzania trhového hospodárstva občianske právo opúšťa doterajšiu „spotrebiteľskú“ koncepciu. Vzniká nutnosť rozšíriť pôsobenie občianskoprávnej regulácie aj na ďalšie skupiny spoločenských vzťahov tovarovo-peňažnej povahy, aby sa zvýraznila zásadná spolupatričnosť týchto vzťahov. Podľa autora, tým sa začína u nás uplatňovať „širšia“ koncepcia občianskeho práva.²¹ Už v tomto článku autor uvádza, že spomedzi troch zásadných riešení vzťahu Občianskeho a Obchodného zákonníka sa ako optimálne javí riešenie, podľa ktorého sa vzťah Občianskeho a Obchodného zákonníka spravuje zásadou, že Občiansky zákonník je *lex generalis* a Obchodný zákonník je *lex specialis*. Autor a priori neodmieta ani cestu komercionalizácie občianskeho práva a ako príklad uvádza holandský OZ.²²

K myšlienke rozsiahlejšej komercionalizácie Občianskeho zákonníka sa autor vracia vo svojom príspevku z vedeckej konferencie konanej 3. až 4. septembra 1998. Podľa autora, toto riešenie je modernejšie

20 Kol. autorov: K novelizácii hospodárskeho zákonníka. ČSVTS – Pobočka na Právnickej fakulte UK v Bratislave, Bratislava 1990.

21 LAZAR, J.: Úvaha o zmenách v systéme občianskeho práva. *Justičná revue* č. 2/1991, s. 30 – 33. Citované podľa LAZAR, J.: Otázky kodifikácie súkromného práva. Iura Edition, 2006. ISBN 80-8078-128-1, s. 49 – 50.

22 Tamže, s. 53. Autor však ďalej uvádza, že u nás by na pozadí doterajšieho vývoja zákonodarstva takáto komercionalizácia občianskeho práva sotva bola vhodným riešením.

a väčšmi zohľadňuje prebiehajúce ekonomické integračné snahy.²³ Aj v príspevku z roku 2001 Lazar konštatuje, že otázka vhodnosti jednej alebo druhej koncepcie je stále otvorená²⁴ a pripomína, že rozhodujúcim elementom o úvahách o optimálnosti jednej alebo druhej koncepcie je v konečnom dôsledku zmluvný systém, jeho podoba a funkčnosť.²⁵

V neskoršom príspevku²⁶ (z roku 2003) sa autor opakovane prihovára za vhodnosť koncepčného riešenia vzťahu *lex generalis* a *lex specialis*, pričom prináša ďalšie argumenty v prospech komercializácie občianskeho práva. Na podporu uvádza, že táto koncepcia nadobúda v poslednom čase čoraz väčšmi na príťažlivosť a početní európski civilisti²⁷ považujú spoločnú úpravu základných inštitútov občianskeho a obchodného práva za modernú, väčšmi zodpovedajúcu celoeurópskym integračným procesom, než je doterajšie tradičné chápanie vzťahu Občianskeho a Obchodného zákonníka orientované na koncepčné riešenie vzťahu *lex generalis* a *lex specialis*.

Aj v neskoršej práci (2007) sa monistický model hodnotí ako „vhodnejší“, avšak autor svoju predstavu čiastočne mení. Začína sa viac hovoriť o značne modifikovanej podobe monistickej koncepcie. Podľa autora, na rozdiel od široko koncipovaných, integrovaných občianskych zákonníkov (akým je holandský, quebecký, ruský, taliansky

23 LAZAR, J.: Koncepcia, zásady a inštitucionálne novoty Návrhu slovenského Občianskeho zákonníka. Zborník z konferencie V. Lubyho právnických dní, Bratislava, Vydavateľské oddelenie PF UK, 1999, s. 11 – 41.

24 LAZAR, J.: K niektorým koncepčným otázkam rekodifikácie súkromného práva. Právni praxe č. 1-2/2001, s. 87 – 93. Citované podľa LAZAR, J.: Otázky kodifikácie súkromného práva. Iura Edition, 2006. ISBN 80-8078-128-1, s. 146.

25 Tamže, s. 147.

26 LAZAR, J.: Aktuálna úvaha o postavení občianskeho práva v česko-slovenskom systéme práva. Právnik č. 12/1993, s. 1048 – 1057. Citované podľa LAZAR, J.: Otázky kodifikácie súkromného práva. Iura Edition, 2006. ISBN 80-8078-128-1, s. 49 – 50.

27 Pozri LAZAR, J.: Medzinárodné sympóziu o kodifikácii holandského občianskeho práva. Právny obzor č. 10/1990, s. 915.

OZ), ide o značne užší model, zahrňujúci síce integrovanie záväzkového práva vrátane obchodných a spotrebiteľských zmlúv s tým, že z jeho úpravy by boli vylúčené obchodné spoločnosti, tiché spoločenstvo, obchodný register, súťažné právo, právo duševného vlastníctva, meritórna úprava individuálneho pracovného práva a medzinárodné právo súkromné.²⁸ Takúto predstavu preberá aj schválený Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka. Pravdou však ostáva, že ani tento dokument nepodáva monistickú koncepciu dogmaticky ako jedinú možné riešenie.²⁹

Na záver možno súhlasiť s Gerlochom, ktorý v jednej z diskusií o vzťahu (českého) občianskeho zákonníka k vtedajšiemu obchodnému zákonníku konštatoval, že táto diskusia „jeví ne se síce přímo jako marginální, ale jistě jako sekundární problém“³⁰ a záujem o rekodifikáciu občianskeho zákonníka by bolo vhodné nasmerovať skôr na tie problémy, ktoré prinášajú aktuálne trendy vývoja súkromného práva. Za také možno považovať predovšetkým záujem na všeobecnej ochrane základných práv a slobôd človeka, potrebu harmonizácie súkromného práva v prostredí jednotného európskeho trhu a v jej rámci neustále posilňovanie spotrebiteľa vstupujúceho do súkromnoprávných, zväčša záväzkových vzťahov.

Summary

Even prior to socio-economic changes in 1989, jurisprudence had indicated the need for changes in the private law sphere. The requirements related to creation of private rules were divided into two groups

28 LAZAR, J., BLAHO, P. (eds.): Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe. Iura Edition, 2007, s. 268.

29 V texte zámeru sa výslovne uvádza že „za vhodnejší treba považovať monistický model“.

30 GERLOCH, A.: Několik poznámek k rekodifikaci soukromého práva, Acta Universitatis Carolinae, Iuridica 1-2/2013, Univerzita Karlova, Praha 2003, s. 29.

according to the criterion whether they could be put into practice within the framework, and on the basis of existing “narrow” conception of civil law, or whether they ignited considerations on crucial conceptual changes going beyond the limits of then accepted understanding of the Czechoslovak civil law expressed mainly through the extent of relations regulated by the Civil Code. The prevailing view was that the mentioned defects, imperfections and weak points of the valid Czechoslovak Civil Code could be disposed of only via recodification.

Since the beginning of the recodification work it has been obvious that the contents of the new Civil Code will impact a lot of private law disciplines and thus ignite a debate on the need and extent of changes. The relevant areas of private law, mainly business law, labour law, family law, and international private law became areas of such a “collision” of interests.

Resolution of the mutual relation between the Civil and Commercial Codes represents one of the long-term and crucial problems of recodification. There are views that the entire conception of the Civil Code should derive from the determination whether the private law recodification should focus on preparation and promulgation of a single private law ... or the existence of rights within separate branches of law will be retained.

NÁJOMNÁ ZMLUVA V NOVOM ČESKOM OBČIANSKOM ZÁKONNÍKU

DENISA DULAKOVÁ JAKÚBEKOVÁ

Abstrakt: Príspevok reaguje na zmeny, ktoré priniesol nový český Občiansky zákonník do právnej úpravy nájomných vzťahov. Osobitosti novej právnej úpravy vníma jednak z hľadiska kategorizácie zmluvných záväzkov vo všeobecnosti a následne z hľadiska vnútornej štruktúry kategórie zmlúv orientovaných na prenechanie veci na užívanie inému, súčasťou ktorej je aj nájom a „staronový inštitút“ pachtu. Následne upozorňuje na tie oblasti právnej úpravy, ktorých sa zmeny dotkli významne a ktoré súvisia najmä s vymedzením a s právnou úpravou tzv. osobitných druhov nájmu, so skončením nájmu, s aplikáciou nového českého Občianskeho zákonníka na existujúce a novovzniknuté nájomné vzťahy a so zápisom nájmu do verejného zoznamu.

Kľúčové slová: nový český Občiansky zákonník, nájom, nájomná zmluva, prenajímateľ, nájomca, nájomné, pacht, individuálna vec, dočasnosť, užívanie, podnájom

Úvod

Nový český Občiansky zákonník, ktorý prijal Parlament Českej republiky,¹ bol vyhlásený v zbierke zákonov pod číslom **89/2012 Sb.** Tento zákon rekodifikoval české súkromné právo a nahradil predchádzajúci československý občiansky zákonník prijatý v roku 1964, ako aj iné zákony (napr. zákon o rodine, zákon o vlastníctve bytov, obchodný zákonník a ďalšie). Účinnosť nadobudol 1. januára 2014.

1 „9. listopadu 2011 jej Poslanecká sněmovna schválila a 3. ledna 2012 postoupila Senátu. Ústavně-právní výbor Senátu sice navrhl předlohu vrátit Poslanecké sněmovně s jediným pozměňovacím návrhem – posunout datum účinnosti na 1. leden 2016, ale Senát jako celek k návrhu nepřijal žádné usnesení, takže po 3. únoru 2012 byl návrh zákona přijat.“ IN: [http://cs.wikipedia.org/wiki/Ob%C4%8Dansk%C3%BD_z%C3%A1kon%C3%ADk_\(%C4%8Cesko,_2012\)](http://cs.wikipedia.org/wiki/Ob%C4%8Dansk%C3%BD_z%C3%A1kon%C3%ADk_(%C4%8Cesko,_2012))

Nový český Občiansky zákonník (ďalej „NOZ“) zaradil záväzkové právo do štvrtej časti (z celkového počtu piatich častí) a označuje ju ako „**relatívne majetkové práva**“. Rozdelená je na **štyri hlavy** (1. hlava – Všeobecné ustanovenia o záväzkoch, 2. hlava – Záväzky z právnych úkonov (z právnych jednání), 3. hlava – Záväzky z deliktov a 4. hlava – Záväzky z iných právnych dôvodov), ktoré sa ďalej členia na diely, oddiely a pododdiely. **Nájomná zmluva** je upravená v rámci **druhého dielu** druhej hlavy, štvrtej časti, ktorý nesie, ako celok, názov „Přenechání věci k užití jinému“). Jeho štruktúra je nasledujúca:

„Díl 2 – Přenechání věci k užití jinému

Oddíl 1 – Výprosa

Oddíl 2 – Výpůjčka

Oddíl 3 – Nájem

Pododdíl 1 – Obecně o nájmu

Pododdíl 2 – Zvláštní ustanovení o nájmu bytu a nájmu domu

Pododdíl 3 – Nájem prostoru sloužícího podnikání

Pododdíl 4 – Podnikatelský pronájem věcí movitých

Pododdíl 5 – Nájem dopravního prostředku

Pododdíl 6 – Ubytování

Oddíl 4 – Pacht

Pododdíl 1 – Obecná ustanovení

Pododdíl 2 – Zemědělský pacht

Pododdíl 3 – Pacht závodu

Oddíl 5 – Licence

Pododdíl 1 – Obecná ustanovení

Pododdíl 2 – Zvláštní ustanovení pro licenci k předmětům chráněným autorským zákonem

Pododdíl 3 – Zvláštní ustanovení pro licenční smlouvu nakladatelskou

Oddíl 6 – Zápůjčka

Oddíl 7 – Úvěř

...“

Štruktúra popisovanej zmluvnej kategórie, **súčasťou ktorej je nájom**, je teda tvorená tak, že v úvode sú upravené zmluvné typy, **pre ktoré je typický znak bezodplatnosti** (výprosa, výpůjčka), za ktorými nasledujú odplatné zmluvy, počínajúc nájmom. (Podobný prístup zvolil tvorca NOZ aj pri kategórii zmlúv, ktoré smerujú k „Převedení věci do vlastnictví jiného“, v rámci ktorej je na prvom mieste upravené darovanie, nasleduje kúpa a zámena. Obdobnú logiku badať aj pri niektorých ďalších zmluvných kategóriách – napr. pri kategórii záväzkov z uschovávacích zmlúv a pri zmluvách tzv. príkazného typu, v rámci ktorých sú na prvom mieste upravené zmluvy, pri ktorých nie je odplata ich obligatórnou náležitosťou, t. j. sú fakultatívne odplatné, za nimi však nasledujú zmluvy, pri ktorých je odplata ich pojmovým znakom, t. j. sú obligatórne odplatné).²

Nájom (a pacht) v NOZ

Nadobudnutím účinnosti nového českého Občianskeho zákonníka došlo aj k zmenám v právnej úprave nájomných vzťahov. V porovnaní s predchádzajúcim právnym stavom sa pomerne často upozorňu-

2 V rámci tzv. uschovávacích zmlúv je na prvom mieste upravená úchova (§ 2402 – 2414 NOZ), ktorá je fakultatívne odplatná (§ 2406 ods. 2), za ňou nasleduje obligatórne odplatná zmluva o skladovaní (§ 2415 ods. 1). Podobne je to aj pri kategórii zmlúv príkazného typu (§ 2430 – 2549), v rámci ktorej je upravený ako prvý inštitút príkaz, ktorý je fakultatívne odplatný, za ním nasleduje obligatórne odplatná zmluva o sprostredkovaní (§ 2445 ods. 1) a ďalšie odplatné zmluvné záväzky (komisionárska zmluva, zasielateľská zmluva, obchodné zastúpenie a pod.). Túto logiku v systematike zmlúv príkazného typu istým spôsobom narúša tzv. „starostlivosť o zdravie“, ktorá je predposledným zmluvným typom tejto kategórie (§ 2636 – 2651). Dôvodová správa k § 2636 – 2637 ohľadom starostlivosti o zdravie uvádza, že odplatnosť nie je pojmovým znakom zmluvy, **avšak len preto, že niektoré výkony sú plne hradené z poistenia a tak ich príkazca prípadne ošetrovaný nemusí platiť sám, ale sú hradené z iných zdrojov** – pozn. autor

je na zavedenie „staronového“³ inštitútu „**pachtu**“, ktorého podstata bola v čase do účinnosti NOZ pojmovovo vymedzená v rámci nájomnej zmluvy (§ 663 OZ⁴) a ktorý svojou súčasnou úpravou nahradil najmä nájom poľnohospodárskych pozemkov. Pri nájme i pri pachte platí, že ide o záväzkové právne vzťahy, ktorých predmetom je dočasné prenechanie veci na užívanie inému za odpatu – pri nájme za nájomné, pri pachte za pachtovné resp. za podiel na výnose z veci (§ 2332 ods. 1 NOZ), pričom formy odpłaty je možné kombinovať „... (např. u pachtu závodu bude například praktické sjednat, že pachtýř uhradí propachtovateli měsíční fixní sumu a k tomu určité procento z účetního zisku závodu).“⁵

Spoločnými znakmi nájmu i pachtu sú teda:

- a) prenechanie veci na užívanie inému,
- b) užívaná vec musí mať charakter individuálnej veci prípadne súboru vecí (predajňa s priloženým parkoviskom, závod a pod.),
- c) dočasnosť a
- d) odplatnosť.

Pri pachte sa k znaku „prenechania veci na užívanie“ pridružuje aj jej požívanie, predpokladajúce vlastnú aktivitu „pachtýřa“⁶, ktorý svo-

3 Pozri § 1091 ABGB, ktorý platil v Čechách počas právneho dualizmu až do prijatia Občianskeho zákonníka z roku 1950 – pozn. autor

4 § 663 OZ: *Nájomnou zmlouvou prenajímatel prenechává za odplatu nájomcovi vec, aby ju dočasne (v dojednané době) užíval **alebo z nej bral aj úžitky**.*

5 <http://www.frankboldlegal.com/novinky/legislativa/najemni-smlouva-dle-noveho-obcanskeho-zakoniku>

6 K českému pojmu „pachtýř“ podotýkame, že jeho preklad do slovenčiny je pomerne náročný. Z úpornej snahy o jeho „poslovenčenie“ by mohlo vzišť slovo „pachtier“, ktoré slovenčina nepozná, nie je pre ňu prirodzené a s najväčšou pravdepodobnosťou by išlo o jazykový nezmysel. Na účely prekladu prichádza do úvahy niekoľko iných možností – predovšetkým pojem „požívatel“ (nie užívateľ, pretože užívateľom je nájomca, ktorý vec len užíva) prípadne pojem „arendátor“, ktorý používali pôvodní slovenskí právovedci v súvislosti s árendou, vnímanou ako ekvivalent pachtu v uhorskom práve. Pozri napr. Luby, Š., in: *Základy všeobecného súkromného práva*, III. vydanie, vydavateľstvo Heuréka, 2002, s. 184,

jou prácou alebo inou činnosťou obhospodaruje vec tak, aby prinášala plody alebo úžitky (výnos) a tie si následne privlastňuje. Predmetom pachtu tak musí byť vec, ktorá je schopná prinášať výnos či už vo forme naturálnych plodov (napr. obilie pri pachte pozemku) alebo civilných plodov (napr. výnos pri pachte závodu).

Právna úprava nájmu je obsiahnutá v § 2201 – 2331 NOZ, pacht upravujú ustanovenia § 2332 – 2357 NOZ, pričom platí, že ak nie je pri pachte ustanovené inak, použijú sa naň primerane ustanovenia o nájme (§ 2341 NOZ).

Nájom vzniká na základe nájomnej zmluvy, ktorá, až na nájom bytu, nemá zákonom predpísanú písomnú formu. Aj v prípade nájmu bytu však podľa NOZ platí, že chýbajúca písomná forma zmluvy o nájme bytu nezakladá prenajímateľovi právo namietat' jej platnosť (§ 2237), z čoho logicky vyplýva, že neplatnosti ústne uzatvorenej zmluvy o nájme bytu sa môže dovoľávať len nájomca. Právne postavenie nájomcu bytu je v otázke platnosti nájmu posilnené aj ustanovením, podľa ktorého platí, že ak nájomca užíva byt po dobu troch rokov v dobrej viere v to, že nájom bytu je dojednaný v súlade s právom, považuje sa nájomná zmluva za riadne uzatvorenú (§ 2238).

K pojmovému znaku „predmet nájmu – individuálna vec, resp. súbor vecí“

Podľa NOZ je možné prenajať hnutelnú i nehnuteľnú vec za predpokladu, že má charakter nespotrebitelnej veci. Prenajať je možné i časť veci, dokonca aj vec, ktorá vznikne až v budúcnosti, ak je možné určiť ju dostatočne presne už pri uzavretí nájomnej zmluvy (§ 2202).

ktorý pri árende používa na označenie zmluvných strán „prenajímateľ“ a „árendátor“, čo možno označiť za prijateľné, hoci označenie osoby prenajímateľa je identické pri nájme i árende. Platí totiž, že na strane toho, kto prenecháva vec do užívania, či už je to nájom alebo árenda, sa právne postavenie významne neodlišuje. Na strane toho, kto vec preberá do užívania je však situácia odlišná – pri nájme táto osoba vec „len“ užíva, kdežto pri árende ju aj požíva – pozn. autor

Popri všeobecnej právnej úprave nájmu NOZ osobitne upravuje:

- nájom bytu a domu (§ 2235 – 2301)
- nájom priestoru slúžiaceho na podnikanie (§ 2302 – 2315)
- podnikateľský nájom hnutelných vecí (§ 2316 – 2320)
- nájom dopravného prostriedku (§ 2321 – 2325)
- ubytovanie (§ 2326 – 2331).

Z uvedeného výpočtu je zrejmé, že nový český občiansky zákonník zmenil prístup k právnej úprave osobitných druhov nájmu vo viacerých ohľadoch.

Za významnú odlišnosť možno označiť výslovné **pridruženie nájmu domu** určeného na zabezpečenie bytových potrieb **k právnej úprave nájmu bytu** (§ 2235 a nasl. OZ), čo tvorca nového českého občianskeho zákonníka ozrejmil v dôvodovej správe k § 2236 ods. 3 NOZ nasledovne: *„Vzhľadom k ochrane nájemního bydlení je namíste podřídit zvláštním ustanovením o nájmu bytu i případy, kdy pro uspokojování bytových potřeb nájemce nebude pronajat byt, ale celý dům, popřípadě jiný objekt nebo prostor způsobilý sloužit k uspokojení bytových potřeb nájemce (houseboat, dostatečně vybavený obytný vůz a pod.). Vzhľadom k tomu, že povaha nájemního bydlení vyžaduje zvláštní úpravu práv a povinností stran, vylučují se ze zvláštního režimu případy, kdy je byt nebo dům pronajat k zjevně krátkodobému účelu: typické jsou např. rekreační nebo prázdninové pobyty (tzv. letní byty) nebo nájmy bytů za účelem dočasného ubytování studentů v univerzitním městě nebo k zajištění několikaměsíční stáže odborníka a pod.“*

Za ďalšiu významnú zmenu považujeme upustenie od osobitnej právnej úpravy nájmu a podnájmu nebytových priestorov a zavedenie nového osobitného druhu nájmu – **nájmu priestoru slúžiaceho na podnikanie** (§ 2302 – 2315).⁷ Pre tento čin tvorca NOZ poslú-

7 Dôvodá správa k pojmu „priestor slúžiaci na podnikanie“ uvádza: *„Výklad pojmu „místnost“ a „prostor“ kolísá: skladovací halu nelze patrně označit za místnost, v místnostech se naopak provozují kanceláře, studia, závody restauračního typu... Zásadně se prostorem sloužícím podnikání rozumí vystavěná nebo jinak vybudovaná*

žil s veľkou pravdepodobnosťou argument, že tak, ako je pri nájme bytu či domu rozhodujúce, že sa pomocou nich zabezpečuje **bytová potreba** nájmu, pri nájme priestoru alebo miestnosti slúžiacich na podnikanie je významné najmä to, že tento druh nájmu **napomáha pri realizácii podnikateľského zámeru nájomcu**, čo ho odlišuje od iných nájomných vzťahov a robí ho špecifickým až natoľko, že si vyžaduje osobitnú právnu úpravu. Summa summarum pre novú právu úpravu osobitných druhov nebola určujúca klasifikácia priestoru podľa stavebného zákona ani vymedzenie jeho účelového určenia v kolaudačnom rozhodnutí, ale to, na aký účel nájomca prenajatý priestor či miestnosť skutočne využíva. Ak sa preto nájom dohodne na účely bývania, právny vzťah sa bude riadiť ustanoveniami o nájme bytu aj napriek tomu, že prenajatý priestor nie je skolaudovaný ako byt (§ 2236 ods. 2: *Skutečnost, že pronajatý prostor není určen k bydlení, nemůže být na újmu nájemci.*“). Rovnako platí, že ak sa priestory prenajmú na účely podnikania, hoci to nie je v súlade s kolaudačným rozhodnutím, na vzniknutý právny vzťah sa použijú ustanovenia o nájme priestoru slúžiaceho na podnikanie (§ 2302 a nasl. NOZ).

K pojmovému znaku dočasnosti

Ako je známe, nájom, bez ohľadu na to, či bol dojednaný na dobu určitú alebo neurčitú, má obmedzené (dočasné) trvanie. Ak si zmluvné strany nedohodnú konkrétnu dobu trvania nájmu alebo deň skončenia nájmu, platí, že ide o nájom na dobu neurčitú (§ 2204 ods. 1).

část nemovité věci, která má podle ujednání stran sloužit podnikání, zejména výkonu či provozu živnosti maloobchodní, restaurační, hospodské (včetně tzv. rychlého občerstvení, kaváren, čajoven), nebo roznáškové, hotelové, nebo výkonu živnosti řemeslnické, jiné činnosti výrobní nebo skladovací nebo poskytování služeb, bez ohledu na to, zda při tom bude docházet ke styku s veřejností či nikoli. Podnikání samozřejmě slouží i místnosti, kde se provozuje tzv. svobodné povolání, umělecká tvorba, ale také např. lékařská, zubařská, lékárnická, a pod. činnost. Nelze vyloučit, že si strany ujednají nájem prodejního místa (tzv. stánku, pultu či pod.) ...“

O nájom na dobu neurčitú pôjde aj v prípade, ak si zmluvné strany dohodnú dobu nájmu dlhšiu ako 50 rokov (§ 2204 ods. 2).⁸

Zmena vlastníka prenajatej veci

Vo všeobecnosti platí, že samotná zmena vlastníka prenajatej veci nespôsobuje zánik nájmu (*Kauf bricht Miete nicht*), t. j. právny vzťah naďalej trvá a práva a povinnosti z nájmu prechádzajú na nového vlastníka. NOZ však zároveň stanovuje, že nový vlastník veci nie je viazaný takými dojednaniami zmluvy, ktoré zaväzovali pôvodného vlastníka nad rámec zákona, ibaže by nový vlastník o takýchto dojednaniach vedel (§ 2221 ods. 1 a 2 NOZ).

Zmena vlastníka veci nezakladá zmluvným stranám ani zákonne právo zrušiť nájomnú zmluvu výpoveďou. Ak si ho však zmluvné strany dohodli v zmluve, prenajímateľ môže dať z tohto dôvodu výpoveď najneskôr do 3 mesiacov po tom, ako sa dozvedel alebo musel dozvedieť, kto je nájomcom a nájomca do troch mesiacov po tom, čo sa dozvedel o zmene vlastníka prenajatej veci (§ 2222 ods. 1 NOZ).

Ak bol nadobúdateľ veci, vzhľadom na objektívne okolnosti a možnosti, presvedčený, že kupuje vec, ktorá nie je prenajatá, môže dať výpoveď z nájmu do 3 mesiacov po tom, ako sa dozvedel alebo musel dozvedieť, že vec je prenajatá a kto je jej nájomcom (§ 2222 ods. 2 NOZ)⁹, pri nájme nehnuteľnej veci s trojmesačnou výpovednou do-

8 K problematike tzv. dlhodobých nájmov pozri napr. Dulaková, D. In: Dulaková, D., Fekete, I., Dulak, A. A kol. Zmluvy o prenechaní veci na užívanie (nájomné zmluvy, zmluva o ubytovaní, zmluva o pôžičke a výpožičke a timesharingová zmluva). S komentárom. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 105 – 106

9 Pre (z nášho pohľadu) komplikovanú formuláciu citovaného ustanovenia NOZ v českom jazyku uvádzame aj jej doslovné znenie: § 2222 ods. 2: „Neměl-li nový vlastník rozumný důvod pochybovat, že kupuje věc, která není pronajata, má právo vypovědět nájem do tří měsíců poté, co se dozvěděl nebo musel dozvědět, že je věc pronajata a kdo je nájemcem. Nájemcova práva vůči osobě, se kterou nájemní smlouvou uzavřel, nejsou dotčena.“

bou, pri nájme hnutelnej veci s výpovednou dobou jeden mesiac. Tejto situácii sa dá účinne vyhnúť zápisom práva nájmu do katastra nehnuteľností, k tomu pozri nasledujúci výklad.

Ak je predmetom nájmu byt, v ktorom nájomca býva, nemôže byť zmena vlastníka bytu dôvodom na výpoveď z nájmu zo strany prenajímateľa ani v prípade, ktoré uvádza NOZ v § 2222 ods. 2 a ktorý je popísaný vyššie.

Podnájom

NOZ, na rozdiel od predchádzajúcej právnej úpravy (§ 666 ods. 1 OZ), stanovuje, že nájomca môže dať vec do užívania tretej osobe (do podnájmu) **len so súhlasom prenajímateľa**. Ak mala nájomná zmluva písomnú formu, musí mať písomnú formu aj súhlas prenajímateľa (§ 2215 ods. 1 NOZ). Prenechanie veci do podnájmu bez súhlasu prenajímateľa považuje zákonodarca za hrubé porušenie povinností nájomcu, ktoré spôsobuje prenajímateľovi vážnejšiu újmu (§ 2215 ods. 2 NOZ). Z uvedeného všeobecného pravidla platí **výnimka pri nájme bytu**, pri ktorom môže dať nájomca byt do podnájmu **časť bytu** v prípade, ak v byte žije trvalo sám (§ 2274), inak potrebuje súhlas prenajímateľa.

Skončenie nájmu

V súvislosti so skončením nájmu dávame do pozornosti možnosť zániku nájmu **výpoveďou bez výpovednej doby** (§ 2226 ods. 2, § 2227, § 2228 ods. 2 až 4). Nahradilo sa ňou právo na jednostranné odstúpenie od zmluvy, ktoré predchádzajúca právna úprava priznávala zmluvným stranám vo viacerých prípadoch (napr. § 666 ods. 2, § 667 ods. 2, § 679 ods. 1 a 2 OZ).

Aplikácia NOZ na existujúce a novovzniknuté nájomné vzťahy (prechodné ustanovenia NOZ)

Všeobecným princípom, ktorý sa uplatňuje pri aplikácii NOZ pre oblasť záväzkových vzťahov je, že na vzťahy, ktoré vznikli pred účinnosťou NOZ sa v zásade uplatní predchádzajúca právna úprava. (§ 3028 ods. 3: „*Není-li dále stanoveno jinak, řídí se jiné právní poměry¹⁰ vzniklé přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, jakož i práva a povinnosti z nich vzniklé, včetně práv a povinností z porušení smluv uzavřených přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dosavadními právními předpisy. To nebrání ujednání stran, že se tato jejich práva a povinnosti budou řídit tímto zákonem ode dne nabytí jeho účinnosti.*“).

Nájomná zmluva má však z tohto pohľadu osobitné postavenie, nakoľko z ustanovenia § 3074 ods. 1 NOZ vyplýva, že **nájom sa vo všeobecnosti riadi NOZ odo dňa nadobudnutia jeho účinnosti a to aj v prípade, ak k jeho vzniku došlo pred týmto dňom**. Vznik nájmu, ako i práva a povinnosti, ktoré vznikli pred dňom nadobudnutia účinnosti NOZ sa však posudzujú podľa predchádzajúcej právnej úpravy. **To neplatí pre nájom hnutelných vecí ani pre pacht**.

Pravidlá, ktoré zaviedol NOZ v § 3074 treba chápať takto:

- na nájom, ktorý vznikne za účinnosti NOZ, sa použije NOZ,
- pri právnej úprave tzv. **starých nájmov**¹¹ (t. j. nájmov, ktoré vznikli pred účinnosťou NOZ) sa v zásade (pozri ďalej) zaviedla **nepravá retroaktivita**,¹² podľa ktorej sa ustanovenia NOZ vo

10 Majú sa na mysli právne pomery odlišné od tých, ktoré vznikli odo dňa nadobudnutia účinnosti NOZ (§ 3028 ods. 1) a právne pomery týkajúce sa práv osobných, rodinných a vecných podľa § 3028 ods. 2 NOZ – pozn. autor

11 Toto označenie vid' aj v dôvodovej správe k § 3074 až 3076 NOZ

12 „Nepravá retroaktivita se v současné české právní vědě chápe zpravidla tak, že: platnost právních skutečností, vznik právních vztahů a jejich následky, k nimž došlo před účinností nového zákona, se posoudí podle práva dřívějšího, ale – trvá-li dříve vzniklý právní vztah i nadále – posoudí se ode dne účinnosti zákona nového podle zákona nového a podle tohoto zákona se posoudí i právní násled-

všeobecnosti použijú **aj na staré nájmy**, ich vznik, ako aj práva a povinnosti, ktoré vznikli pred účinnosťou NOZ, sa však naďalej riadia predchádzajúcou právnou úpravou. To neplatí pri „starých nájmoch“ **hnuteľných vecí** a pri **pachte**, na ktoré sa *en bloc* budú i naďalej aplikovať ustanovenia predchádzajúcej právnej úpravy, najmä OZ (zák. č. 40/1964 Sb. v znení noviel), prípadne zákona č. 229/1991 Sb. o úprave vlastníckych vzťahů k pôde a jinému zemědělskému majetku a Obchodného zákonníka (pozri napr. § 488 a nasl. českého Obchodného zákonníka), čo zákonodarca ozrejmil tým, že ide o dôvody „praktického charakteru“. Nájom hnuteľných vecí má totiž spravidla krátkodobé trvanie, a preto nie je správne meniť mu počas jeho trvania právny režim. Pri pachte sa zohľadnilo, že predchádzajúce právo pachtovnú zmluvu neupravovalo. Na prípady, pri ktorých sa charakter vzťahu podobal pachtu, reagoval okrajovo napr. zákon o pôde (pozri napr. § 18 zák. č. 229/1991 Sb. o úprave vlastníckych vzťahů k pôde a jinému zemědělskému majetku v platnom znení), a preto do nich NOZ nezasiahol. Ostatné staré nájomné zmluvy, ktoré vecne zodpovedajú právnej úprave pachtu podľa NOZ, nemali podľa zákonodarcu taký význam, aby bolo potrebné meniť ich pôvodný právny režim. Pacht závodu, resp. podľa predchádzajúcej právnej úpravy „nájom podniku“, podliehal právnej úprave § 488 a nasl. ObchZ, ktorá vykazovala také závažné nedostatky, že jej praktické využi-

ky dotyčného právneho vzťahu, vzniklé po účinnosti nového zákona.“ In: Knapp, V. Teorie práva. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 208, ako aj „... V tomto príspevku se pojmem nepravé retroaktivity nebudeme bližze zabývat zejména proto, že nepravá retroaktivita retroaktivitou vůbec není. ...“ PRÁVNÍ POJEM RETROAKTIVITY, PETR VOJÍŘ, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika, IN: http://www.google.sk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=7&sqi=2&ved=0CFkQFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.law.muni.cz%2Fsborniky%2Fdp08%2Ffiles%2Fpdf%2Fprteorie%2Fvojir.pdf&ei=4V-haU9W7N4extAajhoCoBA&usg=AFQjCNHdy5f9lCNwVj_LmXs9zggRRqa-pYQA&sig=2=W13kTkzanou2JC_xktvD4A

tie bolo minimálne, a preto ju zákonodarca nezahrnul pod novú právnu úpravu podľa NOZ.¹³

Zápis nájmu do verejného zoznamu

NOZ zavádza nové pravidlo, podľa ktorého platí, že ak je prenášaná vec zapísaná vo verejnom zozname,¹⁴ zapíše sa do verejného zoznamu **aj nájomné právo**, ak to navrhne vlastník veci alebo nájomca, ktorý na to získa od vlastníka veci súhlas (§ 2203 NOZ). Zápis do verejného zoznamu je teda fakultatívny – to, či sa nájomné právo zapíše, vyplynie z vôle zmluvných strán. Zápis do katastra nemá konštitutívny účinok, ale má význam **vo vzťahu k dobrej viere** konajúcej osoby v pravdivosť a úplnosť informácie zapísané do verejného zoznamu. Podľa dôvodovej správy k § 2203 NOZ má byť zápis nájmu do verejného zoznamu prínosný najmä pre obchod s realitami, nakoľko záujemca o kúpu nehnuteľnosti môže získať informáciu o tom, či je, alebo nie je vec prenajatá priamo z verejného zoznamu.¹⁵ Praktický

13 Viac pozri dôvodovú správu k § 3074 až 3076 NOZ.

14 Od roku 2014 sa zavádza všeobecný pojem „verejný zoznam“, pričom kataster nehnuteľností je jedným z nich. § 1 ods. 1 katastrálneho zákona: „**(1) Kataster nemovitostí** (ďalej jen „katastr“) je **verejný seznam**, který obsahuje soubor údajů o nemovitých věcech (ďalej jen „nemovitost“) vymezených tímto zákonem zahrnující jejich soupis, popis, jejich geometrické a polohové určení a zápis práv k těmto nemovitostem.“ K tomu pozri aj dôvodovú správu k § 980 NOZ.

15 „Jako protipól posílené ochrany dobré víry třetích osob zavedou NOZ a katastrální zákon vzájemně provázané **mechanismy obrany vlastníka** proti případně změně práv (ne)zapsaných v katastru. Jednak se bude moci skutečný, ale ještě nezapsaný vlastník domáhat odstranění nesouladu. Pokud takový vlastník prokáže, že své právo uplatnil u soudu, zapíše se jeho žádost (poznámka) do katastru. Následné soudní rozhodnutí vydané o jeho vlastnickém právu pak působí vůči každému, jehož právo bylo zapsáno do veřejného seznamu až poté, co vlastník o zápis této poznámky požádal. Na základě ustanovení NOZ, že nikoho neomlouvá nezalost zapsaného údaje ve veřejném seznamu, se pak osoba, která koupila nemovitost i přes vyznačenou poznámku, nemůže odvolat na ustanovení o dobré víře.“ IN: <http://www.patria.cz/pravo/2314649/>

význam zápisu možno badať aj pri nájme nezastavaných pozemkov, pri ktorých zvyčajne (najmä v období mimo vegetačného obdobia) nie je možné jednoznačne stanoviť, či pozemok niekto užíva.

Na zmeny, ktoré priniesol NOZ, vrátane zmien dotýkajúcich sa právnej úpravy nájmu (osobitne § 2203 NOZ), reagoval český zákonodarca prijatím nového zákona o katastri nehnuteľností (zákon č. 256/2013 Sb. o katastru nemovitostí (katastrální zákon)), ktorý nadobudol účinnosť súčasne s NOZ (ďalej NKZ).

Podľa NKZ pre zápis práva do verejného zoznamu slúži predovšetkým **vkладová listina**,¹⁶ ktorou môže byť pri zápise práva nájmu buď samotná nájomná zmluva (to sa predpokladá najmä pri nájmoch, ktoré vzniknú po účinnosti NOZ) prípadne iná listina (napr. súhlasné vyhlásenie zmluvných strán o zápise nájmu do katastra nehnuteľností a pod.). Právo nájmu sa zapisuje do katastra **vkладom**, ktorý nadobudol v novom katastrálnom zákone kľúčový význam. Po novom sa ním totiž zapisujú nielen práva, ktoré vzniknú na základe zmluvy, ale aj práva, ktoré vznikli, zmenili sa či zanikli na základe zákona, rozhodnutím štátneho orgánu, príklepom licitátora vo verejnej dražbe, vydržaním, prírastkom a spracovaním a ktoré sa doteraz zapisovali do katastra nehnuteľností záznamom.¹⁷

katastr-nemovitosti-po-roce-2014-vlastnici-budou-muset-hlidat-svuj-majetek-aktivneji.html

16 § 15 ods. 1 **písm. a)** NKZ, ďalej môže byť podkladom pre zápis „**b) plná moc** s úředně ověřeným podpisem zmocnitele, je-li účastník vkladového řízení zastoupen zmocněncem; pokud se provádí vklad na základě veřejné listiny a zmocněncem je osoba, která veřejnou listinu sepsala, podpis zmocnitele nemusí být úředně ověřen, **c) výpis z obchodního nebo jiného zákonem stanoveného rejstříku**, pokud je účastníkem vkladového řízení právnická osoba a není-li výpis možno získat bezplatně dálkovým přístupem v českém jazyce; výpis se nevyžaduje, pokud je vkladová listina veřejnou listinou, **d) další listiny**, pokud jejich potřeba vyplývá z jiného právního předpisu, například souhlas příslušného orgánu veřejné moci s dělením nebo scelováním pozemků nebo souhlas příslušného orgánu veřejné moci k právnímu jednání účastníka vkladového řízení.“ citovaného zákona

17 V súvislosti s prijatím NOZ stanovil NKZ podstatne širší výpočet práv, ktoré sa

Záver

Právna úprava **nájmu** v novom českom Občianskom zákonníku vykazuje oproti predchádzajúcej právnej úprave viacero odlišností. V prvom rade treba poukázať na zavedenie inštitútu **pachtu**, ktorým sa reaguje na rozlíšenie „bežného užívania cudzej veci“ od takého užívania, ktoré je spojené aj s požívaním cudzej veci, spočívajúcim v prisojovaní si úžitkov, ktoré cudzia vec prinesie pričinením samotného užívateľa. Ďalším významným rozdielom je upustenie od právnej úpravy doterajšieho osobitného druhu nájmu – nájmu nebytových priestorov a vytvorenie novej osobitnej kategórie nájmu – nájmu priestorov slúžiacich na podnikanie. Zmena právnej úpravy sa významne dotkla inštitútu nájmu bytu, ku ktorému sa jednak „pridružil“ nájom domu, no zároveň došlo k významnej liberalizácii právneho postavenia prenajímateľa, čo sa prejavuje predovšetkým pri skončení nájmu. Novinkou je zápis nájmu do verejného zoznamu, od ktorého sa očakáva posilnenie istoty a stability právnych vzťahov.

Summary

The new Czech Civil Code regulates the Lease Contracts differently in contrast to the previous legal arrangements. Firstly – the

zapisujú do katastra vkladom: Vklad. § 11: (1) Vkladem se do katastru zapisuje vznik, změna, zánik, promlčení a uznání existence nebo neexistence těchto práv: **a)** vlastnické právo, **b)** právo stavby, **c)** věcné břemeno, **d)** zástavní právo, **e)** budoucí zástavní právo, **f)** podzástavní právo, **g)** předkupní právo, **h)** budoucí výměnek, **i)** přídatné spoluvlastnictví, **j)** správa svěřenského fondu, **k)** výhrada vlastnického práva, **l)** výhrada práva zpětné koupě, **m)** výhrada práva zpětného prodeje, **n)** zákaz zcizení nebo zatížení, **o)** výhrada práva lepšího kupce, **p)** ujednání o koupi na zkoušku, **q)** **nájem, požádá-li o to vlastník nebo nájemce se souhlasem vlastníka, r)** pacht, požádá-li o to vlastník nebo pachtýř se souhlasem vlastníka, **s)** vzdání se práva na náhradu škody na pozemku. (2) Vkladem se do katastru dále zapisuje rozdělení práva k nemovitosti na vlastnické právo k jednotkám.

establishment of Leasehold Contracts must be pointed out. Under leasehold contracts the lessee shall be entitled not only to the use of an economically viable thing, but to also collect the proceeds thereof, which he acquires by his own contribution. Another significant difference is the abolishment of the regulation of non-residential lease and the establishment of a new type of lease – the lease of area serving for the purposes of business activities. The residential lease has thus been affected significantly, since the residential lease is now understood as the lease of apartments, as well as the lease of residential houses. The legal stance of the lesser has simultaneously been liberalized, which is apparent at the termination of the contract. A new concept of the Code is the enscription of the lease into a public list, which is expected to strengthen the reliability and stability of legal relations.

SOUSEDSKÁ PRÁVA V ČESKU

KAREL ELIÁŠ

Abstrakt: Studie se věnuje úpravě sousedských práv se zaměřením na nový český občanský zákoník (zák. č. 89/2012 Sb.). Autor poukazuje na skutečnost, že od r. 1950, kdy bylo občanské právo kodifikováno jednotně pro celý tehdejší československý stát, byla sousedská práva i v relaci k rakouskému občanskému zákoníku dosti redukována, poté byla jejich úprava v r. 1964 vůbec zrušena, následně v r. 1982 sice obnovena, leč opět ve velmi redukované podobě. V kontrastu k ní věnuje nový český občanský zákoník sousedským právům významnější místo (§ 1013 až 1023). Postupně upravuje přímé i nepřímé imise (včetně zvláštního ustanovení o stékající vodě a padajícím ledu a sněhu), problematiku rostlin prorůstajících na cizí pozemek a jejich plodů, zákaz vysazovat stromy v blízkosti hranice pozemků, další ustanovení se věnují zvířatům a movitým věcem na cizím pozemku a užití sousedního pozemku k pracím na pozemku vlastním. Ve výsledku je nová česká úprava významně ovlivněna právem švýcarským, německým a polským, ale neuzavřela se ani inspiracím z některých dalších jurisdikcí (Itálie, Nizozemí, Québec). Podle názoru autora lze podněty české úpravy na tomto úseku využít i při přípravě slovenské kodifikace. V té souvislosti se připomínají dlouhodobé zásluhy Jána Lazara na prosazování nové občanskoprávní úpravy ve Slovenské republice.

Klíčová slova: občanský zákoník – omezení vlastnického práva – sousedská práva – imise – rostliny – zvířata – užití cizího pozemku

1. Úvod

Ján Lazar zdůrazňuje, že právní úprava sousedských práv sleduje zájem na nerušeném výkonu práv a že je postavena na zásadě vzájemnosti. „Ochrana poskytovaná právům jednoho vlastníka věci musí být adekvátní ochraně, která náleží právům druhého vlastníka.“ Právní úprava „každému ukládá stejné povinnosti v zájmu nerušeného výkonu vlastnických práv všech zúčastněných subjektů vlastnických

vztahů.¹ Je to odraz myšlenky, že jakkoli je vlastnické právo nezávislé, nepodmíněné a vůbec nejdalekosáhlejší [*le plus absolue* (čl. 544 Code civil), *meet omvattende* (čl. 5:1 Burgerlijk Wetboek)], „přes to má i výkon vlastnického práva mezi svých.“² Smysl úpravy sousedských práv váže úzce na myšlenky svobody a vlastnické autonomie. Mají-li být provedeny důsledně, musí vést k respektu, že vlastník si se svým pozemkem a na něm může dělat, co chce, tedy nakládat se svým vlastnictvím libovolně, ale že nesmí omezovat svého souseda a bránit mu ve stejném nakládání s jeho vlastnictvím. V této relaci přichází ke cti okřídlený citát Johna Stuarta Milla, že svoboda jednoho končí tam, kde začíná svoboda druhého. Co nesmí jeden soused, nesmí ani druhý. Hlavní zásada sousedského práva plyne z principu svobody (čl. 12 odst. 1 slovenské Ústavy, čl. 1 české Listiny základních práv a svobod),³ promítající se do civilistické zásady autonomie vůle a v rámci toho i do autonomie vlastnické, a z doktríny sociální funkce vlastnictví (čl. 20 odst. 3 slovenské Ústavy, čl. 11 odst. 3 české Listiny základních práv a svobod). Sousedské právo tedy zahrnuje právní pravidla, „jejichž účelem je vyrovnat protivy vyskytující se mezi sousedy v jejich zájmech“.⁴

Vedle soukromoprávních zákonných omezení, v jejichž rámci vystupují právě sousedská práva dosti výrazně, známe i nejrůznější veřejnoprávní omezení vlastníků pozemků sledující úpravu veřejného zdraví, životního prostředí, dopravních komunikací, vodovodů, kanalizací, energetiky, myslivosti, omezení stanovená právními předpisy o vodách

1 Lazar, Ján in: LAZAR, Ján et al. *Občianske právo hmotné*. 1. Bratislava: Iuris Libri, 2014, s. 465.

2 RANDA, Antonín. *Právo vlastnické dle rakouského práva v pořádku systematickém*. Praha: Edvard Grégr, 1871, s. 32.

3 Tak již SEDLÁČEK, Jaromír. *Vlastnické právo*. Praha: Linhart, 1934, s. 93: „každý může libovolně jednat, ale všichni stejně, je tudíž svobodou jednoho omezen ve své svobodě druhý.“

4 FAJNOR, Vladimír – ZÁTURECKÝ, Adolf. *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi*. 3. vydání. Bratislava: Heuréka, 1998, s. 77.

nebo lesích a četná další. Tato omezení však prioritně sledují ochranu veřejných zájmů, zatímco úprava sousedských práv v občanském zákoníku chrání prioritně zájmy soukromé. V tom je odlišná funkce obou těchto úprav, tím jsou rovněž dány rozdíly v jejich uplatňování.

Sousedská práva se z původních „celkem výjimečných“⁵ soukromoprávních omezení postupně vyvinula ze zvyklostí, rovněž receptivně vstřebala řadu pravidel římského práva a promítla se mj. i do municipálních statutů a městských práv.⁶ Časem se tyto úpravy místy dopracovaly k velké dokonalosti. Např. v Koldínových městských právech byla sousedská práva upravena daleko dokonaleji⁷ než ve všeobecném zákoníku občanském (a to i po modifikaci jeho § 364 provedené III. dílčí novelou pod zjevným vlivem BGB). Vzor všeobecného zákoníku občanského byl při odstranění právního dualismu v někdejší Čkoslovensku promítnut do úpravy sousedských práv v občanském zákoníku z r. 1950 (§ 109), leč se zřejmou redukcí. Zjednodušení úpravy bylo zdůvodněno možností lidového soudu rozhodnout na základě volné úvahy opírající se o znalost poměrů a zkušenosti.⁸ Při redakci následné kodifikace občanského práva úprava sousedských práv zcela zmizela. Předpoklad, že vyspělost socialistického občana, který – oslněn sdělením, že „Socialismus v naší zemi zvítězil!“ v Ústavě z r. 1960 – povede k jeho žití v harmonii se sousedy,⁹ se však minul účinkem. Po čase bylo téma sousedských práv otevřeno

5 LUBY, Štefan. Dejiny súkromného práva na Slovensku. Bratislava: Knižnica právnickej jednoty, 1946, s. 325.

6 COING, Helmut. Europäisches Privatrecht. Bd. I. Älteres gemeines Recht (1500 bis 1800). München: C. H. Beck, 1885, s. 314.

7 JIREČEK, Josef (ed.). Práva městská království českého a markrabství moravského spolu s krátkou jich summou od M. Pavla Krystyana z Koldína. 5. vydání. Praha: Všehrd, 1876, s. 272 an. (čl. K. XIII. an.).

8 Srov. důvodovou zprávu k § 108 až 110 vládního návrhu zákona č. 141/1950 Sb.

9 První publikace vydané po přijetí občanského zákoníku z r. 1964 se o sousedských právech vůbec nezmiňovaly (např. KRATOCHVÍL, Zdeněk et al. Nové občanské právo. Praha: Orbis, 1965 nebo KNAPP, Viktor – PLANK, Karol et al. Učebnice čkoslovenského občanského práva. Praha: Orbis, 1965).

– nejprve v právnických časopisech,¹⁰ zásadně pak prvním vydáním Bičovského monotematické publikace.¹¹ Při absenci výslovných ustanovení o ochraně sousedů se opora pro juristické závěry hledala v čl. VII tehdejšího znění občanského zákoníku nebo v jeho § 132 zakládajícím právo občana „na ochranu proti tomu, kdo neoprávněně zasahuje do jeho vlastnického práva“,¹² popř. v ustanoveních § 415 an. o předcházení škodám apod.

Tyto výkladové invence však přece jen měly své meze. Na některé z nich upozornil např. Luby.¹³ Ukazovalo se, že to bez výslovné úpravy sousedských práv nepůjde. K ní se přikročilo novelou provedenou zákonem č. 131/1982 Sb., která do občanského zákoníku vložila mj. § 130a. Obnovená úprava sousedských práv našla zřetelnou inspiraci v § 109 občanského zákoníku z r. 1950, byť záběr § 130a byl širší.¹⁴ Restituce sousedského práva se brzy dočkala časopiseckých reflexí různé kvality,¹⁵ posléze také učebnicových a komentářových výkladů.¹⁶ Vlastní zákonná úprava však v mnohém zaostávala nejen

10 Nejprve snad ŠTĚPINA, Jaroslav. Vztahy mezi vlastníky sousedních nemovitostí. Socialistická zákonost, 1965, s. 7 an.

11 BIČOVSKÝ, Jaroslav. Sousedská práva. Praha: Orbis, 1973.

12 „Lze se tedy žalobou negatorní bránit např. (...) různým formám imisí, tj. zásahů na cizí pozemek sváděním vody, působením hluku, zápachu apod.“ (Turek, Jaroslav in: KNAPP, Viktor – LUBY, Štefan et al. Československé občanské právo. I. Praha: Orbis, 1974, s. 345.

13 LUBY, Štefan. Susedské právne vzťahy. Socialistické súdnictvo, 1974, č. 1, s. 8 an.

14 K tomu např. LAZAR, Ján. Inštitucionálne zmeny v Občianskom zákonníku. Právny obzor, 1983, s. 475 an.

15 Např. SOUKUP, Jan. K novelizaci občanského zákoníku. Socialistická zákonost, 1983, s. 74 an.; SOUKUP, Jan. Některé výkladové otázky novel občansko-právních kodexů. Socialistická zákonost, 1983, s. 385 an.; KNAPP, Viktor – PAULY, Jan. Zamyšlení nad novelou občanského zákoníku. Právník, CXXII, 1983, s. 717 an.; VOCHOZKOVÁ, Alena. Sousedské vztahy ve světle novelizované právní úpravy. Právník, CXXIII, 1984, s. 551 an. aj.

16 Lazar, Ján in: LAZAR, Ján – ŠVESTKA, Jirí et al. Československé občianske právo. I. Bratislava: Obzor, 1986, s. 273 an.; Jehlička, Oldřich in: ČEŠKA, Zdeněk et al. Občanský zákoník. Komentář. I. Praha: Panorama, 1987, s. 399 an.

za úrovní analogických úprav většiny stabilních demokracií, ale i za úpravami Polska, Maďarska, Bulharska a některých dalších států spadajících do tzv. sovětského bloku.

Tzv. velká novela občanského zákoníku provedená zákonem č. 509/1991 Sb. přenesla obsah § 130a s nepatrnými posuny bez věcných změn do § 127. Rovněž tato úprava se dočkala zasvěcených výkladů, které mají aktuálně zvláštní význam především pro Slovenskou republiku, kde dosud platí.¹⁷ V České republice je od 1. 1. 2014 účinný občanský zákoník schválený před dvěma lety (zák. č. 89/2012 Sb.), který obsahuje podstatně proměněnou úpravu sousedského práva. Ta může být po kritickém vyhodnocení v lecčems inspirativní i pro přípravu kodifikace soukromého práva na Slovensku, kodifikace, pro niž zvláště Ján Lazar mnohé vykonal.¹⁸ Ján Lazar se ostatně od počátku živě zajímal i o přípravu českého občanského zákoníku a při tvorbě jeho paradigmat dal návrhu věcného záměru občanského zákoníku pro Českou republiku své kladné vysvědčení.¹⁹

2. Celkový přehled české úpravy

Český občanský zákoník obsahuje v úpravě vlastnictví poměrně obsáhlou skupinu ustanovení o omezení vlastnického práva (§ 1013

17 Např. Mazák, Ján in VOJČÍK, Peter et al. Občiansky zákonník Stručný komentár.3. vydání. Bratislava: Iura edition, 2010, s. 291 an. nebo FEKETE, Imrich. Občiansky zákonník. Veľký komentár. 1. Bratislava: Eurokódex, 2011, s. 655 an.

18 K Lazarovým zásluhám na tomto poli srov. ŠVIDROŇ, Ján. Pocta prof. JUDr. Jánovi Lazarovi, DrSc., k 70. narodeninám in: BLAHO, Peter – ŠVIDROŇ, Ján (eds.) et al. Kodifikácia, europeizácia a harmonizácia súkromného práva. Bratislava: Iura edition, 2005, s. 429 an. Připomenout lze souborné vydání Lazarových zásadních statí k této problematice (LAZAR, Jan. Otázky kodifikácie súkromného práva. Bratislava: Iura edition, 2006).

19 Lazar, Ján. K některým koncepčním otázkám rekodifikace soukromého práva. Právní praxe, 2001, s. 91 an.

až 1023) týkající se převážně sousedských práv.²⁰ Následující text se věnuje celé této úpravě, byť se některá z řečených ustanovení striktně vzato netýkají jen sousedů (§ 1014, 1015 a 1023). V novém zákoníku jde o očividný posun proti právní úpravě dosud účinné, která se těmto otázkám věnovala v § 127 odst. 1 a 3 starého zákoníku (obsahem § 127 odst. 2 je právní pravidlo vztažené k rozhradám).

Nová úprava není jen podrobnější. Přináší i některé posuny. Předně spojuje sousedská práva i omezení s vlastnictvím pozemku. To může vyvolat otázku, zda – pokud vůbec – tato ustanovení omezují vlastníky těch nemovitých věcí, které nejsou pozemky. Jde především o stavby spojené s pozemkem pevným základem, jejichž vlastnictví bude od vlastnictví pozemku odděleno (§ 3055), ale také o samostatné podzemní stavby (§ 498), samozřejmě i byty, resp. bytové jednotky ve vlastnictví (§ 1159), a rovněž tak o právo stavby a jiná věcná práva k nemovitostem prohlášená novým občanským zákoníkem za nemovité věci. Odpověď na tuto otázku dává v rámci společných ustanovení § 3023, který stanoví, že ustanovení občanského zákoníku o vlastníku pozemku platí obdobně i pro vlastníky jiných nemovitých věcí.

Pro sousedská práva má ze všeobecných ustanovení uvozujících třetí část kodifikace zvláštní význam § 978 obsahující právní pravidlo, podle něhož se lze od ustanovení této části odchýlit s účinky vůči třetím osobám, jen pokud to zákon připouští. To znamená, že zákoník neklade sousedům překážky, aby si mezi sebou ujednali jiná pravidla, podle nichž budou žít vedle sebe. Nic např. nebrání, aby se souseď dohodl, že tento může vstoupit na pozemek onoho a přisvojit si opadané plody z ovocných stromů nalézající se na sousedově pozemku, jakkoli zákoník zvolil opačné právní pravidlo (§ 1016

20 Zsvěceného komentáře se tato úprava dočkala z pera Jiřího Spáčila in SPÁČIL, Jiří et al. Občanský zákoník III. Věcná práva. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 146 an. Stručně se dané problematice věnuje v textu pojetém stylisticky i co do formy dosti neobvykle ZUKLÍNOVÁ, Michaela. Věcná práva v kostce. Praha: Linde Praha, 2014, s. 26 an.

odst. 1). Taková ujednání mají ovšem účinky jen mezi těmi, kdo se na něm konsenzuálně shodli, a netýká se např. dalšího vlastníka, na něhož bude sousedův pozemek převeden. Pokud by tomu mělo být jinak, musela by být úmluvě vtisknuta věcně-právní podoba a ujednána odpovídající služebnost.

Na ustanovení o sousedských právech dopadá § 3028 odst. 2 o nepravé retroaktivitě. Znamená to tedy, že se tato ustanovení začala na sousedská práva aplikovat ode dne účinnosti nové kodifikace.

3. K jednotlivým úpravám

3.1. Imise

Imise pojal nový občanský zákoník (§ 1013) obdobně jako stávající § 127 odst. 1 starého zákoníku. Není podstatné, že některé výslovně vytknuté jednotlivosti, které uvádí nová úprava, stará neznala (voda), ani že něco ze staré úpravy (pára, popílek) nová pomíjí nebo jinak pojmenovává (srov. »otřesy« namísto dosavadního »vibrace«). Nový zákoník výčet jednotlivých druhů imisí uvádí srozumitelně jako demonstrativní (arg. „a jiné podobné účinky“). Jako významnější se jeví, že § 1013 odst. 1 výslovně rozlišil skupinu imisí přímých a imisí nepřímých.

Nepřímé imise představují vedlejší účinky nějaké činnosti. Sezonní hnojení pole s sebou nutně přináší zápach, chováme-li kura domácího, neobejde se to bez ranního kokrhání a chatovou osadou se čas od času rozlehne hluk kotoučové pily, sekačky nebo křovinořezu a tu a tam se nese kouř z táborového ohně nebo z venkovního grilování. Nepřímé imise jsou přirozeným důsledkem lidského soužití a nelze jim dokonale zabránit. Jejich nepřípustnost staví nová úprava na dvou kritériích. Předně musí jít o pronikání imisí k sousedovi v takové míře, která je místním poměrům nepřiměřená. V tom je rozdíl od dosavadní úpravy poukazující na „míru přiměřenou poměrům“. Důraz

na místní poměry je záměrný a v podstatě shodný s poukazem § 364 všeobecného občanského zákoníku na „míru podle místních poměrů obvyklou“. Obdobně vidí německý zákoník (§ 906) jako podstatné využívání pozemku obvyklé v daném místě a švýcarský zákoník (čl. 684) akcentuje místní zvyklost. Určující hledisko místních poměrů samozřejmě nemůže blokovat rozvoj v obci nebo v její části, a nelze tedy např. dovodit, že by vzhledem k § 1013 odst. 1 českého zákoníku nebylo možné otevřít v klidné vilové čtvrti zahradní restauraci nebo zřídit tam mateřskou školu s odůvodněním, že v místě taková zařízení dosud nebyla a že by provoz restaurace nebo školky a s nimi nutně spojený hluk hostů nebo dětí narušil místní poměry. Důraz na přiměřenost místním poměrům nevylučuje změnu, ale musí jít o změnu těmto poměrům přiměřenou. To neplyne jen ze zákonné formulace tohoto kritéria, ale i z toho, jak zákon nastavil to druhé. Nepřímé imise jsou reprobovány, pokud současně obvyklé užívání pozemku podstatně omezují.

Rozdílně od nepřímých imisí, jimž se lze bránit, jen pokud vybočí z místních poměrů a podstatně omezí vlastníka nemovitosti v obvyklém užívání, nejsou pro přímé imise stanoveny žádné limity přípustnosti. Přímé imise (svod vody z okapu na cizí pozemek) jsou zakázány, ledaže soused bude mít k takovému zásahu do cizího vlastnictví zvláštní právní důvod. Svod vody z okapu nemusí být samozřejmě pokaždé řešen zřízením služebnosti zakládající právo na svod dešťové vody (§ 1270), někdy postačí smlouva s obligačními účinky, jindy povolení jen z ochoty v rámci sousedského soužití. Něco jiného je stékání vody z výše položeného pozemku na nižší pozemek přirozeným způsobem (v důsledku deště, oblevy, vzhledem k existenci potoka, pramene apod.). V takovém případě soused nemůže požadovat, aby byl výše položený pozemek upraven tak, aby k stékání vody nedošlo. Naopak má právo dožadovat se, aby vlastník výše položeného pozemku stékání vody nebránil v tom rozsahu, v jakém sám vodu nepotřebuje, pokud je jí zapotřebí i pro pozemek níže položený (§ 1019). Uvedená právní pravidla byla do původního návrhu řečeného ustanovení

doplněna z podnětu Legislativní rady vlády s odkazem na vhodnost recepcce čl. 689 švýcarského občanského zákoníku²¹ a s poukazem, že absence výslovného ustanovení vede v praxi k nedorozuměním a sousedským konfliktům (výslovně bylo zmíněno Křivoklátsko).

Doplňkem § 1019 se poněkud posunul smysl obsahu původního navrhovaného textu v tomto ustanovení. Normativní věta původně navržená, totiž že „vlastník pozemku má právo požadovat, aby soused upravitel stavbu na sousedním pozemku tak, aby ze stavby nestékala voda nebo nepadal sníh nebo led na jeho pozemek“, v § 1019 zůstala, resp. byla tam záměrně ponechána.²² Vzhledem k doplnění zákonného ustanovení se však jeví jako nepochybné, že stéká-li voda ze stavby na sousední pozemek přirozeným způsobem, tj. v důsledku deště nebo oblevy, nelze se úpravy stavby dožadovat. Jinak tomu bude v případě, že ze stavby padá na sousední pozemek sníh nebo led. S takovými úkazy je spojeno ostatně větší riziko pro osoby i pro majetek na sousedním pozemku. O formulaci žalobního petitu v této souvislosti uvažuje Svoboda a dovozuje, že i v tomto případě nemá být žalováno na úpravu stavby, ale na zdržení.²³ Způsobí-li sníh nebo led pádem škodu, bude vlastník nemovitosti povinen k její náhradě bez zřetele k tomu, zda úpravu stavby jeho soused požadoval čili nic (§ 2937 odst. 2).

V úpravě běžných imisí není proti dosavadní úpravě nějaký zvláštní posun. Je sice pravda, že starý zákoník nemá výslovné ustanovení o přímých imisích, nicméně nelze příliš pochybovat, že by praxe i na podkladě jeho úpravy našla vůči přímým imisím striktnější přístup.

21 K tomu např. TUOR, Peter – SCHNYDER, Bernhard. *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*. 9. vydání. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1975, s. 574 an.

22 Srov. § 25 vyhl. č. 268/2009 Sb., o technických požadavcích na stavby, jehož odst. 1 obsahuje obdobný požadavek, byť s prioritním zaměřením na ochranu veřejných prostor.

23 Srov. SVOBODA, Karel. Žaloby na ochranu vlastnického práva podle nového občanského zákoníku. *Právní rozhledy*, 2013, č. 4, s. 144 (článek bohužel obsahuje řadu závěrů, s nimiž nelze souhlasit; nepochybně vyvolá polemické reakce).

Od dosavadní úpravy se ta nová však výrazně liší výslovným ustanovením o důsledcích provozu obchodního závodu. Jde o otázku, která byla v habsburském soustátí diskutována na přelomu XIX. a XX. stol. velikány tehdejší civilistiky.²⁴ Stanovisko, které hájil zejména Randa, sledovalo myšlenku, že vlastník si může se svým vlastnictvím dělat v mezích právního řádu, co chce, tedy si i na vlastním pozemku zřídit např. cementárnu, a pokud vítr zanášá prach z ní na další pozemky, jde o důsledek náhodného působení přírodních sil, za nějž provozovatel cementárny nemůže být odpovědný. V teorii i v legislativní praxi se ale prosadil opačný názor. Prototypem jeho zákonné úpravy je § 906 BGB.²⁵ Jeho obdobu představovalo od třetí dílčí novely (z r. 1915) ustanovení § 364a všeobecného zákoníku občanského.²⁶ Poté, co tato úprava v r. 1950 z našeho práva zmizela, začalo se judikatorně dovozovat (srov. např. R 65/72), že provoz úředně povolený je v mezích povolení provozem oprávněným, takže obrana proti imisím s odkazem na sousedská práva nemá místa. Nový zákoník obnovil v § 1013 odst. 2 s dílčími upřesněním řešení, jaké tu bylo dříve. Byl-li provoz obchodního závodu úředně povolen, tedy povolen veřejnou mocí, je tím vyjádřen také veřejný zájem na jeho existenci. Nicméně, ač se so-

24 UNGER, Joseph. *Handeln auf fremde Gefahr*. Jena: Gustav Fischer, 1894; RAN-DA, Antonín. *Právo vlastnické dle rakouského práva v pořádku systematickém*. 5. vydání. Praha: Řivnáč, 1900, s. 43 an.; UNGER, Joseph. *Handeln auf eigene Gefahr*. 3. vydání. Jena: Gustav Fischer, 1904.

25 Srov. např. Säcker, Franz Jürgen in QUACK, Friedrich (ed.) et al. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 6. Sachenrecht. 3. vydání. München: C. H. Beck, 1997, s. 597 an.

26 Rouček, František in ROUČEK, František – SEDLÁČEK, Jaromír (eds.) et al. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Díl II. Praha: Linhart, 1935, s. 252 an. nebo KRČMÁŘ, Jan. *Právo občanské II. Práva věcná*. 3. vydání. Praha: Knihovna Sborníku věd právních a státních, 1946, s. 108 an. Aktuální výklad rakouské úpravy podává i s přehledem novější judikatury např. Holzner, Christian in KLETEČKA, Andreas – SCHAUER, Martin (eds.) et al. *ABGB-ON. Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*. Wien: Manz, 2010, s. 653 an.

ukromník v důsledku toho musí smířit, že poblíž jeho obydlí ve vilové čtvrti vznikne obchodní závod s obtěžujícím provozem, nelze na něho přenášet důsledky z cizího podnikání, zvláště vedou-li tyto důsledky k omezení užívání sousedova vlastnictví a k poklesu obecné ceny pozemku. Nemůže sice žalovat provozovatele cementárny, aby se zdržel nepříznivého působení na sousední pozemek, sousedovi se však zakládá právo na odpovídající náhradu v penězích.²⁷

3.2. Rostliny

Rozdílně od dosavadní úpravy stanovující, že vlastník nesmí „nešetrně, popřípadě v nevhodné roční době odstraňovat ze své půdy kořeny stromu nebo odstraňovat větve stromu přesahující na jeho pozemek“, obsahuje nová právní úprava ustanovení podrobnější (§ 1016 a 1017). Tato úprava přirozeně nevylučuje v rozsahu, který není speciálně upraven, aplikaci právních pravidel o imisích (např. vzrostle-li strom na sousedním pozemku tak, že bude stíněním bránit přístupu světla a za podmínek § 1013 odst. 1 podstatně omezí užívání pozemku dotčeného souseda).

Pokud jde o podrosty a převisy, zachovává se z dosavadní úpravy základní právní pravidlo, tak jak bylo v praxi posud vnímáno: soused je oprávněn odstranit kořeny nebo větve stromu přesahující na jeho pozemek, pokud tak učiní šetrným způsobem ve vhodné roční době. Nový zákoník k tomu doplnil minuciézní pravidlo § 910 BGB, že sousedovi náleží, co od stromu jiného vlastníka oddělil.²⁸ Především je ale

27 Blíže k tomu SPÁČIL, Jiří – DOBROVOLNÁ, Eva. Imise způsobené úředně schváleným provozem závodu nebo podobného zařízení v novém občanském zákoníku. Právní rozhledy, 2012, s. 719 an.

28 Z absence tohoto pravidla v dosud účinném právu je nutné dovodit samozřejmý závěr, který byl v naší literatuře ostatně formulován bezmála před půlstoletím, totiž že „dojde-li již k oddělení (separaci) přesahujících větví či přerůstajících kořenů (...), stávají se tyto oddělené větve a kořeny samostatnými věcmi. Z hlediska vlastnických vztahů však nepřestávají být se zřetelem k platné

sousedovo subjektivní právo zasáhnout do cizího vlastnictví omezeno dvěma limity.

Předně se v § 1016 odst. 2 stanoví, že se musí poměřovat zájem na nedotčeném zachování stromu a míra, v jaké podrost nebo převis působí dotčenému vlastníku škodu nebo obtíže. To je hledisko, které se svého času promítlo podle německého a švýcarského vzoru do návrhu československého občanského zákoníku z r. 1936, odkud se příslušná formulace přenesla do nové kodifikace. Jde o omezení, které snad lze vnímat i jako dílčí reflexi obecné ochrany práva člověka žít v příznivém životním prostředí.²⁹ Ve volné krajině větve a kořeny stromů běžně přesahují hranice pozemků, aniž je namístě konstituovat právo vlastníka zasáhnout do integrity susedova stromu. S obdobnou situací se lze setkat např. v případě, že větve sice přerůstají nad susedův pozemek, ale jde o kout, kde je umístěn kompost nebo kde část pozemku není udržována apod.

Druhé omezení sleduje myšlenku, že vlastník pečuje o své vlastnictví starostlivěji než jiná osoba. Proto bylo inspirací ze švýcarské úpravy³⁰ – opět na doporučení Legislativní rady vlády – převzato právní pravidlo, že sused může proti podrostům nebo převisům svépomocně zasáhnout, jen pokud vlastníka stromu sám vyzve, aby je nejprve odstranil sám a pokud tak vlastník sám v přiměřené době neučiní.

občanskoprávní úpravě předmětem vlastnického práva vlastníka stromu.“ ŠVESTKA, Jiří – FIALA, Josef – ČEŠKA, Zdeněk. Nový občanský zákoník a některé aktuální otázky vztahů mezi vlastníky susedních nemovitostí. Socialistická zákonnost, 1966, s. 350.

29 Důraz na právo člověka žít v příznivém životním prostředí najdeme v § 81 odst. 2 jako stopu vlivu Strany zelených na obsah kodifikace v době vlády premiéra Topolánka.

30 Srov. čl. 687 ZGB. K tomu např. REY, Heinz in HONSELL, Heinrich – NEDIM, Petr Vogt – GEISER, Thomas (eds.). Basler Kommentar zum Schweizerischer Privatrecht. Zivilgesetzbuch II. 2. vydání. Basel – Genf – München: Helbing & Lichtenhahn, 2003, s. 1139 an.

Obě omezení platí jen pro stromy, nikoli pro keře a další rostliny. Ve vztahu ke stromům je zapotřebí pamatovat, že se ustanovení sousedského práva aplikují na stromy, pokud strom roste na pozemku jednoho nebo druhého souseda. Vyrůstá-li kmen stromu na hranici pozemků různých vlastníků, je společný (§ 1067) – protože takový strom není samostatnou věcí, není možné konstruovat spoluvlastnictví ke stromu – a vlastníci o něm rozhodují společně.

Se stromy na sousedním pozemku mohou být spojeny i další situace vyvolávající mezi sousedy nevlí. Již v literatuře poloviny 60. let se poukázalo na případy bezohledných vlastníků vysazujících stromy nebo keře v takové blízkosti sousedovy zahrady, že to vyvolává potenciální nebezpečí převisů nebo podrostů. Tehdy Ota Rais navrhoval „k odstranění mnoha zbytečných trpkostí, křivd a nežádoucích sporů“ normativně stanovit, „v jaké nejkratší vzdálenosti od hranice sousedova pozemku je dovoleno jednotlivé druhy stromů a keřů sázet“.³¹ Nový občanský zákoník po vzoru některých občanských zákoníků galorománské provenience (např. čl. 892 italského *Codice civile*, čl. 591 španělského *Código civil*³² nebo čl. 596 *Code civil du Québec*)³³ přináší v § 1017 právní pravidlo stanovující, že soused může sousedovi zabránit ve vysazování stromů v těsné blízkosti společné hranice pozemků, popřípadě se domáhat, aby odstranil stromy, které tam vysázel nebo nechal vzrůst. Zákonné ustanovení zavádí pravidlo, že pro stromy dorůstající obvykle výšky přes 3 m platí jako přípustná hranice 3 m od společné hranice pozemků, pro ostatní stromy 1,5 m. Toto kritérium se uplatní, neplyne-li něco jiného z místních zvyklostí,³⁴ ze zvláštního právního předpisu, anebo, samozřejmě, ze

31 RAIS, Ota. Ještě o právu sousedském. *Socialistická zákonnost*, 1966, s. 558 – 559.

32 DÍEZ-PICAZO, Luis – GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil. III. Derecho des cosas y derechoo inmobiliario registral*. 7. vydání. Madrid: Tecnos, 2005, s. 143 an.

33 Obdobná omezení zná ale i švýcarské kantonální právo nebo právo bulharské.

34 Krátce po vstupu občanského zákoníku v účinnost se objevily úvahy nesené zejména z některých organizací správ a údržby silnic, že zákoník znemožňuje

souhlasně projevené vůle sousedů. Ust. § 1017 tak ohroženému vlastníku umožňuje zasáhnout proti zásahu do jeho vlastnictví i preventivně. To má zvláštní význam i ve vazbě na skutečnost, že stromy, jejichž kmen měřený ve výšce 130 cm nedosahuje průměru 80 cm, lze kácet bez veřejnoprávního povolení (§ 8 zák. č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny. § 8 vyhl. č. 395/1992 Sb.). Pro takový zákrok však musí mít soused rozumný důvod. I v tomto případě je samozřejmě nutné zvážit kolizi zájmu souseda na odstranění stromu vyrostlého poblíž hranice pozemků (tedy míru obtíží nebo nebezpečí, které sousedovi hrozí) a zájmu na nedotčeném zachování stromu (s ohledem na jeho dendrologický význam, vzhled, stáří, začlenění do krajinného rázu apod.). Tato hlediska se posoudí podle konkrétních okolností případu: rozumný důvod tu nepochybně nebude, počne-li při hranici pastviny růst topol nebo jírovec maďal, a naopak nepochybně bude rozumný důvod bránit vysazení tisovce dvouřadého poblíž hranice pozemku, pokud nedaleko hranice stojí z druhé strany rodinná vila. Kritéria zájmu na zachování stromu a rozumného důvodu na straně osoby, která se odstranění stromu domáhá, vystoupí se zvláštní naléhavostí u stromů rostoucích v blízkosti hranice pozemků ke dni nabytí účinnosti nového občanského zákoníku, zvláště jde-li o stav trvající řadu let.³⁵ Nicméně i v těchto případech lze pomyslet na situace, kdy se soused bude moci domáhat odstranění stromu bez pochybností –

vysazovat stromy u cest, resp. obnovovat stromořadí po vykácení odumřelých nebo poškozených stromů [např. dostupné na www.ceskatelevize.cz/ct24/domaci/270349-silnicari-kvuli-obcanskemu-zakoniku-nemuzeme-sazet-nove-stromy/ (29. 6. 2014)]. Vyvrací je právě poukaz zákoníku na místní zvyklost, neboť ta se vytvořila právě vzhledem k tomu, že v daném místě stromořadí bylo vždycky.

- 35 Nelze přehlédnout, že obtěžoval-li takový strom již před účinností nového kodexu souseda stíněním nebo jinými vlivy, měl soused právo zasáhnout podle § 127 odst. 1 starého občanského zákoníku, a v případě vážného ohrožení se soused mohl domáhat vhodného soudního opatření podle § 417 odst. 2 starého občanského zákoníku.

např. za situace, že v bezprostřední blízkosti hranice roste strom již tak poškozený, že hrozí jeho vyvrácení nebo zlomení a pád na sousední pozemek.

Podle druhého odstavce § 1017 je zásah proti stromům rostoucím při hranici pozemku vyloučen, pokud je na sousedním pozemku les nebo sad (nepochybně i park, arboretum, botanická zahrada). Zásah je vyloučen i v případě, že stromy tvoří rozhradu, tj. pokud stromořadí viditelně odděluje jeden pozemek od druhého kopírováním jejich hranice. Domáhat se odstranění stromu nelze ani v případě, že by se obětí zásahu měl stát strom zvláště chráněný.

Dosavadní právní úprava nemá výslovné ustanovení o plodech stromů, jejichž větve přesahují nad cizí pozemek. Z § 127 odst. 3 starého zákoníku lze dovodit právo souseda vymoci si vstup na cizí pozemek a ovoce si z přesahujících větví očesat. Totéž právní pravidlo plyne i z § 1021 nového zákoníku. Z mlčení starého zákoníku o právním osudu plodů spadlých z cizího stromu na sousedův pozemek se již dávno dovodilo, že ani takovým oddělením „vlastnické právo (...) podle existujícího platného právního stavu žádnou změnu nedoznává.“³⁶ Soused si tedy spadané plody přivlastnit nemůže a musí vlastníku plodů umožnit vstup na svůj pozemek, aby si on mohl spadané plody sesbírat a odnést; leč zároveň má právo nutit vlastníka plodů, aby tak učinil, neboť ponechává-li někdo na cizím pozemku bez právního důvodu něco svého, ruší tím cizí vlastnictví. Že se v praktickém životě zpravidla postupuje jinak, svědčí o zdravém rozumu zúčastněných. Je nutné také pomyslet, že plody padajícími na cizí pozemek nejsou nutně jen jablka a hrušky, ale třeba i šištice jehličnanů. Proto se český zákoník přihlásil první větou § 1016 odst. 1 k tradičnímu řešení,

36 Srov. článek cit. v pozn. 3, kde se takový závěr objevil poprvé. Od té doby jde o názor sdílený v doktríně i v praxi všeobecně. Srov. např. Knapp, Viktor – Knapková, Marta – Dvořák, Jan – Švestka, Jiří – Tégl, Petr in: ŠVESTKA, Jiří – DVOŘÁK, Jan et al. Občanské právo hmotné. Svazek 1. 5. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2009, s. 299.

podle něhož vše, co spadne z přerůstajících větví na sousedův pozemek, k pozemku přirůstá a stává se sousedovým vlastnictvím. Výjimka v druhé větě cit. ust., podle níž toto neplatí, je-li sousední pozemek veřejným statkem, má svůj původ v německé úpravě (§ 911 BGB). Jde o právní pravidlo, jehož logika je zřejmá: spadne-li z mého stromu jablko na veřejnou cestu nebo na trávník veřejného parku nebo hřiště, mohu si je sebrat, aniž tím ruším veřejné vlastnictví. Neučiním-li to, může si jablko přisvojit kdokoli.

3.3. „Pravidlo kriketového míčku“

Starší kodifikace civilního práva, včetně všeobecného zákoníku občanského (§ 384), se výslovnou úpravou věnovaly řešení otázky stíhání vlastních zvířat na cizím pozemku. Ale již Antonín Randa v prvním vydání známého spisu poukázal, že v uvedeném ustanovení rakouského zákoníku „vysloven jest princip, jehož obdobně užívati lze ve všech podobných případech“, a že tedy „vlastník smí movitou věc svou, která se na cizí pozemek dostala, na tomto stíhati a odnáseti; ovšem musí vlastníkovu nahraditi škodu tím způsobenou“.³⁷

Novější kodifikace daly Randovi za pravdu – poukázat lze např. na občanské zákoníky Nizozemska (čl. 5:23) nebo Québecu (čl. 989). Také osnova nového českého občanského zákoníku šla dlouho stejnou cestou a kopírovala Randovu myšlenku stejně, jako to učinily moderní zákoníky, na něž jsem poukázal. Toto řešení se setkalo s kritikou poukazující na pochybná individua toulající se po cizích zahradách s tvrzením, že tam nepovolanému návštěvníku vítr zanesl čepici.³⁸ Nakonec se tedy v zákoníku objevilo konzervativnější řešení po vzoru § 1005 německého BGB. V § 1014 české kodifikace najdeme právní

37 RANDA, Antonín. Právo vlastnické dle rakouského práva v pořádku systematickém. Praha: Edvard Grégr, 1871, s. 34.

38 Srov. KŘEČEK, Stanislav. Zamyšlení nad návrhem nového občanského zákoníku. Bulletin advokacie, 2008, č. 9, s. 18 an.

pravidlo, podle něhož má vlastník pozemku povinnost vydat cizí věc, která se na jeho pozemku ocitla, jejímu vlastníku, popř. tomu, kdo měl takovou věc u sebe, anebo mu umožnit na svůj pozemek vstup, tak aby si mohl svou věc vyhledat a odnést. Že se tak vlastník pozemku musí zachovat bez zbytečného odkladu po výzvě oprávněného, plyne ze skutečnosti, že citované ustanovení přesnou lhůtu ke splnění takové povinnosti nestanoví, jakož i z toho, že § 1958 odst. 2³⁹ se vzhledem k § 11⁴⁰ aplikuje i zde.

Jistěže se může stát, že movitá věc způsobí na cizím pozemku škodu – např. míč rozbije stěnu skleníku. V takovém případě má vlastník pozemku právo věc nevydat a zadržet, dokud mu škoda nebude uhrazena nebo pokud mu nebude dána jistota, že se povinnost k náhradě škody splní (§ 1015).

U těchto právních pravidel přirozeně nejde jen o vztahy mezi vlastníky sousedních pozemků, jakkoli se mezi nimi tyto situace vyskytnou patrně nejčastěji. Ochrana se poskytuje vlastnickému právu k movité věci, lhotejně, zda je její vlastník sousedem (vlastníkem sousední nemovitosti).

Uvedené situace lze podle dosavadní úpravy při mlčení starého zákoníku řešit jen obtížně. Samozřejmě, že ocitne-li se moje movitá věc na cizím pozemku, mám reivindikační žalobu a mohu se domáhat vydání věci. Způsobí-li však taková věc na cizím pozemku škodu, nejsou zcela jasné podmínky, za nichž vlastníku věci vznikne povinnost k náhradě. Naopak z § 176 odst. 1 starého zákoníku bylo jasné, že poškozený vlastník pozemku neměl právo cizí věc ani zvíře k zajištění práva na náhradu škody zadržet, protože by postupoval svémocně.

39 Na uvedeném místě český občanský zákoník stanoví dlužníkovu povinnost splnit bez zbytečného odkladu po výzvě věřitele.

40 Podle § 11 se obecná ustanovení o vzniku, změně a zániku práv a povinností ze závazků v části čtvrté českého občanského zákoníku použijí přiměřeně i na vznik, změnu a zánik jiných soukromých práv a povinností.

3.4. Zvířata

Starý občanský zákoník má v dané souvislosti o zvířatech jen jediné pravidlo, a to že „vlastník (...) nesmí nechat chovaná zvířata vnikat na sousedící pozemek“ (§ 127 odst. 1). Nový zákoník v rámci uložení povinnosti vlastníkovu zdržet se všeho, co působí, že imise vnikají na pozemek jiného vlastníka v míře nepřiměřené místním poměrům a podstatně omezují obvyklé užívání pozemku, stanovil, že „to platí i pro vnikání zvířat“ (§ 1013). Takovou výslovnou úpravu ještě ani vládní návrh zákoníku neměl – vycházelo se totiž z předpokladu, že obecný zákaz imisí samozřejmě i pro vnikání zvířat platí a netřeba o tom výslovně nic uvádět. Přesto dnes o zvířatech v uvedeném ustanovení čteme. Je to důsledek schváleného souhrnného pozměňovacího návrhu ústavněprávního výboru Poslanecké sněmovny, do něhož se tato zmínka dostala z podnětu poslankyně Parkanové.

Rozdíl proti dosavadní úpravě je v tom, že nový zákoník nevytkl, že má jít o zvířata *chovaná*. To dává smysl vzhledem k tomu, že vlastník musí mít nástroj obrany nejen proti tomu, že mu do zahrady nebo na pole případně vnikají sousedovy slepice, koza nebo pes; musí mít možnost bránit se např. i proti vnikání myší nebo potkanů přemnožených ve sklepeních sousední zanedbávané budovy. Taková zvířata, pokud žijí na svobodě, jsou zvířaty divokými, nejde o zvířata chovaná, dokonce ani vlastnicku nepatří vlastníku nemovitě věci, na níž nebo v níž se zdržují (§ 1046 odst. 1). Přesto se soused může jejich pronikání na svůj pozemek vzepřít a domáhat se, aby se vlastník sousední nemovitosti zdržel takového obtěžování. Nejde ostatně jen o hlodavce, ale také např. o obtížný hmyz (štěnice, mravence, vosy, sršně). Uzávit můžeme tak, že nový zákoník má proti starému jiné a přesnější vyjádření, leč že věcný rozdíl v obou úpravách není, neboť obě sledují ve výsledku totéž. I tady samozřejmě rozhodují místní poměry, vzhledem k nimž se zásah do sousedova vlastnictví musí hodnotit.

Co je nové, je výslovné ustanovení druhé věty § 1014 odst. 1. Do-stane-li se na cizí pozemek chované zvíře, má jeho vlastník (samozřej-

mě i držitel a popřípadě, není-li vlastník po ruce, i ten, komu bylo zvíře svěřeno) právo na pozemek vstoupit a zvíře tam stíhat, chytit a odvést si je (s tím, že bude povinen nahradit škodu, pokud ji na cizím pozemku způsobí zvíře nebo výkon práva odchytu). Podstatné je, že v tomto případě musí jít o zvíře *chované*, že jde o zvíře, které má vlastníka. Nadšený amatérský ornitolog tedy nemá právo vstoupit na cizí pozemek bez vlastníkovy svolení, jakkoli zde chce odchytit a okroužkovat divoce žijící sovu pálenou, která se tam zdržuje. U chovaných zvířat nerozhoduje, o jaké zvíře konkrétně jde – zda jde o divoké zvíře, které vlastník chová jako zajaté (gepard, leguán) nebo jako zkrocené (sokol vycvičený k lovu), anebo zda jde o domácí zvíře, ať již je chováno jako hospodářské zvíře (koza, ovce), anebo v zájmovém chovu pro chovatelovo potěšení jako společník (maltézský psík, zakrslý králík). Tyto kategorie mají v této souvislosti význam pro případné uchování si vlastnického práva ke zvířeti ve vazbě na jeho stíhání nebo hledání (např. § 1046 odst. 2, § 1047 až 1050 nebo § 1059).

Vnikne-li na pozemek zvíře jiného vlastníka, může tam způsobit škodu. Pracovní osnova nového občanského zákoníku obsahovala dlouho speciální právní pravidlo, které najdeme ještě ve vládním návrhu z r. 2008, že rovněž v tomto případě může vlastník zvíře zadržet, dokud mu nebude škoda nahrazena nebo dána jistota, že však musí zvíře vrátit, neuplatní-li právo na náhradu škody do osmi dnů. Osmidenní limit znaly všeobecný zákoník občanský (§ 1321)⁴¹ i vládní návrh československého občanského zákoníku z r. 1936⁴²

41 V ABGB je uvedené ustanovení dosud; normuje výslovně jen o zadržovacím právu k dobytku (tedy k zvířatům, jež řadíme mezi skot nebo brav). Ale již ve 30. letech bylo u nás poukazováno, že praxe tohoto ustanovení užívá i v jiných případech (srov. Sedláček, Jaromír in ROUČEK, František – SEDLÁČEK, Jaromír et al. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl pátý (§§ 1090 až 1341). Praha: V. Linhart, 1937, s. 893), tedy působí-li škodu pes, kočka, drůbež apod.

42 Tento vládní návrh je v literatuře zpravidla uváděn s datací rokem 1937 – v tom-

(§ 1151). V opakovaném připomínkovém řízení uskutečněném Ministerstvem spravedlnosti na přelomu let 2010/2011 bylo zvláštní právní pravidlo o zvířatech k připomínce ministerstev životního prostředí a zemědělství vypuštěno. Jakkoli byl účel těchto připomínek nepochybně jiný, výsledkem je legislativní řešení odmítající zvláštní ochranu zvířat. Ani to není nijak fatální – platný stav úpravy v novém českém kodexu se shoduje s tím, jak se k téže otázce staví právo německé (§ 867 BGB) nebo švýcarské (čl. 700 ZGB). To znamená, že způsobí-li chované zvíře škodu na cizím pozemku, aplikuje se analogicky § 1015 – vlastníku pozemku vznikne právo zvíře zadržet, dokud mu vlastník zvířete škodu nenahradí nebo dokud nedá jistotu, že škoda bude nahrazena. Samozřejmě platí, že rozhodne-li se vlastník pozemku vykonat retenční právo k cizímu zvířeti, musí se o ně starat jako řádný hospodář (řádne je krmit, ustájit nebo umístit ve vhodném kotci, kleci nebo v teráriu, v případě nutnosti zajistit nezbytnou veterinární péči) a musí vlastníka vyzoomět, že zvíře zadržel a z jakého důvodu se tak stalo (§ 1397).

Vedle práva stíhat na cizím pozemku vlastní zvíře zakládá výslovná textace § 1014 vlastníku i právo stíhat na cizím pozemku také roj včel. Obdobnou úpravu najdeme např. v občanských zákonících Itálie, Německa, Polska, Rakouska, Španělska, Švýcarska nebo v lichtenštejnském Sachenrecht. Vzorem pro českou kodifikaci bylo především analogické ustanovení švýcarského občanského zákoníku. Výslovné ustanovení o roji včel je ve všech uvedených úpravách ani ne tak proto, že by se chtělo dát najevo, že vlastník včelstva nemá právo vstupovat na cizí pozemek s odůvodněním, že tam stíhá své jednotlivé včely (má právo stíhat právě jen roj), ale zejména z toho důvodu, že se na

to roce byl vládou předložen Národnímu shromáždění; zákonná osnova se však stala vládním návrhem již v r. 1936, kdy osnovu československá vláda schválila (konkrétně 4. 12. 1936). Srov. k tomu KUKLÍK, Jan. Profesor Jan Krčmář. Pozapomenutá osobnost pražské civilistiky. Praha: Univerzita Karlova – Pražské sdružení Jednoty českých právníků, 2008, s. 67.

jednotlivé včely, byť na pozemek létají od souseda, hledí jako na věci ničí, resp. jako na zvířata, která nikomu nepatří, takže ocitnou-li se na cizím pozemku a jeho vlastník je zabije, nelze z toho dovodit, že došlo k nedovolenému zásahu do vlastnictví vlastníka včelstva.⁴³ To má praktický význam zejména za situace, kdy včely z cizího úlu při přeletu nad cizím pozemkem uhynou, protože jeho vlastník ošetřil pozemek chemickým postřikem proti škůdcům.

3.5. Hospodářská a stavební činnost na pozemku

Nejsou vyloučeny případy, že údržba pozemku nebo hospodaření na něm nejsou možné bez toho, že se vstoupí na sousední pozemek. Proto nový zákoník zachovává v § 1021 pravidlo, které známe z § 127 odst. 3 starého zákoníku. Jde tu o reflexi starých práv souvrati (otáčky), žebříku a úderu kladivem.⁴⁴ Rovněž právní pravidlo, že vlastník „nesmí ohrozit sousedovu stavbu nebo pozemek úpravami pozemku nebo úpravami stavby na něm zřízené bez toho, že by učinil dostatečné opatření na upevnění stavby nebo pozemku“, které čteme v § 127 odst. 1 starého zákoníku, zachovala i nová kodifikace formulací § 1018. Jde ostatně o úpravu tradiční, kterou obsahoval od III. dílčí novely i všeobecný zákoník občanský v § 364b.

Doplněna jsou však také některé nová ustanovení. Nejsou nikterak výjimečné případy, kdy se na sousedním pozemku má postavit, opravit, obnovit nebo zbourat stavba, ale kdy provedení takové činnosti není možné bez vstupu na sousední pozemek a jeho delšího užívání. Podle ustanovení starého zákoníku by musel být aplikován § 127 odst. 3. Nová kodifikace zvolila pro tyto případy speciální řešení po

43 Podrobnější výklad k těmto otázkám obsahuje důvodová zpráva k § 1014 a 1015 nového zákoníku.

44 MAYR, Robert. Soustava občanského práva. Kniha druhá. Práva věcná. Brno: Barvič & Novotný, 1924. s. 45. Rovněž TUREK, Jaroslav. K problematice sousedského práva a jeho úpravy. Socialistická zákonnost, 1971, s. 432 an. (a tam s. 445).

vzoru vládního návrhu československého občanského zákoníku z r. 1937 (srov. jeho § 140). Ustanovení § 1022 nového zákoníku zakládá vlastníku pozemku právo požadovat, aby v případě, že stavební práce nelze provést jinak než užitím sousedova pozemku – jde o nemožnost jiného postupu stavebních prací, nikoli o pouhou účelnost, menší nákladnost atp. – soused užití svého pozemku strpěl např. ke zřízení lešení, k uložení stavebního materiálu, k průjezdu stavebních strojů apod. V těchto případech jde přece jen o intenzivnější, byť dočasný, zásah do vlastnictví k sousednímu pozemku, než případy běžné údržby a běžného hospodaření. Proto § 1022 podmínil sousedovo strpění, že jeho pozemek bude k danému účelu užit, poskytnutím přiměřené náhrady. V tom je první rozdíl proti úpravě v § 1021. Druhý rozdíl je v tom, že užití sousedního pozemku k provedení stavebních prací si ani za přiměřenou náhradu soused vynutit nemůže, pokud zájem na nerušeném užívání pozemku převyšuje zájem na provedení prací. Taková kolize může být dočasná, např. s ohledem na sezónní užívání pozemku, který má být k danému účelu zasažen, ale i trvalá, např. je-li na sousedním pozemku prostor uzavřený za tím účelem, aby do něj cizí osoby neměly přístup (např. proto, že je tam umístěn provoz zvláště nebezpečný). Svě místo bude mít i hodnocení, jaké konkrétní stavební práce má soused v úmyslu provést.

Se stavebními pracemi u souseda souvisí i úprava § 1020. To ustanovení zakládá vlastníku pozemku právo požadovat, aby se zdržel zřizování stavby v těsné blízkosti společné hranice pozemků. K obraně musí mít vlastník pozemku rozumný důvod, typicky spočívající v riziku narušení klidného sousedského soužití. Protože pro stavby, pro něž se vyžaduje stavební povolení, platí zvláštní ustanovení (§ 1004 a 1005), lze § 1020 aplikovat především na stavby, které podléhají ohlášení, a na stavby, které nemusí být ohlašovány nebo povolovány. Rozumný důvod souseda se může opírat o hrozící míru obtěžování nebo ztížení obvyklého užívání jeho pozemku. I tady má smysl vážít, jaké jsou poměry v místě. Případně lze podpůrně přihlédnout k úpravám ve vyhl. 23/2008 Sb., o technických podmínkách požární

ochrany staveb nebo ve vyhl. č. 268/2009 Sb., o technických požadavcích na stavby, při úvaze, jaké řešení odpovídá veřejnému pořádku. Za těchto podmínek má soused právo bránit zřízení stavby, leč pokud je již zřízena, nezakládá § 1020 právo domáhat se jejího odstranění. V tom je rozdíl proti § 1017. Nicméně pokud stavba již zřízená ztěžuje užívání sousedního pozemku, např. stíněním, lze se samozřejmě bránit obdobně jako dnes s odkazem na zákaz imisí.

Ust. § 1023 jako poslední z ustanovení nového občanského zákoníku zařazených pod skupinový nadpis o omezeních vlastnického práva se sousedských práv v úzkém slova smyslu týká se jen do jisté míry. K němu se snad hodí přičinit následující vysvětlení. Při přípravě návrhu československého občanského zákoníku za první republiky se původně zvažovalo, zda do zdejšího práva převzít podrobnou úpravu čl. 691 an. švýcarského ZGB, zvláště pokud jde o strpění různých vedení na vlastním pozemku.⁴⁵ (Obdobnou úpravu dnes najdeme např. rovněž v čl. 1056 italského Codice civile.) Superrevizní komise takové řešení odmítla s argumentem, že „mnohé z navrhovaných předpisů jsou již v zákonech zvláštních, mnohé jsou vlastně jen zastřenou normou vyvlastňovací.“⁴⁶ Proto se ve vládním návrhu z r. 1937 objevil jen abstraktně formulovaný § 141.⁴⁷ Toto ustanovení bylo, jak poukazuje

45 Konkrétně se navrhovalo stanovit, že vlastník pozemku musí dovolit, aby pod zemí nebo nad povrchem jeho pozemku byly v nezbytných případech vedeny různé inženýrské sítě (elektrické vedení, vodovody, trativody, plynovody apod.), ovšem za předem vyrovnanou plnou náhradou škody, přičemž se zatíženému vlastníkovi zamýšlelo založit právo domáhat se, aby od něho byla příslušná část pozemku odkoupena, popř. – při změně poměrů – právo domáhat se, aby vedení bylo přeloženo. Srov. Věcné právo. Návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou republiku. Referent: Miloslav Stieber. 2. vydání. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1924, s. 17 – 18 a 81.

46 Zákon, kterým se vydává všeobecný zákoník občanský. Návrh superrevizní komise. Díl II. Důvodová zpráva. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1931, s. 123.

47 „Vlastník pozemku je povinen snášeti, aby se užívalo prostorů nad pozemkem a pod pozemkem, jsou-li pro to důležité důvody a děje-li se to takovým způso-

důvodová zpráva, záměrně formulováno tak, že se staví na ochranu zájmů vlastníka pozemku. Nový občanský zákoník tento konstrukt převzal do § 1023 a při jeho formulaci vyšel ze znění navrženého superrevizní komisí, které se jeví jako přesnější.⁴⁸ I za výslednou podobou tohoto ustanovení stojí myšlenka, že v případech, kdy je veřejný zájem na omezení vlastnického práva vlastníka pozemku, řeší tyto otázky právní předpisy řazené do oboru veřejného práva. Kde takový zájem není, uplatní se § 1023. Jeho dosah je tedy velmi omezený. Při organizovaném podzimmím pouštění draků v Turkovicích na Pardubicku (nebo kdekoli jinde) nepochybně dojde k zasažení prostoru nad pozemky jednotlivých vlastníků, nicméně ti zpravidla nemohou mít rozumný důvod tomu bránit. To však neznamená, že vlastníku vznikne trvalé omezení a povinnost trpět takovou činností navždy – že by např. nemohl na svém pozemku postavit telekomunikační věž s rozhlednou a anténním systémem, v jejíž ocelové šroubované konstrukci by létajícím drakům hrozilo zachycení a zkáza. To vlastníku samozřejmě může a poradatelé drakiády si k ní pak budou muset najít jiné místo.

4. Závěr

Jaroslav Bičovský, průkopník obnovy zájmu zdejší právnické veřejnosti o problematiku sousedských práv (jeho první kniha o nich spatřila světlo světa již v r. 1973), zdůrazňoval, že hranice oddělující jednotlivé pozemky tyto pozemky zároveň spojuje a že těžiště sousedských vztahů je ve vztahu mezi sousedy, lidmi, kteří žijí vedle sebe

bem, že nemůže mítí rozumného důvodu, aby tomu bránil. Z takového užívání cizího prostoru nevzejde však uživateli nižádné právo, kterého by se mohl dovolat, jestliže podmínek věty první již není.“

48 Zákon, kterým se vydává všeobecný zákoník občanský. Návrh superrevizní komise. Díl I. Text zákona. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1931, s. 85 (§ 284).

jako vlastníci sousedících nemovitostí.⁴⁹ Sousedící vlastníci pozemků a staveb v určitém místě tvoří konkrétní společenskou skupinu, přičemž na vztahy v jejím rámci mají vliv rozličné faktory a poměry majtkové, kulturní a sociální povahy. Domnívám se, že by bylo omylem vidět mezi nimi vliv práva jako dominantní a určující. Lidé žijí vedle sebe především podle toho, jak vedle sebe žili vždycky, jaké vzory sociálního chování si ze zkušenosti v místě osvojili, a v občanském zákoníku si po večerech zpravidla nechtou. Empirie spíš učí, že se zákon zpravidla volá ku pomoci tam, kde selže apel na přirozenou slušnost a kde se vlastnický individualismus nespojuje s odpovědností za vlastní skutky, ale s chápá se jako legitimace vlastní prospěchářské neodpovědnosti.⁵⁰ Se zřetelem k tomu má formulace konkrétních právních pravidel usilujících podrobněji vyjasnit práva a povinnosti vznikající mezi sousedy svůj zvláštní význam. Právě proto, že vlastnictví sousedů je odděleno jen umělou hranicí, jeví se podrobnější regulace, k níž přistoupil nový občanský zákoník po vzoru dalších kodifikací jako účelná. Efektivitu nové zákonné úpravy sousedských práv prověří samozřejmě až právní praxe. Jistě bude brát i při aplikaci ustanovení o sousedských právech v úvahu rovněž paradigmatické základy stavby nové kodifikace, včetně ustanovení o povinnosti jednat v právním styku poctivě (§ 7), jakož i o povinnosti vlastníka nečinít nic, co má za hlavní účel jen obtěžovat jiné osoby nebo jim škodit (§ 1012).

49 BIČOVSKÝ, Jaroslav. Sousedská práva. 2. vydání. Praha, Orbis, 1976, s. 11 an.

50 Myšlenka Ivo Možného, kterou cituje NĚMEČEK, Tomáš. Paraziti práva. Příloha Lidových novin Právo & Justice. 16. 3. 2013, s. 15.

ÚSTAVNOPRÁVNE ASPEKTY ZMIEN OBČIANSKEHO SÚDNEHO PORIADKU

LUBOMÍR FOGAŠ

Abstrakt: Ústavné princípy vymedzujú funkcie ktoré zveruje štát súdom pri zabezpečovaní ochrany porušených alebo ohrozených občianskoprávných nárokov v najširšom slova zmysle.

Vzájomná korelácia ústavných princíпов, zásad občianskeho súdneho konania, ako aj zásad organizácie súdov je predpokladom rovného uplatňovania procesných práv a povinností účastníkov konania. Tvorba nových civilných procesných predpisov si vyžaduje dôsledné rešpektovanie ústavných základov a to tak pri tvorbe nových inštitútov konania, ako aj pri hľadaní nástrojov na zabezpečenie efektívneho fungovania súdov. Účasť verejnosti v súdnom konaní, princíp rovného postavenia účastníkov, ako aj právo nebyť odňatý zákonnému sudcovi tvoria základ transparentného rozhodovania o uplatnených nárokoch.

Kľúčové slová: Ústava, princíp rovnosti, verejnosti, pojednávanie, sudca, civilný proces, spory, malá hodnota, zákonný sudca.

1. Všeobecne

Občiansky súdny poriadok, ktorý nadobudol účinnosť 1.4.1964 bol v období svojho vzniku koncipovaný ako jednotný civilný procesný predpis pre všetky veci, ktoré patrili do tzv. civilnej právomoci súdov. Jeho úprava obsahovala i obsahuje procesné normy pre tzv. procesné konanie a to tak sporové, ako aj nespоровé, správne súdnictvo ale aj exekučné konanie. Základ zodpovednosti za výsledok konania bol v sporovom konaní položený aj na súd, ktorého úlohou bolo skúmať v konaní skutočný stav vecí. Aktívna úloha súdu v konaní vo viacerých prípadoch mohla viesť účastníkov konania k pasivite. Bol to dôsledok podceňovania významu dispozičnej zásady v civilnom procese. Občiansky súdny poriadok obsahoval viaceré cudzorodé prvky

akými boli účasť spoločenských organizácií i národného výboru v konaní a ktorých úprava presahovala únosnú mieru aktivít týchto subjektov v konaní. K tomu treba pridať i problémy stanovenia kritérií právomoci súdov v nových podmienkach, potrebu nových prístupov k opravnému konaniu (opravným prostriedkom), diskusie k otázke exekučného konania i správneho súdnictva. Súdny treba prestať chápať ako orgány, ktorých poslaním je realizácia iba niektorých úsekov právneho poriadku, alebo realizácia politických priorít exekutívy

Ak uvažujeme o novej právnej úprave súdneho procesu, žiada sa na tomto mieste konštatovať, že zákonodarná moc sa uskutočňuje a pôsobí ako právna regulácia, nástroj i prostriedok štátnopolitického riadenia spoločnosti v nových podmienkach. Tento systém usmerňuje spoločenské vzťahy a vytvára predpoklady pre nové právne záruky stability spoločnosti. Právne záruky však vytvára iba stabilizovaný právny poriadok. Vzhľadom na dynamiku normotvorby však len ťažko môžeme o stabilite právneho poriadku, a teda aj o právnych istotách hovoriť. Množstvo novelizácií Občianskeho súdneho poriadku v tomto období robí základný procesný zákon nestabilným a neprehľadným. Pritom treba konštatovať, že základné ústavné princípy, teda nastavenie smerovania právnych úprav, sú v SR konštituované už od roku 1993, v ktorom bola prijatá Ústava Slovenskej republiky.¹

Zdôrazňujem uvedené skutočnosti preto, lebo aj v tomto období sme svedkami rôznych konceptov a nápadov, ktoré sú výsledkom poznania histórie ale najmä poznania právnych úprav procesných predpisov iných krajín. Pri ich vyhodnocovaní je však potrebné triezvo zhodnotiť stav prípravy hmotnoprávnych predpisov, ako aj aktuálnu použiteľnosť „cudzích“ inštitútov na našom systéme procesných predpisov. Rekodifikácia Občianskeho zákonníka a príprava naň nadväzujúcich právnych predpisov je stále v štádiu prípravy paragrafového znenia toho základného kódexu a pokusy o zefektívnenie rozhodovacej činnosti súdov pokračujú.

1 Ústava slovenskej republiky č. 460/1992 Zb.

Za uvedeného stavu vecí dochádza i k úpravám jednotlivých inštitútov základného civilného procesného kódexu. Vychádzajú však viac z pragmatických potrieb ako z analýzy doterajšej právnej úpravy i aplikačnej praxe. Svedčí o tom už spomínaných viac ako 70 zásahov do Občianskeho súdneho poriadku. Medzi ne patria aj také, ktoré odstraňovali nedostatky už prijatých noviel a to bez ohľadu na to, či ich prijatie bolo dôsledkom nálezov Ústavného súdu Slovenskej republiky alebo iba reakciou na problémy, ktoré sa objavili v praxi (napr. tridsaťdňová odvolacia lehota).

Začiatkom deväťdesiatich rokov došlo k redukcii mimosúdnych orgánov i konaní pred nimi. Uvedené zmeny sa uskutočnili s jednoduchým odôvodnením: o všetkých civilných veciach v najširšom slova zmysle má rozhodovať nezávislý súd.² Právo na zabezpečenie možnosti domáhať sa prístupu na súd priamo vylúčilo vytvorenie zákonných alebo iných prekážok brániacich v možnosti dovolať sa súdnej ochrany. Štátnym orgánom tak bola odňatá možnosť vylúčiť z právomoci súdov veci, ktorých podstatou je poskytovanie ochrany porušeným alebo ohrozeným právam. Ani uvedená úprava však nebránila v existencii mimosúdnych orgánov s tým, že musí byť garantovaná preskúmateľnosť rozhodnutí týchto orgánov na súde. Nech už boli dôvody pre tento prístup akékoľvek, teória občianskeho procesného práva hľadala vždy skôr odôvodnenie pre záver, že v konaní pred nesúdnyimi orgánmi ide o relatívne samostatné druhy civilného procesu a konanie pred nimi sa uskutočňuje s cieľom poskytnúť ochranu porušeným, alebo ohrozeným civilnoprávnym nárokom. Občiansky súdny poriadok pri takomto koncipovaní plnil integrujúcu funkciu. Výsledky vedy, ale aj aplikačná prax hovoria v prospech znovu vytvorenia a aktivizácie mimosúdnych orgánov. Uvedené nové trendy sa prejavili v zmenách rozhodcovského konania a v novej právnej úprave mediačného konania.

2 Ústava Slovenskej republiky č. 460/1992 Zb. čl. 46, Dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd, Vyhláška ministra zahraničných vecí SR č. 209/1992 Zb. Charta základných práv Európskej únie, Ú.V. EÚ C 83,30.3.2010.

Pod pojmom civilné procesné právo rozumieme súhrn právnych noriem, ktoré upravujú konanie pred súdom a inými orgánmi pri poskytovaní ochrany porušeným alebo ohrozeným právam subjektov civilnoprávných vzťahov v najširšom slova zmysle. Všeobecne sa teóriou i aplikačnou praxou uznávala definícia civilného procesu ako právom regulovanej činnosti kompetentných orgánov (a to súdnych i mimosúdnych), ktorej cieľom je poskytovať ochranu spoločenským vzťahom vyplývajúcim z úpravy v civilno-právnych predpisoch.³

Možno konštatovať, že pre zodpovedanie otázky položenej vyššie je potrebné poznať *činnosť akých procesných orgánov sa* považuje za poskytovanie ochrany porušeným alebo ohrozeným subjektívnym právam a čo rozumieme pod pojmom civilné veci. Základom pre určenie okruhu uvedených vzťahov je pojem civilná vec.⁴ Vymedzenie pojmu „civilná vec“ však je jednou z úloh pred ktoré je súčasná vedecká obec postavená. V literatúre sa termín „civilná vec“ nevysvetľuje jednotne. Možno sa stretnúť s tzv. formálnym a materiálnym chápaním obsahu tohto pojmu. Ak položíme dôraz na formálne hľadisko, potom pod pojmom civilná vec rozumieme každú vec, bez ohľadu na právny vzťah, z ktorého vyplýva, ak je prikázaná do súdneho konania, ktoré sa uskutočňuje podľa civilno-procesných predpisov. Materiálne hľadisko nás naopak núti zohľadňovať povahu právneho vzťahu, z ktorého konkrétna vec vyplýva. Za civilnú vec potom možno označiť každú, ktorá vyplýva z občiansko-právnych vzťahov a vzťahov obdobných, pre ktoré je charakteristické rovné postavenie účastníkov.⁵ Pravda aj pri tomto ponímaní je možné, aby výnimočne bola poskytovaná ochrana subjektívnym právam vyplývajúcim i iných vzťahov, napr. obchod-

-
- 3 Pozri napr. Winterová, A. a kol. Civilní právo procesní, 4. aktualizované vydání doplnené o předpisy evropského práva, Linde, Praha, a.s., 2006, Schilleová, I. Český civilní proces, Linde Praha, a.s., 1997.
- 4 Fogaš, L. Konanie o dedičstve a jeho miesto v civilnom procese, In: Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae, roč. 7/1983. Bratislava: Slovenské pedagogické nakladateľstvo, 1986. S. 95 – 116.
- 5 Tamže.

ných, prípadne administratívnych alebo verejnoprávnych. Uvedená stručná úvaha smeruje k záveru, že jedným z kritérií pri rozhodovaní o ďalšom postupe legislatívnych prác by mal byť pokus stanoviť rozsah poskytovanej právnej ochrany a charakter uplatňovaných procesných nárokov v konaní pred príslušnými orgánmi vrátane súdov. To však predpokladá prísne rešpektovať rámec daný ústavou a ústavnými zákonmi, ako aj medzinárodnými dokumentmi, ktorými je Slovenská republika viazaná.

Z tohto hľadiska sa javí ako potrebné zmeny v procesných predpisoch v civilnej sfére pripravovať k kontexte ich vzájomných súvislostiach a väzbách. (**ide najmä o uvažované zmeny v občianskom súdnom poriadku, v Exekučnom poriadku, v zákone o rozhodcovskom konaní a Notárskom poriadku**). Nová, zásadná úprava sa nepochybne dotkne aj ďalších zákonov ako napr. zákona o súdoch, o organizácii Ústavného súdu SR, o sudcoch a prísediacich, o prokuratúre, o poplatkoch a pod. Konečne Legislatívne pravidlá vlády ukladajú tvorcom právnych noriem vyjadriť aj vzťah k iným právnym predpisom.

V tejto súvislosti sa žiada uviesť, že „úlohou legislatívy nie je vyriešiť teoretické problémy“, ale pomôcť aplikačnej praxi pri zabezpečovaní práva na spravodlivý proces pri ochrane porušených alebo ohrozených práv.

Aj keď ide o uplatňovanie dôsledkov medzinárodných záväzkov SR v súvislosti s prípravou nových procesných predpisov sa žiada dôsledne rešpektovať naše vlastné ústavné rámce, alebo navrhnúť ich zmenu. Iný prístup otvára priestor pre budúce výkladové spory a aj prípadné konanie pred ústavným súdom.

Nielen často zdôrazňovaná rýchlosť konania je súčasným problémom justičných orgánov, ale ako vážnejší sa javí problém vynesenia spravodlivého rozhodnutia. Ani to však v súčasných podmienkach vývoja nemusí stačiť a do výpočtu záruk realizácie práva na spravodlivý proces nepochybne patrí aj exekučné konanie, bez ktorého by často bola vymožitelnosť práva len ilúziou.

Jedným z najvýznamnejších aspektov prípravy novej právnej úpravy je rešpektovanie jej súladu s Ústavou SR. Konečne je to práve Ústava SR, ktorá obsahuje základné ustanovenia o práve na spravodlivý proces.

2. Ústavné zásady civilného procesu

V súvislosti s formulovaním zásad civilného procesu sa zvykne citovať druhá polovica článku 48 Ústavy SR. Pre správne pochopenie práva na spravodlivý proces je však potrebné poznať celý text uvedeného článku ústavy. V súlade s čl. 48 ods. 1 **Nikoho nemožno odňať jeho zákonnému sudcovi. Príslušnosť súdu ustanoví zákon.** Podľa následného ods. 2 ústavy **má každý právo na to, aby sa jeho vec verejne prerokovala v jeho prítomnosti a aby sa mohol vyjadriť ku všetkým vykonávaným dôkazom. Verejnosť možno vylúčiť len v prípadoch stanovených zákonom.** Ak by sme mali uvedený text prečítať očami procesnými, vyplýva z neho, že ústava (ale aj Listina základných práv a slobôd) citovaným ustanovením zakotvuje právo na zákonného sudcu, princíp rovnosti pred zákonom, princíp verejnosti a prejednanie veci bez zbytočných prietahov.

V súčasnej aktivite legislatívnych orgánov možno objaviť niekoľko úvah de lege ferenda, ktoré svojim obsahom prinajmenšom vyvolávajú pochybnosti o ich súlade s citovaným ustanovením ústavy, teda so základným ústavným predpisom nášho právneho poriadku. Všeobecne sa síce deklaruje rešpektovanie doterajších ústavných zásad, ale v dlhšom časovom horizonte možno v jednotlivých novelách občianskeho súdneho poriadku sledovať ich obchádzanie.

Máme na mysli návrhy, ktorých výsledkom má byť:

- i) umožnenie rozhodovania bez pojednávania v širšom rozsahu ako je to dovoľené podľa platnej právnej úpravy (zásada verejnosti a ústnosti),

- ii) prenesenie decíznej právomoci zo sudcov na justičných čakateľov, alebo vyšších súdnych úradníkov (nikto nesmie byť odňatý svojmu zákonnému sudcovi),
- iii) možnosť súdu uskutočňovať dôkazy na prospech jednej zo strán sporu aj keď to účastníci nenavrhnú (rovné postavenie účastníkov konania), zavedenie nových zásad konania.

i) Postupné rozširovanie možností uskutočnenia konania bez pojednávania vedie k negovaniu uplatňovania ústavnej zásady verejnosti konania a zásady ústnosti. Autori učebníc i viacerých článkov či štúdií používajú spojenie „verejnosť pojednávania“.⁶ Vychádzajú z toho, že v zmysle vyššie citovaného článku ústavy civilné sudy zásadne konajú a rozhodujú na pojednávaní verejne. Ústavodarca však neredukuje účasť verejnosti iba na pojednávanie na súde prvého stupňa, ale má na mysli celé konanie. V čase, keď sa všeobecne v odborných kruhoch, ale i vo verejnosti volá po transparentnosti rozhodovania súdov nado- búda zásada verejnosti osobitný a aj politický význam. Zásada verejnosti plní totiž kontrolnú funkciu vo vzťahu k činnosti sudcov a rozhodovaniu súdov i výchovnú funkciu vo vzťahu k verejnosti, ktorá sa konania zúčastní. Nie je pritom dôležité, ako často a v akom rozsahu sa verejnosť na konaní aj skutočne zúčastní.

Už dnešná právna úprava pozná niekoľko konaní, ktoré sa na základe zákona uskutočnia neverejne. Vzťahuje sa to na konanie pred notárom ako súdnym komisárom, verejnosť môže byť v niektorých prípadoch vylúčená a spravidla neverejne koná súdny exekútor v súlade so zákonom č. 233/1995 Z. z. v znení neskorších predpisov o súdnych exekútoroch. Položme si však otázku, či možno hovoriť o uplatňovaní zásady verejnosti v tých prípadoch, keď sa koná bez pojednávania. Práve týchto prípadov pribúda. Podľa dnes platnej právnej úpravy sa na súde prvého stupňa koná bez pojednávania za splnenia nasledujúcich podmienok, ak:

6 Pozri literatúru citovanú pod poznámkou 3.

- Nie je to v rozpore s verejným záujmom
- Vo veci možno rozhodnúť na základe listinných účastníkom konania predložených dôkazov
- Je daný súhlas účastníkov s rozhodnutím vo veci bez vytýčenia pojednávania alebo sa účastníci výslovne vzdali práva na verejné prejednanie veci.

Povinnosť súdu vyhlásiť rozsudok verejne v týchto prípadoch nemožno považovať za plnú realizáciu ústavného princípu verejnosti.

Ak uznáme argument, že vo vyššie uvedenom prípade sa bez pojednávania rozhoduje so súhlasom účastníkov, nevysvetleným zostane fakt, že verejnosť má právo na kontrolu priebehu konania a tá podľa existujúcej právnej úpravy zostava opomenutá. V konečnom dôsledku sledujúc aplikačnú prax môžu strany sporu postupovať uvedeným spôsobom aj v snahe vyhnúť sa kontrole verejnosti, sledujúc pritom vlastné záujmy, napr. v oblasti daňovej.

Bez pojednávania a teda s bez verejnosti sa však koná aj ďalších prípadoch. Stane sa tak, ak súd rozhoduje rozsudkom o nároku základe uznania alebo vzdania sa nároku. Rovnako tak bez pojednávania sa koná v konaniach, ktoré označujeme za nesporové (napr. opatrovnícke konanie, konanie o dedičstve, konanie o spôsobilosti na právne úkony i konanie pred registrovaným súdom a pod.). Bez kontroly verejnosti, teda bez pojednávania, sa koná aj vo veciach volebného súdnictva, v odvolacom konaní, dovolacom konaní a v správnom súdnictve, ak to zákon stanovuje. Pojednávanie sa nenarieduje, a teda verejnosť je vylúčená tiež vo veciach, keď sa rozhoduje v skrátanom, rozkaznom konaní. Pritom podmienky pre vydanie platobného rozkazu sa značne zjednodušili a pribudli nové skrátané konania.

Osobitnou kategóriou sú konania podľa nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 861/2007 o konaniach vo veciach s nízkou hodnotou sporu. Európske konanie vo veciach s nízkou hodnotou sporu by sa malo konať s uplatnením zásady písomnosti, ak súd (tribunál) nepovažuje za potrebné nariadiť ústne pojednávanie alebo to nenavrhne jedna zo strán. Aj keď je podaný takýto návrh, súd (tri-

bunál) ho môže odmietnuť. Vyššie citované nariadenie výslovne nevyklučuje nariadenie pojednávania, ale existujúci návrh legislatívneho zámeru OSP však už počíta s konaním bez pojednávania.

V tejto súvislosti sa žiada pripomenúť, nízkou (bagateľnou) hodnotou sporu sa má rozumieť čiastka 2000 eur. Podľa údajov MS SR z roku 2004, teda z obdobia, v ktorom sa vyššie uvedené nariadenie pripravovalo, spory s hodnotou pod 2 000 eur predstavovali 99,11 % (vnútroštátne spory). Podobné štatistiky sa uvádzali aj rok pred tým. Slovenská republika vo svojom dokumente nazvanom „Rámcová pozícia“ zo dňa 11.4.2005 zaujala k navrhovanej úprave toto stanovisko: „Slovenská republika považuje taxatívne stanovenie výšky hodnoty pohľadávky na 2 000 eur za neprimerane vysoké z dôvodu, že takéto konania v Slovenskej republike tvoria 99 % prípadov pri vnútroštátnych sporoch a 96 % v prípadoch s cezhraničným prvkom.“⁷ V čase prípravy nariadenia platil záver, v zmysle ktorého sa síce „odľahčí nápad súdov“, ale navrhovateľovi sa odoberie možnosť uplatniť svoje právo štandardným typom konania (*rei judicata lis pendens*). Vyššie citované stanovisko SR pokračuje „v Slovenskej republike práve spory, ktorých hodnota nepresiahla 2000 € tvoria základ judikatúry v našom právnom poriadku a ak by opravné prostriedky neboli možné nová judikatúra by vôbec nevznikla...“. Podľa poznatkov aplikačnej praxe autora aj súčasnom období tvoria spory s hodnotou do 2000 € značnú časť rozhodovacej činnosti súdov. Ak by tieto spory mali byť považované za „bagateľné“ a v dôsledku toho by sa uskutočňovali bez pojednávania, tak vo väčšine prejednávanych vecí pred súdmi sa nebude uplatňovať jeden zo základných ústavných princípov civilného procesu a účasť verejnosti bude fakticky v týchto prípadoch vylúčená. Bude si teda treba položiť otázku či ide ešte o rešpektovanie základného procesného princípu. Navyše, suma vo výške 2 000 € je takmer trojnásob-

7 Rámcová pozícia MS SR k dokumentu Proposal for Regulation of the European Parliament and Council establishing a European Small Claims Procedure, zo dňa 11.4.2005, s. 6.

bok priemernej mesačnej mzdy učiteľa, dva a pol násobok priemernej mzdy v priemysle a takmer trojnásobok mzdy v zdravotníctve.⁸ Je to pre túto a ďalšie kategórie obyvateľstva naozaj drobný spor, ktorého dôsledkom bude rozhodovanie bez pojednávania. Uvedené pochybnosti majú svoj základ v sociologických hľadiskách, ale nemožno ich pri príprave legislatívnych predlôh opomenúť. Argumentácia, ktorá odznieva v tom zmysle, že zavedením hranice 2000 € pre „Small claims procedure“ sa staneme „eurokonformnými“ je neprijateľná. Nie je korektné stanoviť (akceptovať) spoločnú hranicu pre „pre veci s nízkou hodnotou sporu“ pre všetky členské štáty EU a nerešpektovať ekonomické a sociálne podmienky jednotlivých krajín. K jednotnému limitu pre pojem „vec s nízkou hodnotou sporu“ sa možno dopracovať iba postupne, tak ako sa budú vyrovnávať sociálnoekonomické rozdiely členských štátov.

V nadväznosti na uvedené určité pochybnosti sa žiada vysloviť aj v súvislosti s koncipovaním uvažovaného inštitútu písomného výsluchu svedka či účastníka konania. Navrhovaný inštitút nemá nič spoločné so zásadou verejnosti či ústnosti konania. V tomto prípade bude aj účastník konania vylúčený z možnosti využiť svoje procesné práva v podobe výsluchu svedka.

Záverom k naznačenému problému sa žiada uviesť: *„právo verejnosti zúčastniť sa na súdnom konaní môže byť na rozdiel od práva účastníka byť prítomný na pojednávaní svojej veci obmedzené iba na základe zákona a verejnosť môže byť z pojednávania vylúčená z dôvodov ochrany práv účastníkov konania, ochrany štátneho tajomstva, nerušeného prerokúvania veci a pod“.*⁹

8 Pozri k tomu: Štatistická klasifikácia ekonomických činností v SK, Štatistický úrad Slovenskej republiky zo 4.6.2014.

9 Pozri Čič, M.: Komentár k Ústave Slovenskej republiky, EUROKÓDEX, Žilina 2012, s. 340.

ii) Prenášanie rozhodovacej právomoci zo sudcov na funkčne nižšie postavených

úradníkov vedie k možnému porušovaniu č. 48 ods. 1 Ústavy SR. Ako už bolo uvedené podľa citovaného článku ústavy nikoho nemožno odňať jeho zákonnému sudcovi. To nemá znamenať, že každý má vopred určeného sudcu. Znamená to však, že zákonným sudcom je sudca príslušného súdu určený v súlade s rozvrhom práce konkrétneho súdu, ktorý spĺňa pre výkon tejto funkcie predpoklady (kvalifikačné a ďalšie, ktoré na výkon tejto funkcie kladie napr. zákon č. 757/2004 Z. z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov). Ak sa umožní rozhodovať osobám odlišným od sudcov, skúsenosti autora získané zo spolupráce so zahraničnými partnermi ukazujú, že sám tento fakt konanie neskráti, ale predĺži.¹⁰ V takýchto prípadoch je totiž vždy možné odvolanie (rozklad, alebo inak nazvaný procesný úkon) a aj tak musí rozhodnúť sudca a proti jeho rozhodnutiu je prípustné opäť odvolanie. Nech by sme pomenovali osoby, ktorým je zákonom zverené oprávnenie vydať rozhodnutie v civilnom procese akokoľvek (vyšší súdny úradník, justičný čakatel', nižší sudca), ich postavenie je založené na iných ústavnoprávnych a zákonných základoch, a tým je daný aj iný rámec ich zodpovednosti. Práve právne postavenie sudcu a jeho zodpovednostný status sú určujúce pre vymedzenia kompetencií, v rámci ktorých je regulovaná rozhodovacia činnosť sudcov. V našich podmienkach mal justičný čakatel' i vyšší súdny úradník status štátneho zamestnanca (bol v štátnozamestnaneckom pomere). Zmena Ústavy v uvedených súvislostiach neprichádza do úvahy s ohľadom na naše medzinárodné záväzky.

Podľa dnes platnej právnej úpravy má rozsiahle kompetencie vyšší súdny úradník, ktorý rozhoduje v prípadoch podľa ustanovení §§ 5 až 7 zákona č. 549/2003 Z. z. o súdnych úradníkoch. Koná a rozhoduje

10 Takmer každé rozhodnutie súdu vydané inou osobou ako je sudca je napadnuteľné opravným prostriedkom, alebo iným procesným úkonom a aj tak v konečnom dôsledku musí rozhodnúť sudca.

je na základe poverenia sudcu, ale je diskutabilné, kto za prijaté rozhodnutia nesie zodpovednosť. Pritom vyšší súdny úradník rozhoduje o návrhu na vydanie platobného rozkazu, zmenkového a šekového platobného rozkazu vrátane ďalších rozhodnutí vydávaných v uvedených konaniach týkajúcich sa tak odporu, ako aj námietok; rozhoduje tiež v konaniach o úschovách, umorení listín, zmierovacom konaní, v exekučnom konaní podľa Exekučného poriadku (s výnimkou schvaľovania príklepu súdom), v konaní o výkon rozhodnutia o výchove maloletých detí, o výkone rozhodnutia zrážkou zo mzdy, prikázaním pohľadávky, predajom hnutelných vecí, odobratím vecí, ako aj o výkone rozhodnutia súdnych pohľadávok a ďalších otázkach, ktoré mu zákon zveruje. Z uvedeného príkladného výpočtu je zrejmé, že v oprávneniach vyššieho súdneho úradníka je aj vydanie rozhodnutí vo veci samej. Skutočnosťou je, že zavedenie širších kompetencií pre vyšších súdnych úradníkov odbremenovalo prácu sudcov. Neodstránilo však pochybnosti o plnom súlade platnej právnej úpravy s ústavou. Existencia procesných nástrojov, prostredníctvom ktorých sa v konečnom dôsledku dosiahne, že vo veci rozhodne sudca, vyslovenú pochybnosť zmiernuje, ale neodstraňuje. Riešením by bolo zavedenie hierarchizácie sudcov.

Rovnako sa žiada uvážiť stanovenie kritérií pre vydávanie rozhodnutí v skrátenom konaní (rozhodujú o nich vyšší štátni úradníci) iba v tých prípadoch, v ktorých sa bude počítat' s podaním odporu výnimočne. Autor nemá k dispozícii štatistiky, ale je zrejmé, že vysoké percento vydaných platobných rozkazov je aj našich podmienkach napadnuté odporom a následne sa vo veci musí nariadovať pojednávanie. Ak je však podaný odpor (iný opravný prostriedok) konanie sa neurýchlí, ale naopak predĺži¹¹.

11 V tejto súvislosti sa žiada uviesť, že zo spolupráce s advokátskymi kanceláriami v Nemecku možnorobiť záver, že napr. advokáti v aplikačnej praxi sa vyhýbajú podávaniu návrhov na vydanie rozhodnutí, ktoré by mali byť výsledkom skráteného konania.

iii) Rovné postavenie účastníkov konania je jedným zo základných ústavných princípov. Vyjadruje myšlienku, v zmysle ktorej sa pri aplikácii noriem hmotného i procesného práva v civilnom procese, ktorého účastníkom je tak právnická alebo fyzická osoba či štát majú uplatňovať rovnaké všeobecne stanovené pravidlá. Na to slúži celý rad ustanovení Občianskeho procesného poriadku. Úvahy súvisiace s prípravou nových procesných predpisov však naznačujú, že doterajšie chápanie rovnosti strán v konaní pred súdom nemusí byť vždy rešpektované. V Legislatívnom zámere vlády, v časti dokazovanie, sa uvažuje o tom, že v niektorých prípadoch bude možné, aby dôkaznú iniciatívu aj v sporových veciach prevzal výnimočne súd. To by ale nutne znamenalo, že jedna zo strán sporu sa bude môcť opierať o kvalifikované posúdenie potrieb dokazovania zo strany súdu a následné cieleňé vedenie sporu. Na jednej strane sa navrhuje viesť účastníkov konania k zastúpeniu advokátom, dokonca sa počíta v stanovených prípadoch aj s povinným zastúpením a na druhej sa predpokladá, že niektorú zo strán má chrániť aj súd. Takýto prístup môže pri nedôslednej úprave viesť k porušovaniu ústavnej zásady rovnosti strán.

Uvedené poznámky smerujú k vyvolaniu diskusie o vzťahu našich ústavných rámcov a úvahách tvorcov novej legislatívy v procesnej oblasti. Tak ako rozsiahle základné zmeny v našom právnom poriadku v súvislosti so vstupom do Európskej únie nás viedli k uvážlivosti pri preberaní jednotlivých právnych aktov vo vzťahu k existujúcim pravidlám správania sa stanoveným právnym poriadkom rovnako v období príprav je potrebné zvažovať všetky súvislosti navrhovanej úpravy a jej konzekvencie. Ústava je základný zákon štátu, hľadanie ciest na jej obídienie je cestou devalvácií ideí právneho štátu.

Summary

Principles of the civil procedure are anchored in the Constitution of the Slovak republic and in fundamental procedural regulations.

Constitutional principles outline the attributions that state delegates to the courts for the purpose of securing the protection of infringed or imperilled private-law rights. Mutual correlation of the constitutional principles, the principles of the civil procedure and the principles of the organisation of the courts presents the prerequisite of equal exercising of procedural rights and duties of the parties. Creation of new civil procedure regulations requires consistent and rigorous observance of the constitutional fundamentals both in the process of creation of new procedural instruments as well as in the process of identification of such instruments that are necessary for proper and effective operation of the courts. The right of a public trial, equality between the parties as well as the right not to be removed from the assigned judge presents the basis of the transparent decision making process.

DOTTRINA E CODIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO (CIVILE E COMMERCIALE) NEI PAESI DELL'EUROPA DEL NORD

GÁBOR HAMZA

I. Introduzione

1. L'influenza della scienza giuridica o dottrina (*Rechtswissenschaft*) tedesca si è fatta sentire anche nei Paesi dell'Europa del Nord. La scienza giuridica danese era stata posta su nuove basi da A. S. Orsted (1778-1860), colui che era influenzato dalla Scuola storica tedesca (*Historische Rechtsschule*), e che riteneva possibile che le imperfezioni del diritto patrio (*ius patrium*) potessero essere risanate tramite del diritto straniero (cioè diritto delle Pandette o *Pandektenrecht*).¹ Orsted ha esaminato con particolare attenzione i nuovi codici dei Paesi dell'Europa continentale, così l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (PALR), il *Code civil* francese e l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) austriaco. Fece diverse proposte per la modifica delle disposizioni del *Danske lov* anche secondo lui sorpassate, ma non volle mai rompere con tutte le regole cioè con tutti gli istituti del *Danske lov* facente in qualche modo parte dell'identità nazionale danese.

L'opera di A. S. Orsted riguardante la legislazione e la scienza di diritto civile danese e norvegese, il "Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed" (1818 – 835) è letto ancora oggi. Nelle opere di F. C. Bornemann e di A. W. Scheel, che ha impiantato il sistema del-

1 D. Tamm: Anders Sandoe Oersted and the Influence from Civil Law upon Danish Private Law at the Beginning of the 19th Century. *Scandinavian Studies in Law* 22 (1978).

le pandette in Danimarca, si può riscontrare l'influenza di Friedrich Carl von Savigny (1779 – 1861). I noti rappresentanti della Pandettistica tedesca (*Pandektenrecht*, *Pandektenwissenschaft* o in breve *Pandektistik*) hanno influenzato in grande misura anche J. E. Larsen e F. T. J. Gram, autori noti del XIX secolo.

In Svezia Axel Anders Theodor Hägerström (1868 – 1939), il professore di filosofia applicata all'università di Uppsala nella sua tesi di diritto romano ha messo in risalto il valore perenne del diritto romano, criticando l'opinione positivista dominante in quel periodo. I suoi pensieri furono continuati e sviluppati soprattutto da Alfred Vilhelm Lundstedt² (1882 – 1955), professore di diritto civile e di diritto romano all'università di Uppsala, considerato un ponte tra l'attività di Hägerström, di Olivecrona e di Ross. Nelle sue opere – “Superstition of Rationality in Action for Peace?” (1925) e “Legal Thinking Revised” (1956) – si sente l'influenza del diritto romano, considerato come modello da seguire.

2. A partire dalla fine del XIX secolo, sui rappresentanti della giurisprudenza danese e norvegese hanno lasciato il loro segno prima di tutto le tesi di Rudolf von Jhering (1818 – 1892) e di Bernhard Windscheid (1817 – 1892), anche se contemporaneamente si faceva sentire l'influenza di altre tendenze. Ivar Afzelius (1848 – 1921), studente di Windscheid a Lipsia e di Jhering a Gottinga, era intento a unificare le dogme civili tedesche con le tradizioni svedesi. Nominato presidente della commissione perenne incaricata della redazione del progetto di legge, sollecitò l'unificazione dei diritti degli stati settentrionali. Afzelius, presidente del *Svea Hofgericht* tra il 1910 ed il 1918, ha instaurato il sistema dogmatico in Svezia. Il suo scopo era quello di costruire un ponte tra la scienza giuridica pandettistica tedesca (*deutsche Pandektenrechtswissenschaft*) e la tradizionale

2 S. Castignone: Vilhelm Lundstedt. Nuove ricerche sul realismo giuridico scandinavo. In: *Materiali per una storia della cultura giuridica*. vol. II. A cura di G. Tarello. Bologna 1972.

cultura giuridica svedese. Anche per questo motivo ha tradotto in svedese l'opera di Rudolph von Jhering (1818 – 1892), il “Kampf ums Recht”.

In Finlandia fin dagli inizi ha avuto risalto l'influenza della pandettistica, mentre la giurisprudenza nominale della scuola giuridico-storica esercita fortemente il suo effetto anche nei nostri giorni. L'infiltrazione del diritto romano, del diritto delle pandette, e della scienza delle pandette romano-olandese nel territorio giuridico danese-norvegese e svedese-finlandese, facilita notevolmente le tendenze centenarie degli stati dell'Europa del Nord, che mirano all'unificazione del diritto privato soprattutto del diritto commerciale.³

J. Lessing (1847 – 1923) ha messo per iscritto nel 1899 l'esigenza di redigere un codice civile da mettere in vigore nei paesi dell'Europa settentrionale. In conseguenza al trattato firmato nel 1962 a Helsinki, la legislazione di diversi stati settentrionali (Danimarca, Islanda,⁴ Norvegia, Svezia e Finlandia) coopera in modo da ottenere la maggiore armonizzazione possibile.

3 J. Lessing (1847 – 1923) nel 1899 ha formulato l'esigenza di costituire un codice di diritto privato in vigore in tutti gli stati dell'Europa del Nord. Secondo l'accordo (trattato) concluso nel 1962 a Helsinki, le legislature (gli organi legislativi) di Danimarca, Islanda, Norvegia, Svezia e Finlandia cooperano con lo scopo di ottenere nell'ambito del diritto privato (quello civile e quello commerciale) la più stretta concordanza (armonizzazione).

4 S. Línal: *Law and Legislation in the Icelandic Commonwealth*. *Scandinavian Studies in Law* 37 (1993); H. E. Sigurbjörnsson: *Island — im Nordlicht am Rande der modernen europäischen Rechtsentwicklung*. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 8 (2000), p. 278 – 300.

II. Danimarca⁵

1. Cristiano V re della Danimarca (1670 – 1699) nel 1683 fece promulgare un Codice di importanza particolare (*Danske lov*), che dopo quattro anni fu messo in vigore anche in Norvegia ed alcune

5 L. Stein: Die Geschichte des dänischen Civilprocesses und das heutige Verfahren. Als Beitrag zu einer vergleichenden Rechtswissenschaft. Kiel 1841.; Dänische Rechte. Übersetzt von Cl. Frhrn. v. Schwerin. Weimar 1938.; Fr. Dahl: Geschichte der dänischen Rechtswissenschaft in ihren Grundzügen. 1940; H. Ussing: The Scandinavian Law of Torts. Impact of Insurance on Tort Law. American Journal of Comparative Law 1 (1952) p. 359 sqq.; S. Iuul: The Danish Supreme Court through 300 Years. Scandinavian Studies in Law 6 (1962) p. 163 – 183; W.E. von Eyben: The Attitude towards Judicial Precedent in Danish and Norwegian Courts. Scandinavian Studies in Law 3 (1959) p. 53 – 86; D. Tamm: Anders Sandøe Ørsted and the Influence from Civil Law upon Danish Private Law at the Beginning of the 19th Century. Scandinavian Studies in Law 22 (1978) p. 243 – 265; S. Jørgensen: La teoria del diritto in Danimarca. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 34 (1980); D. Tamm: The Danish Code of 1683: An Early European Code in an International Context. Scandinavian Studies in Law 28 (1984), p. 163 – 180; W. Wagner: Zur 300 Jahr – Feier des Dänischen Gesetzbuches König Christians V. Der Staat 23 (1984); I. Dübeck: Gütertrennungsreform in Dänemark und skandinavisches Güterstandsrecht. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 3 (1995) p. 827 sqq.; I. Dübeck: Einführung in das dänische Recht. Baden – Baden 1996; D. Tamm: The Danes and Their Legal Heritage. In: Danish Law in a European Perspective. (Ed. by B. Dahl, T. Melchior, L. A. Rehof and D. Tamm) Copenhagen 1996; D. Tamm: „Unus Iure consultus lectionem institutionum imperialium praeleget.” Römisches Recht an der Universität Kopenhagen. In: Quaestiones Iuris. Festschrift für J. G. Wolf zum 70. Geburtstag. Berlin 2000.; J. – P. Findeisen: Dänemark. Von den Anfängen bis zur Gegenwart. Regensburg 1999.; R. Bohn: Dänische Geschichte. München 2001; B. Gomard: Recent Developments in the Danish Law of Tort. Scandinavian Studies in Law 41 (2001) p. 233 – 248; G. Hamza: A magánjogfejlődés története és sajátosságai Észak – Európában. (La storia dello sviluppo del diritto privato e le sue caratteristiche nell’Europa del Nord) Annales Universitatis Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Juridica 42 (2005), p. 9 – 22. e M. H. Jensen: The Protection of Property Rights under the Danish Constitution. Scandinavian Studies in Law 52 (2007), p. 123 – 131.

disposizioni del quale sono ancora in vigore in tutti e due i Stati. Il Codice è diviso in sei libri, la sua redazione è legata al nome di Rasmus (Erasmus) Vinding Poulsen (1615 – 1684), noto storico, linguista e letterato ed a quello di Peder Lassen, giureconsulto eminente dell'epoca. La sua struttura segue il sistema giustiniano delle istituzioni, mentre riguardo al contenuto solo nel caso di alcuni suoi istituti giuridici rispecchia l'influenza del diritto romano (perciò non può essere considerato un codice (*codex*) nel senso moderno del termine).⁶

L'interpretazione del diritto codificato (*ius codificatum*) della Danimarca è stata influenzata dai rappresentanti della Scuola del diritto naturale (*ius naturale o ius naturae*) del XVIII secolo. Tra i giureconsulti di diritto naturale danesi dobbiamo menzionare Dons, l'autore dell'opera "Forelaesninger over den danske og norske lov" sui codici danesi e norvegesi, Brorson, l'interprete del codice danese ed infine Norregaard, anche lui autore di un'opera trattante la comparazione del diritto civile danese e norvegese. All'inizio del XIX secolo viene pubblicata l'opera di Hurtigkarl, il "Den danske og norske rets forste grunde" sulle basi storiche del diritto danese e norvegese.

Al contrario di questo la legge trattante i contratti approvata nel 1917 nella Danimarca, si differenzia sia delle tradizioni del *common law* che de quelle di diritto romano (*civil law*). Questa legge ha però esercitato un'importante influenza sulla legislatura di simile soggetto degli altri Paesi scandinavi.

2. La Groenlandia è diventata parte della Danimarca (del Regno danese) nel 1721, ma la prerogativa reale danese influenza l'intera isola solamente a partire dal 1917. La Groenlandia ha ottenuto una larga autonomia dalla monarchia danese nel 1979. L'isola ha un parlamento a una camera (*Landsting*) ed un governo indipendente, guidato da un primo ministro groenlandese. In più, l'isola viene anche rappresentata nel parlamento di Copenaghen da due delegati.

6 Stig Iuul: Kodifikation el kompilation? Chr. Vs Danske lov. In: Festskr. udg. af Kbh. s. univ. nov. 1954. e P. J. Jorgensen: Dansk retshistorie. Kobenhavn, 1974⁶.

La Groenlandia è diventata parte delle Comunità Europee allo stesso tempo della Danimarca, ma in conseguenza al referendum popolare svoltosi il 23 febbraio del 1982 ha lasciato le Comunità Europee. Il rapporto tra la Groenlandia e le Comunità Europee è stato regolato dal trattato firmato il 12 marzo 1984.

In Groenlandia è in vigore il diritto civile danese. L'antico diritto consuetudinario *inuit* (esquimese) viene utilizzato solamente in qualche istituto giuridico nella pratica delle corti. La giurisdizione è caratterizzata dalla presenza di laici senza titolo giuridico nella decisione di liti giuridiche che, in caso di necessità possono chiedere il parere di giudici professionali che hanno terminato gli studi giuridici in Danimarca. La maggior parte delle liti sono risolte per via estragiudiziale, con l'accordo reciproco delle parti e tramite mediazione.⁷

3. Le Isole Faeroer – conservando la loro autonomia – tra il 1035 e il 1380 facevano parte della Norvegia. L'arcipelago era vassallo debitore della Danimarca a partire dal 1380, la quale nel 1860 sciolse l'antico parlamento liquidando la sua autoamministrazione. Le Isole Faeroer riottennero la loro autonomia soltanto nel 1948, con la condizione dell'influenza di Copenaghen nella politica estera, nella difesa nazionale e nell'amministrazione della giustizia. Le Isole Faeroer dispongono di un parlamento indipendente a una camera (*Logting*) dal 1949. Secondo le disposizioni della costituzione danese del 1953, le Isole appartengono alla Danimarca e sono rappresentati da due deputati nel parlamento danese. Il primo ministro ed altri due membri del governo delle Isole Faeroer sono designati a Copenaghen. Questo è il motivo della forte ambizione di sovranità nazionale dell'arcipelago, che è sì autonomo, ma è meno indipendente della Groenlandia.

Nelle Isole Faeroer è in vigore l'ordinamento giuridico danese. A differenza della Groenlandia, qui non si trovano tracce della sopravvivenza dell'antico diritto consuetudinario. Il motivo di questo fatto

7 D. Tamm: Convergence of Legal Systems? — The Legal Historian in a Changing World. *Fundamina. A Journal of Legal History* 5 (1999), p. 1 – 7.

è che nel XVIII e XIX secolo gli abitanti delle isole erano Irlandesi e Norvegesi, i quali prima dei cambiamenti del *Danske lov* del 1683 avevano delle tradizioni giuridiche assomiglianti al diritto consuetudinario danese. Le Isole Fareoer – a differenza della Groenlandia – fanno parte dell'Unione Europea (UE).

III. Norvegia⁸

1. Il *Danske lov* è entrato in vigore in Norvegia nel 1687 sotto il

8 N. Gjelsvik: *Das internationale Privatrecht in Norwegen: allgemeiner Teil*. Leipzig 1935.; W.E. von Eyben: *The Attitude towards Judicial Precedent in Danish and Norwegian Courts*. *Scandinavian Studies in Law* 3 (1959) p. 53 – 86.; S. Brækhus – A. Hærem: *Norsk tingsrett*. Oslo 1964.; S. Kalifa: *Usages insolites dans les coutumes ecclésiastiques et les premiers „droits chrétiens” d’Islande et de Norvège*. In: *Etudes offertes à J. Macqueron*. Aix – en – Provence 1970, p. 385 – 398; T.K. Derry: *A History of Modern Norway 1814 – 1972*. Oxford 1973; R. Slagstad: *Norwegian Legal Realism since 1945*. *Scandinavian Studies in Law* 35 (1991), p. 215 – 223; H. Minde: *A Century of Norwegian Research into Sámi Rights*. *Scandinavian Studies in Law* 37 (1993), p. 109 – 140; R. Danielsen et alii: *Norway. A History from the Vikings to Our Times*. Oslo 1995; I. C. Archer – I. Sogner: *Norway, European Integration and Atlantic Security*. London 1998; H. Valen: *Parliamentary Representation. The Case of the Norwegian Storting*. Columbus (Oh.) 1999; S. Eng: *The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law – Some Common and Specific Features*. *Scandinavian Studies in Law* 39 (2000), p. 275 – 324; D. Michalsen: *Internasjonaliseringens historie i norsk rett*. *Lov og Rett* 40 (2001), p. 451 – 473; *European Law in the German – Norwegian Context – Origins and Perspectives*. (Ed. by P. – Chr. Müller – Graff and E. Selvig) Berlin 2002; T. Frantzen: *Die Stellung des überlebenden Ehegatten im norwegischen Ehegüter – und Erbrecht: Auswirkungen auf deutsch – norwegische Sachverhalte*. *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 101 (2002), p. 482 – 500; F. Petrick: *Norwegen. Von den Anfängen bis zur Gegenwart*. Regensburg 2002; *The Approach to European Law in Germany and Norway*. (Ed. by P. – Chr. Müller – Graff and E. Selvig) Berlin 2004; e G. Hamza: *A magánjogfejlődés története és sajátosságai Észak – Európában*. (La storia dello sviluppo del diritto privato e le sue caratteristiche nell'Europa del Nord) *Annales Universitatis Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Juridica* 42 (2005), p. 9 – 22.

nome di *Norske lov*. La Norvegia appartenne alla Danimarca fino al 1814 e, dopo un breve periodo di autonomia nello stesso anno venne conquistata dalla Svezia. Ottenne l'indipendenza completa soltanto nel 1905.

Alcune disposizioni del Codice sono ancora in vigore in tutti e due i Stati. La sua struttura segue il sistema delle Istituzioni di Giustiniano, mentre riguardo al contenuto solo nel caso di alcuni suoi istituti giuridici rispecchia l'influenza del diritto romano (perciò – tra l'altro - non può essere considerato un codice nel senso moderno del termine).

2. Dobbiamo menzionare che il *Norske Lov* anticipa il principio d'astrazione (*Abstraktionsprinzip*) conosciuto dal *Bürgerliches Gesetzbuch* tedesco nel trasferimento della proprietà (*Eigentumsübertragung*) dei mobili⁹.

IV. Islanda¹⁰

9 Gjelsvik: *Norsk Tingsrett*. Oslo 1919.; Knoph: *Oversikt over Norges Rett*. Oslo 1937.

10 R. Lundborg: *Islands staatsrechtliche Stellung*. Berlin, 1908.; R. Maurer: *Das Staatsrecht des isländischen Freistaates*. Aus dem Nachlaß des Verfassers herausgegeben von der Gesellschaft der Wissenschaften in Kristiana. Leipzig 1909; A. Gregersen: *L'Islande. Son Statut à travers les âges*. Paris 1937.; A. Heusler: *Isländisches Recht. Die Graugans*. Weimar 1937; A.E. Jensen: *Iceland. Old – New Republic*. New York 1954; S. Kalifa: *Le pouvoir législatif dans l'Islande médiévale et ses réalisations*. In: *Anciens Pays et Assemblées d'Etats* 53 (1970), p. 43 – 91; S. Kalifa: *Usages insolites dans les coutumes ecclésiastiques et les premiers „droits chrétiens” d'Islande et de Norvège*. In: *Etudes offertes à J. Macqueron*. Aix – en – Provence 1970, p. 385 – 398; H. Kuhn: *Das alte Island*. Düsseldorf – Köln 1971; S. Kalifa: *Das älteste Christentum Islands*. *Zeitschrift für deutsches Altertum und deutsche Literatur* 100 (1971), p. 4 – 40; D. Strömbäck: *The Conversion of Iceland. A Survey*. (Translated and annotated by P. Foote) Viking Society for Northern Research. Text – Series 6, London 1975; S. Lín Dahl: *Law and Legislation in the Icelandic Commonwealth*. *Scandinavian Studies in Law* 37 (1993), p. 53 – 92; J.R. Hjálmarsson: *Die Geschichte Islands. Von der Besiedlung bis zur Gegenwart*. Reykjavík 1994; A. Björnsson:

1. Il diritto (ordinamento giuridico) dello Stato islandese nato negli anni del 930 si basava sul diritto consuetudinario (*ius consuetudinarium o consuetudines*) uniforme dell'isola. Nello sviluppo del diritto ha avuto una grande importanza l'*Althing*, che funzionava come organo legislativo e forum d'appello dei giudici. Nella seconda metà del XIII secolo sull'isola occupata dalla Norvegia nel 1273 è entrato in vigore un codice basato sul diritto norvegese, in vigore (applicato) in entrambi gli Stati.

Una legge emanata nel 1281 trasferisce il diritto legislativo alla Norvegia, trasformando l'*Althing* in un'organo completamente giudiziario. Nel 1380, in conseguenza dell'unificazione della Danimarca e della Norvegia anche l'Islanda divenne territorio danese. Nel 1660 divenne provincia danese dopo il giuramento di fede al sovrano assolutista Federico III (1648 – 1670). L'*Althing* venne dissolto nel 1800 per poi essere istituito nuovamente nel 1843 come commissione (organo) consultativa (consultativo).

2. Nel 1874 l'Islanda ricevette uno status particolare. L'*Althing* divenne un'organo a due camere autorizzato nella legislazione riguardante l'isola. Nel 1918 nacque lo Stato indipendente islandese che rimase unita personalmente con la Danimarca. Nel 1940, dopo l'invasione tedesca della Danimarca, l'Islanda annullò la legge di alleanza tra i due Stati e trasferì il potere esecutivo al governo con la conferma del referendum (plebiscito) popolare.

La dichiarazione della repubblica e l'entrata in vigore della nuova costituzione liquidante il legame con la Danimarca avvenne nel 1944. Il modello della costituzione fu quella degli Stati Uniti dell'America del Nord (USA).

A Survey of Icelandic Tort Law. *Scandinavian Studies in Law* 38 (1999), p. 295 – 314; Á. Björgvinsdóttir: Icelandic Company Law. *Scandinavian Studies in Law* 45 (2003), p. 45 – 66. e G. Hamza: A magánjogfejlődés története és sajátosságai Észak – Európában. (La storia dello sviluppo del diritto privato e le sue caratteristiche nell'Europa del Nord) *Annales Universitatis Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Juridica* 42 (2005), p. 9 – 22.

La creazione cioè lo sviluppo del sistema (ordinamento) del diritto civile islandese autonomo avvenne solamente dopo lo scioglimento dell'unione personale (*Personalunion*) con la Danimarca.

Nell'ambito del diritto dei contratti e delle obbligazioni (*ius contractuum et obligationum*) emerge la legge sui contratti e su altri atti di diritto patrimoniale promulgata ed entrata (messo) in vigore nel 1936.

V. Svezia¹¹

-
- 11 W. Chydenius: The Swedish Law Book of 1734: An Early Germanic Codification. *The Law Quarterly Review* 12 (1904), p. 377 – 391.; K. Grönfors: Powers of Position in the Swedish Law of Agency. *Scandinavian Studies in Law* 6 (1962), p. 95 – 128.; S. Jägerskiöld: Studier rörande receptionen av främmande rätt i Sverige under den yngre landslagens tid. Lund 1963; S. Jägerskiöld: Handelsbalkens utländska källor. Lund 1967; T. Strömberg: Some Remarks on Law, Religion and Jurisprudence in Sweden. *Scandinavian Studies in Law* 19 (1975) p. 215 – 257; J. Hellner: The Draft of a New Swedish Sale of Goods Act. *Scandinavian Studies in Law* 22 (1978) p. 53 – 79; F. Schmidt: The Uppsala School of Legal Thinking. *Scandinavian Studies in Law* 22 (1978) p. 149 – 176.; A. Victorin: Landlord and Tenant Relations in Sweden: A Case of Collective Bargaining. *Scandinavian Studies in Law* 23 (1979) p. 231 – 255; S. Strömholm: La teoria del diritto in Svezia. *RTDPC* 34 (1980); Das Schwedische Reichsgesetzbuch (Sveriges Rikes Lag) von 1734. Beiträge zur Entstehungs – und Entwicklungsgeschichte einer vollständigen Kodifikation. (Hrsg. von W. Wagner) Frankfurt am Main 1986; G. Carsten: Abschied vom Giftermalsbalk. Zur eherechtlichen Terminologie im Gesetzbuch von 1734. In: Das Schwedische Reichsgesetzbuch (Sveriges Rikes Lag) von 1734. Beiträge zur Entstehungs – und Entwicklungsgeschichte einer vollständigen Kodifikation. (Hrsg. von W. Wagner) Frankfurt am Main, 1986, p. 133 – 162.; P. Dopffel: Entwicklung des Erbrechts in Schweden und Finnland. In: Das Schwedische Reichsgesetzbuch (Sveriges Rikes Lag) von 1734. Beiträge zur Entstehungs – und Entwicklungsgeschichte einer vollständigen Kodifikation. (Hrsg. von W. Wagner) Frankfurt am Main 1986. p. 185 – 269; D. Strauch: Quellen, Aufbau und Inhalt des Gesetzbuchs. In: Das Schwedische Reichsgesetzbuch (Sveriges Rikes Lag) von 1734. Beiträge zur Entstehungs – und Entwicklungsgeschichte einer vollständigen Kodifikation. (Hrsg. von W. Wagner) Frankfurt am Main 1986, p. 61 – 106; W. Wagner: Zur Vorgeschichte der Kodifikation. In: Das Schwedische Reichsgesetzbuch (Sveriges Rikes Lag)

1. Nella diffusione del diritto romano (*ius Romanum*) ha avuto una parte dominante l'università di Uppsala, fondata nel 1477 come scuola ecclesiastica e divenuta università nel XVII secolo, e l'università di Lund, dove aveva insegnato anche Samuel Pufendorf (1632 – 1694). All'università di Uppsala è stata istituita la prima cattedra di diritto nazionale (*ius patrium*). V. Nordling, noto professore all'università di Uppsala era aderente della Pandettistica tedesca (*Pandektenrecht*), come del resto lo era anche Ö. Uden, cultore rinomato della iuscivilistica cioè del diritto privato.

Nel 1734, dopo quasi mezzo secolo di preliminari – la commissione fu istituita nel 1686 (*Lagkommissionen*) – gli Stati svedesi rappre-

von 1734. Beiträge zur Entstehungs – und Entwicklungsgeschichte einer vollständigen Kodifikation. (Hrsg. von W. Wagner) Frankfurt am Main 1986, p. 39 – 59; A. Victorin: Forms of Tenure in Sweden: The Case of the Tenant Owner. *Scandinavian Studies in Law* 31 (1987), p. 201 – 237; C. Peterson: Das Schwedische Gesetzbuch von 1734: Ein Gesetzbuch Mittelalterlicher Tradition oder Reformersicher Aufklärungskodifikation? Zur Frage des Gesetzesverständnisses in schwedischen Rechtsquellen im 18. Jahrhundert. In: *Revolution, Reform, Restauration. Formen der Veränderung von Recht und Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1988; A. Numhauser – Henning: Land Ownership: A Critical Study of the Swedish Land Acquisition & its Functions. *Scandinavian Studies in Law* 34 (1990) p. 181 – 210; J. – O. Sundell: German Influence on Swedish Private Law Doctrine 1870 – 1914. *Scandinavian Studies in Law* 35 (1991) p. 235 – 268; K.Å. Modéer: Jherings Rechtsdenken als Herausforderung für die skandinavische Jurisprudenz. *Rättschist Studien* 19 (1993); J. Hellner: Specific Performance in Swedish Contract Law. *Scandinavian Studies in Law* 38 (1999) p. 13 – 24; J. Hellner: The Law of Obligations and the Structure of Swedish Law. *Scandinavian Studies in Law* 40 (2000) p. 325 – 341; J. Sundberg: Comparative Law and the Swedish Model. *Scandinavian Studies in Law* 39 (2000) p. 367 – 386; M. Kohler: Die Entwicklung des schwedischen Zivilprozessrechts. Eine rezeptionshistorische Strukturanalyse der Grundlagen des modernen schwedischen Verfahrensrechts. Tübingen 2002; J.-P. Findeisen: Schweden. Von den Anfängen bis zur Gegenwart. Regensburg, 2003². e G. Hamza: A magánjogfejlődés története és sajátosságai Észak – Európában. (La storia dello sviluppo del diritto privato e le sue caratteristiche nell'Europa del Nord) *Annales Universitatis Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Juridica* 42 (2005) p. 9 – 22.

sentati nel *Rigsdag* accettarono il Codice Generale Svedese (*Sveriges Rikes Lag*). Questo codice è ancora oggi in vigore, nonostante le numerose modifiche ed i supplementi¹².

2. Secondo la sua struttura originale, il *Sveriges Rikes Lag* (chiamato anche *Svea Riges Lag*) era costituito da nove “codici” autonomi (o libri autonomi o parti autonome). Oggi il codice è composto da dieci *balk* (*balk* in svedese significa “trave”, ma può essere interpretato anche come “codice” o libro o parte), ed inoltre al diritto civile e commerciale regola anche il diritto penale, esecutivo e procedurale.

La parte dedicata al diritto commerciale (*Handelsbalken*) regola il diritto dei contratti e delle obbligazioni. Il *Handelsbalken* nel *Sveriges Rikes Lag* occupava il V titolo, mentre nel sistema di oggi è il VI codice.

Comparandolo con il *Danske Lov*, il Codice Generale Svedese segue una tecnica di redazione più sviluppata. I redattori considerarono di grande importanza il diritto naturale, nonostante questo l’influenza del diritto romano nella parte del codice trattante il diritto privato è praticamente nullo. Nell’ordinamento giuridico svedese è sempre prevalso il diritto proveniente dalle leggi (*Gesetzesrecht*), ma questo metodo di codificazione si separa sostanzialmente da quello francese e tedesco: i redattori del *Sveriges Rikes Lag* hanno utilizzato il linguaggio ed il sistema non scientifico delle fonti svedesi del Medio Evo, invece che del sistema delle Istituzioni di Giustiniano (*Institutionensystem*) e delle Pandette (*Pandektensystem*).

In tutti gli anni le nuove pratiche giuridiche, le decisioni giudiziarie più importanti vengono pubblicate semiufficialmente. Per esempio le regole formate nella pratica giudiziaria vengono poste davanti al testo delle leggi da secoli¹³.

Nonostante il Codice Generale Svedese è in vigore in Svezia, alcuni istituti giuridici (in tedesco: *Rechtsinstitute*) vengono regolati da leggi

12 An Introduction to Swedish Law. (Ed. S. Strömholm). Stockholm 1981. e G. Inger: Svensk rättshistoria. Uppsala 1986³.

13 G. Schmidt: Die Richterregeln des Olavus Petri. Göttingen — Stockholm 1966.

autonome. Questo riguarda per esempio la responsabilità extracontrattuale, regolata da una legge riguardante la responsabilità civile, promulgata nel 1972 (*Skandestandslag*).¹⁴

2. Anche se in Svezia non è avvenuta la recezione formale del diritto romano (*receptio in complexu iuris Romani* o *receptio in globo iuris Romani*), secondo i verbali (*codices rationum*) del Consiglio di corte svedese (*Svea Hofratt*) è chiaro, che i giudici di questa corte suprema, al posto della legge sul diritto civile e della legge sul diritto rurale, adoperavano prima di tutto il diritto romano, mentre sul loro modo di vedere la scienza delle pandette romano-olandese (*Roman-Dutch law*) ha esercitato un'influenza decisiva.

VI. Finlandia¹⁵

-
- 14 A. Simoni: Una macchina risarcitoria. Regole, attori, problemi nel „modello svedese” di riparazione del danno alla persona. Torino 2001.
- 15 E. Castrén: Die staatsrechtliche Stellung Finnlands während Finnlands Vereinigung mit Rußland in den Jahren 1809 – 1917. Helsinki 1940; O. Brusiin: Legal Philosophy in 17th – Century Finland. *Scandinavian Studies in Law* 18 (1974) p. 11 – 25; L. Björne: Siviilioikeuden yleiset opit. Turku 1977; A. Aarnio: 150 anni di filosofia del diritto in Finlandia. *RTDPC* 35 (1981); H. T. Klami: The Legalists. *Finnish Legal Science in the Period of Autonomy. 1809 – 1917*. Turku 1981; L. Björne: Das Gesetzbuch von 1734 und die finnische Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert. In: *Das Schwedische Reichsgesetzbuch (Sveriges Rikes Lag) von 1734. Beiträge zur Entstehungs – und Entwicklungsgeschichte einer vollständigen Kodifikation*. (Hrsg. von W. Wagner) Frankfurt am Main 1986, p. 163 – 184; P. Dopffel: Entwicklung des Erbrechts in Schweden und Finnland. In: *Das Schwedische Reichsgesetzbuch (Sveriges Rikes Lag) von 1734. Beiträge zur Entstehungs – und Entwicklungsgeschichte einer vollständigen Kodifikation*. (Hrsg. von W. Wagner) Frankfurt am Main 1986, p. 185 – 269; M. Helin: On the Evolution of Argumentation in Finnish Private Law Research 1920 – 1960. *Scandinavian Studies in Law* 33 (1989) p. 137 – 166; T. Modeen: La Finlande scandinave: influences suédoises et scandinaves sur le développement du droit finlandais. *RIDC* 45 (1993) p. 783 – 794; J. Kekkonen: The Main Trends in Finnish Legal History during the Period of Autonomy. In: *Finland and*

1. In Finlandia, dove era e ancora oggi è in vigore il Codice Generale Svedese (*Sveriges Rikes Lag*), dal 1950 ogni due anni emanano il Codice ufficiale finlandese, il quale ha come prima parte il diritto civile (*Suomen Laki I*) e raccoglie i principi espressi dalle più importanti decisioni giudiziarie (delle corti). Questi principi molte volte contengono le regole del diritto romano (*regulae iuris Romani*).

L'emergenza della conoscenza del diritto romano è dovuta all'istruzione della disciplina „diritto romano comparato” all'accademia di Turku, che a sua volta è stata fondata nel 1640. Fu M. Wexonius (Gyldenstolpe), professore dell'accademia di Turku, che alla fine del XVII. secolo già sollecitava la recezione globale del diritto romano. Anche il modo di vedere del professore M. Calonius (1738 – 1817) è stato caratterizzato dalla cosiddetta “prematura” scienza delle pandette (*“frühes Pandektenrecht”*), che all'accademia di Turku fin dall'inizio era dominante¹⁶.

Il primo manuale di diritto romano scritto per i Finlandesi è opera di K. E. Ekelund, noto professore di diritto romano e quello russo, che ha ricevuto un mandato sulla base del quale doveva trasformare il diritto finlandese, che si ispirava al sistema giuridico svedese, basandosi sul diritto russo consolidato nel *Svod Zakonov Rossijskoj Imperii* durante il regno dello zar Nicola I (1825 – 1855).

È di grande importanza l'opera di R. A. von Wrede, noto profes-

Poland in the Russian Empire. A Comparative Study. (Ed. by M. Branch, J. M. Hartley and A. Maczak) London 1995; D. Bradley: The Antecedents of Finnish Family Laws. *JLH* 19 (1998) p. 93 – 115; H. Honka: Is Finnish Tort Law in the Process of Being Americanized? *Scandinavian Studies in Law* 41 (2001) p. 279 – 308; An Introduction to Finnish Law. (Ed. by J. Pöyhönen) Helsinki 2002. e G. Hamza: A magánjogfejlődés története és sajátosságai Észak – Európában. (La storia dello sviluppo del diritto privato e le sue caratteristiche nell'Europa del Nord) *Annales Universitatis Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Juridica* 42 (2005) p. 9 – 22.

16 M. Calonius: *Praelectiones in iurisprudentiam civilem*. Ediderunt: W. Chydenius — V. Nordström. Helsingforsiae 1908.

sore di diritto romano, civile e processuale all'università di Helsinki famoso anche per la sua attività eccezionale nella vita politica. Le sue opere riguardanti il diritto civile e processuale moderno finlandese riflettono l'influenza della scienza giuridica tedesca.

2. Il rappresentante più rinomato della scuola analitica finlandese è certamente S. Zitting, professore di diritto civile all'università di Helsinki. Nella sua opera principale sul trasferimento della proprietà, pubblicata nel 1951 ("Omistajavaihdoxsesta") analizza le questioni essenziali del diritto reale in base al diritto romano e la pandettistica tedesca.

VII. Le tendenze di unificazione del diritto privato nei Paesi dell'Europa del Nord¹⁷

-
- 17 M. Matteucci: The Scandinavian Legislative Co-operation as a Model for a European Co-operation. In: *Liber amicorum A. Bagge on the Occasion of His Eightieth Birthday July 19, 1955*. Stockholm 1956. p. 136 sqq.; N. Pontoppidan: A Mature Experiment: The Scandinavian Experience. *American Journal of Comparative Law* 9 (1960) p. 335 sqq.; W. E. von Eyben: Inter-Nordic Legislative Cooperation. *Scandinavian Studies in Law* 6 (1962) p. 63 – 93; S. Jørgensen: Towards Strict Liability in Tort. *Scandinavian Studies in Law* 7 (1963); The Finnish Legal System. (Ed. by J. Uotila) Helsinki 1966; J. Hellner: The Limits of Contractual Damages under the Scandinavian Sale of Goods Act. *Scandinavian Studies in Law* 10 (1966) p. 37 – 79; K. Rodhe: The Quantum of Damages under the Scandinavian Sale of Goods Act. *Scandinavian Studies in Law* 10 (1966) p. 149 – 171; J. Hellner: Développement et rôle de la responsabilité civile délictuelle dans les pays scandinaves. *Revue Internationale de Droit Comparé* 19 (1967) p. 779 – 805; J. Hellner: Unification of Law in Scandinavia. *American Journal of Comparative Law* 16 (1968) p. 88 – 106; S. Jørgensen: Entwicklung und Methode des Privatrechts. In: *Vertrag und Recht*. København 1968.; J. Hellner: Prospects for the Unification of Sales Law at the Regional and International Level: A Scandinavian View. *McGill Law Journal* 15 (1969) p. 83 sqq.; J. Hellner: Unification of Sales Law at the Regional Level and International Level: A Scandinavian View. In: *Aspects of Comparative Common Law: Sales, Consumer Credits, and Secured Transactions*. Montreal. Dobbs Ferry (N.Y.), 1969, p. 90 sqq.; S. Jørgen-

1. Le tendenze di unificazione del diritto privato vennero facilitate dal fatto che la Danimarca, la Norvegia e l'Islanda utilizzavano un sistema (ordinamento) giuridico sviluppato dalle stesse basi cioè radici. Lo stesso fenomeno si può percepire in Svezia e in Finlandia.

I Paesi dell'Europa del Nord a partire dal 1860 davano voce all'esigenza dell'unificazione del diritto civile scandinavo. Tra il 1905 e il 1907, ad eccezione della Finlandia accettarono il *Sale of Goods Act* e durante la Prima guerra mondiale la legge sui contratti. Lo scopo finale dell'uniformizzazione era l'approvazione di un'unico codice civile scandinavo. Questa tendenza è facilitata dal fatto che la giurisprudenza tedesca (*Rechtswissenschaft*) ha avuto un ruolo importante nell'educazione e nella dottrina di questi Stati.

2. Nel 1962 una commissione è stata istituita con lo scopo di elaborare una legge riguardante la compravendita negli Stati dell'Europa del Nord. I redattori fecero attenzione alle disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di

sen: Grundzüge der Entwicklung der skandinavischen Rechtswissenschaft. *Juristen Zeitung* 25 (1970); A.V. Kruse: The Scandinavian Law of Torts. *American Journal of Comparative Law* 18 (1970) p. 58 – 79; W. G. Kausche: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen im Skandinavischen Recht. Kiel 1971; K.H. Neumayer: Ius et commercium. In: *Studien zum Handels – und Wirtschaftsrecht. Festschrift für F. Laufke.* Würzburg 1971; S. Jørgensen: Die skandinavische Lehre der Vertragsverletzung. Geschichtliche und komparative Perspektive. In: *Festschrift für K. Larenz zum 70. Geburtstag.* München 1973; J. Sundberg: Facteurs et tendances dans l'évolution moderne du droit de la famille des pays nordiques. In: *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines.* Université Catholique de Louvain. Louvain 1978, p. 49 sqq.; C. Bloth: Aspects of Scandinavian and German Product Liability – A Comparison. *Scandinavian Studies in Law* 39 (2000) p. 231 – 274; P. H. Lindblom: The Role of the Supreme Courts in Scandinavia. *Scandinavian Studies in Law* 39 (2000) p. 325 – 366; L. Sisula – Tulokas: European Harmonisation of Civil Law from a Nordic Perspective. *Juridica International* XI/2006, p. 30 – 33. e G. Hamza: A magánjogfejlődés és joggyeségsítés Észak – Európában. (Lo sviluppo del diritto privato e l'unificazione del diritto nell'Europa del Nord) In: *Jogtörténeti tanulmányok IX.* Tanulmányok Benedek Ferenc tiszteletére. Pécs 2008, p. 187 – 202.

merci di Vienna (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG, 1980). Il progetto di legge sulla compravendita negli Stati dell'Europa del Nord è stato promulgato con lo stesso testo in Norvegia, Finlandia e Svezia, ma questo in Danimarca non è ancora avvenuto.

3. Gli Stati dell'Europa del Nord firmarono concordemente la Convenzione di Vienna il 11 aprile del 1980, ma non l'utilizzano nel commercio fra loro con riserva della parte riguardante la nascita dei contratti. Questo è permesso dall'articolo 92 della Convenzione di Vienna. Nonostante questo, in un modo del tutto particolare la Norvegia ha incorporato la Convenzione di Vienna nel diritto norvegese.¹⁸

Summary

Doctrine and Development of Private Law (Civil Law and Commercial Law) in the Countries of Northern Europe

The countries of the northern part of the European continent were distant both from English common law and Roman law. They can be divided into two groups according to the degree of the impact i.e. influence of Roman law: a) the Danish and Norwegian and b) the Swedish and Finnish legal systems (orders). Roman law was not considered as a *ius commune* in Northern Europe, so it gained no reception similar to that in Germany (*receptio in globo* or *receptio in complexu*).

In Danish territories (Denmark and Iceland) the impact of Roman law on the Jutland law (*Jyske lov*) of 1241 during the reign of King Valdemar II was minor. Its preamble contained some general legal concepts taken from the *Decretum Gratiani*. The commentary added to *Jyske Lov* in the form of a gloss in the 15th century discussed the dif-

18 C. B. Andersen: Reasonable Time in Article 39 (1) of the CISG — Is Article 39 (1) Truly an Uniform Provision? In: Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998. The Hague, 1999, p. 63 – 176.

ferences of vernacular (*ius patrium*) and Roman law. Roman law was taught at the university of Copenhagen from its foundation in 1479 but its impact could be felt in the decisions of the courts only as regards the law of obligations.

In Sweden it was King Magnus II (1319 – 1364) who eliminated legal particularism in the mid-14th century. The codices compiled in later decades of the Middle Ages did not rely on Roman law at all and by summarizing municipal and rural law separately from the second half of the 17th century they were no longer suitable for regulating legal life properly i.e. in compliance with the contemporary economic system.

German jurisprudence i.e. legal science (*Rechtswissenschaft* or *Doktrin*) made its impact felt also in Northern Europe. Danish legal science stood under the influence of the German Historical School of Law (*Historische Rechtsschule*). It was provided with a new basis by A. S. Ørsted (1778 – 1860), who sought to complement defective native law with foreign, i.e., Pandect law (*Pandektenrecht*). In the works of F. C. Bornemann and A. W. Scheel, who introduced the system of Pandects into Denmark, one can trace the impact of Friedrich Carl von Savigny. From the end of the nineteenth century the noted representatives of Danish and Norwegian jurisprudence show the influence primarily of Rudolf von Jhering, though mixed with that of other trends. Swedish legal science is also characterized by the impact of Jhering's search for interests (*Interessenjurisprudenz*). In Finland the impact of Pandect law can be felt from the very beginning, and that of the conceptual jurisprudence (*Begriffsjurisprudenz*) of the Historical School of Law can still be observed today. The penetration of Roman law, Pandect law, and the Roman-Dutch school of Pandect law into the Danish–Norwegian and Swedish-Finnish jurisdictions makes the centuries-old efforts at unifying private law (commercial law) in Northern Europe significantly easier.

King Christian V (1670 – 1699) of Denmark promulgated a remarkable code in 1683 (*Danske lov*) that became implemented, with

minor modifications, also in Norway four years later (*Norske lov*). Some of its provisions are still prevailing law in both countries. The structure of the code follows the system of the Institutes (*Institutiones*) of emperor Justinian I (527 – 568 A.D.) but as regards its content it reflects the impact of Roman law only with respect to certain legal institutions (*Rechtsinstitute*). This work of codification can still not be considered as a modern code. The law of contracts promulgated in Denmark in 1917 is at the same time different both from Roman and English common law. It exerted a great influence on legislation in that particular field in all other Scandinavian countries.

After nearly half a century of drafting the General Code of Sweden (*Sveriges Rikes Lag*) was promulgated in 1734. Its Chapter V dealing with commercial law is based on German Pandect law. The impact of Roman law is, however, insignificant in the private law sections of the *Sveriges Rikes Lag*. Although no formal reception of Roman law took place in Sweden, the *codices rationum* at the Swedish royal council (*Svea Hofrätt*) reveal that the judges of this council functioning as a supreme court applied mostly Roman law instead of the outdated municipal and rural laws, and were influenced in their outlook by the early Pandect law.

The introduction of Roman law in Finland, where the Swedish General Code was also valid, was primarily due to the academy of Turku founded in 1640 and to the subject called “comparative Roman law” that was taught there. A professor of the academy of Turku, M. Wexonius (Gyldenstolpe) was in favour of the reception of Roman law as early as the late seventeenth century. The views of Professor M. Calonius (1738 – 1817) were also influenced by Pandect law that prevailed in Turku from the very beginning. The first textbook of Roman law for Finland was written by K. E. Ekelund, noted professor of Roman and Russian law who was charged also with transforming Finnish law following the Swedish legal system (order) on the basis of consolidated i.e. compiled Russian law as put down i.e. regulated in the *Svod Zakonov Rossijskoj Imperii*.

Bibliografia generale

- J. Freisen: Das Eheschließungsrecht in Spanien, Großbritannien, Irland und Skandinavien. I. – II. Paderborn, 1918 – 1919; K. Olivecrona: *The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt*. Scandinavian Studies in Law 3 (1959) p. 125 – 150; L. B. Orfield: *The Growth of Scandinavian Law*. Philadelphia 1953; B. Gomard: *Civil Law, Common Law and Scandinavian Law*. Scandinavian Studies in Law 5 (1961) p. 27 – 38; J. Sundberg: *Civil Law, Common Law and the Scandinavians*. Scandinavian Studies in Law 13 (1969) p. 181 – 205; S. Jørgensen: *Die Bedeutung Jherings für die neuere skandinavische Rechtslehre*. In: *Jherings Erbe*. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstages von Rudolph von Jhering. (Hrsg. von F. Wieacker und Chr. Wollschläger) Göttingen 1970, p. 116 sqq.; H. H. Vogel: *Der Skandinavische Rechtsrealismus*. (Diss.) Hamburg 1972; E. Pólay: *A pandektisztika hatása a skandináv magánjogtudományra*. (L'influenza della Pandettistica sulla scienza giuridica del diritto privato scandinava) Szeged 1984; J. Bjarup: *Epistemology and Law According to Axel Hägerström*. Scandinavian Studies in Law 29 (1985) p. 11 – 47; W. Wagner: *Einige Grundlinien der neueren nordischen Rechtsentwicklung*. In: *Das Schwedische Reichsgesetzbuch (Sveriges Rikes Lag) von 1734*. Beiträge zur Entstehungs – und Entwicklungsgeschichte einer vollständigen Kodifikation. (Hrsg. von W. Wagner) Frankfurt am Main, 1986. p. 3 – 22.; O. Petersson: *Die politischen Systeme Nordeuropas*. Eine Einführung. Baden – Baden 1989; G. Ring – L. Olsen – Ring: *Einführung in das skandinavische Recht*. München 1999; U. Göranson: *Der Einfluß des BGB auf die Entwicklung des skandinavischen Privatrechts*. Archiv für die civilistische Praxis 200 (2000) p. 503 – 506; G. Hamza: *Az európai magánjog fejlődése. A modern magánjogi rendszerek kialakulása a római jogi hagyományok alapján*. (Lo sviluppo del diritto privato europeo. Lo sviluppo dei sistemi (ordinamenti) giusprivatistici contemporanei in base alle tradizioni del diritto romano) Budapest 2002, p. 84 – 85. e 193 – 201; G. Hamza: *A magánjogfejlődés története és sajátosságai Észak – Európában*. (La storia dello sviluppo del diritto privato e le sue caratteristiche nell'Europa del Nord) Annales Universitatis Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Juridica 42 (2005) p. 9 – 22; G. Hamza: *Le développement du droit privé européen. Le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne*. Budapest, 2005, p. 49 – 51; G. Hamza: *Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition*. Budapest 2009, p. 155 – 159. e 426 – 446; A. Földi – G. Hamza: *A római jog története és intézményei*. (Storia e istituzioni del diritto romano) 18a edizione riveduta ed ampliata, Budapest 2013, p. 120 – 121 e G. Hamza: *Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici in base alla tradizione del diritto romano*. Santiago de Compostela 2013, p. 155 – 158 e 383 – 402.

JSOU ČI NEJSOU OBČANSKÝ ZÁKONÍK A OBČANSKÉ PRÁVO NÁSTROJEM ŘÍZENÍ SPOLEČNOSTI?

JAN HURDÍK

Abstrakt: Nový český občanský zákoník se deklaruje slovy jeho tvůrce jako individualistický kodex a odmítá výslovně roli nástroje řízení společnosti. Autor příspěvku toto stručné prohlášení podrobuje srovnávací a genetické analýze, formuluje východiska pro hlubší pohled na tuto významnou stránku společenské role kodexu a předkládá dílčí odpovědi na otázky cíle občanského práva a nástrojů jeho dosahování, podoby a funkce spravedlnosti její promítnutí do (českého) soukromého práva.

Klíčové slova: soukromé právo; nový český občanský zákoník; spravedlnost; druhy spravedlnosti; hodnotový základ soukromého práva; individuální a sociální rozměr soukromého práva

Motto:

Člověk a společnost rostou k vyšším cílům (mají-li je).

1. Úvod

Nový český občanský zákoník (dále jen NOZ) přijal jako jednu ze svých hlavních zásad rozchod „s koncepcí, že funkcí občanského práva a občanského zákoníku je působit jako nástroj řízení společnosti“ s doložením, že „zásada kolektivismu je soukromému právu cizí; soukromé právo je ze své povahy individualistické“.¹ Tato zásada však je

1 Eliáš, K. a kol., Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou. Ostrava: Sagit, 2012, s. 49.

vzápětí doplněna konstatováním, že „tím se však návrh nesnaží popřít jeho sociální funkci“²

V uvedených výročí, které tvůrce NOZ umístil na čelné místo důvodové zprávy (dále DZ), figurují pojmy, které se – pravda – v posledních dvou desetiletích v české společnosti příliš nenosí, nicméně jsou natolik významné a prvotní z hlediska pochopení otázky: K čemu tedy civilní kodex slouží?, že je nelze pominout. Navíc sama DZ spojila odmítnutí zásady kolektivismu a umístění na piedestal individualismu kodexu s potvrzením sociální funkce kodexu a vytvořila tak určité napětí mezi oběma v úvodu citovanými tezemi.

Z uvedených zdrojů plynou otázky, v jaké míře platí, resp. jaký je skutečný význam téze odmítající soukromé právo jako nástroj řízení společnosti, jaká je role individuálního a sociálního prvku v novém občanském zákoníku a v občanském právu vůbec. Jestliže DZ odmítá civilní právo jako nástroj řízení společnosti s poukazem na potřebu překonat podřízení zájmů jednotlivce zájmům celku v dřívější úpravě³, pak její revoluční teze buď působí do opačného extrému, tj. k podřízení společných zájmů zájmům individua, nebo vedou k závěru, že civilní kodex a občanské právo nereguluje společnost, tedy zřejmě ani jednotlivé její členy.

Cílem této studie je posoudit otázku položenou v jejím názvu z pohledu smyslu, cílů, metod a nástrojů soukromého práva.

2. Má nové české občanské právo svůj cíl?

Vezmeme-li zákonodárce za slovo a přijmeme-li tezi důvodové zprávy citovanou v úvodu, odmítající roli občanského kodexu jako nástroje řízení společnosti v podobě, jak byla vyslovena, pak z této premisy plyne, že takový občanský zákoník a na něm založené občanské právo nemůže mít ani formulován svůj cíl, protože tu není

2 Ibidem.

3 Op. cit., s. 41.

nástroje, jehož prostřednictvím by mohlo být o jeho dosažení usilováno nebo jehož prostřednictvím by dokonce mohl být dosažen. Jde tu přirozeně o cíl spočívající v dosažení určitého uspořádání vztahů mezi subjekty občanského práva, tedy o tzv. hmotnou spravedlnost, nikoli o cíl v podobě „procesní spravedlnosti“, označující (podobně jako taoismus označil cestu za cíl) samotný proces směřující k uspořádání vztahů za klíčový generální princip, projevující se mj. v dominanci procedurálních, „vnitřních“ principů (jako je právní jistota) nad principy vnějšími a současně hmotnými (jako dobrá víra).⁴

V textu kodexu však narazíme na ustanovení, která vedou k jinému závěru, totiž že kodex své cíle výslovně formuluje.

Pozornosti nepochybně neunikne § 10 odst. 2 in fine kodexu, výslovně označující za cíl realizace a aplikace práva, resp. jeho pramenů „dobré uspořádání práv a povinností“.

Jde však o cíl natolik vágní, že po jeho promítnutí do úvah o realitě cíle občanského práva budeme prakticky tam, kde jsme byli předtím.

Přesto však by bylo možno z uvedené teze učinit významný závěr: je-li „dobré uspořádání práv a povinností“ axiologickým cílem soukromého práva, jehož konkrétní podoba v zákoně formulována na této úrovni obecnosti není, pak zákonodárce ponechal – v souladu s aktuálními požadavky vyšší flexibility nalézání práva – prostor soudnímu uvážení. Tento závěr se však ukazuje jako do značné míry chybný, neboť nový občanský kodex svou představu formuluje značně pregnantně v § 3 odst. 1, v němž nepokrytě staví pod svou primární ochranu individuum s jeho základními osobními atributy a nejvlastnějšími zájmy a princip soutěže předpokládající úspěch jednoho k újmě druhého (typu *winner-looser*).⁵

4 Srov. vývoj posledních desetiletí v anglickém právu, jak jej popisují autoři *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. Ed. Fauvarque-Cosson, B. – Mazeaud, D., Munich: sellier.european law publishers 2008, s. 523, zejm. cit. 45.

5 Srov. díkce: „...právo... brát se o vlastní štěstí... takovým způsobem, který nepůsobí bezdůvodně újmou druhým“. Má-li osoba právo brát se o své štěstí, pak je

To je jeden z rysů českého občanského zákoníku, vypovídající o jeho cílech. Z textu kodexu však je možno vyčíst i jiné směřování, z hlediska doktrinálního výrazně odlišné: plejáda ekvitních zásad, kterými je kodex vysoce nadstandardně saturován, by nasvědčovala poměrně vysoce nastavené laťce sociálního rozměru kodexu. Prvně zmíněný cíl je typický pro kodexy první poloviny 19. století, druhý kvantitou ekvitních zásad výrazně překračuje standard kodexů nejrozvinutější podoby sociálního státu. Tento rozpor je o to patrnější, že je koncentrován do úvodních ustanovení kodexu a jeho adresátům padne do očí.

Je zřejmé, že pouhým prostudováním textu kodexu se lze jen stěží dobrat odpovědi na otázku položenou v úvodu. Za dané situace se jeví účelné vybudovat si obecný axiologicko-metodologický soubor východisek, umožňujících identifikovat standardní cíl civilního kodexu a reálného života civilního práva a pokusit se následně jejich možné podoby a variabilitu poměřit s obsahem českého kodexu.

3. Procesně genetický pohled

V období modernity, zahrnující 19. a většinu 20. století, lze vysledovat dvě významné evropské tendence, představující dvě východiska vnímání cílů soukromého práva:

Počátek období modernity se nesl ve znamení triumfu individualismu: „Pojem individua, právní entity, kterému jsou přiznána subjektivní práva s jediným cílem jejich garance vůči státu..., tradiční teorie svobody jsou filozofické a sociální základy nového práva.“⁶ Indi-

tím dán důvod pro způsobení újmy, ergo ospravedlněna újma, kterou tím jinému způsobí.

6 Beudant, Introduction au cours de droit civil, s. 2; cit. dle Campion, L., La théorie de l'abus des droits. Bruxelles: Établissement Émile Bruylant – Paris: L. G.D.J., 1925, s. 23 (č. 31).

viduální svoboda jako základ tehdejší organizace společnosti a základ systému práva téměř celé století odolávala snahám o systematictější limitování antisociálního výkonu subjektivních práv.⁷ Občanské zákony počátku 19. století si s sebou nesou po celou dobu své existence paradigma odrazu a řešení rozporů tohoto historického období, jak uvádí J. Sedláček k rakouskému ABGB: „Občanský zákoník.. hájil jen individuum proti státnímu absolutismu, a proto stojí na stanovisku extrémního individualismu..⁸“.

Na konci 19. století se v evropském právním myšlení v širším měřítku prosazuje idea solidarity, vynucující si v soukromém právu ústup od dosavadní doktríny antisociálního výkonu subjektivních práv (*neminem laedit, qui iure suo utitur*), zrozené, ale rovněž s nástupem prétorského nalézání práva potlačené již v římském právu. Dosavadní text civilních kodexů je podrobován kritickému přehodnocení s cílem nalézt a využít možností jeho podřízení novému sociálně orientovanému směřování společnosti.⁹ Cíl společnosti byl založen na dvou ideálech: lidské solidaritě a řádu spravedlnosti. Tohoto cíle bylo dosahováno buď převažující cestou judikatury, reinterpretovející dosavadní text kodexu a doplňující jej novými koncepcemi a teoriemi, jako tomu bylo ve Francii,¹⁰ ale zčásti i v Rakousku, nebo promítnutím principu solidarity do textu stávajících¹¹ nebo nově přijímaných¹² civilních kodexů.

Vedle individualisticky pojatého subjektivního práva se začíná již v první polovině 19. století zkoumat ekvinní dopad výkonu subjektivního práva, znemožňující jeho výkon tehdy, kdy se tak děje bez

7 Champion, L., op. cit., s. 23 – 24 (č. 31 – 32).

8 Sedláček, J., Občanské právo československé. Všeobecné nauky. Brno: akademický spolek Právník 1931, s. 63

9 Champion, L., op. cit., s. 23 – 27 (č. 32 – 40).

10 Srov. často citovaný výrok Saleillův z roku 1899: „Par le Code civil, au dela du Code civil“. Cit. dle Champion, L., op. cit., s. 343 (č. 475).

11 Srov. 3. dílčí novela rakouského ABGB z roku 1916.

12 Srov. německý BGB v původním znění, účinném od roku 1900.

vlastního užítku a ke škodě jiného.¹³ Posouvá se tak dopad původně absolutní povahy subjektivního práva, původním textem kodexu umožňující výkon „de la maniere le plus absolu“. Uvedený vývoj dospěl až ke konstatování, že je ve francouzské doktríně, která v tomto ohledu držela evropský primát, poprvé připisováno Charmontovi, o primátu myšlenky solidarity před myšlenkou svobody.¹⁴ Odtud vývoj pokračoval ke konstituování obecného principu „*réglementation sociale*“.¹⁵ Socializace práva dosáhla svého druhu vyvrcholení u Léona Duguita, který odmítl institut subjektivního práva jako nositele a zdroj rozporů a úzkých míst mezi subjektivním právem a sociálním zájmem a navrhl jej nahradit sociální funkcí.¹⁶

Současně se formovala kritéria, která, ačkoli byla spojována především s teorií zneužití subjektivních práv, představují různé úrovně sociální dimenze či funkce soukromého práva: zákaz škodit jinému, přítomnost legitimního zájmu (Josserand), ekonomické a sociální určení subjektivních práv (Saleilles). Tato tři kritéria byla shrnuta Championem do kritéria rovnováhy zúčastněných zájmů v přítomnosti¹⁷ a po určitém vzednutí vlny priority sociální dimenze práva usilovala dát individuálnímu a sociálnímu rozměru práva vyváženou pozici.

Sociální dimenze/funkce soukromého práva je v současnosti předmětem zájmu předních evropských civilistů v souvislosti s principy tvořícího se evropského soukromého práva. Tato dimenze zaznívá zřetelně mezi cíli a hodnotami, na nichž jsou evropské principy soukromého práva budovány¹⁸ (o tom podrobněji v dalších částech).

13 Srov. Pardessus, *Traité des servitudes*. Paris 1834, s. 51., cit dle Champion, L., op. cit., s. 262 (č. 368).

14 *L'abus du droit*. Rev. trim. de droit civil, 1902, s. 113 – 125.

15 Champion, L., op. cit., s. 281 (č. 390).

16 Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel*, sv. I, s. 376, cit. dle Champion, L., op. cit., s. 288 – 289 (č. 400).

17 Champion, L., op. cit., s. 299 – 311 (č. 415 – 430).

18 Srov. např. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition. Edited

Obě etapy vývoje modernity v právu jsou významné z hlediska posouzení aktuálních determinant soukromého práva a jeho doktríny: Jak upozorňují někteří významní autoři, současná dogmatika vychází z liberalismu 19. století a ekvita a ekvitní zásady a instituty v ní představují nesystémové pozdější prvky.¹⁹ Zdá se tedy, že liberalismus a individualismus počátku 19. století je zakotven v systémovém základu civilistického myšlení velmi hluboko a návraty k němu mají geneticky-systémovou logiku či spíše setrvačnost.

Navíc nelze přehlédnout paradigmatické rozdíly mezi oběma koncepty regulace. Totiž individualismus a liberalismus jako základ konceptu soukromého práva na jedné straně, založený na komutativní spravedlnosti (blíže viz dále) a společnost solidarity a sociální odpovědnosti, jejímž výrazem je distributivní, resp. korektivní spravedlnost,²⁰ vyžadují odlišnou povahu chování subjektů regulovaných vztahů a tedy odlišnou metodu regulace. Společnost založená na individualismu spoléhá na zásadu „*laissez passer, laissez faire*“; její uplatnění prostřednictvím komutativního typu spravedlnosti je založeno na regulativní metodě aktivního nezasahování do regulovaných

by Ch. von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke. Munich: sellier. european law publishers 2008, s. 12 – 13.

- 19 Smits, J., Het failliet van de Savignyaanse systematiek: dwaling en wanprestatie. Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtsteorie, 1997, s. 137. Cit. dle Jančo, M., Jurčová, M., Novotná, M. a kolektiv, Európske súkromné právo. Bratislava: Euroiuris 2012, s. 14 – 15; srov. též z odlišného úhlu pohledu Hurdík, J., Příspěvek k podstatě a funkci institutu zákazu zneužití subjektivních občanských práv. In: Zákaz zneužitia práva: VI. Lubyho právnické dni: medzinárodná vedecká konferencia, Omšenie 20. a 21. september 2000, organizovaná Nadáciou Štefana Lubyho v spolupráci s Právnickou fakultou Trnavskej univerzity v Trnave, Ministerstvom spravodlivosti. 1. vyd. Bratislava: Iura Edition, 2001. s. 127 – 133.
- 20 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition. Edited by Ch. von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke. sellier. european law publishers 2008, s. 17.

vztahů subjektů soukromého práva. Společnost založená na solidaritě a sociální odpovědnosti, jako jejíž vlajková loď v oblasti soukromého práva je vnímána zásada *good Faith and fair Dealing*,²¹ však vyžaduje aktivní metodu regulace, mj. spojenou s umožněním častějších zásahů (byť soukromoprávní povahy) veřejné moci do soukromoprávních vztahů.²² Tyto dvě metody regulace jsou svým využíváním odlišných regulativních nástrojů nejen v doktrinární, ale i institucionální a funkcionální kontrapozici a je velmi náročné je uvést do fungujícího a bezrozporného systémového celku regulace.

4. Spravedlnost jako univerzální cíl soukromého práva a její podoby

Od počátku existence soukromého práva je za jeho cíl považována spravedlnost. Již v jejím prvoplánovém konceptu je však skryt paradox: na jedné straně je spravedlnost vnímána jako univerzální cíl soukromého práva, k jehož naplnění právo a společnost směřují, na druhé straně však spravedlnost přijímá různé, dokonce z hlediska vlivu na jedince i společnost zásadně odlišné podoby. Tento fakt zřejmě vedl k rozpakům a rezervovanosti, s nimiž je pojem spravedlnosti přijímán značnou částí autorů a užíván v pramenech práva. Pokud se s ním pracuje, pak spíše v oblasti teoretické než v praktické civilistice.

Jak uvádí O. Höffe,²³ jako první vytvořili pojem spravedlnosti antičtí Řekové. V předfilozofickém Řecku byl pojem *themis* užíván společně pro označení práva i spravedlnosti, které tvořily nedělitelnou jednotu. Později se pojem spravedlnost stává klíčovým slovem soci-

21 Ibidem, s. 17.

22 Na tomto místě děkuje autor za inspiraci, vzešlou z (dosud nepublikované) dizertační práce Ötvös, T., *Základné zásady súkromného práva*. Košice: Právnická fakulta UJPS, 2013, s. 96 a tam citované zdroje.

23 Höffe, O., *Gerechtigkeit*. 4. Auflage, München: C. H. Beck 2010, s. 18.

ální morálky. Tento přístup byl pro řecké prostředí typickým, neboť zde byla ve vztahu jedinec – obec preferována pozice obce jako výrazu společného zájmu. Platón vkládá do základu pojmu spravedlnost myšlenku „dobra“ s tím, že člověk přebírá odpovědnost za spravedlnost, což vede k promítnutí spravedlnosti jak do sociálního řádu, tak do řádu duchovního.²⁴ V tomto smyslu je posláním spravedlnosti sloužit nikoli individuu, nýbrž obecnému blahu.²⁵

Aristoteles rozpracoval teorii spravedlnosti a je znám jako autor rozlišování spravedlnosti univerzální, obsahující požadavek chovat se dle zákona a mravu a spravedlnosti individuální, členěné dále na spravedlnost distributivní, připouštějící nerovnost a spravedlnost komutativní, vyžadující rovnost zúčastněných subjektů.²⁶

Římská společnost přijala odlišný koncept spravedlnosti, ovlivněný křesťanským učením. Křesťanství je orientováno na individuum a vyhýbá se formování vlastní představy o společenství a společenských institucích. Z křesťanství byla přijata prioritní osobní svobody jednotlivce, vztah ke společenskému prostředí byl založen na lásce a mohl se tedy jen obtížně stát základem fungujících společenských institucí.²⁷

Uvedené dva odlišné přístupy ke spravedlnosti jako řádu tohoto světa – řecký a římský – se staly zdrojem variabilit vnímání a přijímání hodnot evropské kultury jako východisek formování právních řádů pozdějších společenských formací, zejména období modernity.

Jak ukazuje pozdější vývoj, původní myšlenka kooperace v pojetí spravedlnosti se zejména v období modernity a pod vlivem filozofického myšlení T. Hobbesa a liberálních ekonomických teorií rozpadla do dvou modelů: řeckého modelu kooperace (integračního), vycházejícího ze vzájemné závislosti lidí a spatřujícího ve společných insti-

24 Höffe, O., op. cit., s. 20.

25 Höffe, O., op. cit., s. 24.

26 Höffe, O., op. cit., s. 22n.

27 Srov. Lawrence, D. H., *Apocalypse*. Praha: Levné knihy KMa, s.r.o., 2007, s. 126 – 139.

tucích základ života společnosti a modelu konfliktu (eliminačního), u něhož je spoluzití založeno na potřebě vzájemného vymezení prostoru, jehož základem je svobodná vůle a potřeba svobodného souhlasu ke vzájemné kooperaci.²⁸

Následně se spravedlnost s její mnohovýznamovostí stává nástrojem specifických koncepcí (nestrannost – I. Kant, *fairness* – J. Rawls, ultraliberální koncepce – R. Nozick). Stejný rys však umožňuje její využití jako nástroje pokusů o překonání zdánlivě nesmiřitelného rozporu mezi spravedlností založenou na egoismu či na altruismu ve směru konceptu založeného na komunikaci řízené zájmy (R. Ihering).²⁹

5. Cesta ke spravedlnosti jako řešení dialektiky individuálního a sociálního rozměru soukromého práva

Jednotlivé podoby spravedlnosti jsou výrazem dvou základních dimenzí, ve kterých se pohybuje soukromoprávní regulace. Výchoziskem fungování práva je přeprávní svoboda jednotlivce, vyjadřující jeho individuální pozici. Vlastní funkcí práva je omezení pozice jednotlivce v zájmu společnosti, vyjádřené rovností. Spravedlnost tu představuje syntézu svobody a rovnosti, která vymezuje vyváženou pozici mezi individuálním a sociálním rozměrem soukromého práva.

Tato úvaha odůvodňuje třístupňovou výstavbu systému principů soukromého práva:

1. svoboda jako teze a individuální hodnotové východisko,
2. rovnost jako antiteze a sociální antipod východiska,
3. spravedlnost jako výsledek syntézy obou pozic.

Popsaná konstrukce principů je výrazem šíře a současně strukturálního uspořádání prostoru poskytnutého individu i společnosti k řešení rozporů, které v něm vznikají. Prostor, v němž vznikají roz-

28 Höffe, O., op. cit., s. 62 – 63.

29 Höffe, O., op. cit., s. 65 – 70.

pory, odpovídá prostoru pro jejich řešení. Řešení se tu nenalézá v potlačení jednoho ze systémových prvků, vytvářejících limity prostoru řešení a v zúžení prostoru pouze na okruh jediného principu: řešení se nachází v pluralitě variant, nabízených takto široce otevřeným polem působnosti polárních hodnot. Řešení tu mají podobu vektoru, limitovaného prostorem i časem, kde prostor má otevřené vnější hranice a čas je další základní dimenzí pozorování a posuzování právně relevantních entit. Naopak vyloučení rovnosti ze systému hodnot soukromého práva a omezení významu spravedlnosti na nástroj zmírnění extrémních podob uplatnění svobody individua ve společnosti v konkrétních situacích jsou ve svém důsledku omezením svobody pohybu hmoty i ducha v právu na jediné východisko, kterým je akcentovaná individuální pozice jednotlivce. Na druhé straně spravedlnost jako cíl, syntéza není ničím bez svých východisek, teze a antiteze, kterými jsou vedle svobody i rovnost.³⁰

Uvedený algoritmus dialektického vyvozování spravedlnosti z teze – individuální dimenze založené na svobodě a následující antiteze – sociální dimenze založené na rovnosti je současně zdrojem odpovědi na otázku o podobě spravedlnosti ve výsledku tohoto procesu. Ta je v systému soukromoprávní regulace, založené na apriorní svobodě jednotlivce, dána mírou uplatnění antiteze, tj. druhého kroku tohoto procesu. Z hlediska podoby spravedlnosti jde tedy o míru uplatnění těch typů spravedlnosti, jejichž vektorem, cílem je (sociální) rovnost, která se může pojit a často pojí s nerovností formálně právní bud východiskovou (rovnost příležitostí) či procedurální (rovnost šancí). Zatímco typickým cílem formálně právní rovnosti je spravedlnost komutativní, typickým cílem maximalizace rovnosti ve výsledku (sociální) je spravedlnost distributivní, potažmo korektivní v míře, ve které je jejím cílem odstranit nevyváženost sociálních pozic subjektu.

Pokud budeme vnímat cíl soukromého práva skrze jeho subjekt

30 Blíže viz též Hurdík, J. – Lavický, P., *Systém zásad soukromého práva*. Masarykova univerzita: Brno 2010, s. 51 – 75.

jako klíčový úhelný kámen, pak tento cíl budeme vidět v emancipaci člověka. Jakkoli cílem zůstává člověk (individuum), jeho emancipace znamená integraci jedince ve společnosti a jeho seberealizaci skrze společnost a vazby jedince na společnost. Tedy koneckonců i ryze individualisticky vnímaná emancipace člověka má obě složky – individuální a vztahovou (sociální), byt první z nich je v tomto konceptu akcentovaná a druhá marginalizovaná.

Typické pro společnost založenou na rozporu hlásaných a skutečně praktikovaných hodnot je menší pozornost věnovaná analýze skutečné povahy právní regulace, včetně hlubší analýze hodnot, jejichž prostřednictvím je dosahováno spravedlnosti určitého typu.

Tento jev má širší – evropské – projevy, nasvědčující jistě míře farizejství i v evropských dimenzích. Projekty evropského soukromého práva v jednotlivých segmentech europeizace, od nichž bychom očekávali primárně jasně vymezenou podobu spravedlnosti jakožto cíle, k němuž směřuje aplikace jejich pravidel, jsou v tomto ohledu nepřilíh sdílné. Tak např. vlajková loď europeizace soukromého práva – Návrh společného referenčního rámce (DCFR) – omezuje v doprovodných textech cíle Návrhu na cíle a principy práva národních států i Evropské unie se zdůrazněním vytvoření prostoru svobody, bezpečí a spravedlnosti a vytvoření otevřeného vnitřního obchodu se svobodnou a férovou soutěží a svobodným pohybem zboží, osob, služeb a kapitálu mezi členskými státy, jakož i ochranu spotřebitele a jiných vyžadujících ochrany.³¹ I zde je zřejmý hlavní cíl odpovídajících politik EU, promítnutý do DCFR – vytvořit z EU silného protihráče na globálním tržišti, s nímž korespondují dopady ochrany spotřebitele, jejichž primárním cílem je odstranění překážek vnitřního trhu EU a teprve pak napohled sociálně orientovaná vlastní ochrana spotřebi-

31 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition. Edited by Ch. von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke. Munich: sellier. european law Publisher, 2008, s. 18.

tele. Tomu odpovídá i soubor užitých modelů spravedlnosti v DCFR, ohledně něhož jsou doprovodné texty Návrhu sdílnější a prezentují je v pořadí: komutativní spravedlnost jako klíčový individuální cíl pravidel Návrhu, vedle níž je prosazovaná, byt dílčím způsobem, korektivní spravedlnost, zejména v oblasti smluv, mimosmluvní povinnosti k náhradě škody a bezdůvodného obohacení. K jejímu prosazení slouží především univerzální princip *good faith*. Málo je v Návrhu aplikovaná distributivní spravedlnost, přicházející v úvahu spíše výjimečně, např. v určitých variantách spotřebitelských vztahů.³²

6. Společné (vyšší) cíle a jejich vyjádření v kodexu

Výše uvedené úvahy se omezovaly na dimenze, do nichž se promítá pozice jednotlivce jako alfa a omega soukromého práva, tedy na spravedlnost (v intencích Aristotelových kategorií) individuální. I tato – napohled ryze individuální dimenze – však obsahuje dimenzi další: roli soukromého práva na cestě směřování společnosti. Především v tomto smyslu je třeba zřejmě vnímat podstatu prohlášení důvodové zprávy k NOZ odmítající roli občanského kodexu jako nástroje řízení společnosti. Tento postoj je logický a v kontextu celkového přístupu globálních, regionálních i národních či místních autorit, společenských věd a dalších činitelů k otázkám trvale udržitelného rozvoje, odpovědnosti jednotlivců za osud lidské civilizace, spravedlivé rozdělení společenského bohatství, šetrné nakládání se zdroji Země aj. Zákon zisku panuje lidské civilizaci a není naděje na brzký zvrat. Nikoli vize, nýbrž pragmatismus jsou nástroji úvah o dalším vývoji společnosti i soukromého práva. Tento trend přijal NOZ v plném roz-

32 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition. Edited by Ch. von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke. Munich: sellier. european law Publisher, 2008, s. 14.

sahu a šel dokonce tak daleko, že se zbavil i toho mála z dosavadních vazeb na společné zájmy (srov. vypuštění zákazu působit ekologické škody v § 2900 ve srovnání s dosavadním § 415 obč. zákoníku č. 40/1964 Sb.). V tomto smyslu lze konstatovat, že NOZ se dal cestou liberálního konceptu, pomíjejícího společné zájmy lidské civilizace. Avšak i liberální koncept uspořádání je funkčním systémem, který má své předvídatelné cíle a jeho přijetí je současně přijetím určitého relativně konkrétního konceptu ovlivňování vývoje společnosti, tedy nástrojem (byť pasivním a implicitním) řízení společnosti.

V tomto smyslu je evropská paralela nového českého občanského zákoníku – DCFR – ve svých deklaracích otevřenější: formulaci jednotlivých pravidel svého textu podřizuje hlavním cílům a principům DCFR, které odvozuje od ekonomického modelu, pohybujícího se mezi liberalismem svobodného trhu a férové soutěže na jedné straně a na straně druhé „invazivnějším“ přístupem ve prospěch spotřebitelů, obětí diskriminace, malých a středních podnikatelů a jiných možných slabších stran smlouvy a členů společnosti³³.

Závěrem

Nový český občanský zákoník na jedné straně výslovně odmítá být nástrojem řízení společnosti, na druhé straně ovšem svou podstatou, koncepcí i obsahem takovým regulativním souborem nástrojů je, v případě českého civilního kodexu dokonce doktrinálně poměrně jasně vymezeným. Je otázkou, zda tím kodex plní svou roli, resp. zda svou roli překračuje.

Nový český civilní kodex na jedné straně deklaruje svůj důsledný

33 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition. Edited by Ch. von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke. Munich: sellier. european law Publisher, 2008, s. 12.

doktrinální, axiologický, metodologický i institucionální individualismus, na druhé straně však v kodexu uplatňuje nezvykle rozsáhlou a pestrou paletu zásad vyhraněně ekvinitního zaměření. Tímto rysem se jevově řadí ke kodexům vybaveným silným sociálním rozměrem, typickým pro socializující podobu soukromého práva.

Rysem nového českého kodexu civilního práva, který nelze přehlédnout, je i míra ingerence veřejné moci do soukromoprávních vztahů; soudy jsou výslovně, z textu hmotně-právního kodexu, povolány řešit rozsáhlou plejádu situací ať již z úřední povinnosti (zejm. statusové věci) nebo na základě aktivity subjektu soukromého práva (rovněž řada statusových věcí a dále např. případy *leasio enormis*, lichvy, ale i možnost dovolat se změny obsahu závazkového vztahu soudní cestou). Přitom je zřetelné, že významná část těchto situací je vedena cílem vyvážit tyto vztahy, tedy užitím distributivní, resp. korektivní spravedlnosti.

Skutečný cíl nového českého občanského práva tak zůstává poněkud nejasný: na zřetelnou deklaraci priority individualismu a akcentu na rozměr lidské svobody v textu zákona i v jeho důvodové zprávě je navázán výslovně soubor zásad i faktický koncept textu zákona, který signalizuje solidaritu a sociální odpovědnost. Kodex je tak zřetelně, ačkoli neprošel historickým vývojem podobně jako rakouský ABGB, který by to odůvodňoval, nositelem paradoxu, typického pro kontinentální evropské soukromé právo období modernity, zmíněného v závěru bodu II tohoto příspěvku: Na kmen liberálně individualistického systémového základu, představujícího – jak se zdá – těžko překonatelnou genetickou zátěž minulosti, je naroubována koruna, protkaná prvky distributivní a korektivní spravedlnosti. V tomto smyslu nový český občanský zákoník představuje další (možná spíše nechtěný, nicméně zřetelný) doklad o jeho návratu k evropské právní kultuře.

Vzhledem k vlastní charakteristice kodexu uvedené výše by bylo jistě odvážné očekávat, že kodex bude aktivním nositelem společenských vývojových tendencí. Kodex však přijetím liberálního konceptu

právní regulace a jeho atributy svou roli jako (spíše pasivního) nástroje směřování společnosti na sebe vzal a zdá se, že jí hodlá dostat.

Summary

The author focuses long time on characterization of the typical features of the new Czech civil Code, in force from January 1st 2014. This chapter reflects one of the opened questions of the new Czech civil Code, which are the main aims of the Code. Although the legislator is expressly hostile to the role of the new Civil Code as the regulator of social life, the author means that every civil code without exception serves as the regulator of social life. The new Czech civil Code is based on the liberal model of the society. In addition, the author deals with the justice, being the individual aim of the legal regulation in area of private law, and with the structural models of justice, used in the Civil Code, namely with commutative, corrective and distributive justices.

RÁMCOVÁ ZMLUVA

JÁN HUSÁR

Abstrakt: Inštitút rámcovej zmluvy je súčasťou zmluvných prostriedkov, využívaných najmä v záväzkových vzťahoch medzi podnikateľmi, ale napr. aj vo vzťahoch medzi bankami a ich klientami. Rámcové zmluvy sú v slovenskom právnom poriadku upravené aj vo verejnom práve, napr. v zákone o verejnom obstarávaní, ale aj v zákone o ochrane spotrebiteľa pri finančných službách na diaľku. Inštitút rámcovej zmluvy by mal byť upravený aj v rekodifikovanom Občianskom zákonníku.

Kľúčové slová: rámcová zmluva, zmluva o budúcej zmluve, zmluva o bežnom účte, zmluva o výhradnom predaji, dojednanie o zákaze ďalšieho vývozu, kodifikácia súkromného práva

1. Vývojové kontexty rámcovej zmluvy

Inštitút rámcovej zmluvy vstúpil do nášho právneho poriadku takpovediac skryte, avšak už niekoľko rokov je súčasťou tak niektorých právnych úprav, napr. tento inštitút je upravený v zákone č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní alebo v zákone č. 266/2005 Z. z. o ochrane spotrebiteľa pri finančných službách na diaľku. Rámcová zmluva je tiež súčasťou zmluvných nástrojov využívaných už dlhší čas v záväzkových vzťahoch medzi podnikateľmi. Inštitút rámcovej zmluvy však nie je neznámy v práve, či už vnútroštátnom alebo dokonca medzinárodnom, kde sa takéto zmluvy uzavierajú aj v praxi, aj medzi štátmi a vytvárajú základ (rámec) pre dojednávanie ďalších konkrétnych zmlúv, ktoré ale nemôžu vybočiť z medzí vymedzených rámcovou zmluvou.¹

1 Napríklad Európsky rámcový dohovor o cezhraničnej spolupráci medzi územnými celkami alebo orgánmi. Publikovaný pod číslom 78/2001 Z. z., alebo Rámcová zmluva medzi Slovenskou republikou a Rakúskou republikou medzi územnými celkami alebo orgánmi.

V našom právnom poriadku bola po prvý krát rámcová zmluva upravená v zákone č. 99/1950 Zb. o hospodárskych zmluvách a štátnej arbitráži. Tento zákon upravoval tri druhy zmlúv, a to rámcové zmluvy, čiastkové zmluvy a priame zmluvy.² Rámcové zmluvy boli v zákone vymedzené ako zmluvy, ktoré rozvrhujú na jednotlivých dodávateľov a odberateľov dodávky a odber tovaru a určujú, kto s kým a za akých podmienok uzavrie čiastkovú zmluvu.³

Obdobný inštitút predstavovali kapacitné zmluvy upravené v zákone č. 69/1958 Zb. o hospodárskych vzťahoch medzi socialistickými organizáciami. Legálna definícia kapacitnej zmluvy bola obsiahnutá v ustanovení § 89 zákona. Podľa tohto zákonného vymedzenia kapacitná zmluva je dohoda o dlhodobom dodávateľskom a odberateľskom vzťahu a jeho podmienkach; jej účelom je tiež vytvárať predpoklady pre stanovenie úloh v ročných prípadne i päťročných plánoch; stabilizovať dodávkové vzťahy a zhospodárniť výrobu a obeh. Takouto kapacitnou zmluvou sa dodávateľ zaväzoval uzatvárať s odberateľom na dohodnutý rozsah dodávok a podľa dohodnutých podmienok dodávkové zmluvy; za tým účelom bol dodávateľ povinný zabezpečiť výrobné kapacity, suroviny a prípadne ostatné predpoklady pre dohodnutý rozsah, skladbu a smer vývoja výrobkov, ktoré má v budúcnosti dodávať. Záväzkom odberateľa bolo spolupôsobiť podľa dohodnutých podmienok pri zabezpečovaní potrebných predpokladov. Kapacitné zmluvy sa mali uzatvárať spravidla na niekoľko rokov, najmenej však na jeden rok⁴.

2 § 3 zákona č. 99/1950 Zb. o hospodárskych zmluvách a štátnej arbitráži

3 Rámcová zmluva upravená v tomto zákone bola konštruovaná ako zmluva, ktorou sa realizovali hospodárske plány a uplatňovala sa hospodárskom systéme, ktorý je dnes ponímaný ako administratívno-direktívny systém a predstavoval teda odlišný inštitút od inštitútu rámcovej zmluvy využívaného v súčasnosti. Podrobnejšie napr. ANDRES, B.: Smlouva kupní a směnná v našem novém právním řádu, Právnik, roč. 90, č. 7/1951, s. 410 a nasl.

4 Július Chorváth charakterizuje kapacitné zmluvy ako dlhodobé zmluvy, ktoré mali umožňovať dokonalejšiu prípravu výroby i plynulejší obeh výrobkov. Ka-

Hospodársky zákonník prijatý v roku 1964 už inštitút kapacitnej zmluvy neprevzal a ten bol nahradený ustanoveniami o zmluve o príprave dodávok, ktoré však boli neskôr zrušené. Obchodný zákonník neobsahuje tiež vymedzenie rámcovej zmluvy ani kapacitnej zmluvy. Takýto zmluvný inštitút nie je upravený ani v Občianskom zákonníku.

Inštitút rámcových zmlúv (dohôd) bol do sféry vzťahov vznikajúcich pri podnikateľskej činnosti a uspokojovaní verejných potrieb alebo zabezpečení prevádzky verejnoprávnych inštitúcií zavedený zákonom č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní. Základné vymedzenie rámcovej zmluvy je obsiahnuté v ustanovení § 11 tohto zákona: Rámcovou dohodou na účely zákona o verejnom obstarávaní je písomná dohoda medzi jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi alebo jedným alebo viacerými obstarávateľmi na jednej strane a jedným alebo viacerými uchádzačmi na strane druhej. Rámcová dohoda určuje podmienky zadávania zákaziek počas jej platnosti, najmä čo sa týka ceny a predpokladaného množstva predmetu zákazky. Pojem rámcová dohoda je potom v zákone o verejnom obstarávaní použitý viac ako stokrát, napr. v ustanovení § 45, § 64 a § 90. Najmä v ustanovení § 64 je rámcová dohoda bližšie konkretizovaná, a to najmä vymedzením doby platnosti takejto dohody a spôsobu jej ukončenia. Podľa uvedeného ustanovenia rámcovú dohodu pri zadávaní nadlimitných zákaziek verejným obstarávateľom možno uzavrieť najviac na štyri roky s výnimkou prípadov odôvodnených predmetom rámcovej dohody, ak zmluvnou stranou je verejný obstarávateľ na úseku obrany. Rámcová dohoda končí buď uplynutím času alebo za podmienok uvedených v samotnej dohode. Takúto dohodu možno uzavrieť buď na dodanie tovaru, alebo na uskutočnenie stavebných prác alebo na poskytnutie služieb nevyžadujúcich zložité technické požiadavky. Rámcová dohoda nesmie brániť čestnej hospodárskej súťaži. Z uzavretej rámcovej

pacitné zmluvy plnili funkciu stabilizácie dlhodobých dodávateľsko-odberateľských vzťahov. Chorváth in: CHORVÁTH, J., SUCHOŽA, J.: Československé hospodárske právo, Obzor: Bratislava 1982, s. 54.

dohody vyplýva pre zadávateľa povinnosť zadávať zákazku len osobe, ktorá je účastníkom rámcovej dohody a nie inej osobe. Takáto dohoda môže byť uzavretá buď s jedným účastníkom, alebo ak je účastníkov viac, tak najmenej s tromi účastníkmi. Na základe rámcovej dohody uzavretej s viacerými uchádzačmi možno zadávať zákazku bez opätovného otvárania súťaže, ak je zadaná zákazka v rámci podmienok určených v tejto dohode alebo opätovným otvorením súťaže, ak v rámcovej dohode nie sú určené všetky podmienky.⁵

V ustanovení § 4 zákona č. 266/2005 Z. z. o ochrane spotrebiteľa pri finančných službách na diaľku je obsiahnuté legálne vymedzenie rámcovej zmluvy, ktorou sa rozumie zmluva o vykonávaní postupného sledu súvisiacich operácií alebo série operácií rovnakého druhu.

2. Rámcová zmluva v súkromnom práve

Z doposiaľ uvedeného by mohlo vyplynúť, že rámcová zmluva je inštitútom verejného práva, keďže sa predovšetkým využíva vo verejnom obstarávaní, ktorého rozsah sa v ostatnom období výrazne rozširuje. Takéto tvrdenie je však veľmi zjednodušené a je skôr jedným z dôkazov prenikania súkromnoprávných inštitútov do verejného práva.

Rámcová zmluva je typickým súkromnoprávnym inštitútom, ktorý je súčasťou zmluvných nástrojov využívaných už dlhší čas v praxi záväzkových vzťahov medzi podnikateľmi, ale aj medzi podnikateľmi a spotrebiteľmi, aj keď v našom právnom poriadku absentuje doposiaľ jej všeobecná právna úprava. Rámcová zmluva je v súkromnom práve ponímaná ako zmluva, ktorá obsahuje pravidlá uzatvárania

⁵ Obdobne je inštitút rámcovej zmluvy vymedzený aj v zákone 137/2006 Sb. o verejných zákazkách, ktorý v § 11 ods. 1 definuje rámcovú zmluvu ako písomnú zmluvu medzi zadávateľom a jedným alebo viacerými uchádzačmi, uzavretú na dobu určitú, ktorá obsahuje podmienky týkajúce sa jednotlivých verejných zákaziek na dodávky, služby či stavebné práce zadávané počas platnosti rámcovej zmluvy, najmä ak ide o cenu a množstvo.

konkrétnych (realizačných) zmlúv a ako zmluva, ktorá obsahuje úpravu podmienok, ktoré budú tvoriť obsah realizačných zmlúv.⁶ Rámcová zmluva sa tak v konkrétnej aplikačnej praxi formuluje ako zmluva, ktorá obsahuje náležitosti zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy podľa § 289 Obchodného zákonníka a obchodných podmienok podľa § 273 Obchodného zákonníka, s tým rozdielom, že sa netýka jednej takejto zmluvy, ale neobmedzeného počtu zmlúv. V súčasnosti sa rámcové zmluvy najčastejšie uzatvárajú ako nepomenované zmluvy podľa § 269 ods. 2 Obchodného zákonníka alebo podľa § 51 Občianskeho zákonníka.

Najpodstatnejším rozdielom medzi rámcovou zmluvou a všeobecnými obchodnými podmienkami podľa Kristiána Csacha je podmienka inkorporácie. Ak zmluvné strany v rámci rámcovej zmluvy uvedú, že ich budúce vzťahy sa budú riadiť rámcovou zmluvou, potom nie je potrebná dodatočná inkorporačná doložka v jednotlivých zmluvách, ktorá by sa odvolávala na rámcovú zmluvu. Ak by strany kontrahovali pri použití všeobecných obchodných podmienok, museli by odkázať na všeobecné obchodné podmienky v každej jednotlivej zmluve, ak by sa z ustálenej praxe medzi nimi nemohlo vyvodiť, že všeobecné obchodné podmienky majú platiť aj pre zmluvu, v ktorej na ne neodkázali. Súčasne ale existujú dobré dôvody kontrahovať na základe všeobecných obchodných podmienok aj v rámci opakovaných transakcií medzi tými istými osobami, keďže zmena všeobecných obchodných podmienok, ktoré majú byť použité v niektorom (ďalšom) osobitnom vzťahu, môže byť uskutocnená aj jednostranne (vo forme zmeny návrhu zmluvy), kým zmena rámcovej zmluvy vyžaduje dohodu oboch strán.⁷

6 Na obdobnú prax uzavierania rámcových zmlúv v podmienkach Českej republiky poukazuje Karel Marek, ktorý uvádza ako najčastejšie uzavierané „rámcové kúpne zmluvy“ ale často sú uzavierané aj „rámcové zmluvy o dielo“. Pozri: MAREK, K.: Smluvní obchodní právo, kontrakty, Masarykova univerzita, Brno 2006, s. 57.

7 CSACH, K.: Všeobecné obchodné podmienky v obchodných zmluvách. Dizertačná práca. Košice 2007, s. 58, 59.

Z legálnych vymedzení obsahnutých tak v zákone o verejnom obstarávaní, v zákone o ochrane spotrebiteľa pri finančných službách na diaľku, ako aj z aplikačnej praxe, ako sa vytvára vo vzťahu medzi podnikateľmi možno vyvodiť, že rámcovou zmluvou sa vytvára základ (rámec) pre budúce konkrétne zmluvy a z tohto hľadiska predstavuje táto zmluva obdobu kapacitnej zmluvy podľa skorších úprav, resp. zmluvy o budúcej zmluve podľa úpravy obsahnutej v § 289 obchodného zákonníka. Z vymedzenia rámcovej zmluvy podľa § 4 zákona 266/2005 Z. z. možno vyvodiť, že takáto zmluva plní tiež funkcie štandardizácie zmluvných vzťahov, keďže podľa tejto zmluvy sa postupuje pri uzavretí sledu súvisiacich operácií alebo operácií rovnakého druhu a súčasne sa rámcovou zmluvou upravujú obchodné podmienky, ktorými sa upravuje obsah budúcich realizačných zmlúv.

3. Spoločné znaky a rozdiely medzi zmluvou o budúcej zmluve a rámcovou zmluvou

Zmluva o uzavretí budúcej zmluvy je inštitútom súkromného záväzkového práva už od doby rímskeho práva, odkedy je známa ako „*pactum de contrahendo*“. Zmluva o budúcej zmluve je upravená v našom právnom poriadku tak v Občianskom zákonníku, ako aj v Obchodnom zákonníku. Zmluva je založená na prijatí záväzku jednej alebo oboch zmluvných strán uzavrieť v dobe určenej v zmluve o uzavretí budúcej zmluvy budúcu, t. j. konkrétnu, realizačnú zmluvu s predmetom plnenia, ktorý je v zmluve o uzavretí budúcej zmluvy určený aspoň všeobecným spôsobom.⁸ Z vymedzeného základného ustanovenia upravujúceho podstatné časti zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy možno vyvodiť, že na základe zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy by mala byť v budúcnosti uzavretá len jedna konkrétna realizačná

⁸ Porovnaj § 289 ods. 1 Obchodného zákonníka a § 50a, ods. 1 Občianskeho zákonníka.

zmluva a podľa tohto základného ustanovenia sa nepredpokladá, že by zmluvou o uzavretí budúcej zmluvy mal byť medzi zmluvnými stranami vytvorený základ pre dlhodobejšiu obchodnú spoluprácu realizovanú na základe pravidelne či s určitou periodicitou a jednoduchším mechanizmom uzavierania konkrétnych realizačných zmlúv.

Rámcová zmluva, na rozdiel od zmluvy o budúcej zmluve, sa chápa prevažne, a to tak podľa jej legálnych definícií obsiahnutých vo viacerých normatívnych právnych aktoch, patriacich mimo sféru obchodného práva, ako aj na základe praktickej realizácie tohto inštitútu v obchodných vzťahoch, skôr ako základ, presnejšie vzhľadom na označenie rámcová zmluva ako rámec pre konkretizáciu vzájomných vzťahov medzi tými istými zmluvnými stranami, ktoré uzavreli túto rámcovú zmluvu, prípadne medzi subjektmi, ktoré sú podriadené či ovládané subjektmi, ktoré sú zmluvnými stranami rámcovej zmluvy, napr. ak rámcovú zmluvu uzatvárajú holdingy a konkrétne realizačné zmluvy spoločnosti patriace do jedného, resp. druhého holdingu, a to na spravidla na časovo ohraničené obdobie, často na obdobie jedného roka, prípadne na dlhšie, časovo neohraničené obdobie. Na základe rámcovej zmluvy dochádza potom k uzavieraniu viacerých realizačných zmlúv, či väčšieho počtu takýchto realizačných zmlúv, ktorými by mal byť naplnený v rámcovej zmluve dohodnutý rozsah spolupráce v dohodnutom čase a za dohodnutých podmienok.

Ďalšie rozdiely medzi zmluvou o uzavretí budúcej zmluvy a rámcovou zmluvou spočívajú tiež v tom, že zmluva o uzavretí budúcej zmluvy spravidla obsahuje len záväzok uzavrieť budúcu realizačnú zmluvu s určeným predmetom plnenia a spravidla neobsahuje ďalšie podmienky, ktoré by sa mali premietnuť do obsahu realizačnej zmluvy. Naproti tomu rámcová zmluva obsahuje vymedzený predmet plnenia a dohodnutý rozsah obchodov či objem obchodov vyjadrený v hmotnostných, objemových či iných jednotkách alebo vo finančnom vyjadrení, ktoré sa majú uskutočniť za určitý, v rámcovej zmluve vymedzený čas. Rámcová zmluva obsahuje tiež, na rozdiel od zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy, úpravu obchodných podmienok, ktorá

zahŕňa napríklad pravidlá predkladania návrhov realizačných zmlúv s časovým vymedzením, v akom časovom predstihu pred požadovaným plnením je potrebné predložiť návrh realizačnej zmluvy, mechanizmus ich uzavierania a plnenia, pravidlá určovania cien v realizačných zmluvách a spôsoby zmien, platobné podmienky v realizačných zmluvách, dôsledky porušenia zmluvných povinností vrátane dojednaní výšky zmluvných pokút.

Popri uvedených legálnych vymedzeniach rámcovej zmluvy sa zatiaľ ojedinele v českej a slovenskej právnickej spisbe objavuje aj teoretické vymedzenie rámcovej zmluvy. Napr. Roman Nováček uvádza, že ako rámcové zmluvy sa označujú zmluvy, ktoré predpokladajú opakované uzavieranie zmlúv rovnakého druhu s rovnakým alebo podobným predmetom plnenia medzi tými istými subjektami, pričom k realizácii predpokladaného plnenia v rámcovej zmluve dochádza až na základe následných čiastkových zmlúv.⁹ Za hlavný znak rámcovej zmluvy považuje uvedený autor skutočnosť, že na základe samotnej rámcovej zmluvy nedochádza k poskytnutiu plnenia ani jednou zo zmluvných strán a že k poskytnutiu plnenia dochádza až na základe uzavretej následnej čiastkovej zmluvy.¹⁰ Medzi ďalšie znaky rámcovej zmluvy patria podľa uvedeného autora:

- väčšina podmienok zmluvného vzťahu je upravená už v rámcovej zmluve
- dlhodobosť vzťahov založených rámcovou zmluvou, pričom následne sa obchody uskutočňujú zjednodušenými postupmi, napr. s využitím formulárov.

Kristián Csach pri skúmaní tendencií štandardizácie uzavierania zmlúv posudzuje rámcovú zmluvu ako štvrtú možnosť štandardizačných alternatív ako prejav tendencie racionalizácii kontrahovania.¹¹ Tie-

9 NOVÁČEK, R.: Rámcové smlouvy, Právní rozhledy č. 1, ročník 2004, s. 13.

10 Tamže, s. 14.

11 CSACH, K.: Všeobecné obchodné podmienky v obchodných zmluvách. Dizertačná práca. Košice 2007, s. 7.

to zmluvy podľa Kristiána Csacha definujú „právny rámec“ akým sa bude riadiť množstvo jednotlivých zmluvných vzťahov medzi tými istými kontrahentmi. Na rozdiel od predchádzajúcich možností má táto osobitnú povahu, keďže vychádza z iného predpokladu. Tým je síce pluralita zmlúv, ale vo vzťahu vystupujú tí istí kontrahenti. Je tu potrebné vidieť dva zmluvné vzťahy, prvý je založený všeobecnou zmluvou a druhý individuálnou.¹²

Súčasná právna doktrína poníma ako rámcovú zmluvu najmä zmluvu o bežnom účte, ako aj zmluvu o vkladovom účte. Napr. Irena Pelikánová konštatuje, že „všeobecne je zhoda v tom, že zmluva o účte (bez ohľadu na to, či ide o zmluvu o bežnom účte alebo vkladovom účte) je rámcovou zmluvou o poskytnutí bankových služieb“.¹³ Irena Pelikánová vyslovuje súhlas s touto charakteristikou zmluvy o účte ako rámcovej zmluvy, a to i napriek tomu, že v súčasnosti chýba akákoľvek úprava rámcových zmlúv a že celkom chýba i teoretický výskum rámcových zmlúv.¹⁴ Irena Pelikánová vymedzuje rámcovú zmluvu ako zmluvu, ktorá „zakladá dlhodobější právni vzťah, ktorý se bude realizovat na základě později uzavíraných dílčích (realizačních) smluv, jež zpravidla respektují podmínky rámcové smlouvy, mohou se však od nich i odchýlit a jejichž uzavírání nevyplývá z kontraktační povinnosti založené rámcovou smlouvou“.¹⁵

Vzťah medzi realizačnou zmluvou a rámcovou zmluvou možno charakterizovať, ako vzťah medzi špeciálnou úpravou, ktorú predstavuje realizačná zmluva a rámcovou zmluvou ako všeobecnou alebo subsidiárnou úpravou. Rámcové zmluvy prinášajú do kontraktačného procesu prvky racionality, štandardizácie a zjednodušenie. Racionalita, ktorú prináša využitie rámcových zmlúv spočíva v odbúrání opa-

12 Tamže, s. 7.

13 PELIKÁNOVÁ, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku, 5 díl, § 566 – 775, LINDE, Praha 1999, s. 522.

14 Tamže, s. 522.

15 Tamže, s. 522.

kovaných rokovaní o náležitostiach konkrétnych zmlúv, čo prináša úsporu nielen času, ale aj nákladov na uzavretie zmluvy. Štandardizácia spočíva v tom, že realizačné zmluvy majú v zásade rovnaký obsah, ktorý zodpovedá predstavám obidvoch zmluvných strán a zjednodušenie možno vidieť napr. v možnosti používania formulárov či tlačív pri uzavieraní konkrétnych realizačných zmlúv.

Súčasťou rámcovej zmluvy bývajú tiež rozhodcovská zmluva, resp. rozhodcovská doložka, obsahujúca dojednanie, pred akým rozhodcovským súdom a podľa akých pravidiel budú rozhodované spory medzi zmluvnými stranami, a to jednak zo samotnej rámcovej zmluvy, ako aj z realizačných zmlúv uzavretých na jej základe.

V rámcových zmluvách, ktorých predmetom sú záväzky v medzinárodnom obchode, nachádzame aj osobitné záväzky, ktoré sa dojednávajú v týchto vzťahoch, napr. dojednanie o zákaze ďalšieho vývozu, dojednanie o obmedzení predaja, dojednanie o výhradnom predaji, menovú doložku, pravidlá zabezpečovania úradných povolení potrebných pred vývoz či dovoz tovarov podľa dohodnutých realizačných zmlúv. Napríklad v zmluve o výhradnom predaji, upravenej v ustanovení § 745 a nasl. Obchodného zákonníka, v ktorej sa dodávateľ zaväzuje, že tovar určený v zmluve nebude v určitej oblasti dodávať inej osobe než odberateľovi. Z takejto zmluvy nevzniká dodávateľovi záväzok dodávať tovar, ale len záväzok zdržať sa dodávania určitého tovaru v určitej oblasti niekomu inému ako odberateľovi. Záväzok dodať tovar danému odberateľovi môže vzniknúť len na základe konkrétnej kúpnej zmluvy medzi dodávateľom ako predávajúcim a odberateľom ako kupujúcim. V obchodnej praxi sú časté najmä rámcové kúpne zmluvy, a to predovšetkým na opakujúce sa dodávky tovarov medzi dlhodobými obchodnými partnermi. Frekventovane sú využívané aj rámcové zmluvy o dielo najmä pri servisných činnostiach a údržbárskych prácach.¹⁶

¹⁶ MAREK, K.: Smluvní obchodní právo, kontrakty, Masarykova univerzita, Brno 2006, s. 57.

Z predchádzajúceho pojednania je zrejmé, že pojem rámcová zmluva je pojem legálny a že je aj legálne definovaný napr. v § 4 zákona 266/2005 Z. z. o ochrane spotrebiteľa pri finančných službách na diaľku a že tento inštitút sa aj v praxi obchodných vzťahov medzi podnikateľmi pomerne často využíva a vzhľadom na princíp zmluvnej slobody aj všeobecne akceptuje.

Otázkou, ktorá sa na základe uvedeného vynára, je, či v našom právnom poriadku absentuje všeobecná úprava rámcovej zmluvy ako osobitného zmluvného typu, odlišného napr. od zmluvy o budúcej zmluve alebo či prijatie takejto úpravy nie je aktuálne vzhľadom na to, že kreativita právnikov a ustálenosť obchodných zvyklostí s využitím zmluvnej slobody vedie k tomu, že sa v zmluvnej praxi vytvárajú rámcové zmluvy medzi zmluvnými partnermi, zodpovedajúce osobitným požiadavkám a predstavám zmluvných strán o ich obchodnej spolupráci.

4. Námety pre budúcu úpravu zmluvy o budúcej zmluve a rámcovej zmluvy

Proces rekodifikácie súkromného práva, ktorý u nás prebieha už dlhšie obdobie a ktorý vychádza zo schváleného legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva, neobsahuje v navrhovanej systematike Občianskeho zákonníka úpravu rámcovej zmluvy, ako osobitného typu zmluvy. Rovnako ale ani predchádzajúci legislatívny zámer návrh úpravy rámcovej zmluvy neobsahoval. Z toho možno vyvodiť, že budúci Občiansky zákonník, ako všeobecný súkromnoprávny kódex, by nemal obsahovať úpravu rámcovej zmluvy, ako osobitného typu zmluvy. Takýto záver však nie je opodstatnený, pretože zatiaľ absentuje tak podložená argumentácia v prospech zaradenia rámcovej zmluvy do kódexu súkromného práva, ale aj argumentácia proti zaradeniu rámcovej zmluvy do tohto kódexu. Podľa môjho názoru – s uvedením si, že ide skôr o empirický záver a nie o záver založený

na solídnom skúmaní tohto inštitútu – je opodstatnené zaradiť úpravu rámcovej zmluvy do kódexu súkromného práva.

V prospech uvedeného názoru svedčí aj skutočnosť, že kódex súkromného práva by mal ako všeobecný predpis obsahovať základnú úpravu inštitútov, ktoré sú konkretizované, špecifikované, v osobitných úpravách. Súčasný stav, keď osobitné úpravy inštitút rámcovej zmluvy upravujú, avšak chýba základ právnej úpravy tohto inštitútu v kódexe súkromného práva, pričom účastníci zmlúv tento nedostatok sa snažia preklenúť využitím zmluvnej slobody a formulovaním vlastných, ich potrebám zodpovedajúcim, rámcových zmlúv, nie je v súlade s požiadavkou právnej istoty subjektov zmluvných vzťahov.

Budúca právna úprava by mala predstavovať optimálny variant s nasledujúcich alternatív:

- a) právna úprava by obsahovala len zmluvu o uzavretí budúcej zmluvy,
- b) právna úprava by obsahovala zmluvu o uzavretí budúcej zmluvy a aj rámcovú zmluvu, ako samostatné zmluvné typy s odlišnými funkciami,
- c) právna úprava by obsahovala len rámcovú zmluvu.

ad a)

Alternatíva, že budúca právna úprava by obsahovala len zmluvu o uzavretí budúcej zmluvy, by znamenala zachovanie existujúceho stavu status quo a znamenala by, že uzavieranie rámcových zmlúv by sa realizovalo na základe možnosti uzavierať nepomenované zmluvy, ktorú upravuje Obchodný zákonník v ustanovení § 269 ods. 2 a Občiansky zákonník v ustanovení § 51. Ak by týmto postupom uzavierané rámcové zmluvy obsahovali aj úpravu obchodných podmienok, prípadne aj ďalších zmlúv, napr. rozhodcovskej zmluvy či dojednanie o zákaze ďalšieho vývozu, o obmedzení predaja alebo o výhradnom predaji, posudzovali by sa takéto dojednania v súlade s ustanovením § 275 ods. 1 Obchodného zákonníka každá samostatne či ako vzájomne závislé zmluvy. Zachovanie existujúceho stavu by si vyžadovalo

precíznejšiu formuláciu ustanovení rámcovej zmluvy a ich podrobné prerokovanie v kontraktačnom procese uzavierania rámcovej zmluvy.

ad b)

Vychádzajúc z doterajšieho rozboru platnej právnej úpravy zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy a jej praktickej realizácie a legálnych definícií rámcovej zmluvy a praktickej realizácie rámcovej zmluvy, je opodstatnený záver, že zmluva o uzavretí budúcej zmluvy a rámcová zmluva predstavujú osobitné zmluvné typy, ktoré plnia odlišné funkcie. Rozdiely medzi týmito zmluvnými typmi sú nasledujúce: Zmluvou o uzavretí budúcej zmluvy sa jedna alebo obidve zmluvné strany zaväzujú uzavrieť v určenej dobe uzavrieť budúcu zmluvu s predmetom plnenia, ktorý je určený aspoň všeobecným spôsobom (§ 289, ods. 1 Obchodného zákonníka). Obdobne aj podľa § 50a Občianskeho zákonníka sa účastníci môžu písomne zaviazat', že do dohodnutej doby uzavrujú zmluvu. Ide teda o to, že zmluvné strany (jedna alebo obidve) sa zaväzujú, že v budúcnosti uzavrujú jednu zmluvu, ktorej podstatné náležitosti, resp. predmet plnenia je dohodnutý v tejto zmluve. Naproti tomu v rámcovej zmluve sa zmluvné strany dojednávajú na pravidlách a náležitostiach obchodov (obchodných prípadov), ktoré sa budú medzi nimi uskutočňovať počas platnosti tejto rámcovej zmluvy. Z rámcovej zmluvy nemusí vyplývať, koľko takýchto obchodov to bude, prípadne v akej periodicite sa budú takéto obchody uskutočňovať, strany sa však môžu dohodnúť v rámcovej zmluve aj na tom, aký objem obchodov uskutočnia v určitom období, prípadne aký minimálny objem, alebo aký maximálny objem, eventuálne v akom časovom členení budú medzi nimi obchody uskutočňované.

Budúca úprava súkromných záväzkových vzťahov – v pripravovanom Občianskom zákonníku – by teda mala obsahovať tak úpravu zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy bez rozlíšenia na obchodnú zmluvu o uzavretí budúcej zmluvy a všeobecnú (civilnú, občianskoprávnú) zmluvu o uzavretí budúcej zmluvy a rámcovú zmluvu, ktorá by vytvárala predpoklady pre stabilnú spoluprácu napr. vo sfére dodávok

surovín, komponentov, materiálov a tiež v oblasti odbytu produkcie, predovšetkým medzi podnikateľmi.

ad c)

Ak by v budúcej právnej úprave súkromných záväzkových vzťahov absentovala úprava zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy a bola by v tejto úprave obsiahnutá len úprava rámcovej zmluvy, bola by takáto úprava krokom späť, pretože by došlo k zúženiu právom upravených foriem záväzkových vzťahov a potreby praktickej realizácie práva by si vyžadovali, aby zmluvné strany takéto zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy uzavierali s využitím zmluvnej slobody, ako nepomenované zmluvy na základe ustanovenia § 269 ods. 2 Obchodného zákonníka, resp. § 51 Občianskeho zákonníka, čím by sa vlastne dosiahol zrkadlový stav oproti prvej z uvedených alternatív.

Z rozboru predchádzajúcich alternatív, námetov zreteľne vyplýva, že za optimálne považujem námet ad b), t. j. aby budúca všeobecná úprava záväzkových vzťahov v Občianskom zákonníku obsahovala tak úpravu zmluvy o budúcej zmluve, ako aj úpravu rámcovej zmluvy. Úprava rámcovej zmluvy by vychádzala z vymedzenia tejto zmluvy. Rámcová zmluva je teda zmluva ktorou sa dojednávajú ohraňovanie obsahu v budúcnosti medzi účastníkmi uzatváraných zmlúv rovnakého druhu a s rovnakým alebo podobným predmetom plnenia. Takéto zmluvy by sa mali uzavierať medzi účastníkmi v písomnej forme, ktorá by tvorila podmienku platnosti týchto zmlúv. V súlade s doterajšou praxou by rámcovú zmluvu bolo možné meniť len vzájomnou dohodou zmluvných strán. Zmluvu, ktorá by bola uzavretá na neurčitú dobu, by bolo možné vypovedať vo výpovednej lehote dohodnutej medzi účastníkmi, alebo ktorú by vymedzoval zákon. Odstúpiť od rámcovej zmluvy by bolo možné len v prípadoch ustanovených v zákone, napr. ak sa nezrealizuje v určitej dobe ani minimálny, v rámcovej zmluve dohodnutý, objem obchodov. Aj rámcová zmluva, obdobne ako zmluva o budúcej zmluve, by mohla zaniknúť tiež, ak sa

podstatne zmenili okolnosti, z ktorých strany vychádzali pri uzavretí rámcovej zmluvy, pričom v dôsledku zmeny okolností nemožno od jednej zmluvnej strany spravodlivo požadovať, aby plnila svoje záväzky z rámcovej zmluvy.

Summary

For several years the regulation of framework agreements has been hidden in the Slovak legal order within the Act on Public Procurement and the Act on Consumer Protection, namely in relation to a distance contract for the supply of financial services. Although there is no general regulation, framework agreements are considered as private vehicles often used in B2B and B2C contractual relations. In Private Law the framework agreement is a contract that sets out contractual terms and the actual content of subsequent individual contracts. There are certain similarities and differences in comparison to agreements on a future contract. Compared to the latter, a framework agreement is considered as a core, more precisely the framework for further specification of correlation between the same contractual parties. Framework agreement also contains general commercial terms and conditions covered by rules on submission of individual contract draft with a time determination, mechanism of its conclusion and performance, rules on fixation of prices and their modification, payment terms within individual contracts and consequences of breach of contract including arrangements on contractual penalty. Nowadays, the legal doctrine consider current account contracts and deposit account contracts to be typical framework agreements. International trade agreements, for example an arrangement on export prohibition, arrangement on sales restrictions and exclusive sales contracts have such a character as well. The recodification process of the Slovak Private Law should justifiably recognise a framework agreement within the new Civil Code.

ZJEDNOTENIE OBLIGAČNÉHO PRÁVA A INTEGRÁCIA SPOTREBITEĽSKÉHO PRÁVA – VÝZVA NA DISKUSIU

MONIKA JURČOVÁ

Abstrakt: Autorka konfrontuje slovenský Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka z roku 2009 s vývojom v spotrebiteľskej politike a legislatíve Európskej únie, ktoré významne ovplyvňujú vnútroštátne právo. Pod týmto zorným uhlom autorka spochybňuje integráciu spotrebiteľského práva do Občianskeho zákonníka a prihovára sa za vytvorenie spotrebiteľského kódexu. Považuje tento prístup za prínosný v dvoch ohľadoch: je užívateľsky prístupný spotrebiteľom a uchráni existenciu klasického zmluvného práva a rešpektovanie jeho základných zásad pre súkromné osoby a podnikateľov. V druhej téze príspevku sa autorka prihovára za postupnosť rekodifikácie slovenského súkromného práva.

Kľúčové slová: rekodifikácia, záväzkové právo, obchodné, občianske a spotrebiteľské zmluvné vzťahy, integrácia alebo spotrebiteľský kódex

1. Úvod

Občiansky zákonník má v krajinách kontinentálnej právnej kultúry postavenie základného kódexu, keďže obsahuje reguláciu podstatnej časti súkromnoprávnych vzťahov a nadväzujú naň ostatné predpisy súkromného práva. Z toho dôvodu možno súčasnú situáciu, keď túto úlohu plní zákon č. 40/1964 Zb., Občiansky zákonník v znení nespočetných zmien a doplnkov, označiť ako neuspokojivú. Napriek značným zmenám, možno aj vylepšeniam, ktorými tento právny predpis prešiel počas svojej účinnosti, koreňom problému je fakt, že ide o zákonník, ktorý vznikol a bol určený pre diametrálne odlišné spoločensko-politické a ekonomické podmienky. Ešte za existencie Československa bola pri vtedajšej československej vláde kreovaná

skupina českých a slovenských odborníkov na čele s prof. Knappom a prof. Plankom. Problém spojený s rekodifikáciou súkromného práva sa vyriešil vtedy „najrýchlejším spôsobom“, a síce prijatím novely Občianskeho zákonníka (zák. č. 509/1991 Zb.), ktorá akútne „vyplnila“ prázdny priestor vytvorený po zrušení Hospodárskeho zákonníka a Zákonníka medzinárodného obchodu a prijatím nového Obchodného zákonníka. Práce na tzv. veľkej novele Občianskeho zákonníka sa však uskutočňovali bez vzájomnej koordinácie s prácami na Obchodnom zákonníku, čo sa neskôr prejavilo nekonzistentnosťou celého súkromného práva. Po rozdelení ČSFR a po vzniku dvoch samostatných štátov ustúpili v Slovenskej republike rekodifikačné snahy na krátky čas do úzadia. Na novom Občianskom zákonníku sa na Slovensku začalo intenzívnejšie pracovať až od roku 1996, keď bola vytvorená osobitná odborná komisia pod vedením prof. Planka. Hoci komisia vypracovala návrh paragrafového znenia nového Občianskeho zákonníka, po roku 1998, keď začalo plynúť nové volebné (legislatívne) obdobie, sa v legislatívnych prácach nepokračovalo. V roku 2002 sa legislatívne práce vrátili úplne na začiatok, komisiu viedol prof. Vojčík. Aj keď táto komisia splnila svoju úlohu a vláda v roku 2002 predložený legislatívny zámer Občianskeho zákonníka schválila, politická vôľa pokračovať v ďalších prácach na paragrafovom znení kódexu s termínom ukončenia august 2005 sa viac nenašla.¹ Tento záver „... žiaľ, ukazuje aj na to, že rekodifikácia súkromného práva je v područí politiky v takej miere, že ovplyvňuje nielen začiatok a rýchlosť prác na kódexe, ale aj ich hodnotenie.“² V novembri 2006 minister

1 Dulaková, D. in Dulaková, D., Dulak, A., Jurčová, M. Zmluvy o prevode vlastníctva. Praha: C. H. Beck. 2011, s. 95.

2 Dulak, A. Dôvody a zámery rekodifikácie súkromného práva v podmienkach SR, Rekodifikácia súkromného práva v SR – ako ďalej? In: Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie, Vysoká škola v Sládkovičove, Fakulta práva Janka Jesenského, 2009, s. 5, Dulak, A. Rekodifikácia súkromného práva na Slovensku – stav a ciele, Reforma súkromného práva na Slovensku a v Čechách: zborník príspevkov z konferencie Československé právnické dni, Detašované pracovisko

spravodlivosti SR vymenoval profesora JUDr. Jána Lazara, DrSc., za predsedu rekodifikačnej komisie. Komisia pracovala na spoločných zasadnutiach a tiež formou pracovných skupín vytvorených pre jednotlivé súčasti systému súkromného práva, ktorým má zodpovedať aj systematika budúceho kódexu.³ Vláda Slovenskej republiky schválila dňa 14. januára 2009 svojím uznesením č. 13 Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka. Na úvod si dovoľíme uviesť niekoľko téz z legislatívneho zámeru, na ktoré chceme v ďalšom nadviazať:

1. „Napriek proklamovaným návratom k dualizmu verejného a súkromného práva nemá občianske právo v štruktúre súkromného práva v trhovom hospodárstve to postavenie, aké mu prirodzene patrí. Vplyvom právnej úpravy aj v Občianskom zákonníku sa prejavujú silné prvky separácie od ostatných právnych odvetví súkromného práva, pretože sa ani po početných novelizáciách nezbažil všetkých atribútov svojho pôvodného spotrebiteľského, funkčného a účelového určenia a obsahového zamerania.
2. V Slovenskej republike, rovnako ako v iných štátoch, pripravujúcich novú kodifikáciu súkromného práva, sa od samého začiatku úvahy a odborná diskusia sústreďovali na dve základné koncepčné riešenia:
 - a) koncepcia jednotného či integrovaného Občianskeho zákonníka, ktorého úprava integruje v sebe všetky základné súkromno-právne vzťahy, vrátane obchodných záväzkových právnych vzťahov a vzťahov vznikajúcich medzi podnikateľmi a spotrebiteľmi (monistická koncepcia);

Justičnej akadémie Slovenskej republiky v Omšeni, 29. – 30. máj 2013/kolektív autorov. – 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2013. (Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity, řada teoretická; sv. 453), s. 39, Jurčová, M. Čiastkové otázky rekodifikácie súkromného práva (Zmluvná spravodlivosť), tamže, s.70.

3 V procese prípravy sa uskutočnila aj vedecká konferencia za účelom odbornej diskusie o pripravovanom legislatívnom zámere. Pozri Lazar, J. (zost.) Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva. Bratislava: Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky, 2008. ISBN 978-80-89363-14-8,

- b) samostatná úprava obchodného práva a občianskeho práva v dvoch oddelených kódexoch, pričom v Obchodnom zákonníku sú upravené (v širokom alebo užšom rozsahu) aj zmluvné, resp. záväzkovo-právne vzťahy, ktorých nositelia sú obchodníci – podnikatelia (dualistická koncepcia).
3. Súvislosť jednoty majetkových vzťahov v trhovom hospodárstve so zmluvnou sústavou ako právneho základu výmenno-hodnotových vzťahov so zreteľom na kodifikáciu obchodných úkonov, ale aj spotrebiteľských zmlúv, je evidentná a v teórii i praxi v zahraničí i u nás všeobecne uznávaná. Pritom sa vychádza z predpokladu, že ak by sa vo všeobecnej úprave súkromného zmluvného práva žiadali v prípadoch obchodno-právnych úkonov alebo spotrebiteľských zmlúv určité odchýlky alebo modifikácie, je prijateľnejšie, ak sa akékoľvek osobitosti upravia spolu s určitým všeobecným inštitútom súkromného práva, než aby sa tieto osobitosti upravovali v celkom inom osobitnom kódexe. Takýto prístup vyhovuje aj z dogmatického a praktického hľadiska, lebo interpretujúci či aplikujúci subjekt by na jednom mieste sústredene našiel kompletnú úpravu určitého rovnorodého vzťahu, aj so všetkými špecifickými odchýlkami platnými pre obchodno-právny či spotrebiteľský vzťah. Považujeme za vhodné a odôvodnené, aby slovenský Občiansky zákonník integroval nielen obchodné, ale aj spotrebiteľské zmluvy. Pre takýto prístup sa prihovávajú viaceré argumenty, pričom jeho výhody prevažujú nad nevýhodami. Predovšetkým spotrebiteľské zmluvy nadväzujú na predchádzajúce zmluvné vzťahy a sú svojou povahou s nimi rovnorodé. Podľa renomovaných európskych civilistov (Hondius, Grundmann, Vékás) ide v prípade spotrebiteľských zmlúv o jednostranné obchodné zmluvy. Ak má súkromnoprávna kodifikácia zahrňovať spotrebiteľské zmluvy, je to zároveň argument proti separátnej kodifikácii obchodných zmlúv a naopak argument za ich integráciu do súkromnoprávneho kódexu.“

S uvedenými tézami možno súhlasiť, ale vývoj za posledných päť rokov od prijatia Legislatívneho zámeru prináša aktuálne podnety a výzvy, ktoré nemožno prehliadať. V rámci tohto príspevku, ktorým by som chcela podnietiť diskusiu v odborných kruhoch, chcem prezentovať dve tézy.

1. Dozrel čas na seriózne úvahy o potrebe spotrebiteľského kódexu v Slovenskej republike.
2. Skúsenosti s rekodifikačnými prácami v Európe za posledné obdobie napovedajú, že metóda postupnej rekodifikácie môže priniesť kvalitnejšie a trvalejšie výsledky.

2. Spotrebiteľský kódex

Ak členíme záväzkové vzťahy na obchodné B2B (business to business), spotrebiteľské B2C (business to consumer) a medzi nepodnikateľmi P2P (person to person), môžeme v zásade konštatovať, že nie je dôvod zotrvať na umelom oddelovaní zmluvnej sústavy pre vzťahy B2B a P2P. Tieto vzťahy napriek niektorým modalitám obchodných vzťahov nie je problematické v právnej úprave zjednotiť a vymedziť prípadné odchýlky, ktoré v zásade musia rešpektovať zvýšenú mieru rizika a odbornej starostlivosti v B2B vzťahoch, inak však vychádzajú z rovnakej bázy, ktorým je rovnocenné postavenie strán. Tak vzťahy medzi podnikateľmi ako vzťahy medzi nepodnikateľmi navzájom majú totiž (ako je na prvý pohľad zrejmé zo skratkového označenia P2P, B2B) na oboch stranách subjekty, ktorých štartovacia pozícia je rovnaká. Zmluvné strany v B2B a P2P vzťahoch majú rovnaké postavenie a treba im priznať rovnakú mieru ochrany. Táto poznámka platí aj pri uvedení si existujúcich modalít, ako sú malí a strední podnikatelia alebo osoby extrémne neznalé alebo na pokraji spôsobilosti na právne úkony. Stále však platia všeobecné ustanovenia o právnych úkonoch, ich platnosti, omyle, zneužití a iné mechanizmy, ktoré sú spôsobilé takéto extrémne odchýlky naprávať. V nadväznosti

na toto konštatovanie treba prisvedčiť monistickému modelu záväzkov, jednotnej zmluvnej sústave, ktorá obsiahne základné zmluvné typy – kúpu, dielo, príkaz, nájom...⁴

Spotrebiteľské vzťahy majú zrejmy základ v jednotnej zmluvnej sústave.

Ale!

- nestabilita právnej úpravy (pod vplyvom spoločenských zmien, ekonomických procesov, rozhodovacej činnosti súdov, eurolegislatívy),⁵
- odlišná metóda právnej regulácie (prevaha kogentných noriem),
- variabilita v nadstavbe na zmluvné typy, ktorá zohľadňuje netradičné kritériá a sektorový prístup (napr. zmluvy na diaľku, finančné služby, spotrebiteľský úver, cestovný ruch, bezpečnosť výrobkov, internetový spotrebiteľský obchod),
- zmiešanie súkromnoprávných a verejnoprávných prvkov,
- súčasná neúnosná roztrieštenosť právnej úpravy,
- nerovnaké postavenie strán,
- odchýlné inštitúty (neporovnateľne širší rozsah predzmluvnej informačnej povinnosti, odstúpenie od zmluvy bez dôvodu – prelomenie zásady zmluvnej viazanosti, široké možnosti prieskumu

4 V tejto súvislosti môže byť zaujímavé poukázať na metodológiu použitia pri tvorbe maďarského civilného kódexu. Ako uvádza Vékas, kodifikačná komisia formulovala obchodné zmluvné typy na úrovni požiadaviek a potrieb podnikateľskej sféry, pre tie zmluvné typy, ktoré sú rovnako frekventované v podnikateľských aj v súkromných vzťahoch zohľadnila požiadavky oboch sfér a v mimoriadne úzkom okruhu formulovali požiadavky pre spotrebiteľské zmluvy. Okrem toho v malom počte upravili zmluvné typy určené prevažne pre nepodnikateľské vzťahy, pričom v tomto prípade normy nedosahujú obvyklú mieru abstrakcie. In: Vékas, L. O novom maďarskom Občianskom zákonníku. Z maďarčiny preložil JUDr. Juraj Czirfusz v spolupráci s profesorom Jánom Lazarom. Právny obzor, č. 4, 2013, s. 319.

5 Porovnaj nedávnu implementáciu Smernice o právach spotrebiteľa alebo nadchádzajúcu implementáciu smernice o zájazdoch a asistovaných cestovných službách (KOM(2013) 512 final)

zmlúv a zásahov do jej obsahu), vyžadujú, aby slovenský zákonodarca zohľadnil realitu týchto vzťahov aj adekvátnou formou vyjadrenia v právnej úprave.

Z hľadiska súkromného práva a zmluvného vzťahu základným argumentom je, že tento zmluvný vzťah nie je založený na materiálnej rovnosti subjektov a formálna rovnosť subjektov sa dosahuje mechanizmami, ktoré sú inherentné s klasickým zmluvným právom P2P a B2B. Ak oponujeme tvorbe spotrebiteľského kódexu, protiargumentom roztrieštenosti civilného práva, treba poukázať na to, že civilné právo nie je kódex, ale súbor právnych noriem. Ak v súčasnosti zlyháva systematické usporiadanie vzťahov v jednom kódexe, treba uskutočniť účelovosti tento ústupok. Ani plne integrovaný OZ nepredpokladá zahrnúť všetku spotrebiteľskú legislatívu, obvykle sa operuje s pojmom podstatné, základné prvky včleniť do kódexu – čo je však v spotrebiteľskej legislatíve také základné a podstatné? V konečnom dôsledku tento prístup smeruje k situácii, keď by užívateľ aj tak nutne musel kombinovať OZ s osobitným spotrebiteľským predpisom. Totiž ani najväčší zástancovia integrácie spotrebiteľského práva nie sú naklonení včleniť všetky osobitné spotrebiteľské normy, najmä tie, ktoré spočívajú v rôznych taxatívnych alebo demonštratívnych zoznamoch kazuistickej povahy, do OZ. Lenže aj toto je spotrebiteľské právo a členenie na viac a menej podstatné vedie opätovne k dezintegrácii. Spotrebiteľský kódex naopak vedie k integrácii spotrebiteľských predpisov (síce mimo OZ, ale v spoločnom predpise.)

Vráťme sa k téze 1: „občianske právo nemá v štruktúre súkromného práva v trhovom hospodárstve to postavenie, aké mu prirodzene patrí“. S touto tézou možno plne súhlasiť a konštatovať, že zmluvné právo v klasickej podobe (najmä po posledných novelizáciách OZ z roku 2014 vykonaných s legitímnym cieľom ochrany spotrebiteľa) sa nám rozpadá pred očami.

Ak chceme zachrániť občianske a aj obchodné zmluvné právo v Slovenskej republike, nemožno ďalej pokračovať v partikulárnych novelách, ktoré švihom ruky menia premlčanie na preklúziu. Do-

mnievam sa, že je nevyhnutné zjednotiť záväzkové právo v slovenskom právnom poriadku a vytvoriť spotrebiteľský kódex. Zároveň treba skončiť s nazeraním na spotrebiteľské právo ako na niečo, čo sa na právnických fakultách vyučuje maximálne na úrovni voliteľného predmetu, pretože to skutočne neguje spoločenskú realitu. Možno by z psychologického hľadiska pomohlo nazvať tento predmet právom jednostranných obchodov a takýmto spôsobom upútať pozornosť osôb, ktoré majú tendenciu v rozpore so spoločenskou realitou podceňovať ochranu spotrebiteľa ako výmysel EÚ. Každodenná realita nás musí upozorniť, že je to dôležitá politická otázka. Natolko dôležitá, že ak seriózne nepristúpime k systematickej úprave záväzkového práva, koherentný a konzistentný systém záväzkového práva v dôsledku partikulárnych novelizácií OZ, OBZ, ZOS prestane na Slovensku existovať.⁶ Úloha rekodifikácie sa z tohto hľadiska javí ako nevyhnutné a neodkladné riešenie a argument zástancov obchodného práva, že ich zmluvná sústava je vyhovujúca, sa po posledných prienikoch spotrebiteľskej agendy do obchodného práva javí ako dlhodobo neudržateľný. Aj v ich záujme musí byť nastoliť určitosť a istotu v právnych vzťahoch so spotrebiteľmi ako koncovými užívateľmi ich produktov.

Meszáros uvádza, že súčasný vývoj – europeizácia súkromného práva smeruje k odstráneniu delby práva na súkromné a verejné. Upozorňuje však, že tento záver nemožno vnímať absolútne, ale skôr opustiť zaužívaný prístup – kategorizáciu jednotlivých právnych predpisov – a zamerať sa na jednotlivé inštitúty – zákonné ustanovenia. Takáto kategorizácia však podľa jeho názoru opomína svoj účel, preto pri spotrebiteľskom práve ako takom nemožno uvažovať o subkategorii súkromného práva, ale pri jednotlivých zákonných ustanoveniach

6 Zákon č. 102/2014 Z. z. o ochrane spotrebiteľa pri predaji tovaru alebo poskytovaní služieb na základe zmluvy uzavretej na diaľku alebo zmluvy uzavretej mimo prevádzkových priestorov predávajúceho a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Zákon 106/2014 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

upravujúcich spotrebiteľské vzťahy áno, preto aj v prípade, ak parciálna a vhodne zvolená úprava ochrany spotrebiteľa zostane naďalej súčasťou základného súkromnoprávneho kódexu (bez vyjadrovania sa k systematickému zaradeniu), nebude tým narušená jeho pozícia. Nóvvum spotrebiteľského práva je však značne odlišné od doterajšieho vnímania slovenského právneho poriadku (precedensy, prelomenie delby práva na súkromné a verejné).⁷

Aj Európska únia po partikulárnych úpravách smeruje k zjednocovaniu spotrebiteľského práva. Smernica o právach spotrebiteľa⁸ je určitým naznačením tejto tendencie, ktorá už našla naplnenie v platnej právnej úprave. Naopak, pokusy spoločne regulovať zmluvné vzťahy B2B, B2C, P2P zostávajú stále len pokusom – Návrh spoločného referenčného rámca, Návrh nariadenia o spoločnom európskom kúpnom práve.⁹ Návrh nariadenia o spoločnom európskom kúpnom práve je bohužiaľ aj ukážkou, aká je kombinácia ustanovení pre odchylné skupiny subjektov neprehľadná a užívateľsky neprístupná.

Hesselink poukazuje na zmeny vo vývoji názorov na integračné a disintegračné postupy regulácie vzťahov B2B a B2C. Integrácia záväzkového práva do jednotnej sústavy, ktorá bola dlhé roky všeobecne uznávaná, sa rúca pod vplyvom európskeho súkromného práva. Kým spočiatku sa spotrebiteľské *acquis* sústredilo na vybrané zmluvné typy, v súčasnosti preniká do inštitútov všeobecnej časti záväzkového práva. Na príklade Holandska a Francúzska dospieva k presvedčeniu, že Francúzsko sa s implementáciou spotrebiteľských smerníc vyrovná

7 Mészáros, P. Ochrana slabšej strany v súkromnom práve, nepublikovaná dizertačná práca.

8 SMERNICA EURÓPSKEHO PARLAMENTU A RADY 2011/83/EÚ z 25. októbra 2011 o právach spotrebiteľov, ktorou sa mení a dopĺňa smernica Rady 93/13/EHS a smernica Európskeho parlamentu a Rady 1999/44/ES a ktorou sa zrušuje smernica Rady 85/577/EHS a smernica Európskeho parlamentu a Rady 97/7/ES.

9 Návrh Nariadenia Európskeho parlamentu a Rady o spoločnom európskom kúpnom práve zo dňa 11. 10. 2011, č. KOM(2011) 635.

ľahšie, keďže má *Code de la Consommation*. Naopak Holandsko, v ktorom pri zjednotení obligačného práva v 20. storočí panovalo všeobecné presvedčenie, že opustenie osobitnej regulácie obchodných vzťahov je jednoznačným krokom vpred, prežíva krízu tohto presvedčenia v dôsledku narušania integrity civilného kódexu implementáciou smerníc, dokonca boli prinútení opätovne zaviesť pojem obchodný kontrakt s cieľom implementovať smernicu o zmeškaných platbách.¹⁰

Hesselink tiež poukazuje na zrejmú politickú vôľu v rámci EÚ vyjadrenú v Oznámení Komisie: Prvá výročná správa o európskom zmluvnom práve a revízii *acquis* z roku 2005,¹¹ v ktorom sa uvádza, že „riadna diferenciacia medzi B2B a B2C zmluvami je nevyhnutne dôležitá“. Oddelenie spotrebiteľských zmluvných vzťahov pravdepodobne nie je koncepčné riešenie a nie je to pekné riešenie. Javí sa byť riešením z nevyhnutnosti rešpektovania reality a členstva v EÚ. Pravdepodobne nemožno v blízkom čase čakať zníženie legislatívnej aktivity v oblasti ochrany spotrebiteľa. Politická vôľa diferencovať B2B a B2C je zrejmá a tomu bude zrejme zodpovedať aj legislatívna aktivita. Paralelu s potrebou spotrebiteľského kódexu vidím s obdobím po roku 1989, keď potreba rozvoja obchodovania a podnikania priniesla Obchodný zákonník, ktorý nepochybne vynikajúcim spôsobom splnil svoju úlohu. Teraz, keď je podnikateľské právo stabilizované, jeho presun a zjednotenie s P2P kontraktmi (aj vzhľadom na existenciu kombinovaných obchodov), bude nepochybne prínosom. Naopak spotrebiteľské právo je u nás (napriek legislatívnej erupcii) v kríze, roztrieštenosť regulácie je nepochybná. Spotrebiteľský kódex by nepochybne priniesol väčšiu právnu istotu.

S kódexom súkromného práva sa spája aj požiadavka stability. Hoci to nie je úplne aktuálny zdroj (2007), komparatívna analýza spotrebi-

10 Hesselink Towards a Sharp Distinction between B2B and B2C? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive, *European Review of Private Law*, Vol. 18, No. 18, pp. 57 – 102, 2010.

11 KOM (2005) 456 v konečnom znení.

teľského práva v EÚ (EC Consumer Law Compendium) môže slúžiť ako ukazovateľ, do akej miery spotrebiteľské právo EÚ (predmetom skúmania bolo 8 smerníc)¹² ovplyvňuje zmeny civilného kódexu v krajinách EÚ. V Rakúsku okrem smernice o niektorých aspektoch predaja spotrebného tovaru nebola v tom čase iná smernica včlenená do ABGB. Podobne odolné voči neustálym zmenám civilného kódexu sú krajiny, ktoré neimplementujú smernice do tohto základného civilného zákona, ale do spotrebiteľského kódexu a osobitných zákonov.

Čo by mal spotrebiteľský kódex obsahovať? Ak zodpovedáme túto otázku z perspektívy súčasnej právnej úpravy, tak by sa doňho mohol preklopiť obsah minimálne týchto právnych predpisov:

- zákona o ochrane spotrebiteľa (z. č. 250/2007 Z. z.),
- z Občianskeho zákonníka: 5. hlava Všeobecnej časti OZ Spotrebiteľské zmluvy, eventuálne osobitné ustanovenia o zodpovednosti za vady, a iné špecifiká zo všeobecnej časti záväzkového práva, spotrebiteľskú kúpnu zmluvu, zmluvu o obstaraní zájazdu,¹³
- novú úpravu pri predaji tovaru alebo poskytovaní služieb na zák-

12 Napríklad smernica Rady 90/314/EHS z 13. júna 1990, o balíku cestovných, dovolenkových a výletných služieb, smernica Európskeho Parlamentu a Rady 97/7/ES z 20. mája 1997 o ochrane spotrebiteľa vzhľadom na zmluvy na diaľku, smernica Európskeho Parlamentu a Rady 98/6/ES zo 16. februára 1998 o ochrane spotrebiteľa pri označovaní cien výrobkov ponúkaných spotrebiteľovi, smernica 1999/44/ES Európskeho parlamentu a Rady z 25. mája 1999 o určitých aspektoch predaja spotrebného tovaru a záruk na spotrebný tovar, smernica Európskeho parlamentu a Rady 2009/22/ES z 23. apríla 2009 o súdnych príkazoch na ochranu spotrebiteľských záujmov.

13 Spotrebiteľská kúpna zmluva však môže a v budúcnosti by pravdepodobne aj mala byť konštruovaná ako predaj spotrebného tovaru v obchode a nie ako spotrebiteľská kúpna zmluva, v tom prípade by bolo pravdepodobne oveľa vhodnejšie začleniť ju predsa do Občianskeho zákonníka, keďže zasahuje širší okruh subjektov. Rovnakú pochybnosť možno vysloviť vo vzťahu k zmluve o obstaraní zájazdu, ktorá na rozdiel od inej prospotrebiteľskej legislatívy EÚ smeruje k ochrane širšieho okruhu subjektov v pozícii objednávateľa zájazdu (vrátane právnických osôb).

- lade zmluvy uzavretej na diaľku alebo zmluvy uzavretej mimo predávkových priestorov predávajúceho (zák. č. 102/2014 Z. z.),
- zákon o ochrane spotrebiteľa pri poskytovaní niektorých služieb cestovného ruchu a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zák. č. 161/2011 Z. z.),
 - zákon o ochrane spotrebiteľa pri finančných službách na diaľku a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon č. 266/2005 Z. z.),
 - zákon o spotrebiteľských úveroch a o iných úveroch a pôžičkách pre spotrebiteľov a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon č. 129/2010 Z. z.).

Náročnejšou výzvou je návrh systematiky budúceho kódexu. V jeho prípade však jednoznačne treba uprednostniť prístup obvykle známy ako „*consumer friendly*“, ale nesmie byť na ťarchu jeho odbornej kvalite. Pri jeho príprave by sa malo vychádzať z komparatívnej analýzy predpisov krajín, ktoré už podobný právny predpis majú. Domnievam sa, že tento kódex by mal obsahovať všeobecnú časť, ktorá by mohla byť vnútorne rozdelená na inštitúty súkromného a verejného práva. V rámci všeobecnej časti súkromného práva by sa mali regulovať najmä všetky odchýlky spotrebiteľského zmluvného práva, počnúc predzmluvnými informačnými povinnosťami, uzavieraním zmluvy, jej obsahom (neprijateľné podmienky, štandardné zmluvy) a výkladom, zabezpečenie záväzkov, splnenie a nesplnenie (vrátane osobitných ustanovení o zodpovednosti za vady a omeškanie), vyrovnanie strán po zrušení zmluvy, osobitné predpisy na vydanie bezdôvodného obohatenia v spotrebiteľských zmluvách. Sledujúc funkčné hladisko v nadväznosti na nesplnenie by mohli nadväzovať aj ustanovenia týkajúce sa exekúcie v spotrebiteľských veciach. Druhá časť predpisu by mala byť skôr odvetvová a mala by sústreďovať v skupinách rôzne oblasti, spotrebiteľská kúpa, kúpa a služby na diaľku, cestovný ruch, finančné služby a podobne.

Český a maďarský civilný kódex zvolili rôznu mieru včlenenia spotrebiteľského práva. Ako príklad môže skôr slúžiť maďarská cesta. Vékas uvádza, že „úprava smerníc je príliš členitá, kauzistická a často

sa meniaci, a preto vo všetkých detailoch nie je spôsobilá na realizáciu predsavzatí trvalej rekodifikácie. Maďarský kódex preto vychádza z premisy, že do kódexu inkorporuje iba trvalé jadro úniového spotrebiteľského zmluvného práva, ostatné pravidlá ponecháva v osobitných predpisoch, ktoré bude potrebné zhrnúť a upraviť v novom zákone na ochranu spotrebiteľa¹⁴. Čo však možno v spotrebiteľskom práve považovať za trvalé jadro, považujem za otázku, ktorá dodnes nebola zodpovedaná uspokojivým spôsobom.

Záver

Druhá z nastolených téz prezentuje skôr intuitívne presvedčenie autorky a nevychádza z podrobného a systematického výskumu, skôr z neformálnych rozhovorov a vypočutých prednášok v rámci európskych akademických kruhov. Výstupom je skúsenosť, že kodifikácia a rekodifikácia predstavujú nesmierne náročný proces, ktorý vyžaduje veľké zaujatie, oddanosť práci a jeho trvanie nemožno vymedziť presnou lehotou. Postupnosť krokov na báze tzv. kníh alebo samostatných zákonov tento proces zjednodušuje. Krajiny ako Holandsko, Estónsko, Slovinsko uprednostnili tiež tento prístup a všeobecne sa považujú ich výsledky za veľmi uspokojivé. Ak sa vrátim k prvej téze, ktorá načrtáva možnosť oddelenia spotrebiteľského práva do samostatného kódexu, chápem ju ako potvrdenie myšlienky rekodifikácie ako procesu, ktorý nevyhnutne musí priebežne zohľadňovať nové podnety. V procese tvorby Legislatívneho zámeru z roku 2009 ešte nebolo možné zohľadniť Smernicu o právach spotrebiteľa z roku 2011, ktorá predstavuje aj potvrdenie snahy predstaviteľov Európskej únie o separáciu kategórie spotrebiteľských vzťahov.

14 Za trvalé jadro tento autor zrejme považuje nekalé zmluvné podmienky, predaj spotrebného tovaru a informačné povinnosti zo smernice 2011/83/EÚ. Pozri Vékas, L., *ibidem*, s. 316.

Summary

The author challenges the Legislative Intent of the new Slovak Civil Code in the light of the EU consumer policy development significantly influencing the national legal order. From this point of view the author casts doubt about the integration of consumer law into the Civil Code and advocates the enactment of the Consumer Code. The reasons are twofold; such process creates more consumer friendly instrument and at the same time it protects the being of the contract law based on the classical principles for private persons and businesses. Second thesis of the article consists of author's plead to start with step- by- step codification.

NOVÁ PRÁVNÁ ÚPRAVA POZEMKOVÝCH SPOLOČENSTIEV

KATARÍNA KIRSTOVÁ

Abstrakt: Pozemkové spoločenstvá predstavujú právny inštitút *sui generis*, pretože sa v podstatných znakoch líšia od klasického podielového spoluvlastníctva, ako aj od „klasického“ ponímania právnickej osoby. Problematika pozemkových spoločenstiev rezonovala a rezonuje už od doby uhorského práva, keď v roku 1767 došlo k prijatiu tzv. Tereziánskeho urbára, ktorý určoval rozsah povinností poddaných voči zemepánovi. Po roku 1989 vznikla potreba prijatia nového zákona o pozemkových spoločnostiach, ktorá vyústila v prijatí zákona č. 181/1995 Z. z. o pozemkových spoločnostiach. V rokoch 2009 a 2011 boli predložené dva nové návrhy zákonov, pričom v Národnej rade Slovenskej republiky bol prijatý až vládny návrh zákona z roku 2012 ako zákon č. 97/2013 Z. z. o pozemkových spoločnostiach s účinnosťou od 1. mája 2013.

Kľúčové slová: pozemkové spoločenstvá, právna subjektivita, spoločná nehnuteľnosť, neznámi vlastníci, nedeliteľnosť

Krátky historický exkurz

Prechodom od štátu patrimonialného na štát stavovský vznikla potreba úpravy pomerov medzi zemepánom a novovznikajúcou vrstvou poddaných. Táto úprava sa realizovala prostredníctvom tzv. urbárov, ktoré stanovili povinnosti poddaného voči zemepánovi. Urbáre mali spočiatku charakter súkromných kníh. Neskôr vznikla potreba právneho riešenia problematiky urbárov na celoštátnej úrovni. Tak v roku 1767 došlo v Uhorsku k prijatiu tzv. Tereziánskeho urbára, ktorý na centrálnej úrovni určoval rozsah povinností poddaných voči zemepánom. Tereziánska urbárska regulácia však nič nezmenila na právnom vzťahu poddaného k užívanej pôde. Zabezpečila ale zotrvanie poddaného na pridelenej usadlosti, čo nezáviselo len od vôle zemepána, ale

bolo zabezpečené samotným uhorským právnym poriadkom. Vlastnícky vzťah feudála k pôde sa tak zoslaboval, kým právny vzťah poddaného k užívanej pôde sa naopak posilňoval.¹

To, že vlastníkom pozemkov sa nemohol stať poddaný, vyplývalo aj zo znenia tit. 30 Tripartita III., podľa ktorého *rusticus* nemal k nehnuteľnosti žiadne vlastnícke právo, ktoré patrilo výlučne zemepánovi. Uhorský občan bez šľachtického titulu nemohol vlastníť nehnuteľnosť.² Teda v tomto období nemožno hovoriť o urbáriátoch ako spoločenstvách spoluvlastníkov lesov a pasienkov. Poddaní nemali len určité čiastkové užívacie práva k lesom a pasienkom zemepána. Na druhej strane sa však stretávame s komposesorátnymi druhmi spoluvlastníctva, resp. so zemianskymi spoluvlastníctvami lesov a pasienkov.

Prelom nastal v roku 1853, keď bol vydaný tzv. Urbársky patent, na základe ktorého sa poddaní stali vlastníkmi poddanskej pôdy. Zák. článkom LII/1871 došlo k úprave majetkových vzťahov aj k lesom a pasienkom. Bývalí poddaní sa stali spoluvlastníkmi tých častí chotára, ktoré sa nedali rozdeľovať vzhľadom na ich racionálne hospodárenie. Osobitný zák. čl. XIX/1898 sa venoval spravovaniu lesných pozemkov a X/1913 o nedielných spoločných pasienkoch. Spoločné pasienky boli spravované buď prostredníctvom pasienkového spoločenstva (ako osoba právnická), alebo pasienkové spoločenstvo zriadené nebolo, vtedy sa právne vzťahy spravovali všeobecnými ustanoveniami o spoluvlastníctve.

Vyššie uvedené predpisy, najmä zákonné články XIX/1898 a X/1913 boli platné až do prijatia zákona č. 181/1995 Z. z. o pozemkových spoločenstvách, s výnimkou obdobia od roku 1949 do roka 1991. Zákonom SNR č. 81/1949 Zb. o úprave právnych pomerov pasienkového majetku bývalých urbárikov, komposesorátov a podob-

1 Porovnaj Rebro, K.: Urbárska regulácia Márie Terézie a poddanská úprava Jozefa II. na Slovensku. Bratislava, Vydavateľstvo SAV, 1959, s. 245.

2 Tamže, s. 398 – 401,

ných právnych útvarov a zákonom č. 2/1958 Zb. o úprave pomerov o obhospodarovaní spoločne užívaných lesov bývalých urbáristov, komposesorátorov a podobných útvarov, došlo k zrušeniu lesných a pasienkových spoločností.

Po roku 1989 bolo vo vzťahu k pozemkovému vlastníctvu prijatých množstvo právnych predpisov, ktoré umožnili zmierniť majetkové krivdy z rokov 1945 – 1989. Patria sem nasledujúce právne predpisy: z. č. 229/1991 Zb. (zákon o pôde), z. č. 330/1991 Zb. o pozemkových úpravách, usporiadaní pozemkového vlastníctva, pozemkových úradoch, pozemkovom fonde a o pozemkových spoločnostiach, z. č. 293/1992 Zb. o úprave niektorých vlastníckych vzťahov k nehnuteľnostiam, zák. č. 180/1995 Z. z. o niektorých opatreniach na usporiadanie vlastníctva k pozemkom a napokon z. č. 503/2003 Z. z. o navrátení vlastníctva k pozemkom.

Dňa 27.6.1995 bol prijatý zákon č. 181/1995 Z. z. o pozemkových spoločnostiach. Pozemkovým spoločnosťou sa podľa tohto zákona nerozumeli len tie, ktoré boli založené na základe tohto zákona, ale aj spoločnosti, ktoré vznikli na základe zák. čl. XIX/1898 a X/1913, ktoré boli obnovené ku dňu účinnosti tohto zákona, t. j. k 1.9.1995.

V rokoch 2009, 2011 a 2012 boli vypracované návrhy nových zákonov o pozemkových spoločnostiach, ktoré mali za cieľ vyriešiť niektoré problémy, ktoré od účinnosti z. č. 181/1995 Z. z. vznikli. Problematickými boli najmä tzv. neznámi vlastníci podielov spoločnej nehnuteľnosti, ktorých existencia súvisí najmä s dlhou históriou pozemkových spoločností, resp. bývalých urbáriátov a komposesorátorov.

Návrh z roku 2012 bol schválený ako zákon č. 97/2013 Z. z. o pozemkových spoločnostiach s účinnosťou od 1.5.2013.

1. Súčasná právna úprava

1.1. Pozemkové spoločenstvo ako druh podielového spoluvlastníctva

Aj keď zákon č. 97/2013 Z. z. výslovne nedefinuje pozemkové spoločenstvo ako osobitný druh podielového spoluvlastníctva, možno tento záver vyvodiť z viacerých jeho ustanovení, napr. z §1 ods. 1 písm. c), ktorý sa zmieňuje o nakladaní so spoločnou nehnuteľnosťou a jej podielmi, či z § 8 ods. 1 tretia veta, ktorá hovorí o nezrušiteľnosti podielového spoluvlastníctva a spoločnej nehnuteľnosti a pod.

Osobitosťou, ktorou sa tento druh podielového spoluvlastníctva vyznačuje je najmä to, že v spoluvlastníctve sa nachádza tzv. spoločná nehnuteľnosť, ktorá je definovaná v § 8 ods. 1 zákona ako „jedna nehnuteľná vec, ktorá pozostáva z viacerých samostatných pozemkov“. Ďalšie odchýlky od klasického podielového spoluvlastníctva možno nájsť najmä v § 2 ods. 3 a v § 8 ods. 1 zákona.³ V § 9 ods. 7 zákona dochádza k modifikácii predkupného práva spočívajúcej v tom, že v prípade prevodu podielu medzi členmi pozemkového spoločenstva sa toto právo neuplatňuje.

Spoločná nehnuteľnosť ako jedna nehnuteľná vec je vo vlastníctve viacerých osôb – členov pozemkového spoločenstva. Títo členovia vlastnia ideálne podiely spoločnej nehnuteľnosti.

Zo zákona vyplýva, že spoluvlastníctvo spoločnej nehnuteľnosti nemožno zrušiť a vybaviť podľa Občianskeho zákonníka. Podľa § 8 ods. 1 zákona nie je možné, aby sa členovia vyrovnali tak, že každý z nich sa stane výlučným vlastníkom určitej časti spoločnej nehnuteľnosti (rozdelenie spoločnej veci). Ak by sme totiž pripustili reálne

3 § 2 ods. 3 – pri prevode podielu spoločnej nehnuteľnosti nesmie vzniknúť spoluvlastnícky podiel, ktorému zodpovedá výmera menšia ako 2000 m². § 8 ods. 1 veta tretia – podielové spoluvlastníctvo spoločnej nehnuteľnosti nemožno zrušiť a vyrovať podľa osobitných predpisov (teda podľa § 141 a 142 OZ).

rozdelenie spoločnej nehnuteľnosti, znamenalo by to značné rozdrobenie pôdy a stratu jej ekonomických a hospodárskych funkcií. Za určitú výnimku z nemožnosti rozdelenia spoločnej nehnuteľnosti možno považovať § 11 ods. 3 z. č. 330/1991 Zb., ktorý umožňuje rozdelenie pozemkov tvoriacich spoločnú nehnuteľnosť v rámci vykonania pozemkových úprav.

Aj keď zákon vylučuje vyrovnanie nadobudnutím spoločnej nehnuteľnosti len jediným zo spoluvlastníkov, podľa § 23 písm. a) zákona – spoločnosť sa zrušuje, ak sa výlučným vlastníkom všetkých podielov spoločnej nehnuteľnosti stane jeden člen spoločnosti.

Podobne ako v klasickom spoluvlastníctve, aj v rámci spoluvlastníctva v pozemkových spoločnostiach je charakteristický ideálny podiel. Pokiaľ ide o výkon hlasovacích práv je potrebné rozlišovať medzi podielom ako vyjadrením vlastníckeho práva k určitému pozemku a podielom na hlasovacích právach, resp. na iných právach a povinnostiach vyplývajúcich z vlastníctva spoločnej nehnuteľnosti. Daná odchýlka od klasického spoluvlastníctva je z toho dôvodu, že tu spoluvlastníctvo nie je jedna vec, ale viacero pozemkov, ktoré spolu tvoria spoločnú nehnuteľnosť.

Princíp solidarity uvedený v § 139 ods. 1 OZ sa v pozemkových spoločnostiach neuplatňuje. Spoluvlastníci nie sú zodpovední a ani inak zaviazaní z právnych úkonov týkajúcich sa spoločných nehnuteľností.

1.2. Spoločná nehnuteľnosť

Aj keď pod nehnuteľnosťou v zmysle § 119 ods. 2 OZ zaraďujeme pozemky a stavby, v prípade pozemkových spoločností je potrebné použiť reštriktívny výklad a pod pojmom spoločnej nehnuteľnosti subsumovať jedine pozemky (ide o pozemkové spoločnosti). Za určitú výnimku možno považovať situáciu, ak stanovy obnoveného pozemkového spoluvlastníctva určujú, že niektoré stavby, ktoré boli považované za súčasť urbárskeho majetku ešte v čase, keď platila zásada *superficies solo cedit*, sa tiež nachádzajú na nedeliteľnom a nezrušiteľnom

podielovom spoluvlastníctve. Avšak na stavby nie je možné aplikovať režim zákona o pozemkových spoločnostiach a preto stavba musí byť zapísaná na samostatnom liste vlastníctva.

S výkladom pojmu spoločná nehnuteľnosť sa zaoberal aj Ústavný súd Slovenskej republiky (ÚS SR)⁴, a to v súvislosti so zákazom drobenia pozemkov. Podľa názoru ÚS SR, aj keď pojem spoločná nehnuteľnosť je explicitne definovaný, avšak z účelu a zmyslu zákona o pozemkových spoločnostiach možno vyvodiť, že zákonodarca mal pri kreovaní a používaní tohto pojmu v texte zákona na mysli majetkový substrát spoločnosti a nie každý jednotlivý pozemok identifikovaný parcelným číslom. Správa katastra a súdy dospeli výkladom k popretiu existencie pojmu spoločná nehnuteľnosť ako právneho termínu a nahradili ho pojmom pozemok.

Podľa § 8 ods. 1 sa pod spoločnou nehnuteľnosťou rozumie jedna nehnuteľná vec, ktorá pozostáva z viacerých samostatných pozemkov. To, že zákon hovorí o „*samostatných pozemkoch*“ tak evokuje, že s každým z týchto pozemkov možno samostatne nakladať, a teda že nemajú osud hlavnej veci, čo v prípade spoločnej nehnuteľnosti nie je pravdou. Hoci je možné, aby jednotlivé pozemky patriace do spoločnej nehnuteľnosti boli zapísané na viacerých listoch vlastníctva, v § 8 zákona je výslovne vyjadrené, že prevod vlastníckeho práva k podielu na spoločnej nehnuteľnosti len na niektorých pozemkoch patriacich do spoločnej nehnuteľnosti je zakázaný. Z uvedeného vyplýva, že pozemky nemajú samostatný právny režim, ale majú osud spoločnej nehnuteľnosti. Aby táto skutočnosť bola zrejmá aj v právnych vzťahoch navonok, na liste vlastníctva v časti A zapísaný pozemok patriaci do spoločnej nehnuteľnosti, je uvedené, napr. že ide o „*spoločnú nehnuteľnosť podľa zákona č. 97/2013 Z. z.*“ alebo že ide o „*spoločné nehnuteľnosti podielnikov Urbársky spolok XY*“ a pod.

Nedeliteľnosť spoločnej nehnuteľnosti je historicky daná, a to od čias, keď pozemky v intraviláne pripadali do individuálneho užívania

4 Porovnaj III. ÚS 154/2010-44 z 5.10.2010.

poddaného, kým lesy a pozemky v extraviláne zostávali v spoločnom užívaní viacerých poddaných. Situácia sa nezmenila ani po zrušení poddanstva, keď sa poddaní stali spoluvlastníkmi tých pozemkov, ktoré sa vzhľadom na ich efektívne využitie nedali deliť (lesy, pasienky), kým pri iných pozemkoch (oráčiny) urbár zanikol a pôda pripadla do výlučného vlastníctva konkrétneho roľníka. Nedeliteľnosť bola vyjadrená aj v názvoch zák. článkov z čias Uhorska, ktoré spravovali spoluvlastníctvo lesov a pasienkov.⁵

V súčasnosti platný zákon v § 8 ods. 2 stanovuje určité výnimky z tejto nedeliteľnosti tým, že stanovuje možnosť oddelenia novovytvoreného pozemku, a teda oddelenie časti spoločnej nehnuteľnosti na základe rozhodnutia zhromaždenia. Výsledkom oddelenej časti spoločnej nehnuteľnosti bude vznik samostatného pozemku, ktorý už viac nebude tvoriť súčasť spoločnej nehnuteľnosti majúcej osud hlavnej veci.

V zmysle citovaného ustanovenia o výnimkách z nedeliteľnosti spoločnej nehnuteľnosti hovoríme

- a) oddelením časti spoločnej nehnuteľnosti a
- b) rozdelením spoločnej nehnuteľnosti.

1.3. Druhy pozemkových spoločností

Zákon v §2 ods. 1 a 2 taxatívne vymenúva, čo možno rozumieť pod pojmom pozemkové spoločenstvo. Ide o:

1. lesné a pasienkové spoločenstvá, ktoré vznikli na základe zákonných článkov XIX/1898 a X/1913,
2. lesné, pasienkové a pozemkové spoločenstvá, ktoré vznikli na základe, z. č. 229/1991 Zb., z.č. 330/1991 Zb. a z. č. 293/1992 Zb.,
3. pozemkové spoločenstvá vlastníkov spoločnej nehnuteľnosti,

5 Zákonný článok XIX/1898 o štátnom spravovaní obecných a niektorých iných lesov a holín, ďalej o upravení hospodárskej správy spoločne užívaných lesov, ktoré sú nedielnym vlastníctvom komposesorátov a bývalých urbarialistov a zákonný článok X/1913 o nedielných spoločných pasienkoch.

4. Spoločenstvo založené vlastníkami spoločne obhospodarovaných nehnuteľností.

Pozemkovými spoločenstvami ad 3/ má zákon na mysli pozemkové spoločenstvá, ktoré vznikli na/ základe z. č. 181/1995 Z. z. o pozemkových spoločenstvách, ako aj tie, ktoré vznikli na základe z. č. 97/2013 Z. z. Nový zákon ad 4/ zaviedol nový typ spoločenstva, a to spoločenstvo založené vlastníkami – keď spoločná nehnuteľnosť a ani spoluvlastníctvo nehnuteľnosti nevzniká.

Hoci podľa dnešnej platnej právnej úpravy môže pozemkové spoločenstvo vzniknúť a existovať už len ako právnická osoba, stále je tu priestor, aby aspoň fakticky existovali „*pozemkové spoločenstvá bez právnej subjektivity*“.

Práve „pozemkové spoločenstvo“ uvedené ad 3/ možno prirovnať k niekdajšiemu spoločenstvu bez právnej subjektivity. V zmysle § 31 ods. 5 zákona spoločenstvá založené podľa doterajších predpisov sú povinné prispôbiť svoje právne pomery ustanoveniam tohto zákona do 30.6.2014. Ak sa táto povinnosť nesplní, spoločenstvo stráca platnosť a sa zrušuje.⁶

Režim fungovania spoločenstiev bez právnej subjektivity sa v zmysle z. č. 181/1995 z. z. spravoval jednak ustanoveniami tohto zákona, ako aj ustanoveniami § 829 a nasl. OZ. Aj v súčasnosti možno povedať, že na zaniknuté pozemkové spoločenstvá sa primerane vzťahujú ustanovenia OZ o zmluve o združení, ďalej ustanovenia OZ o podielovom spoluvlastníctve (§ 137 a nasl.) a ust. § 8 a 11 zákona o pozemkových spoločenstvách – týkajúce sa najmä princípu nedeliteľnosti a nezrušiteľnosti.

Množstvo urbárikov si v súčasnosti kladie otázku, či je možné naďalej fungovať v režime spoločenstva bez právnej subjektivity. Z vyššie uvedeného vyplýva, že je to možné. Vzhľadom na to, že spoločná nehnuteľnosť ostane naďalej v podielovom spoluvlastníctve, v plnej miere sa uplatnia ust. § 140 a nasl. OZ. To znamená, že v tomto prí-

⁶ Pozri § 31 ods. 9 zákona.

pade sa pri predkupnom práve bude postupovať bez výnimky z ponukovej povinnosti ustanovenej § 9 ods. 7 zákona. Možno aj uvedená výnimka bude dôvodom, prečo nedôjde k transformácii na pozemkové spoločenstvo podľa nového zákona. Mnohí urbánci totiž sú proti uvedenej výnimke z predkupného práva a boja sa preskupovaniu podielov do rúk jedného alebo menšiny podielnikov, ktorí na základe zisku väčšiny podielov budú môcť rozhodovať o chode pozemkového spoločenstva.

Naopak, určitú nevýhodu v transformácii právnych pomerov možno vidieť v tom, že sa neuplatnia ustanovenia o orgánoch spoločenstva, a teda ani ustanovenia o spriechodnení súdnej ochrany, tzn. že za podielnikov v správnom a súdnom konaní nebude môcť konať výbor (orgán spoločenstva). Výraznou nevýhodou je aj solidárna zodpovednosť podielnikov za záväzky „pozemkového spoločenstva“ bez právnej subjektivity.

Ad 4/ zákon zaviedol osobitný druh pozemkového spoločenstva založeného vlastníkami lesných a poľnohospodárskych pozemkov. Zatiaľ čo spoločná nehnuteľnosť je v zásade nedeliteľná a podielové spoluvlastníctvo k nej nemožno zrušiť a vyrovnáť podľa OZ, pri spoločne obhospodarovanej nehnuteľnosti spoluvlastníctvo a ani spoločná nehnuteľnosť, na ktorú by sa vzťahoval režim nedeliteľnosti, nevzniká.⁷

To znamená, že členom tohto typu spoločenstva nevznikajú k pozemkom ideálne podiely, každý z členov má naďalej zachované výlučné vlastníctvo ku konkrétnemu pozemku, ktorý prenecháva do užívania spoločenstvu. Spoločne obhospodarovaná nehnuteľnosť je deliteľná, teda za splnenia určitých dôvodov by bolo možné, aby člen spoločenstva vystúpil aj so svojím pozemkom. Zákon však výslovne neustanovuje, z akého dôvodu je možné zo spoločenstva vystúpiť. V zmysle platnej právnej úpravy by malo platiť, že pokiaľ sa člen, ktorý chce vystúpiť, nedohodne s ostatnými členmi, sa bude môcť „zbaviť“

7 Pozri § 12 ods. 2 *in fine*.

členstva len prevodom, resp. prechodom pozemku na iného člena alebo tretiu osobu. V tomto prípade by prišiel nielen o členstvo, ale aj o pozemok. Zákon totiž v § 12 ods. 3 uvádza, že členstvo v tomto spoločenstve vzniká a zaniká prevodom alebo prechodom vlastníckeho práva k spoločne obhospodarovanej nehnuteľnosti. Iný dôvod zániku členstva zákon nepozná. Bolo by preto vhodné, aby sa už v samotnej zmluve o spoločenstve, resp. v stanovách dohodli podmienky, za ktorých bude daná možnosť vystúpenia. Pretože v zákone absentuje možnosť vystúpenia zo spoločenstva, nebude možné ani podanie žaloby na súd, v ktorej by vystupujúci člen žiadal o určenie práva vystúpiť zo spoločenstva a povinnosť vydať jeho pozemok.

Tento druh spoločenstva má svojou povahou blízko k združeniu v zmysle § 829 a nasl. OZ s tým rozdielom, že spoločenstvo vlastníkov spoločne obhospodarovaných nehnuteľností má právnu subjektivitu, čo o. i. znamená, že na seba preberá záväzky a nadobúda majetok, ako má aj svoje orgány. Vlastníci nie sú solidárne zodpovední za záväzky spoločenstva a *ex lege* neručia za záväzky spoločenstva. Je otázne, či bolo vhodné takéto združenie subsumovať pod inštitút pozemkových spoločenstiev, keďže nespĺňa hlavné atribúty, ktorými sa pozemkové spoločenstvo vyznačuje (druh nezrušiteľného podielového spoluvlastníctva, spoločná nehnuteľnosť a jej nedeliteľnosť).

1.4. Majetok pozemkového spoločenstva

V zákone chýba definícia majetku, je však nesporné, že možno použiť ustanovenie § 13 ods. 1 z. č. 181/1995 Z. z. ktorý ustanovil, že ho tvorí súhrn majetkových hodnôt, ktoré spoločenstvo vlastní a ktoré sú určené na plnenie úloh spoločenstva, slúžia mu a vznikli v súvislosti s hospodárením na spoločnej nehnuteľnosti. V spoločenstve bez právnej subjektivity, pochopiteľne, nie je vlastníkom žiadneho majetku. V spoločenstve s právnu subjektivitou je už možnosť získať vo vlastnom mene práva a záväzky. Spoločná nehnuteľnosť zostáva v spoluvlastníctve členov spoločenstva.

Majetok pozemkového spoločenstva je nutné odlišovať od spoločnej nehnuteľnosti. Podľa nálezu ÚS SR⁸ je potrebné diferencovať medzi pojmami „majetok spoločenstva“, ktorého nadobudnutie je závislé od nakladania, resp. hospodárenia so spoločnou nehnuteľnosťou (výnosy), pričom len tento majetok je vo vlastníctve pozemkového spoločenstva, avšak „spoločná nehnuteľnosť“ ako taká nie je vlastníctvom spoločenstva, ale ostáva vo vlastníctve jednotlivých členov spoločenstva, ktorí ju majú v nedeliteľnom podielovom spoluvlastníctve.

Keďže vlastníkmi spoločnej nehnuteľnosti sú podielníci a nie spoločenstvo je otázne, kto má aktívnu legitimáciu na súdnu ochranu. Veľmi zjednodušene možno povedať, že v prípade záväzkovo-právnych vzťahov týkajúcich sa spoločnej nehnuteľnosti je oprávnené konať aj spoločenstvo a v prípade vecných práv budú oprávnení konať jedine podielníci.

V zmysle § 20 zákona podiel člena spoločenstva na zisku a majetku určenom na rozdelenie medzi členov spoločenstva sa určí podľa pomeru účasti člena na výkone práv a povinností, ak zo zmluvy, stanov alebo rozhodnutia zhromaždenia nevyplýva nič iné. Na výške podielu na zisku je rozhodujúci spoluvlastnícky podiel na spoločnej nehnuteľnosti.

2. Návrhy *de lege ferenda*

Každá nová právna úprava má svoje pozitíva, ako aj negatíva. Vo vyššie uvedenom texte sme sa zamerali len na niektoré otázky súvisiace s novým usporiadaním pozemkového spoločenstva. Dnes hodnotiť právnu reguláciu by bolo azda predčasné už aj vzhľadom na dátum účinnosti nového zákona.

Riešenia sa dajú realizovať rôznymi prostriedkami, a to buď:

- a) zrušením pozemkových spoločností ako osobitného inštitútu,

8 Sp. zn. II. ÚS 348/2008.

- b) riešením prostredníctvom pozemkových úprav,
- c) riešením čiastkových otázok v zákone o pozemkových spoločenskách.

Ad a)

Pozemkové spoločenstvo je v slovenskom právnom poriadku akýmsi útvarom „*sui generis*“, nejde ani o klasické podielové spoluvlastníctvo, ani klasickú právnickú osobu. Čo by teda znamenalo zrušenie zákona o pozemkových spoločenskách? Možno len konštatovať, že by došlo k zániku vyššie uvedených osobitostí – inštitútu spoločnej nehnuteľnosti, princípu nedeliteľnosti a nezrušiteľnosti a k zániku tohto druhu právnickej osoby. Zostalo by len klasické podielové spoluvlastníctvo pozemkov bez právnej subjektivity, ktoré by sa spravovalo ust. 137 a nasl. OZ. Vo vzťahu k zákazu drobenia by sa uplatnil § 23 ods. 1 z. č. 180/1995 Z. z. Podielníci, ktorí by sa rozhodli zostať v spoluvlastníckom vzťahu, by uzavreli zmluvu o združení podľa § 829 a nasl. OZ.

Ad b)

Pozemkové úpravy sú riešené v z. č. 330/1991 Zb. o pozemkových úpravách. Cieľom tohto zákona bolo scelovanie pozemkov vlastníkov, ktorých výmera je minimálne 400 m². Pokiaľ majú pozemky konkrétneho vlastníka menšiu výmeru, zlúčia sa do celku s pozemkami ostatných vlastníkov do 400 m², resp. 2 000 m², tým sa vytvorí podielové spoluvlastníctvo a určí sa ich spoluvlastnícky podiel (§ 11 ods. 14, 15, 16 zákona). V zmysle § 11 ods. 13 zákona o pozemkových úpravách pozemky, ktoré patria do obvodu pozemkových úprav a tvoria spoločnú nehnuteľnosť, sa môžu rozdeliť, ak s tým súhlasia vlastníci nadpolovičnej výmery spoločnej nehnuteľnosti. V záujme zjednodušenia konania možno navrhnúť prijatie osobitných ustanovení týkajúcich sa výlučne pozemkových úprav spoločnej nehnuteľnosti v pozemkovom spoločenstve. Zákon o pozemkových úpravách by osobitne vymedzil minimálnu výmeru potrebnú na to, aby člen spoločenstva mohol na-

dobudnúť výlučné vlastníctvo k určitému pozemku. Vyššie uvedená výmera je príliš malá (mohla by byť 2 000 m² resp. 5 000 m², obdobne z. č. 180/1995 Z. z.)

Riziko tohto riešenia možno vidieť v tom, že projekt pozemkovej úpravy by neschválila potrebná väčšina. Nie každý z podielnikov môže byť spokojný s reálnym vydelením pozemkov. Za nevýhodu tohto riešenia možno ďalej považovať aj zdĺhavosť procesu pozemkovej úpravy. Takéto pozemkové úpravy by mali význam v tých spoločnostiach, kde sú podielníci s dostatočne veľkými výmerami podielov.

Ad c)

Predkupné právo upraviť v súlade s § 140 OZ. Urbárnici navrhujú, aby na zriadenie záložného práva v súvislosti s podielom na spoločnej nehnuteľnosti bol potrebný súhlas zhromaždenia. Súhlas valného zhromaždenia so zriadením záložného práva na obchodný podiel nájdeme aj v ObZ, v § 117a ods. 3. Na samotný prevod podielu pri výkone záložného práva sa už súhlas zhromaždenia nebude vyžadovať.

V súvislosti so spresnením následkov rozhodnutia zhromaždenia o oddelení časti spoločnej nehnuteľnosti možno povedať, že takéto rozhodnutie o prevode je nadbytočné. Súhlas s prevodom príslušný spoluvlastník vyjadruje samotným podpisom zmluvy o prevode. Čo však v prípade, ak s oddelením časti spoločnej nehnuteľnosti bude súhlasiť určitý počet spoluvlastníkov, avšak zmluvu podpíšu len niektorí z nich? Pri koncipovaní tohto ustanovenia (§ 8 ods. 2 písm. a) a e)) si zákonodarca zrejme neuvedomil, že podielnikov nemožno nútiť, aby svoj podiel na oddelenej časti spoločnej nehnuteľnosti previedli. Výsledkom oddelenia tak nemusí byť zákonodarcom zamýšľaný vznik výlučného vlastníctva k oddelenému pozemku, ale ďalšie podielové spoluvlastníctvo.

Dôvodová správa zákona uvádza, že tí, ktorí nepristúpili k zmluve, zostávajú spoluvlastníkmi oddelenej časti spoločnej nehnuteľnosti v príslušnom podiele. To však zo zákona nevyplýva a z hľadiska práv-

nej istoty je preto potrebné, aby to takto bolo zakotvené priamo v zákone.

Tým, že nový zákon (97/2013 Z. z.) zrušil spoločenstvá bez právnej subjektivity a zároveň nezaviedol pre všetky spoločenstvá povinnosť prispôbiť svoje právne pomery tomuto novému zákonu, vylúčil takmer úplne (okrem §§ 8 a 11) zo svojej pôsobnosti pozemkové spoločenstvá, ktoré sa v dôsledku retransformácie zo zákona zrušili. O tom, že nie je prílišný záujem o transformáciu svedčí i fakt, že došlo s účinnosťou ku dňu 28.1.2014 k predĺženiu lehoty z 28.2.2014 na 30.6.2014. Je otázne, koľko pozemkových spoločenstiev fungujúcich v zmysle zákona č. 97/2013 Z. z. zostane na Slovensku.

V § 2 ods. 3 zákona je zákaz drobenia podielov pod výmeru 2 000 m² ustanovený len na prevod podielu. Prečo sa toto ustanovenie netýka aj prechodu podielu – napr. na prípady dedenia?

Napokon som za to, aby boli znova zavedené niektoré ustanovenia z. č. 181/1995 Z. z., najmä § 5 ods. 5 a 6, § 11 ods. 4, § 13 ods. 1 a § 24.

V § 24 zákona č. 181/1995 Z. z. sa ustanovilo, kedy bolo možné domáhať sa zrušenia spoločenstva na súde. Táto možnosť je daná novým zákonom bez toho, aby boli stanovené bližšie podmienky možnosti zrušenia spoločenstva rozhodnutím súdu (nielen dôvody, ale aj v akej lehote).

Na záver treba povedať, že existencia tohto inštitútu je odôvodnená potrebami racionálneho hospodárenia na poľnohospodárskych a lesných pozemkoch. Ak by za súčasnej rozdrobenosti pozemkového vlastníctva došlo k reálnemu rozdeleniu podielov na spoločnej nehnuteľnosti, pozemky, ktoré by takto vznikli, by mali takú malú výmeru, že v podstate by boli bez akéhokoľvek hospodárskeho významu.

Vzhľadom na súčasné problémy fungovania pozemkových spoločenstiev je zrejme len otázkou času, dokedy tento inštitút *sui generis* bude existovať. Ťažko povedať, či nová právna úprava prinesie očakávaný výsledok (zväčšovanie podielov v rukách jednotlivých podielnikov). Podľa doterajšieho trendu práveže dochádza k ďalšiemu

drobeniu podielov a tento stav v pozemkových spoločenstvách nie je dlhodobou udržateľný. Nový zákon síce na jednej strane umožňuje zväčšovanie podielov (vylúčením predkupného práva v prípade prevodu podielu medzi členmi spoločenstva) na druhej strane však vytvára priestor na ďalšie drobenie (zákaz drobenia nevzťahujúce sa na prechod).

Veľkým problémom sú aj tzv. neznámi vlastníci, ktorí sú vo väčšej či menšej miere prítomní v každom pozemkovom spoločenstve. Táto otázka si však vyžaduje systémové riešenie vzťahujúce sa na všetkých neznámych vlastníkov na území SR. Zatiaľ sa nepresadili žiadne konkrétne návrhy (napr. fikcia derelikcie pozemku, prechod pozemkov neznámych vlastníkov zo zákona po uplynutí určitej doby na štát, resp. obec), a to najmä pre neústavnosť týchto postupov.⁹

Summary

Land communities are a legal institute *sui generis*, because they are different from the classic co-ownership, and they also differ from the construction of legal persons. The topic of these land communities has been present in our society from the times of the Hungarian law, from 1767 when the so called „*Urbarium Theresiana*“ has been adopted. This law determined the obligations of the peasants towards their landlord. After 1989 there was a need for a new legal regulation of the land communities, so in 1995 the Land Community Act has been passed (No. 181/1995 Z. z.). Between the years 2009 and 2011 further drafts have been prepared in order to amend the existing legal framework. Finally in 2012 the National Assembly of the Slovak republic has adopted a new legal act – Act No. 97 from 2013 about the legal communities. It began to have its legal effects from the 1st of May 2013.

9 Nález ÚS SR, sp. zn. PL. ÚS 11/05 zo dňa 22.08.2006

VYDEDENIE

KAROL KOVÁCS

Abstrakt: Vydedenie (exheredatio) je právny inštitút známy už z rímskeho práva. V tomto príspevku sa autor týmto právnym inštitútom zaoberá skúmaním jeho právnej úpravy na území dnešného Slovenska od polovice devätnásteho storočia až po súčasnú právnu úpravu, pomer inštitútu vydedenia vo vzťahu k úprave povinného dielu. Krátko poukazuje na úpravu tohto inštitútu v nových rekodifikáciách občianskeho práva hmotného v Českej republike a v Maďarsku. Zároveň naznačuje možné smerovanie úpravy vydedenia v rámci rekodifikácie občianskeho práva hmotného v Slovenskej republike.

Kľúčové slová: Vydedenie, povinný diel, poručiteľ, neopomenuteľný dedič, závet, listina o vydedení.

1. Právna úprava inštitútu vydedenia v historickom vývoji na území dnešného Slovenska

1.1 Právna úprava vydedenia v uhorskom obyčajovom práve

Uhorsko, ktorého súčasťou bolo Slovensko až do roku 1918 sa svojím vývojom v sociálno-ekonomickej oblasti, ako aj v nadväzujúcich oblastiach oneskorilo za vývojom v predlitavskej časti spoločnej monarchie, nehovoriac už za vývojom v západnej Európe. Toto sa týkalo aj oblasti práva. V čase, keď v rakúskej časti monarchie už platil Všeobecný občiansky zákonník (ABG) z roku 1811, v Uhorsku do polovice devätnásteho storočia platil právny partikularizmus, zeman, mešťan, a poddaný, podliehali rôznym právnym úpravám, a to aj v oblasti dedenia. Obrat nastal až po roku 1848. Moderné uhorské súkromné právo sa začalo vytvárať až po roku 1861, osobitne zákonmi prijatými po roku 1867, po rakúsko-uhorskom vyrovaní. Základy moderného

dedičského práva v Uhorsku boli položené Judexkuriálnou konferenciou.¹

S inštitúciou vydedenia neoddeliteľne ako určitý protipól súvisí právo na povinný diel (*portio legitima*). Bez tohto práva na povinný diel v právnej úprave, by neexistoval dôvod na existenciu inštitútu vydedenia. Na vylúčenie dediča zo zákona z dedičskej postupnosti by stačilo jeho iba vynechanie v závete. Povinný diel sa zakladal §§ 7 – 8 časti I. dočasných súdnych pravidiel judexkuriálnej konferencie. Povinný diel sa vzťahoval na priamych dedičov zo zákona na zostupnej línii – potomkov a na rodičov poručiteľa. Povinný diel predstavoval u dedičov na zostupnej vetvy polovicu im pripadajúceho podielu zo zákona. V prípade rodičov poručiteľa takisto išlo o polovicu im pripadajúceho podielu zo zákona, avšak ak poručiteľ nezanechal potomkov, zostala iba pozostalá manželka (manžel), mohol rodič poručiteľa požadovať ako povinný diel len polovicu vetevného majetku pochádzajúceho z jeho vetvy, ak však nezostala vdova (vdovec) po poručiteli, mohol rodič poručiteľa požadovať ešte aj polovicu nadobudnutého majetku ako povinný diel. Povinný diel sa mohol žiadať od dedičov v hotových peniazoch, povinný diel nepredstavoval nárok na podiel z dedičstva, ale pohľadávku neopomenuteľného dediča voči dedičstvu.

Voči neopomenuteľným dedičom pôsobí inštitút vydedenia po materiálnej stránke na základe naplnenia zákonom predpísaných

1 Dr. František Rouček a Dr. Jaromír Sedláček, Komentár k Československému obecnému zákoníku a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, CODEX BOHEMIA, s.r.o., Praha, ISBN 80-85963-74-4, „2. októbra 1860 zvolal kráľ poradu právnikov uhor. pod predsedníctvom vrchného sudcu zemského (judex Curiaie, ország biró), ktorú preto nazývame konferenciou judexkuriálnou. Skladala sa zo sudcov, profesorov právnych vied, politikov a vôbec vážnených právnikov. Rokovala od 23. januára 1861 do 3. apríla 1861. Jej uznesenia boli predložené obom snemovniam a kráľ. Kúrii na schválenie, ktoré aj dostalo. Potom boli poslané municipiant k obecnému užívaniu. A tak prešli do súdnej praxi, nadobudnúc vážnosti a záväznosti ako Tripartitum.“

dôvodov, na základe ktorých ich mohol poručiť vydediť. *Hovorí sa o vydedení, aj keď zostaviteľ v poslednom poriadku neposkytne osobe na povinný diel oprávnenej ničoho. Avšak toto nie je vydedenie, ale len pominutie. O vydedení možno hovoriť len, keď zostaviteľ v poslednom poriadku výslovne prejaví, že vydeduje osobu na povinný diel oprávnenu z toho a toho (určitého) zákonného dôvodu, alebo, že jej upiera povinný diel. Rozdiel medzi pominutím a vydedením spočíva práve v tom, že osoba oprávnená na povinný diel môže požadovať svoj povinný diel v prípade prostého pominutia, naproti tomu v prípade vydedenia, ak je dôvod vydedenia opodstatnený, stratí svoj povinný diel.*² Dôvody vydedenia potomkov podľa § 7 časť I. dočasných súdnych pravidiel judexkuriálnej konferencie boli:

- ak sa syn dopustí vloženia ruky na rodičov alebo iného ťažkého a nápadného ublíženia,
- ak proti rodičom podá žalobu pre vec, ktorá (ani pre panovníka ani) pre štát nie je nebezpečná,
- ak rodičom ukladá o život, t. j. usiluje o ich smrť jedom alebo iným spôsobom,
- ak proti vôli svojho otca sa zatvrdilo stýka so zločincami, alebo inými nemravnými ľuďmi márne otcovský majetok,
- ak svojho otca, ktorý je v zajatí alebo vo väzbe, nevyplatí, ho neoslobodí alebo zaňho sa nezaručí, hoci tak môže urobiť

Dôvody vydedenia rodičov podľa § 7 časť I. dočasných súdnych pravidiel judexkuriálnej konferencie boli:

- ak otec márne svoj majetok alebo ak nie z nutnosti alebo z dôležitých dôvodov, ale zo ľstivosti predal svoj majetok alebo majetok svojich synov alebo tak učiniť zrejme zamýšľal a syn sa o tomto úmysle vierohodne dozvie,
- rovnako ak síce dedičstvo a držobné právo nepredá a ani tak učiniť

2 Vladimír Fajnor a Adolf Záturecký, *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatскеj Rusi*, Heuréka, Šamorín 1998, s. 512.

nezamýšľa, ale neobrába alebo neopatruje ich riadne, naopak ich nechá pustnúť,

- ak otec so synom bez dôležitého dôvodu alebo zvláštnej viny kruto nakladá,
- ak otec bráni plnoletému synovi, aby sa oženil,
- ak otec núti syna k hriechu.

Po formálno-právnej stránke vydedenie musel poručiťel vykonať predpísaným spôsobom, pre ktorý sa vyžadovala rovnaká forma ako pre závet, jeho náležitosti boli upravené v zák. čl. XVI. o formálnych náležitostiach závetu, dedičských zmlúv a darovaní pre prípad smrti.

1.2 Právna úprava podľa zákona č. 141/1950 Zb.

Dňa 1. januára 1951 nadobudol účinnosť zákon č. 141/1950 Zb. Obč. zákonník, ktorým zákonom došlo po prvý krát k unifikácii občianskeho práva hmotného v bývalom Československu. Stalo sa tak už po udalostiach vo februári roku 1948, v rámci tzv. „právnickej dvojročnice“, prijatá právna úprava niesla nespochybniteľne stopy doby, v ktorej bola prijatá. Dedičské právo bolo upravené v piatej časti ustanoveniach §§ 509 – 561.

Nárok na povinný diel bol zapracovaný a upravený v ustanovení § 551, neopomenuteľnými dedičmi sa stali priami príbuzní poručiťela v zostupnej línii – potomkovia. Maloletým dedičom patril ako neopomenuteľný diel celý diel podľa zákona. Plnoletým potomkom patril ako povinný diel vo výške troch štvrtín dedičského podielu zo zákona. Neopomenuteľnými dedičmi boli aj rodičia a starí rodičia poručiťela za predpokladu, že boli v čase poručiťelovej smrti v núdzi a už neschopní práce. Povinný diel im patril vo výške troch štvrtín ich dedičského podielu zo zákona. Povinný diel predstavoval nárok na podiel z dedičstva, presný spôsob jeho výpočtu zákon neupravoval. Pokiaľ poručiťel v závete nepamätal na povinný diel neopomenuteľných dedičov, bol závet v tej časti neplatný.

Vydedenie bolo upravené v § 552, poručiteľ mohol vydediť neopomenuteľného dediča, ak:

- opustil poručiteľa v núdzi alebo,
- bol odsúdený pre úmyselný trestný čin alebo,
- že trvalo odopiera pracovať.

Ak bol platne vydedený potomok poručiteľa, nadobudli jeho dedičský podiel jeho potomkovia. Formálne náležitosti vydedenia sa vyžadovali písomný úkon – listinu o vydedení, pre ktorú platili rovnaké náležitosti ako pre vyhotovenie závetu. Zákon výslovne neurčoval, že dôvod vydedenia musí byť v listine o vydedení uvedený.

1.3 Vývoj právnej úpravy podľa zákona č. 40/1964 Zb.

Dňa 1. apríla 1964 nadobudol účinnosť zákon č. 40/1964 Zb. Obč. zákonník, ktorý v znení mnohých noviel platí dodnes. Bol prijatý v rámci kodifikačných prác, ktoré nadväzovali na prijatie Ústavy v roku 1960, ktorá deklarovala víťazstvo socializmu v bývalom Československu. Tým bol poznamenaný aj Občiansky zákonník, ktorý podľa dôvodovej správy „*neupravuje celú oblasť socialistickej ekonomiky, ale zameriava sa na vzťahy, ktoré vznikajú pri uspokojovaní osobných potrieb občanov*“. Dedičské právo je upravené v štvrtej časti ustanoveniach §§ 460 – 487. Ústava z roku 1960 vo svojom čl. 10 ods. 2 zaručovala iba dedenie osobného majetku, dedenie majetku v súkromnom vlastníctve umožňovalo ust. § 490 ods. 1 Obč. zák. Opustili sa staré osvedčené inštitúty dedičského práva, do novej úpravy nebol prevzatý ani inštitút vydedenia. Naopak, osnova v ustanovení § 479 ponechala právo na povinný diel pre neopomenuteľných dedičov, pričom ho chápala ako obmedzenie testovacej slobody poručiteľa. Neopomenuteľnými dedičmi bolo potomkovia poručiteľa, maloletí potomkovia museli dostať toľko, koľko robí ich dedičský podiel zo zákona, plnoletí potomkovia museli dostať toľko, koľko robia tri štvrtiny ich dedičského podielu zo zákona. Ak závet poručiteľa tomuto odporoval, bol v tejto časti neplatný. Povinný diel predstavoval nárok na podiel z dedičstva,

zákon neurčoval, akým spôsobom má byť povinný diel neopomenuteľným dedičom vyrovnaný.

Inštitút vydedenia bol ustanovením § 469a opätovne do dedičského práva zapracovaný s účinnosťou od 1. apríla 1983, zákonom č. 131/1982 Zb., ktorý priniesol mnohé zmeny a doplnky do Občianskeho zákonníka. Poručiteľ mohol neopomenuteľného dediča vydediť:

- pretože v rozpore s pravidlami socialistického spolunažívania neposkytol poručiteľovi potrebnú pomoc v chorobe, starobe alebo iných závažných prípadoch.

Boli vyslovené aj názory, že nejde o jediný dôvod, na základe ktorého mohol poručiteľ potomka vydediť. *Dôvody vydedenia nie sú uvedené taxatívne. Pokiaľ k vydedeniu dochádza pre odmietnutie pomoci v iných závažných prípadoch, bude potrebné posúdiť podľa č. VI a č. VII, či konkrétne uvádzaný dôvod sa so svojou závažnosťou vyrovná dôvodom, ktoré sú v zákone výslovne uvedené.*³ Ten, kto je platne vydedený, nie je dedičom, hľadá sa na neho, ako keby sa nebol dožil smrti poručiteľa, jeho podiel dedia rovným dielom jeho deti, ak nededia ani tieto deti, alebo niektoré z nich, nastupujú na ich miesto ich potomkovia. V prípade postupu podľa § 479 Obč. zák. však vstupujú na miesto vydedeného dediča iba vzhľadom na jeho povinný diel.

Formálne náležitosti vydedenia vyžadovali od poručiteľa spísanie listiny o vydedení s náležitosťami predpísanými pre zriadenie závetu. Zákon výslovne určoval, že v listine o vydedení musí byť dôvod vydedenia uvedený. Zákonodarca týmto chcel predísť sporom s rozsiahlym a nákladným dokazovaním.

1.4 Súčasná právna úprava vydedenia

Dňa 1. januára 1992 nadobudol účinnosť zákon č. 509/1991 Zb., ktorým sa novelizoval Občiansky zákonník, táto základná norma sú-

3 Jaroslav Bičovský a Milan Holub, Občiansky zákonník a predpisy souvisící. Panorama, Praha 1984, s. 746.

kromného práva sa týmto pokúsila prispôbiť novým sociálno-ekonomickým podmienkam života spoločnosti, ktoré nastali po novembri 1989. V podstate malo ísť o provizórium do prijatia nového Občianskeho zákonníka, toto provizórium však trvá až dodnes. Touto novelou došlo k úprave povinného dielu aj inštitútu vydedenia, ktorá právna úprava platí až do súčasnosti. U maloletých neopomenuteľných dedičov ostala úprava povinného dielu bez zmien, u plnoletých neopomenuteľných dedičov sa povinný diel znížil z troch štvrtín ich dedičského podielu zo zákona na polovicu ich dedičského podielu zo zákona. To bolo odôvodnené rozšírením testovacej slobody poručiť. Dôvody vydedenia sa rozšírili a upravili „možno trochu kauzisticky“, ako uvádza dôvodová správa tak, že poručiť môže potomka vydediť, ak:

- v rozpore s dobrými mravmi neposkytol poručiťovi potrebnú pomoc v chorobe, v starobe alebo v iných závažných prípadoch,
- o poručiťa trvalo neprejavuje opravdivý záujem, ktorý by ako potomok mal prejavovať,
- bol odsúdený pre úmyselný trestný čin na trest odňatia slobody v trvaní najmenej jedného roka,
- trvalo vedie neusporiadaný život.

Na podnety z praxe bolo ustanovenie doplnené o možnosť vziať do úvahy dôsledky vydedenia aj na potomkov vydedeného neopomenuteľného dediča, pričom u týchto potomkov už nemusia byť naplnené dôvody vydedenia, dôsledky vydedenia sa na nich vzťahujú na základe výslovne prejavenej vôle poručiťa v listine o vydedení. Predmetom odborných diskusií bola otázka, v ktorom momente sa majú skutkovo naplniť dôvody vydedenia. Boli názory, že tieto dôvody sa musia naplniť najneskôr do dňa smrti poručiťa, opačne boli prezentované názory, že tieto dôvody museli už existovať v čase prejavu vôle poručiťa pri spisovaní listiny o vydedení, nemožno teda vydediť neopomenuteľného dediča s podmienkou, že dôvody vydedenia sa naplnia v čase medzi spísaním listiny o vydedení a smrťou poručiťa. V praxi prevládol tento názor, pri spisovaní listín o vydedení už zákonom stanovené dôvody musia byť naplnené. Po formálno-právnej stránke akt

vydedenia musí poručiťel' vykonať spísaním listiny o vydedení, pre jej náležitosti platia ustanovenia o záвете, platí to aj pre jej zrušenie. Pod sankciou neplatnosti musí listina o vydedení obsahovať dôvod vydedenia.

Od opätovného zavedenia inštitútu vydedenia vznikali otázky a pochybnosti, či možno potomka vydediť len čiastočne, poručiťel' by neopomenuteľnému dedičovi ešte znížil jeho povinný diel, prípadne by ho vydedil z dedenia konkrétnej veci. Právna teória aj súdna prax (R 67/1997) sa priklonili k záveru, že čiastočné vydedenie podľa platnej právnej úpravy nie je vylúčené. *Vydedenie je sankciou, ktorá za splnenia zákonných podmienok postihuje potomka poručiťela, ktorý je inak neopomenuteľným dedičom. Uplatnenie tejto sankcie, ako aj rozsah jej uplatnenia, je vecou poručiťela, ktorý môže v listine o vydedení rozsah vydedenia obmedziť. Zákon teda umožňuje, aby bol potomok vydedený úplne alebo z časti.*⁴

V praxi slovenské sudy pristupujú k vydedeniu podľa zásady *exheredationes non sunt adiuvandae* (vydedenie sa nemá podporovať), v niektorých prípadoch to berú ako nesmiernu opovážlivosť zo strany poručiťela. Boli prípady, keď sudy vyhlásili listinu o vydedení za neplatnú, ak v nej poručiťel' podrobne skutkovo nevymedzil dôvod vydedenia. Samotné dôvody vydedenia v zákone sú formulované (okrem písm. c) všeobecne, pri ich interpretácii ťažko dospieť k jednoznačnému záveru, čo spôsobuje v praxi značné problémy.

Dôvod podľa písm. a) ak v rozpore s dobrými mravmi neposkytol poručiťelovi potrebnú pomoc v chorobe, starobe alebo v iných závažných prípadoch, nesie v sebe hneď niekoľko možných rozporuplných interpretácií. Dobré mravy patria z obsahového hľadiska k neurčitým pojmom, sú obsiahnuté v morálnych princípoch spoločnosti, ktoré sa v dôsledku nepretržitého vývoja spoločnosti neustále vyvíjajú a menia. Ako norma neurčitého obsahu sa používa na základe priameho

4 Milan Majerník, Dedičská nespôsobilosť, vydedenie a čiastočné vydedenie, Ars Notaria, 1/2009, IURA EDITION, s. 9.

zákonného odkazu. Posúdenie konkrétneho obsahu pojmu dobré mravy v každom jednotlivom prípade môže byť rôzne. Pojem potrebná pomoc treba posudzovať ako z objektívneho, tak aj zo subjektívneho hľadiska v konfrontácii s dobrými mravmi, aby nedošlo k svojvůli zo strany poručiteľa. Neposkytnutie potrebnej pomoci zo strany potomka je nedostačujúce k naplneniu dôvodu vydedenia. Je potrebné preukázať, že poručiteľ bol na túto pomoc odkázaný, o túto pomoc potomka požiadal, neurobil žiadne kroky, ktoré by potomkovi bránili poskytnutiu tejto pomoci, túto pomoc si nemôže zabezpečiť žiadnym iným spôsobom. Na strane potomka by nemali byť žiadne okolnosti, ktoré by mu bránili objektívne poskytnúť potrebnú pomoc. Ťažko napríklad požadovať potrebnú pomoc od potomka, ktorý je dlhodobo pracovne v zahraničí.

Dôvod podľa písm. b) ak o poručiteľa trvale neprejavuje opravdivý záujem, ktorý by ako potomok mal prejavovať. Zo všetkých dôvodov vydedenia ide o najviac abstraktný dôvod. V normálnych sociálnych vzťahoch v rodinách sa predpokladajú väzby, na základe ktorých sa predkovia a potomkovia pravidelne stýkajú, komunikujú medzi sebou, zaujímajú sa navzájom o svoje životné osudy, zdravotný stav, sú súdržní. Pokiaľ to tak nie je, vymyká sa to z prirodzeného stavu, je na zváženie, v akom štádiu narušenia týchto prirodzených väzieb dochádza k takej ich intenzite, aby to zakladalo zákonný dôvod na vydedenie potomka. Je zrejmé, že takéto narušenie vzťahov musí byť trvalé, k tomuto narušeniu by nemalo dôjsť od poručiteľa a aj do budúcnosti sa musí javiť tento stav ako nenapraviteľný. V praxi sa stáva, že ak chce poručiteľ pristúpiť k vydedeniu potomka a žiadny zákonný dôvod na to nemá, uchyluje sa k tomuto dôvodu.

Dôvod podľa písm. c) ak bol odsúdený za úmyselný trestný čin odňatia slobody v trvaní najmenej jedného roka, je najspochybniteľnejší z hľadiska spravodlivosti vzhľadom na väzby poručiteľa a vydedeného potomka. Zákon predpokladá akýkoľvek trestný čin (za podmienky úmyselného zavinenia a odsúdenia najmenej na jeden rok), pritom tento trestný čin nemusí mať žiaden súvis na vzťah poručiteľa

a odsúdeného potomka, ktorý môže byť po všetkých stránkach bez chýb.

Dôvod podľa písm. d) ak trvalo vedie neusporiadaný život, je daný, aby vzhľadom na negatívne javy, ktoré sa v spoločnosti vyskytujú a sú všeobecne chápané ako neakceptovateľné, umožňovali poručiteľovi pristúpiť k sankcionovaniu potomka, ktorý k takýmto javy do svojho životného štýlu prijíma, podľa týchto štandardov trvale žije a nemieni sa ich vzdať. Ide o javy ako toxikománia, alkoholizmus, gamblerstvo, prostitúcia, záhalčivý spôsob života a podobne.

Kedykoľvek počas života sa môže poručiteľ rozhodnúť o zrušení, resp. odvolaní listiny o vydedení. Môže tak urobiť rovnakým spôsobom, akým zriadil listinu o vydedení, pokiaľ nebola spísaná vo forme notárskej zápisnice, môže to vykonať aj zničením listiny o vydedení.

2. Právna úprava vydedenia v nových rekodifikáciách občianskeho práva v Českej republike a v Maďarsku

2.1. Právna úprava vydedenia v Českej republike

V Českej republike nadobudol dňa 1.1.2014 účinnosť zákon zo dňa 3.2.2012 č. 89/2012 Sb. Občiansky zákonník (ďalej len „NOZ“). Dedičské právo je zaradené v tretej časti NOZ, ktorá upravuje absolútne majetkové práva, dedičskému právu je venovaná samostatná Hlava III., v ustanoveniach § 1475 až 1720. Oproti predchádzajúcej právnej úprave ide o rozsiahlu zmenu v rozsahu ustanovení venujúcich sa dedičskému právu, tak aj v samotnom obsahu tejto právnej úpravy.

NOZ používa pojem neopomenuteľného dediča, sú nimi deti poručiteľa, v prípade, ak tí nededia, tak ich potomkovia, nedošlo teda rozšíreniu subjektov na strane neopomenuteľných dedičov. Maloletý neopomenuteľný dedič musí dostať toľko, koľko robí podiel troch štvrtín jeho zákonného dedičského podielu, oproti predchádzajúcej právnej úprave sa teda už jeho povinný diel nerovná jeho

dedičskému podielu zo zákona. Plnoletý neopomenuteľný dedič má dostať toľko, koľko robí štvrtina jeho zákonného dedičského podielu. Povinný diel môže byť zostavený v podobe dedičského podielu alebo odkazu. Ak však poručiteľ v závete nepamätá na povinný diel neopomenuteľného dediča, nie je závet v tej časti neplatný, ako to bolo podľa predchádzajúcej právnej úpravy. Neopomenuteľný dedič však nemá právo na podiel z pozostalosti, ale len na peňažnú čiastku rovnajúcu sa hodnote jeho povinného dielu, môže žiadať jeho vyplatenie voči závetným dedičom, ktorí sa s ním budú musieť vyrovnáť. Povinný diel musí dostať neopomenuteľný dedič celkom nezaťažený. Tým neopomenuteľný dedič prestáva byť dedičom, stáva sa veriteľom tých, ktorých poručiteľ povolal dedič.

Na povinný diel, okrem toho, kto sa dedičstva zriekol a toho, kto je nespôsobilý dedič, nemá právo ani ten, koho poručiteľ vydedil. Poručiteľ môže neopomenuteľného dediča vydediť zo zákonných dôvodov, ktorými sú:

- neposkytnutie potrebnej pomoci v núdzi,
- ak neopomenuteľný dedič neprejavuje o poručiteľa opravdivý záujem, ktorý by prejavovať mal,
- ak bol neopomenuteľný dedič odsúdený pre trestný čin spáchaný za okolností svedčiacich o jeho zvrhlej povahe alebo,
- vedie trvale neusporiadaný život.

Zákon výslovne stanovuje, že poručiteľ môže vydediť aj neopomenuteľného dediča, ktorý je nespôsobilý dedič. Do budúcnosti sa tým majú odstrániť spory, či poručiteľ takémuto neopomenuteľnému dedičovi jeho konanie zakladajúce dedičskú nespôsobilosť odpustil alebo nie. Oproti predchádzajúcej právnej úprave NOZ výslovne ustanovuje možnosť čiastočného vydedenia tak, že poručiteľ môže právo pre neopomenuteľného dediča na povinný diel úplne vylúčiť alebo skrátiť. Osobitný zákonný dôvod na vydedenie je v prípade, ak je neopomenuteľný dedič zadlžený alebo si počína tak márnотratne, že je tu obava, že pre svojich potomkov nezanechá povinný diel. Tento povinný diel však môže poručiteľ zostaviť len deťom tohto vydedené-

ho neopomenuteľného dediča, prípadne ich potomkom, ak takýchto niet. V ostatných prípadoch sa vydedenie vzťahuje aj na potomkov vydedeného neopomenuteľného dediča, ibaže by poručiteľ prejavil inú vôľu. V prípade, ak sa nedožije vydedený neopomenuteľný dedič smrti poručiteľa, jeho potomkovia dedia, okrem tých, ktorí sú samostatne vylúčení z dedenia.

Zmenu alebo zrušenie vydedenia môže poručiteľ vykonať rovnakým spôsobom, ako sa zriaďuje, mení alebo zrušuje závet. Oproti predchádzajúcej právnej úprave poručiteľ nemusí dôvod vydedenia priamo uviesť v listine o vydedení. Ak tak poručiteľ neurobí, má tento neopomenuteľný dedič právo na povinný diel, nie však v prípade, ak sa proti nemu preukáže dôvod vydedenia. Vydedenie môže poručiteľ vykonať aj vynechaním neopomenuteľného dediča v závete. Ak je zrejmé, že k opomenutiu nedošlo v žiadnom prípade omylom a tento neopomenuteľný dedič sa dopustil konania, ktoré napĺňa zákonný dôvod vydedenia, hľadá sa na toto opomenutie ako na vydedenie vykonané mlčaním a právom. Ak však neopomenuteľný dedič dokáže, že poručiteľ v čase zriadenia poslednej vôle o ňom nevedel, má takýto dedič právo na povinný diel.

2.2. Právna úprava vydedenia v Maďarsku

V Maďarsku bol nový Občiansky zákonník (Polgári törvénykönyv, ďalej len „Ptk“) prijatý Národným zhromaždením dňa 11.2.2013 (V. törvény), účinnosť nadobudol dňa 15.3.2014. Dedičské právo je upravené v siedmej knihe, delí sa na päť častí, v ustanoveniach §§ 7:1 až 7:100. Maďarský zákonodarca pri úprave dedičského práva kontinuálne nadviazal na predchádzajúcu právnu úpravu.

Ptk ustanovuje, ktorí zákonní dedičia majú nárok na povinný dedičský diel, ide o potomkov, manžela/manželku a rodičov poručiteľa. Povinný dedičský diel predstavuje nárok na polovicu toho, čo by osoba oprávnená na povinný dedičský diel dostala vypočítaním ako

dedič zo zákona. Osoba oprávnená na povinný dedičský diel si môže nárokovať vydanie svojho povinného dedičského dielu v peniazoch. V naturáliách je možné si nárokovať povinný dedičský diel v prípade, ak tak prejavil svoju vôľu poručiteľ v právnom úkone pre prípad smrti. Takisto súd môže po zvážení všetkých okolností nariadiť vydanie povinného dedičského dielu v celosti alebo v časti v naturáliách.

Nárok na povinný dedičský diel nemá ten, koho poručiteľ platne vydiedil. Poručiteľ môže osobu oprávnenú na povinný dedičský diel vydiediť, ak:

- by bola nehodná dedenia po poručiteľovi,
- spáchala voči poručiteľovi trestný čin – považovaný za vážny z hľadiska príbuzenského vzťahu, priameho príbuzného poručiteľa, manžela, druhu poručiteľa ohrozovala na živote, alebo spáchala iný závažný trestný čin na ich úkor,
- vážne porušila svoju zákonnú vyživovaciu povinnosť voči poručiteľovi,
- vedie nemravný život.

Ďalej môže poručiteľ plnoletého potomka vydiediť aj pre veľkú nevďačnosť voči jeho osobe, rodiča môže vydiediť pre jeho správanie spôsobujúce ujmu poručiteľovi, čo by predstavovalo základ zrušenia rodičovského práva, manžela môže vydiediť pre jeho správanie vážne porušujúce manželské povinnosti.

Vydedenie je potrebné vykonať osobne právnym úkonom pre prípad smrti, pod hrozbou neplatnosti je potrebné výslovne uviesť dôvod vydedenia. Ptk pripúšťa možnosť odpustenia dôvodu vydedenia. Ak tak poručiteľ urobil pred vykonaním právneho úkonu pre prípad smrti, vydedenie je neplatné a dedič si môže nárokovať povinný dedičský diel. Ak poručiteľ odpustil dôvod vydedenia po vykonaní právneho úkonu pre prípad smrti, vydedenie sa stáva neplatným bez odvolania právneho úkonu pre prípad smrti. Právna úprava pamäta na interpretačné ustanovenie, ako vykladať závet, toto pravidlo sa vzťahuje aj na listinu o vydedení. Závet (listinu o vydedení) je v prípade pochybností potrebné vykladať podľa pravdepodobnej vôle osoby vykonávajúcej

závet (listinu o vydedení) a tak, aby sa podľa možnosti uplatnila vôľa poručiteľa. Toto pravidlo nemôže slúžiť ako základ napadnutia formálnej chyby závetu (listiny o vydedení).

3. Lex ferenda

Vládou schválený Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka počíta s vydedením. *Nadalej zostáva v rámci navrhovanej právnej úpravy dedičského práva aj dnes existujúci inštitút vydedenia. Vydedenie ako jednostranný právny úkon poručiteľa musí spĺňať náležitosti ustanovené zákonom, ktorým sú existencia konkrétneho dôvodu taxatívne ustanoveného v zákone a vyhotovenie listiny o vydedení. Potomkovia, ktorí sú vydedení, sa nestávajú dedičmi a vôbec nevstupujú do dedičskoprávneho vzťahu v rámci právnej úpravy dedičského práva v Novom Občianskom zákonníku sa budú precizovať taxatívne uvedené dôvody vydedenia.*⁵ Aj keď to zámer výslovne nespomína, predpokladá to úpravu povinného dielu a existenciu neopomenuteľných dedičov. Tendencie podporujúce úplnú testovaciu slobodu poručiteľa, a tým aj vylúčenie povinného dielu z úpravy dedičského práva, sú okrajové, nemajú širšiu oporu z oblasti právnej teórie ani právnej praxe. Tieto tendencie idú proti jednej z hlavných úloh dedičského práva, ktoré má zabezpečiť prechod majetku poručiteľa na dedičov, a to najmä v rámci rodiny, a tým upevniť rodinné väzby. Toto smerovanie neprijala ani nová úprava dedičského práva v Českej republike, ani v Maďarsku. Otázka je, či ponechať právo na povinný diel iba potomkom, tak ako je to v súčasnej právnej úprave a ako to prijali aj v NOZ. To, že neopomenuteľnými dedičmi by mali byť potomkovia, je nesporné, v akom rozsahu sa má určiť povinný diel pre plnoletého potomka bude predmetom diskusií, či to bude štvrtina, tretina alebo polovica zákonného dedičského

5 Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka schválený vládou Slovenskej republiky, uznesenie č. 13 zo 14. januára 2009, štvrtá časť, bod 1.5.

podielu. Pri maloletom potomkovi takisto možno uvažovať o riešení, aby sa jeho povinný diel nerovnal je zákonnému dedičskému podielu, to by sa však nemalo vzťahovať plošne na všetkých maloletých potomkov, malo by dôjsť diferencii podľa veku, maloletým potomkom do veku 12 rokov by sa mal ich povinný diel rovnať zákonnému dedičskému podielu, maloletým potomkom od 12 rokov do 18 rokov veku by mohol ich povinný diel predstavovať tri štvrtiny ich zákonného dedičského podielu. Toto členenie má oporu v argumentoch, ktoré poukazujú na rýchlejšie dospievanie mládeže, u maloletých vo veku nad 12 rokov možno predpokladať naplnenie niektorých dôvodov na vydedenie. Zmenená sociálna a demografická štruktúra spoločnosti takisto podporuje názory, aby za určitých podmienok mali nárok na povinný diel aj rodičia poručiteľa. Pribúda bezdetných manželstiev, zvyšuje sa priemerný vek dožitia seniorov, dochádza k pomalému, ale neodvratnému odbúraniu sociálneho štátu, vzájomná odkázanosť na pomoc v rámci rodiny sa bude zvyšovať. Bolo by v tomto prípade vhodné vrátiť sa k riešeniu, ktoré poznal Občiansky zákonník z roku 1950.

Ak poručiteľ v závete vynechá neopomenuteľného dediča, vynára sa otázka, ako riešiť problematiku platnosti závetu v tejto časti, či by mal byť závet v tej časti automaticky neplatný, alebo nie. Jedna možnosť úpravy je, že nárok na povinný diel by nemal predstavovať nárok na dedičský podiel, a tak opomenutý neopomenuteľný dedič nebude mať postavenie dediča, ale bude mať len nárok na vyplatenie povinného dielu v peniazoch, čím sa opomenutý neopomenuteľný dedič dostane do postavenia veriteľa závetných dedičov. Závet by sa nestal v tejto časti neplatný. Takáto úprava by však v praxi spôsobovala problémy a ťažkosti pri vyplatení peňažnej pohľadávky. Vhodnejšia by sa javila úprava, na základe ktorej môže byť povinný diel zostavený v akejkoľvek podobe, opomenutému neopomenuteľnému dedičovi zostane postavenie „nutného“ dediča, bude patriť do okruhu spoludedičov, toto postavenie mu dáva viac výhod ako postavenie veriteľa dedičov. Takisto pre ostatných dedičov to bude viac možností, akým

spôsobom sa vyrovnajú s týmto „nutným“ dedičom. Tak by tá časť závetu, kde je neopomenuteľný dedič opomenutý o svoj povinný diel, bola neplatná.

Samotný inštitút vydedenia je argumentom na podporu povinného dielu a neopomenuteľného dediča. Zákon poskytuje týmto inštitútom prostriedok, ako práva neopomenuteľných dedičov skrátiť, prípadne úplne vylúčiť. Priamo v zákone by bolo vhodné upraviť možnosť čiastočného vydedenia, skrátenia povinného dielu neopomenuteľného dediča. Tým sa vylúčia možné spory, či vôbec zákon čiastočné vydedenie pripúšťa. Základná úprava dôvodov vydedenia by mohla ostať obdobne, ako ich pozná súčasná právna úprava, avšak precíznejšie formulované, neumožňujúce spochybnenie vôle poručiťela. Nie je predpoklad ani žiadny veľmi závažný dôvod zásadne rozširovať, prípadne meniť dôvody vydedenia. Pri dôvode odsúdenia za úmyselný trestný čin by bolo vhodné sa inšpirovať úpravou v NOZ, aby odsúdenie za akýkoľvek úmyselný trestný čin nebol zákonným dôvodom na vydedenie, ale len taký zločinný čin neopomenuteľného dediča, ktorý môže mať priamy súvis a vplyv na poručiťela. V prípade povinnosti uvádzať dôvody vydedenia v listine o vydedení sa prikláňam k záveru, že táto povinnosť by mala ostať v zákone zachovaná, tak ako je to v súčasnej právnej úprave. Avšak v prípade povinnosti bližšie skutkovo rozviesť tieto dôvody v listine o vydedení je potrebné postupovať opatrnejšie, to by malo ostať na vôle poručiťela, pokiaľ si neželá bližšie rozvádzať dôvody vydedenia v listine o vydedení, malo by sa jeho rozhodnutie rešpektovať, nemal by ho zákon k tomu nútiť. Tak ako to obsahuje maďarská právna úprava, by bolo vhodné zapracovať interpretačné pravidlo, ako vykladať vôľu poručiťela v závete (v listine o vydedení).

Celková úprava dedičského práva by mala sledovať cieľ rešpektovať vôľu poručiťela. V nadväznosti na to bude nutná taká úprava povinného dielu, ktorá bude tento cieľ rešpektovať, avšak zároveň zabezpečiť spravodlivú ochranu práv neopomenuteľných dedičov.

Summary

Disinheritance (exheredatio) is a legal institute already known from Roman law. In this contribution, author is engaged in research of this institute and his legal modifications on the territory of Slovakia since the mid-nineteenth century up to the present, the relationship of the institute of disinheritance to the legal provision of the mandatory share. Shortly points to regulation of this institute in new recodification of substantive civil law in the Czech republic and Hungary. At the same time indicates possible direction of regulation of disinheritance under the recodification of substantive civil law in the Slovak republic.

Zoznam použitej literatúry

- Jan Lazar a kol., Občianske právo hmotné, 3. vydanie, Bratislava, IURA EDITION, 2006, ISBN 80-8078-084-6
- Karel Eliáš a kol., Občianský zákoník, Velký akademický komentář, 1. vydanie, Praha, Linde Praha, 2008, ISBN 978-80-7201-687-7
- Dr. František Rouček – Dr. Jaromír Sedláček, Komentář k československému občenskému Zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské rusi, 1. vydanie, Praha, V. Linhart, 1936, ISBN 80-85963-74-4
- Prof. JUDr. Dušan Hendrych a kol., Právnícký slovník, 2. vydanie, Praha, C.H. Beck, 2003, ISBN 80-7179-740-5
- Jiří Mikeš a kol., Notářský řád – komentář, 1. vydanie, Praha, Orbis, 1969, 11-068-69
- Imrich Fekete, Občiansky zákonník – komentár, 1. vydanie, Bratislava, Ing. Miroslav Mračko, 2007, ISBN 978-80-8057-688-2
- O. Jehlička, J. Švestka, M. Škárová a kol., Občianský zákonník – komentář, Praha, C.H. Beck, 1994, ISBN 80-7179-339-6
- Jaromír Svoboda a kol., Občianský zákonník – komentár, Bratislava, Eurounion, 1996, ISBN 80-85568-64-0
- Jaroslav Krajčo a kol., Občiansky súdny poriadok – komentár, Bratislava, Eurounion, 2006, ISBN 80-88984-89-0
- Karol Plank a kol., Občianske právo s vysvetlivkami, Bratislava, IURA EDITION, 1996, ISBN 80-88715-07-5

- Václav Nesrovnal a kol., Občianske právo s vysvetlivkami, Bratislava, IURA EDI-TION, 1996, 1997, ISBN 80-88715-07-5
- V. Fajnor, A. Zátorecký, Nástin súkromného práva, Bratislava, Heuréka, 1998, ISBN 80-967-653-4-5
- Jaroslav Bičovský, Milan Holub, Občanský zákoník a předpisy souvisící, Panorama Praha 1984, 11-080-84-01
- Vékás Lajos, Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez, Complex Kiadó Jogi és Üzleti Tartalomszolgáltató Kft., Budapest 2008, ISBN 978 963 224 937 7

AKTUÁLNE OTÁZKY UZAVRETIA MANŽELSTVA

GABRIELA KUBÍČKOVÁ

Abstrakt: Autorka sa v príspevku zameriava na aktuálne problémy týkajúce sa právnej úpravy uzavretia manželstva, pričom zaujíma kritický postoj k neustálym zmenám v právnych predpisoch, ktoré spôsobujú neprehľadnosť v právnom poriadku. V tomto kontexte negatívne hodnotí aj prijatie nového zákona o rodine v roku 2005, najmä v súvislosti s prácami na novom Občianskom zákonníku, keďže konštatuje, že v skúmanej problematike nepriniesol koncepčné zmeny. Jadro príspevku je analýza platnej právnej úpravy uzavretia manželstva v zákone o rodine, a to najmä v kontexte pojmu „súhlasné vyhlásenie“, pričom autorka poukazuje na jeho interpretačné a aplikačné problémy a skúma, ako posúdiť situáciu, keď snúbenec nie je schopný prejavíť vôľu ústne, ale ju prejaví inak, napr. mimikou tváre. V neposlednom rade sa autorka zaoberá formami uzavretia manželstva a poukazuje najmä na nevhodnú formuláciu pri občianskej forme uzavretia manželstva, ktorá nie je v súlade s predpismi verejného práva.

Kľúčové slová: uzavretie manželstva, manželský súhlas, občianska forma, matricný úrad, cirkevná forma

1. Právna konštrukcia uzavretia manželstva – stručný vývoj

Právna konštrukcia uzavretia manželstva je jednoduchá. Spočíva na manželskom konsenze a dodržaní presne stanovenej formy.¹ Manželstvo sa uzaviera tak, že muž a žena pred určenou úradnou autoritou prejavia súhlas, že spolu vstupujú do manželstva. Takýto spôsob uzavretia manželstva zaviedlo na európskom kontinente cirkevné

1 Po prvý raz sa kanonická forma uzavretia manželstva objavuje v Dekréte „Tametsi“ Tridentského koncilu z 11. novembra 1563. Len pomaly a postupne sa presadzovala ako pravidlo pre univerzálnu Cirkev. Pozri bližšie Duda, J.: Katolícke manželské právo. Spišské Podhradie: Kňazský seminár J. Vojtaššáka, Spišská Kapitula 1996. s. 203 a nasl.

právo, ktorého pravidlá po stáročia určovali a ovplyvňovali manželské a rodinné vzťahy. Prevzalo ho aj štátne zákonodarstvo, ktoré v európskych krajinách v rozličných časových obdobiach vytláčalo cirkevnú jurisdikciu v manželských veciach. V štátnych útvároch, kde cirkev mala silné postavenie, sa často prijalo kompromisné riešenie – občianske právne predpisy síce regulovali manželstvo, ale úradnou autoritou, pred ktorou sa manželstvo uzavieralo, bol cirkevný úrad. Typickým príkladom takéhoto riešenia bol všeobecný občiansky zákonník rakúsky z roku 1811. Na území Slovenska sa štátna regulácia uzavretia manželstvo presadila na konci 19. storočia, prijatím (uhorského) zákonného článku XXXI/1894 o manželskom práve, podľa ktorého sa manželstvo uzavieralo výlučne pred štátnym matrikárom (§ 39 cit. zák. čl.). Do tohto právneho stavu zasiahla manželská novela (zák. č. 320/1919 Sb.)², ktorá zaviedla (aj pre Slovensko) fakultatívnu formu uzavretia manželstva – občiansku alebo cirkevnú. Dôsledok politických zmien v roku 1948 spočíval, okrem iného, v zakotvení obligatórnej občianskej formy uzavretia manželstva v zákone o rodinnom práve č.265/1949 Zb. Nasledujúci Zákon o rodine č. 94/1963 Zb. na tomto princípe zotrval. Obrat nastal po roku 1989, keď bola novelizáciou Zákona o rodine (zák.č. 234/1992 Zb.) znovu zakotvená ako fakultatívna, aj cirkevná forma uzavretia manželstva. Tento stav zachoval aj posledný Zákon o rodine č. 36/2005 Z. z..

Pohľad do európskych právnych úprav ukazuje, že žiadna nerezignovala na súčinnosť úradnej autority pri uzavretí manželstva.³ V nie-

2 Výraz manželská novela sa zaužíval ako skratka na označenie zákona z 22. mája 1919, č. 320 Sb., ktorým sa menia ustanovenia občianskeho práva o obradnostiach zmluvy manželskej, rozluke a o prekážkach manželstva.

3 So zaujímavou poznámkou som sa stretla v práci známeho československého familiaristu J. Haderku, ktorý v súvislosti so srbským zákonom o manželstve a rodinných vzťahoch z roku 1980 uvádza : „...pri diskusii nad návrhom tohto zákona bola vo vzťahu k uzavieraniu manželstva debata o tom, či nemá byť upustené od požiadavky prítomnosti predstavitela správneho orgánu a od požiadavky prítomnosti dvoch svedkov a či manželstvo nemá byť uzavierané len úplne prostým zá-

ktorých je predpísaná výlučne len súčinnosť občianskeho úradu (napr. Nemecko, Belgicko, Rakúsko, Holandsko), v iných je daná na výber občianska aj cirkevná forma (napr. Španielsko, Taliansko, Poľsko, Veľká Británia, škandinávské štáty), a len zriedkavo je zachovaná obligatórna cirkevná forma (napr. Malta, Cyperská republika).

2. Niekoľko poznámok k novému zákonu o rodine

Aj veľa „práva“ právu škodí. Vznikne problém – zmeníme zákon. Namiesto toho, aby právny poriadok dostával ucelený tvar a systém, stáva sa neprehľadným. Už vyše dvadsať rokov sa u nás neustále menia právne predpisy a prijímajú nové. Sú čoraz viac kauzistické, často zamerané len na úzky predmet vlastnej úpravy, nevšímajúc si jeho väzbu a spätosť s inými právnymi predpismi. Príkladom je aj nový zákon o rodine z roku 2005, ktorý – hoci nie je účinný ešte ani desať rokov – bol už viackrát novelizovaný a ďalšia novela sa pripravuje. Doposiaľ som hlboko presvedčená, že nový zákon o rodine nebol potrebný, najmä v čase, keď prebiehajú intenzívne práce na novom občianskom zákonníku. Na prípadnú námietku o časovom horizonte jeho prijatia možno povedať len toľko, že nie všetky zmeny, ktoré priniesol nový zákon o rodine, boli také potrebné, že by nezniesli odklad, a na tie, kde sa zmena vyžadovala, stačila rozsiahlejšia novela zákona o rodi-

pisom do matriky bez sobášneho obradu. Táto požiadavka bola motivovaná tým, že je vraj treba rešpektovať prípady, keď budúci manželia sú už v pokročilejšom veku alebo manželstvo neuzatvárajú po prvý raz a neprajú si žiadnu publicitu. Doterajšia forma svojou verejnosťou a slávnosťou vraj niekedy odrádza od uzavierania manželstva a podnecuje „divoké manželstvá“. Tieto tendencie sa však odmietli.“ Pozri Haderka, J.: *Rozvod v súčasnom svete*. Díl první. Sovětský svaz a evropské socialistické státy. Příručky Ministerstva spravedlnosti ČSR. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČSR, 1986. s. 145. Pozri tiež *Dohovor o súhlase k manželstvu, najnižšom veku pre uzavretie manželstva a registrácii manželstva*, New York 1962 (vyhl. č. 124/1968 Zb.).

ne z roku 1963. O takomto riešení pôvodne uvažovalo aj ministerstvo spravodlivosti, pretože v Pláne legislatívnych úloh vlády SR na rok 2004 SR malo úlohu vypracovať novelu zákona č.94/1963 Zb. o rodine v znení neskorších predpisov. V tejto intencii ministerstvo zrejme aj pracovalo, pretože vo všeobecnej časti dôvodovej správy návrhu zákona o rodine sa píše o vzniknutej „potrebe pripraviť návrh novely zákona a rodine“, a vzápätí o potrebe nového zákona, pretože „rozsah navrhovaných zmien prekročil možnosti priamej novelizácie zákona a vyžiadal si zmeniť nielen pôvodnú systematiku, ale i prijatie nového zákona“. Túto protirečivosť pravdepodobne vyvolal stres a najmä krátkosť času, ktorú pracovníci ministerstva na prípravu návrhu nového zákona dostali.

Na otázku, aké zásadné zmeny priniesol nový zákon o rodine v prvej hlave prvej časti o vzniku manželstva (§ 1 až § 8), je odpoveď jednoduchá. Nijaké, ak medzi ne nepočítame definíciu manželstva, vymedzenie jeho účelu, zavedenie legislatívnej skratky „snúbenci“ či určenie orgánu, pred ktorým sa uzaviera manželstvo, ktoré vyplýva zo zmien v príslušných predpisoch verejného práva. K zásadnejšej zmene došlo v druhej hlave prvej časti upravujúcej okolnosti vylučujúce uzavretie manželstva (§ 9 až § 17). Zákon pod tento pojem zahrnul jednak okolnosti, ktoré majú vplyv na platnosť manželstva, a jednak tie, ktoré majú vplyv na vznik manželstva. Do prvej skupiny zaradil dovtedajšie okolnosti vylučujúce uzavretie manželstva, ktoré prevzal z predchádzajúceho zákona o rodine (bigamia, príbuzenstvo...), a nové, ktoré sa týkajú väd vo vyhlásení o uzavretí manželstva. Do druhej skupiny zaradil tie, ktoré spôsobujú neexistenciu manželstva. Ich výpočet však vzbudzuje pochybnosti. Je skutočne nedodržanie príkazu o miestnej príslušnosti matričného úradu pri uzavretí manželstva také spoločensky závažné, že manželstvo nevznikne?

3. Súhlasné vyhlásenie snúbencov, že spolu vstupujú do manželstva

Základom vzniku manželstva je vôľa snúbencov vstúpiť spolu do manželstva prejavená navonok. Pre tento prejav vôle právny poriadok používa rozličné pomenovanie. Keďže história je poučná a je nevyčerpateľným zdrojom poznatkov a inšpirácií, pozrime sa na starší právny text. Podľa uhorského zákona o manželskom práve sa manželstvo uzavieralo tak, že obaja snúbenci spoločne prítomní pred úradne činným matrikárom v prítomnosti dvoch svedkov osobne vyhlásili, že chcú uzavrieť manželstvo (§ 39 ods. 1 zák. čl. XXXI o manželskom práve v znení neskorších predpisov).⁴

V súvislosti so zmenou vo forme uzavretia manželstva (na výber daná občianska alebo cirkevná), ktorú priniesla manželská novela v roku 1919 príslušné ustanovenia zákona o manželskom práve, ktoré pojednávali o občianskej forme, boli nahradené ustanoveniami nového zákona. Aj na Slovensku začal platiť § 1 manželskej novely, podľa ktorého k platnosti manželstva požadujú sa ohlásky a slávnostne urobené privolenie k manželstvu, a to buď občianske, alebo cirkevné. V prípade občianskej formy začal platiť § 8 manželskej novely, ktorý ustanovil, že privolenie k manželstvu sa vyhlasuje na Slovensku pred matrikárom, v prítomnosti dvoch svedkov a prísažného zapisovateľa

V poradí ďalší rodinnoprávny predpis bol zákon o rodinnom práve č.265/1949 Zb. Podľa § 1 manželstvo sa uzaviera súhlasným vyhlásením muža a ženy pred miestnym národným výborom, že spolu vstupujú do manželstva. Citované ustanovenie dopĺňala prvá veta § 4, podľa ktorej manželstvo sa uzaviera verejne a slávnostným spôsobom v prítomnosti dvoch svedkov.

4 Text som prevzala z publikácie *Platné manželskoprávne zákony a nariadenia*. Zostavil ju Župný úrad v Bratislave, vydalo Nakladateľstvo Academia, Bratislava 1924.

Zákon o rodine č. 94/1963 Zb. v podstate spojil uvedené dve ustanovenia do jedného. V zmysle § 2 manželstvo sa uzaviera súhlasným vyhlásením muža a ženy pred orgánom štátu, že spolu vstupujú do manželstva, a to verejne a slávnostným spôsobom, v prítomnosti dvoch svedkov. Novelizáciou zákona o rodine, uskutočnenou zákonom č. 234/1992 Zb., sa ustanovenie § 2 zmenilo tak, že manželstvo sa uzaviera súhlasným vyhlásením muža a ženy pred orgánom štátu alebo orgánom cirkvi alebo náboženskej spoločnosti, že spolu vstupujú do manželstva, a to verejne a slávnostným spôsobom v prítomnosti dvoch svedkov.

Platný zákon o rodine č.36/2005 Z. z. v ustanovení § 2 píše, že manželstvo sa uzaviera súhlasným vyhlásením snúbencov pred orgánom obce alebo mestskej časti, ktorá vedie matriku alebo pred orgánom registrovanej cirkvi alebo náboženskej spoločnosti. Snúbenci verejne a slávnostným spôsobom v prítomnosti dvoch svedkov vyhlásia, že uzavierajú manželstvo.

Z prehľadu možno vyvodit', že snúbenci musia byť súčasne prítomní a prejav vôle o vstupe do manželstva musia urobiť osobne (okrem prípadu zastúpenia). Z hľadiska práva je prejav vôle o vstupe do manželstva právnym úkonom. Akým spôsobom ho snúbenci majú vyjadriť? Obsah pojmu „vyhlásenie“ naznačuje, že má ísť o ústny prejav, t. j. vyjadrený slovami.

Ako postupovať v prípade, ak je snúbenec nemý alebo hluchonemý? Hoci zákon o rodine ani zákon o matrikách nemá výslovnú úpravu, nepredpokladám v matričnej praxi osobitné problémy. Vzhľadom na viac ako storočnú tradíciu vedenia štátnych matrik na území Slovenska založenú uhorským zák. čl. XXXIII/1894 v znení zák. čl. XXXVI/1904⁵ a k tomu vydaných uhorských matričných úprav sú pravidlá

5 Zákonný článok č. XXXIII/1894 o štátnych matrikách nadobudol účinnosť 1. októbra 1895 spolu so zákonným článkom č.XXXI/1894 o manželskom práve. Potreba jeho prijatie vznikla v súvislosti so zavedením obligatórnej občianskej formy uzavretia manželstva.

ustálené a striedajúce sa generácie matrikárov si skúsenosti odovzdávajú.⁶ Použije sa tlmočník, ktorého úlohou je preložiť vyjadrenie snúbenca do reči, ktorej rozumie sobášiaci orgán.⁷

Ťažšie sa hľadá odpoveď, ako postupovať a posúdiť situáciu, ak snúbenec nie je nemý ani hluchonemý, ale nemôže prejavíť svoju vôľu slovami. K tejto otázke ma inšpiroval nedávno medializovaný prípad: Smrteľne chorý muž prejavil svoju vôľu vstúpiť do manželstva žmurknutím očí. Po formálnej stránke akt uzavretia manželstva sa uskutočnil podľa zákonných ustanovení. Snúbenec urobil prejav pred príslušnou starostkou, v prítomnosti dvoch svedkov a matrikárky. Zhrátko na to, muž (už manžel) zomrel. Do prípadu sa s vehemenciou pustila jeho jediné dieťa, dcéra. Bolo to pochopiteľné. Ak by jej otec nebol uzavrel manželstvo, bola by jedinou dedičkou celého majetku (a najmä rodinného domčeku) ona. Keďže otec uzavrel manželstvo, do dedičstva po ňom vstupovala popri dcére aj jeho manželka.

-
- 6 Spôsob uzavierania manželstva nemých a hluchonemých upravovala Matričná úprava: nariadenie ministerstva spravodlivosti pod. č. 20000 –1906. M. S. o ohláskach, o uzavieraní manželstva a o matrikovaní. Pozri dielo cit. v pozn. 4, s. 158. Podľa tam upraveného postupu pokračovala matričná prax aj po roku 1948. V jednej z príručiek som našla takéto usmernenie: Ak je snúbenec nemý alebo hluchonemý alebo jeho reči sobášiaci orgán... nerozumie, treba k sobášu pribrať tlmočníka: ním môže byť buď súdny tlmočník, alebo, ak by to bolo spojené s ťažkosťami, i člen rodiny alebo iná dôveryhodná osoba. Aby sa však náklady konania nezvyšovali, treba predovšetkým u nemých a hluchonemých snúbencov zistiť, či vedia písať a čítať. V tom prípade odpadá potreba pribrať tlmočníka, nakoľko sobášiaci a snúbenec sa môžu dohovoriť písomne a to tak, že sobášiaci dáva otázky snúbencovi najprv ústne a potom hneď písomne a snúbenec odpovedá na ne tiež písomne. Ak nemý alebo hluchonemý snúbenec písať a čítať nevie, alebo ak by išlo o snúbenca, ktorého reči sobášiaci nerozumie, treba pribrať tlmočníka, ktorý sprostredkuje dorozumenie medzi sobášiacim a snúbencom a opačne. In: Kolektív pracovníkov Povereníctva vnútra. *Príručka matričného a manželského práva*. Tatran, Bratislava 1952, s.195.
- 7 V tomto prípade možno analogicky použiť ustanovenie § 17 ods. 4 zákona o matrikách č.154/1994 Z. z. v znení neskorších predpisov, ktoré upravuje postup pri oznámení narodenia dieťaťa.

Vychádzajúc z ustanovenia § 110 zákona o rodine treba v tomto prípade použiť ustanovenia Občianskeho zákonníka o právnych úkonoch. Z ustanovenia § 35 Občianskeho zákonníka vyplýva, že prejav vôle sa môže stať výslovne alebo iným spôsobom nevzbudzujúcim pochybnosti o tom, čo chcel účastník prejať (konkludentne). V odseku 3 citovaného ustanovenia sa píše, že ak boli právne úkony vyjadrené inak než slovami, tak sa vykladajú podľa toho, čo spôsob ich vyjadrenia obvykle znamená. Pritom sa prihliada na vôľu toho, kto právny úkon urobil, a chráni sa dobromyseľnosť toho, komu bol právny úkon určený.

Používajúc učebnicovú literatúru⁸ pri výslovnom prejave vôle sa ako vyjadrovací prostriedok používa reč. Môže ísť o reč hovorenú (otvorenú; posunkovú, to by bol prípad nemého alebo hluchonemého snúbenca) alebo písanú. Konkludentným prejavom vôle sa rozumie prejav vôle urobený konkludentnými činmi. Je to taký prejav, ktorý nemá znaky výslovného prejavu, ale vyjadruje vôľu konajúceho takým spôsobom, že so zreteľom na všetky okolnosti prípadu niet pochybností o tom, že ide o prejav vôle a aký je jeho obsah.

V intenciách tohto výkladu žmurknutie očami nemožno považovať za výslovný prejav vôle. Možno uvažovať o tom, či je to konkludentný prejav vôle a či vôbec možno v danom prípade aplikovať príslušné ustanovenia občianskeho zákonníka (§ 35 ods. 3), keďže zákon o rodine píše o „vyhlásení“. Podľa môjho názoru, prejav vôle urobený žmurknutím očí nemožno subsumovať pod pojem „vyhlásenie“. Ale ak by sme aj pripustili širší výklad a za „vyhlásenie“ by sme považovali aj prejav vôle urobený iným spôsobom nevzbudzujúcim pochybnosti o tom, čo chcel účastník prejať, myslím si, že žmurknutie očí pri uzavretí manželstva (vzhľadom na závažnosť právnych následkov) nie je presvedčivým a kvalifikovaným prejavom vôle. Pravda, ak by došlo k sporu, táto otázka by bola predmetom dokazovania, kde by sa posudzovali všetky okolnosti konkrétneho prípadu. A dostávame sa k zá-

8 Lazar, J. a kol.: *Občianske právo hmotné*. 1. zväzok. Bratislava: IURIS LIBRI, 2014. s. 115 a nasl.

sadnej otázke, ktorú trápi dcéru. Chce spochybniť vznik manželstva. Žiaľ, platná právna úprava jej nedáva právo podať návrh na určenie, že tu manželstvo nie je. Rozhodovanie o osobnom stave je statusovou záležitosťou, ktorá patrí do právomoci súdu. Občiansky súdny poriadok rozlišuje – zjednodušene povedané – konania, ktoré možno začať na návrh, a konania, ktoré možno začať aj bez návrhu. V zmysle § 80 písm. a) návrhom na začatie konania možno uplatniť, aby sa rozhodlo o osobnom stave „...o neplatnosti manželstva, o určení, či tu manželstvo je, alebo nie je...“. Bez návrhu môže súd začať konanie len vo veciach presne uvedených v § 81 ods. 1 OSP a v ďalších veciach, len ak to pripúšťa zákon.

Pre dcéru by sa však situácia nezmenila ani v prípade, ak by sme uvažovali, že manželstvo vzniklo, a posudzovali by sme jeho neplatnosť podľa ustanovenia § 14 zákona o rodine, t. j. že vyhlásenie nebolo urobené zrozumiteľne. Súd o neplatnosti takéhoto manželstva rozhodne len na návrh ktoréhokoľvek manžela (§ 14 ods. 2 zákona o rodine).

Aj tento konkrétny prípad ukazuje, že v pripravovanom Občianskom zákonníku treba starostlivo zvážiť, či zachovať doterajšiu formuláciu „súhlasné vyhlásenie“ alebo pripraviť inú. Zradnosť niekedy tkvie v tom, že niektoré pravidlá sú také ustálené a terminológia taká vžitá, že pri bežnom používaní si človek ani možnú nejednoznačnosť neuvedomuje.

4. Forma uzavretia manželstva

Ďalším nevyhnutným predpokladom vzniku manželstva je, aby prejav vôle snúbencov o tom, že spolu vstupujú do manželstva, bol urobený pred na to určeným orgánom. Zákon o rodine pozná obidve formy – občiansku aj cirkevnú.

Pri občianskej forme uzavretia manželstva formulácie použité v zákone o rodine nie sú vhodne zvolené. Podľa mojej mienky ustanovenie

§ 2, ktoré znie tak, že „manželstvo sa uzaviera súhlasným vyhlásením snúbencov pred orgánom obce alebo mestskej časti, ktorá vedie matriku (ďalej len matričný úrad)“, nie je jednoznačná. Ba dokonca, ak sa použije legislatívna skratka, vznikne absolútne máťuce slovné spojenie „orgán matričného úradu“. Na tomto fakte nemení nič ani nadväzujúce a spresňujúce ustanovenie § 4 ods. 1 zákona o rodine, podľa ktorého „vyhlásenie o uzavretí manželstva urobia snúbenci na matričnom úrade... pred starostom alebo primátorom... alebo povereným poslancom obecného zastupiteľstva alebo mestského zastupiteľstva...“. Medzi matričným úradom a poslancom nie je žiadna funkčná väzba. Z logiky veci vyplýva, že nie je možné urobiť vyhlásenie o vstupe do manželstva súčasne aj na matričnom úrade, aj pred poslancom. So zreteľom na poslancu, pred ktorým sa manželstvo uzaviera, je okrem toho otázne, či je ustanovenie § 2 zákona o rodine, ktoré hovorí o „orgáne obce“, v kontexte s úpravou zákona č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov vecne správne. V zmysle uvedeneho zákona je orgánom obce obecné zastupiteľstvo, a nie poslanec. Treba brať do úvahy, že zákon o rodine v prípade uzavretia manželstva vymedzil pôsobnosť poslanca jeho funkciou, a nie neosobne kolektívou orgánu, t. j. obecného zastupiteľstva.

Uzavretie manželstva je statusovou vecou. Je preto nevyhnutné už v úvodnom ustanovení presne určiť subjekt, pred ktorým sa uzaviera manželstvo. V zmysle platnej právnej úpravy je to starosta (primátor) alebo poslanec obecného (mestského) zastupiteľstva. Tieto slová sú každému zrozumiteľné a nevyvolávajú výkladové problémy. Nie je rozumný dôvod kŕčovite sa pridŕžať pojmu „orgán“ v prípadoch, ak to nie je potrebné a vytvárať krkolomné formulácie.

Vzhľadom na to, že v právnej úprave uzavretia manželstva sa prelínajú normy súkromného práva a aj verejného práva, najmä predpisy týkajúce sa orgánov štátnej správy a samosprávy a ich kompetencií, ako aj matričné predpisy, treba starostlivo skúmať ich väzby a vplyv zmien v jednej oblasti na druhú. Treba najmä rozlíšiť veci, ktoré sú z hľadiska súkromného práva pri uzavretí manželstva také zásadné, že

ich úpravu musí obsahovať súkromnoprávny predpis, a tie, ktoré majú byť predmetom úpravy matričných predpisov. Vyhneme sa zároveň aj prípadnej duplicitě, ako je to napríklad v uložení povinnosti cirkevnému úradu doručiť do troch pracovných dní zápisnicu o uzavretí manželstva príslušnému matričnému úradu. Rovnakú úpravu obsahuje zákon o rodine v § 5 ods.4 a aj zákon o matrikách v § 27 ods.7.

Summary

The contribution focuses on topical issues relating to the legislation concerning the solemnization of marriage. It is divided into four parts. In the introduction author is critical of constant change in the law because causing opacity in the legal order. In this context adoption of new Family Act in 2005, particularly in connection with work on the new Civil Code is also perceived negative. Family Act did not produce a conceptual change. The second part discusses of the legal structure of solemnization of marriage and its fundamental principles, consensual statement and forms of solemnization of marriage. These are principles which originate from canonical law and adopted over their later civil legal regulation in Europe. They differ only in that some regulations adopt temporal form as an obligatory, in others are optional forms of contracting a marriage - temporal or religious, and only exceptionally is that regulation which allows only the religious form of solemnization of marriage.

The core of the article concentrates on the valid legislation of solemnization of marriage in family law. The author discusses of the concept of „a consensual statement“ and indicates the interpretation and application problems. Examines how to assess the situation when the spouse is not able to exert the will orally, but the will declare otherwise, such as facial expressions. Is it this declaration of will legal relevant?

In the third and fourth parts the author deals with question about forms of solemnization of marriage. The author refers in particular to inappropriate formulation at legal regulation of the temporal form of solemnization of marriage, which is not total in accordance with the rules of public law.

Literatúra

- Duda, J.: *Katolícke manželské právo*. Spišské Podhradie: Kňazský seminár J. Vojtaššáka, Spišská Kapitula 1996.
- Haderka, J.: *Rozvod v súčasnom svete*. Díl první. Sovětský svaz a evropské socialistické státy. Příručky Ministerstva spravedlnosti ČSR. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČSR, 1986.
- Lazar, J. a kol.: *Občianske právo hmotné*. 1. zväzok. Bratislava: IURIS LIBRI, 2014.
- Kolektív pracovníkov Povereníctva vnútra. *Príručka matričného a manželského práva*. Bratislava: Tatran, 1952.
- Dohovor o súhlase k manželstvu, najnižšom veku pre uzavretie manželstva a registrácii manželstva*, New York, 1962 (vyhl. Č. 124/1968 Zb.).
- Platné manželskoprávne zákony a nariadenia*. Župný úrad v Bratislave, Nakladateľstvo Academia, Bratislava 1924.

PRACOVNÁ ZMLUVA A JEJ METAMORFÓZY V NOVODOBÝCH DEJINÁCH

MIRIAM LACLAVÍKOVÁ – ANDREA OLŠOVSKÁ

Abstrakt: Príspevok analyzuje vývoj právnej úpravy pracovnej zmluvy v širších historicko-právnych súvislostiach od obdobia druhej polovice 19. storočia po súčasnosť. Pozornosť je osobitne venovaná najmä podstatným obsahovým náležitostiam pracovnej zmluvy a ich premenám v danom historickom období.

Kľúčové slová: pracovná zmluva, Zákonník práce, pracovnoprávny vzťah, náležitosti pracovnej zmluvy

Úvod

V právnych vzťahoch súkromného práva nachádzame uplatnenie *zásady dispozičnej súkromnej autonómie subjektov* a *zásady rovnosti* s tým, že súkromná autonómia subjektov sa prejavuje ako vlastnícka sloboda, sloboda tvorby a zmluvná sloboda.¹ Jedným z najdôležitejších prejavov slobody v právnom zmysle je práve princíp zmluvnosti. Zmluvný princíp tvorí základ súkromnoprávnej **úpravy** pracovného práva a súčasne vyjadruje časť slobody zmluvných strán a ich zmluvnej autonómie. Právna úprava princípu zmluvnosti je v oblasti pracovného práva vymedzená pozitívne a negatívne.² *Negatívne* vymedzenie princípu zmluvnosti spočíva v zákaze nútenej práce zakotvenej

-
- 1 LAZAR, J.: Vztah občianskeho, obchodného a pracovného práva s osobitným zreteľom na záväzky zo zmlúv. In: *Otázky kodifikácie súkromného práva*. Bratislava, Iura edition, 2006, s. 72.
 - 2 GREGOROVÁ, Z.: Smluvní princip a innominátní smlouvy v pracovním právu. In: *Smluvní princip a jeho příjevy v individuálním pracovním právu* (sborník). Brno, MU, 1994, s. 46 – 47.

v čl. 18 Ústavy Slovenskej republiky. *Pozitívne* vymedzenie princípu zmluvnosti vyjadruje **článok 2 Zákonníka práce, podľa ktorého pracovnoprávne vzťahy podľa Zákonníka práce môžu vznikáť len so súhlasom fyzickej osoby a zamestnávateľa. Právny základ článku 2 Zákonníka práce sa odvíja od ústavného práva** garantujúceho osobnú slobodu, zakotveného v článku 17 Ústavy Slovenskej republiky.

Vychádzajúc z právneho stavu *de lege lata*, a to najmä zo zásady uzavretosti zmluvných typov zakotvenej v § 18 zákona č. 311/2001 Z. z. Zákonníka práce v znení neskorších predpisov (ďalej len „Zákonník práce“), v pracovnom práve **rozoznávame základné zmluvné typy, ktoré svojou právnou dôležitosťou zakladajú príslušný zmluvný pracovnoprávny vzťah (pracovná zmluva a dohody o prácach vykonávaných mimo pracovného pomeru) a ďalšie zmluvné typy, ktoré už založený a vzniknutý pracovnoprávny vzťah buď zabezpečujú, posilňujú, prehlbujú, menia, alebo ukončujú.** Rozsah zmluvných typov v pracovnom práve je podstatne užší než rozsah zmluvných typov v občianskom práve alebo v obchodnom práve a je determinovaný jednak počtom potenciálnych subjektov pracovného práva, účastníkov pracovnoprávných vzťahov, medzi ktorými má centrálny význam zamestnanec a zamestnávateľ, a jednak aj samotnou podstatou a povahou pracovného práva.

Zmluvná autonómia účastníkov pracovnoprávných vzťahov, ktorá vyplýva z princípu zmluvnosti, je taká široká, aký je široký rámec dispozitívnych ustanovení pracovnoprávných predpisov. Zmluvný princíp pracovného práva je podstatným spôsobom obmedzený verejnoprávnou časťou pracovného práva, ktorá sa premieta do pracovnoprávných predpisov, ako aj kogentnými ustanoveniami.

Právno-historický pohľad na formovanie inštitútu pracovnej zmluvy na území Slovenska

Formovanie odvetvia pracovného práva sa na našom území spája s obdobím novodobého („moderného“) práva obdobia konca 19. a začiatku 20. storočia³ v nadväznosti na európsky vývoj.⁴ Uhorská právna veda pred rokom 1848 pracovnú zmluvu zahŕňala pod zmluvu nájomnú (nájom služieb),⁵ s odčlenením nájomnej zmluvy vo význame nájmu veci (*locatio conductio rei*), pracovnej zmluvy (*locatio conductio operarum*) a zmluvy o dielo vzťahujúcej sa na výsledok pracovnej činnosti (*locatio conductio operis*).⁶ Potreba jasného oddlíšenia a definovania nájomnej zmluvy, pracovnej zmluvy a zmluvy o dielo rezonovala však aj v súdnej praxi nasledujúceho obdobia.⁷

- 3 Pozri bližšie: LACLAVÍKOVÁ, M.: Formovanie pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia na našom území začiatkom 20. storočia. In: MOSNÝ, P. et al.: *Právnohistorická realita sociálnej doktríny 20. storočia*. Kraków: Spolok Slovákov v Poľsku – Towarzystwo Słowaków w Polsce, 2013, s. 63 – 116.
- 4 Systém sociálneho zabezpečenia vytvorený za kancelára Otta von Bismarck spočíval na troch rozsiahlych právnych úpravách prijatých v 80. rokoch 19. storočia, konkrétne to boli zákon o nemocenskom poistení robotníkov z r. 1883, zákon o úrazovom poistení z r. 1884 a zákon o invalidnom a starobnom poistení z r. 1889. VYŠNÝ, P.: Sociálne zákonodarstvo Nemeckej ríše v Bismarckovej ére. In: MOSNÝ, P. et al.: *Právnohistorická realita sociálnej doktríny 20. storočia*. Kraków: Spolok Slovákov v Poľsku – Towarzystwo Słowaków w Polsce, 2013, s. 207 a n.
- 5 ŠORL, R.: *Pracovné zákonodarstvo na Slovensku v rokoch 1848 – 1918*. In: Stát a právo v letech 1848 – 1918 ve středoevropském kontextu: sborník příspěvků z mezinárodní konference, konané v Bratislavě 1. – 2. června 2006. SCHELLE, K. – VOJÁČEK, L. (eds.). Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 2007, s. 238. (Autor cituje Jung, J.: *Darstellung des ungarischen Privat-Rechtes*. Band 3. Wien 1818, s. 10.)
- 6 LUBY, Š.: *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. 2 vyd. Bratislava: Iura Edition, 2002, s. 491 – 493.
- 7 Zásadné rozhodnutie Kráľovskej Kúrie zo 14. februára 1911, č. I.G.257/1910 „Podľa tohoto obsahu práve označenej listiny sluší dohodu, v nej obsaženú, pokladať za zmluvu árendálnu; lebo tým, že niekto bez vlastného ďalšieho majetkového prispenia prenechá na určitý čas na požívanie niektoej nemovitosti k obrábaniu a pestova-

Pracovnú zmluvu (označovanú v období 19. – 20. storočia ako služobná zmluva) **v danom čase právna veda chápala ako zmluvný typ v rámci úpravy záväzkového práva.** Jej teoretická konštrukcia vychádzala v podstate z rovnováhy zmluvných strán.⁸ Až podstatné faktické narušenie tejto rovnováhy v smere k výraznému posilneniu pozície podnikateľa (podnikateľov) ako zamestnávateľov viedlo k úvahám o nutnosti stanoviť a určiť (aj cez kogentné normy) obsah pracovnej zmluvy (pracovné podmienky, pracovný čas, bezpečnosť a ochrana zdravia pri práci, ochrana osobitných skupín zamestnancov – ženy, mladiství, obmedzenie a až neskôr zákaz práce detí). Radikálna sociálna a ekonomická zmena, ku ktorej došlo v polovici 19. storočia, vytvorila stav ohrozujúci aj verejný (štátny) záujem;⁹ na jednej strane

niu plodín inej osobe za polovicu úrody, nevznikne zmluva pracovná, ale árendálna, právnej povahy ktorej sa neprieči, že pachtovným (nájomným – pozn.) je úplata, ktorá nie je určená v hotových peniazoch, ale určitou kvótou výnosu nemovitosti a inými dávkami, ktoré má ... plniť.“ Citované podľa: *Zásadné rozhodnutia býv. uh. kr. Kúrie (do 28. 10. 1918) a Najvyššieho súdu Československej republiky (do r. 1926) vo veciach občianskych z oboru práva súkromného platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi.* FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A. (eds.). Bratislava: Nákladom Právnickej Jednoty na Slovensku v Bratislave, 1927, s. 420 – 423.

- 8 Pripravovaná kodifikácia uhorského občianskeho práva zaradila pracovnú zmluvu medzi zmluvné typy záväzkového práva. Hoci kodifikácia nebola úspešná, definovanie pracovnej zmluvy a jej odlíšenie od nájomnej zmluvy a zmluvy o dielo malo spolu s ustálenou súdnou praxou zásadný vplyv na ďalší vývoj pracovnoprávných vzťahov. **Návrh uhorského občianskeho zákonníka z roku 1900 (§ 1600 – § 1625) definoval pracovnú zmluvu ako zmluvu, ktorou sa zamestnanec zaväzuje vykonávať služby v domácnosti, v hospodárstve alebo v obchode zamestnávateľa a zamestnávateľ sa zaväzuje platiť mzdu.** Úprava pracovnej zmluvy v predmetnom návrhu obsiahla všetky podstatné prvky úpravy pracovného vzťahu a obmedzila špecifiká pracovných podmienok v závislosti od druhu vykonávanej práce a dojednanej dĺžky pracovného pomeru. Porovnaj LACLAVÍKOVÁ, M. – ŠVECOVÁ, A.: *Pramene práva na území Slovenska II. (1790 – 1918)*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2012, s. 150 a ŠORL, R.: *Pracovné zákonodarstvo na Slovensku v rokoch 1848 – 1918*, s. 245 – 246.
- 9 ŠORL, R.: *Pracovné zákonodarstvo na Slovensku v rokoch 1848 – 1918*, s. 236. (Autor cituje Coing, H.: *Europäisches Privatrecht. Band II. 19. Jahrhundert.*

totiž vznikla ekonomicky (a aj právne) silná skupina zamestnávateľov, a na druhej strane sa vytvárala početná masa zamestnancov žijúcich často na okraji chudoby. Na nutnosť zásahov do takto chápanej (absolútnej) zmluvnej slobody pri pracovnej zmluve upozornil začiatkom 20. storočia aj Augustín Ráth, rektor Univerzity Komenského v rokoch 1921/1922: „Zákony zasahujú a ohraničujú aj iné právne dobré a statky – celkom tak dôležité ako je vlastníctvo, napr. sloboda smluvy je garantovaná všetkými občianskymi zákoníkami, a predsa dnes v individualistickom spoločenskom rádu ani jedno zákonodarstvo sa nerozpakovalo ohraničiť slobodu smluvnú čo sa týka pracovnej doby medzi zamestnávateľom a delníkom – a či už z dôvodov a v interese zachovania delníckej pracovnej sily a či z iných príčin: predpísalo maximum pracovnej doby, zabránilo práci detí pod istým vekom, zabránilo upotrebeniu zdraviu škodných látok, žiada hygienické opatrenia v továrňach, nariadilo nedelňý klid ... atd.“¹⁰

Prvou reakciou na minimálne požiadavky bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci (aspoň vo vzťahu k detskej práci) boli v Uhorsku kogentné pracovnoprávne ustanovenia obsiahnuté v tzv. **Wildnerových zákonoch o obchode z roku 1840**; najmä zák. čl. XVI/1840 o obchodníkoch a zák. čl. XVII/1840 o právnych pomeroch v továrňach. Typickým sa pre oblasť pracovného zákonodarstva nasledujúceho obdobia druhej polovice 19. storočia¹¹ stalo prijímanie čiastkových,

München 1989, s. 185 – 186). Pozri aj ŠORL, R.: Právna úprava pracovnej zmluvy na Slovensku v období I. ČSR. In: *Acta historico-iuridica Pilsnensia 2006*: zborník príspevků ze setkání pracovníků kateder právních dějin z České a Slovenské republiky: Plzeň 21. – 23. 9. 2006. Knoll, V. (ed.). Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2007, s. 235.

10 RÁTH, A.: Socializácia práva. In: *Právnik*, 60, 1921, s. 9 – 10.

11 Pozri bližšie aj LACLAVÍKOVÁ, M.: Modernizácia právneho poriadku a počiatky pracovnoprávnej úpravy (vývoj pracovného zákonodarstva na našom území do roku 1918). In: *Europeizácia a transnacionalizácia pracovných vzťahov*. (Zborník príspevkov z vedeckej konferencie konanej dňa 27. novembra 2009. OLŠOVSKÁ, A. (ed.). Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2009, s. 39 a n.

vzájomne nezávislých právnych predpisov vzťahujúcich sa na vymedzené pracovné činnosti¹² (líšiace sa od seba často len minimálne). Išlo o veľmi štruktúrovanú úpravu pracovnoprávnych vzťahov, ktorá síce pôsobila veľmi nekompaktne, avšak v praxi fungovala pomerne stabilne.¹³ Roztrieštená kazuistická úprava otvorila nové interpretačné možnosti pre právnu vedu a súdnu prax, a to aj vo vzťahu k teoretickému vymedzeniu pracovnej (služobnej) zmluvy.

Zákony z obdobia rakúsko-uhorského dualizmu (1867 – 1918) vychádzali z neformálnosti úpravy pracovnej zmluvy. Postupne však

12 Medzi uvedené právne normy patrili: zák. čl. XIII/1876 o úprave pomeru medzi čeladou a gazdom, o poľnohospodárskych robotníkoch a nádenníkoch, zák. čl. II/1898 o úprave právnych pomerov medzi zamestnávateľmi a poľnohospodárskymi robotníkmi; zák. čl. XLI/1899 o nádenníkoch a robotníkoch, zamestnaných pri vodných dielach, pri stavbe ciest a železníc; zák. čl. XLII/1899 o úprave právnych pomerov medzi podnikateľom mláťačky a pomocnými robotníkmi; zák. čl. XXVII/1900 o úprave právnych pomerov medzi statkárom a hospodárskym úradníkom; zák. čl. XXVIII/1900 o lesných robotníkoch; zák. čl. XXIX/1900 o úprave právnych pomerov medzi pestovateľmi tabaku a tabakovými záhradníkmi; zák. čl. XLV/1907 o úprave právneho pomeru medzi gazdom a poľnohospodárskou čeladou; zák. čl. XIV/1914 o tlači (úprava pracovného pomeru redaktorov a členov redakcie periodického časopisu); zák. čl. XVII/1914 o železničnom služobnom poriadku (zamestnanci súkromných železníc) a i. Charakter rámcovej všeobecnej úpravy mali: Obchodný zákon – zák. čl. XXXVII/1875; Živnostenský poriadok z roku 1872 (zák. čl. VIII/1872) a Živnostenský poriadok z roku 1884 (zák. čl. XVII/1884); Všeobecný bankský zákon č. 146/1854 r. z.. Pozri bližšie aj FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A.: *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatské Rusi so zreteľom aj na bankské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme (s príslušnými časťami návrhu čl. všeobecného zákonníka občianskeho, zhotoveného superrevíznou komisiou)*. III. vydanie pôvodného diela s judikatúrou siahajúcou do roku 1935. Šamorín: Heuréka, 1998, s. 319 – 320.

Výber z ustanovení textu jednotlivých zákonov pozri aj v LACLAVÍKOVÁ, M. – ŠVECOVÁ, A.: *Pramene práva na území Slovenska II. (1790 – 1918)*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2012, s. 435 – 462.

13 Aj s prihliadnutím na existenciu jedinej významnej novelizácie pracovnoprávnych predpisov z tohto obdobia.

vývoj v oblasti úpravy individuálnych pracovnoprávných vzťahov smeroval k stanoveniu prísnejších formálnych podmienok pre uzavretie pracovnej zmluvy a pre určité typy zmlúv (spravidla v prípade, ak čas uzavretia zmluvy nepripadol na deň začatia pracovnej činnosti) bola okrem písomnej predpisovaná aj kvalifikovaná notárska a svedecká forma.¹⁴ Nedodržanie formálnych náležitostí pri vzniku pracovnej zmluvy nespôsobovalo jej neplatnosť,¹⁵ ale vylučovalo uplatnenie zodpovednosti druhej zmluvnej strany prostredníctvom zjednodušeného administratívneho konania.¹⁶ Neuzavretie písomných pracovných zmlúv sa v praxi do istej mier „nahrádzalo“ verejnoprávnymi ustanoveniami o čeladných, služobných a pracovných knižkách a legitimáciách, v ktorých sa poznamenávali obligatórne náležitosti pracovných zmlúv.¹⁷ Osobitosťou boli aj tzv. hromadné pracovné zmluvy konštruované na báze spoločného a nerozdielneho záväzku skupiny zamestnancov vykonať istú prácu vo vzťahu k zamestnávateľovi (napr. v zák. čl. II/1898 o úprave právnych pomerov medzi zamestnávateľmi a poľnohospodárskymi robotníkmi a zák. čl. XXVIII/1900 o lesných robotníkoch). Medzi pravidelné náležitosti pracovných zmlúv tohto obdobia patrili druh práce, miesto výkonu práce a určenie dňa nástupu do práce. Zákonná úprava rozlišovala uzavretie pracovnej zmluvy a faktické nastúpenie do pracovného pomeru. Tomu zodpovedala aj pomerne rozsiahla úprava vzťahujúca sa na povinnosť zamestnanca nastúpiť, resp. zamestnávateľa prijať zamestnanca do pracovného pomeru. Zákony obdobia dualizmu pomerne podrobne upravili možnosti zániku pracovného pomeru – uplynutie času, smrť zamest-

14 ŠORL, R.: *Pracovné zákonodarstvo na Slovensku v rokoch 1848 – 1918*, s. 241.

15 Ako konštatuje FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A. „Zvláštna forma nie je pre smluvu služebnú všeobecne predpísaná. Môže byť tedy zásadne uzavrená písomne, alebo ústne, alebo i mlčky.“ FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A.: *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatské Rusi so zreteľom aj na banské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme*, s. 324.

16 ŠORL, R.: *Pracovné zákonodarstvo na Slovensku v rokoch 1848 – 1918*, s. 241.

17 Tamže, s. 241.

nanca, výpoveď, okamžité prepustenie. Osobitne kazuisticky boli rozpracované dôvody výpovede a okamžitého prepustenia (okamžitého zrušenia pracovného pomeru). Dĺžka výpovednej lehoty závisela od subjektu, ktorý výpoveď podával. Vyššia miera ochrany ustanovením dlhšej výpovednej lehoty sa zaujímavo viazala na vyššie kvalifikované pracovné činnosti a jej dĺžku na 1 rok ustálila súdna prax.¹⁸

Súčasťou pracovného zákonodarstva boli tiež ustanovenia zakazujúce výplatu dohodnutej odmeny v naturáliách,¹⁹ predovšetkým liehových nápojoch (napr. zák. čl. II/1898, zák. čl. XLI/1899, zák. čl. XXVIII/1900 a zák. čl. XXIX/1900) a poukážkach viazaných na odber tovaru od zamestnávateľa, ktoré možno hodnotiť jednoznačne v pozitívnom zmysle. Na druhej strane negatívnym prvkom zákonov vzťahujúcich sa na poľnohospodárskych robotníkov boli ustanovenia týkajúce sa disciplinárnej zodpovednosti zamestnancov, ktorú vo forme rôznych postihov od pokarhania až po krátenie mzdy vyvodzoval zamestnávateľ.²⁰ Nešlo len o neobmedzenú súkromnoprávnu zodpovednosť náhrady škody; viaceré porušenia zmluvných povinností boli v prípade zamestnanca a zamestnávateľa označené ako priestu-

18 Porovnaj napr. zásadné rozhodnutie Kráľovskej Kúrie z 19. októbra 1905 č. P. 9791/1905 „Podľa všeobecnej súdnej praxi však prijaté bolo o osobách trvale zamestnaných v postaveniach vyžadujúcich vyššieho vedeckého vzdelania právne pravidlo, že zamestnanci s takýmto vyšším vedeckým vzdelaním, jestliže zmluvné strany v služobnej zmluve neupravili výpovednú lehotu, majú nárok na jednoročnú výpoveď, alebo – pri prepustení bez oprávneného dôvodu – na príslušný plat za onu dobu.“ Citované podľa: FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A. (eds.): *Zásadné rozhodnutia*, s. 460 – 462.

19 Išlo o zákaz tzv. trucku (truck systém) – zákaz platiť namiesto peňažnej odmeny mzdu v naturáliách, alebo nútiť zamestnanca, aby nakupoval v určených obchodoch, príp. zamestnancovi úverovať tovar. BIANCHI, L. a kol.: *Dejiny štátu a práva na území Československa v období kapitalizmu 1848 – 1945. I. časť: 1848 – 1918*. Bratislava: Vydavateľstvo Slovenskej Akadémie vied, 1971, s. 272.

20 CSIZMADIA, A.: *Sozialpolitische Tendenzen bei der Regelung der Arbeitsverhältnisse in Ungarn*. In: *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa (1848 – 1944)*. CSIZMADIA, A., KOVÁCS, K. (eds.). Budapest: Akadémiai Kiadó, 1970, s. 349.

pok (zák. čl. XL/1879) a trestané finančnou pokutou alebo krátkodobým trestom odňatia slobody. Osobitným a zo súčasného hľadiska jednoznačne negatívnym prvkom bola možnosť, aby bol poľnohospodársky čeladník verejnou brachiálnou mocou donútený nastúpiť do pracovného pomeru, ku ktorému sa zmluvne zaviazal.²¹ Okrem donútenia nastúpiť (ale aj vrátiť sa) do práce mohol gazda od poľnohospodárskeho robotníka požadovať dvojnásobok až štvornásobok mzdy, ktorú musel uhradiť tým, ktorí zaň pracovali. Na úhradu týchto nárokov mohol gazda zadržať mzdu čelade, resp. zraziť si z nej príslušnú sumu.²² Konštrukcia sankcií vyplývajúcich z porušenia pracovnej zmluvy sa týkala nielen zamestnanca, ale aj zamestnávateľa²³ (v danom prípade gazdu), napr. priestupková zodpovednosť (pokuty, trest odňatia slobody, náhrada škody a i.).

Vznikom Československej republiky a uskutočnenou recepciou práva dochádza k vzniku stavu právneho dualizmu. Z formálneho hľadiska bolo pracovné právo platné na Slovensku a Podkarpatskej Rusi založené predovšetkým na zákonnej úprave pochádzajúcej z obdobia dualizmu a len čiastočne na obyčajovom práve javiacom sa v ustálenej súdnej praxi a kuriálnych decíziách (judikátoch Kráľovskej Kúrie ako najvyššieho uhorského súdu). Rozdiely medzi právnou úpravou pracovnej zmluvy v českých krajinách a na Slovensku sa prehĺbili po prijatí novelizácie Všeobecného občianskeho zákonníka (ABGB) zákonom č. 155/1921 Sb. z. a n., ktorým bola rozšírená povinnosť zamestnávateľa platiť časť mzdy v prípade ochorenia zamestnanca. Platnosť uvedenej úpravy sa vzťahovala len na české krajiny a až pri prerokovávaní návrhu zákona v Národnom zhromaždení Ivan Dérer podal návrh

-
- 21 ŠORL, R.: *Pracovné zákonodarstvo na Slovensku v rokoch 1848 – 1918*, s. 244. Pozri aj BIANCHI, L. a kol.: *Dejiny štátu a práva na území Československa v období kapitalizmu 1848 – 1945. I. časť*, s. 224.
- 22 BIANCHI, L. a kol.: *Dejiny štátu a práva na území Československa v období kapitalizmu 1848 – 1945. I. časť*, s. 224.
- 23 ŠORL, R.: *Pracovné zákonodarstvo na Slovensku v rokoch 1848 – 1918*, s. 244.

rezolúcie zaviesť podobnú úpravu aj na Slovensku.²⁴ Uvedenú parlamentnú diskusiu možno považovať za jeden z prvých impulzov potreby unifikácie pracovnoprávných noriem v rámci ČSR, ktorej čiastkovým výsledkom bol **zákon č. 244/1922 Sb. z a n. o úprave právnych pomerov medzi zamestnávateľmi a zamestnancami na Slovensku a Podkarpatskej Rusi** (v znení novelizácie zákonom č. 217/1924 Sb. z. a n.),²⁵ ktorý bol základnou pracovnoprávnou úpravou prijatou pre územie Slovenska. Popri tejto úprave však zostávalo v platnosti aj naďalej z väčšej časti pracovnoprávne zákonodarstvo z obdobia dualizmu. **Zákon definoval pracovnú (služobnú) zmluvu ako zmluvu, ktorou sa jedna zmluvná strana na nejaký čas zaviazala konať voči druhej zmluvnej strane služby.** Pod pracovnú zmluvu patril aj taký pracovný pomer, pri ktorom sa mzda platila za kus alebo podľa jednotlivých výkonov (čo malo zmysel pri ustálení zmluvných typov zmluvy o dielo a pracovnej zmluvy). V prípade, ak mzda nebola dohodnutá, ale ani bezplatnosť zmluvného vzťahu v zmluve jasne vyjadrená, vychádzalo sa z predpokladu primeranej mzdy. Prácu, pokiaľ zo zmluvy alebo okolností práce nevyplývalo niečo iné, bol zamestnanec povinný vykonať osobne. Z formálneho hľadiska bolo možné uzavrieť pracovnú zmluvu **ústne, písomne, ale aj mlčky.** Zákon obsahol aj ochranné ustanovenia vo vzťahu k mzde, výplate mzdy v prípade cho-

24 Pozri bližšie aj ŠORL, R.: *Právna úprava pracovnej zmluvy na Slovensku v období I. ČSR*. In: Acta historico-iuridica Pilsnensia 2006: sborník príspevků ze setkání pracovníků kateder právních dějin z České a Slovenské republiky: Plzeň 21. – 23. 9. 2006. KNOLL, V. (ed.). Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2007, s. 243.

25 Nutnosť tejto pomerne skorej novelizácie si vynútila nepresnosť derogačného ustanovenia zákona č. 244/1922 Sb. z. a n. vo vzťahu k zrušovanej zákonnej úprave. Zaujímavé je, že na túto nepresnosť upozorňoval už spravodajca I. Markovič pri prejednávaní návrhu zákona. Novelizáciou z roku 1924 sa predmetné derogačné ustanovenie § 26 spresnilo takto: „*Všetky dosavadní psané i zvykové ustanovenia pokiaľ sa v neprospech zamestnancov priečia ustanoveniam tohoto zákona sa zrušujú*“ s dôležitou a správnou zmienkou nielen o zákonných (a podzákonných) normách, ale aj o obyčajovom práve.

roby a úrazu zamestnanca, a tiež povinnosť zamestnávateľa zabezpečiť starostlivosť (ošetrovanie, lekárska pomoc, lieky) o chorého zamestnanca v služobnom pomere. Kogentne upravil inštitút výpovede (s rovnakou dĺžkou výpovednej lehoty pre zamestnanca i pre zamestnávateľa) a podmienky okamžitého zrušenia pracovného pomeru. Uvedeným zákonom sa do určitej miery unifikovala kazuistická úprava pracovnoprávných vzťahov založená na zákonodarstve z obdobia dualizmu pre územie Slovenska a Podkarpatskej Rusi a na druhej strane sa súčasne zabezpečila unifikácia pracovnoprávných noriem v rámci ČSR smerom k obsahovej zhode s ustanoveniami AGBG (§ 1151 – § 1163) v ich novelizovanom znení.²⁶ Úprava pracovnoprávných vzťahov medzi živnostníkmi a ich zamestnancami (tzv. *pomocnými pracovníkmi*, ku ktorým patrili obchodní pomocníci, tovariši, skladníci, kočiši pri dopravných živnostiach, továrenskí robotníci, učni a i.) bola obsiahnutá v VI. hlave (§ 100 – 151) **Živnostenského zákona pre územie Slovenska a Podkarpatskej Rusi č. 259/1924 Sb. z. a n.**²⁷ Predmetná úprava zostala v platnosti až do vzniku účinnosti prvej kodifikácie pracovného práva na našom území.²⁸

Pracovné právo, ktoré bolo do tohto obdobia preraktované

-
- 26 Aj samotná dôvodová správa k vládnemu návrhu zákona konštatovala, že „normy obsažené v §-och 1151 – 1163 všeobecného rak. obč. zákona so zmenou danou zákonom č. 155 z r. 1921 boli do osnovy čo do obsahu ich aj štylizácie prevzaté úplne bez zmeny“. Rozdiely sa týkali len novelizácie ustanovenia Konkurzného poriadku (následky vyhlásenia konkurzu na majetok zamestnávateľa) a odkazujúcich noriem na uhorskú právnu úpravu. Citované podľa: Poslanecká snemovňa N. S. R. Č. 1922. I. volebné obdobie. 5. zasadání. tisk 3529. Vládný návrh. Zákon z 1922, ktorým sa všeobecne upravujú právne pomery medzi zamestnávateľmi a zamestnancami na Slovensku a v Podkarpatskej Rusi. Prístupné na: <http://www.psp.cz/eknih/1920ns/ps/tisky/t3529_00.htm> (navštívené dňa 10.09.2013).
- 27 MOSNÝ, P. – HUBENÁK, L.: Dejiny štátu a práva na Slovensku. Košice: Ap-rilla, s.r.o., 2008, s. 245.
- 28 Zákon č. 65/1965 Zb. Zákonník práce v zmysle § 280 nadobudol účinnosť dňa 1. januára 1966.

ako súčasť súkromného, resp. záväzkového práva,²⁹ nadobúdalo teda pod vplyvom socializačných tendencií a budovania ochrany postavenia zamestnanca, istý a pevný verejnoprávny rámec³⁰ (pevnejšie stanovenie pracovného času, podiel zamestnancov na správe a vedení podniku, podiel zamestnancov na zisku a i.) a v uvedenom trende sa v nasledujúcom vývoji pokračovalo.

Ochrana záujmov zamestnancov a jej komplikované vykonanie vyvolali aj na našom území úvahy o potrebe kodifikácie pracovného práva v jednotnom pracovnoprávnom kódexe a o potrebe vyčlenenia odvetvia pracovného práva z občianskeho zákonníka.³¹ Zaujímavé je, že uvedené myšlienky možno sporadicky pozorovať nielen v odbornej spisbe,³² ale aj na parlamentnej pôde, čo do značnej miery súviselo jednak s potrebou unifikácie právnych noriem, ale aj

29 Porovnaj napr. SCHROTZ, K.: Civilní právo v prvých desíti letech Čsl. republiky. In: *Právní výbor*, 11, 1928, s. 656 – 657.

30 HOUSER, J.: Die Historische Entwicklung des Arbeitsvertrages in der Tschechoslowakie. In: *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa (1848-1944)*. CSIZMADIA, A., KOVÁCS, K. (eds.), s. 369 – 380.

31 Myšlienky kodifikovať pracovné právo v podobe osobitného kódexu možno pozorovať už v období prvej Československej republiky u viacerých autorov (J. Gruber, J. Heller, E. Hexner). Pozri bližšie VOJÁČEK, L.: Sociální doktrína první Československé republiky a její odraz v právu, s. 23 – 24.

32 „Sotva bude možné dnes ešte kodifikovanie celého pracovného práva. Môže byť však položená otázka, či by nemalo byť pracovné právo kodifikované v rámci jedného jednotného občianskeho zákonníka? (Pozn. red.: Na túto otázku musíme odpovedať záporne!) Súkromné právo sa omnoho pomalšie mení, než jeho špeciálna časť pracovné právo.“ HEXNER, E.: *Pracovná smluva priemyslových zamestnancov na Slovensku*, s. 142. „Pro právníka jest zde zajímavým důkazem, že i v této otázce právo obchodní jest pokročilejší než právo občanské a že možné jest hlavně vybudování zásad práva obchodního pro budoucí nový zákoník o smlouvě námezdní neb pracovní, kterouž by se odstranily neb překlenuly dosavadní spory a rozpory mezi zaměstnavateli čili aspoň většími závody a jejich dělnictvem. Ovšem, máme na mysli, že nový zákoník obsahoval by napřed všeobecnou část, pro smlouvu námezdní podniků a dělnictva vůbec povšechně platnou – a pak následovaly by speciální předpisy pro zvláštní druhy zaměstnanců, jako na př. pro práci domáckou, skalní, regulační, v poli neb při vodách atd.“ HELLER, J.: Zákoník o práci. In: *Právník*, 58, 1919, s. 378.

s procesom socializácie³³ a zdôrazňovaním verejného záujmu v oblasti pracovného práva.³⁴ Opačný názor odmietajúci samostatné postavenie pracovného práva možno nájsť v rámci kodifikačných prác na československom občianskom zákonníku.³⁵ Väčšina autorov zotrvala na stanovisku osobitného charakteru pracovnoprávných noriem s odôvodnením, že ich nie je možné zaradiť ani k súkromnému a ani k verejnému právu.³⁶ **Kodifikačné práce v oblasti občianskeho práva zasiahli aj úpravu pracovnej zmluvy.** Svojou matériou sa úprava

-
- 33 ŠORL, R.: *Právna úprava pracovnej zmluvy na Slovensku v období I. ČSR*, s. 245.
- 34 „Je známo, že anglický liberalizmus – princíp „laissez faire, laissez passer“ – od konca XIX. storočia ochabuje. Podnikateľovi sa vo verejnom záujme ukladajú rôzne obmedzenia. Tým sa ale otriasajú myšlienkové základy našej právnickej generácie. Nové zákonné normy dajú sa do základných zásad nášho súkromného práva len veľmi ťažko vpraviť. Nemecké zákonodarstvo pracuje už dávno na utvorení jednotného „pracovného“ práva.“ HEXNER, E.: *Pracovná smluva priemyslových zamestnancov na Slovensku*, s. 139.
- 35 „Zdánlivou jem odchýlkou je podnet Grünbergův ... aby občanský zákoník obsahoval jednotné právo pracovní. Nejde tu totiž o návrh na změnu věcnou, jako spíše o návrh na změnu systematickou. Tradičním zákonodárným i náukovým, jakož i roztržidění úředních kompetencí, neodpovídá takové sjednocení pracovného práva, jež u nás, jako ostatně i jinde, je zčásti právem soukromým (ale tu ne naveskrz občanským), zčásti právem správním. Nadto sú pracovní poměry povahy tak různé, že se jednotné pracovní právo na ně naprosto nehodí, takže by nešlo nakonec o nic jiného, než o místní sloučení speciálních, velmi nesourodých právních předpisů. Proto nepokládala superrevisní komise takové sloučení za možné a spokojila se tím, že občanský zákoník nový právě tak jako starý bude obsahovati jakýsi kmen ustanovení o smlouvách pracovních, která se hodí na všechny smlouvy, kdežto pak úprava (nebo aspoň částečná úprava) jednotlivých druhů takových smluv musí býti zanechána zákonům zvláštním. ... Superrevisní komise se domnívá, že jen tento její postup, jenž ostatně je podepřen postupem zákonodárným posledních desetiletí režimu rakouského i postupem zákonodárným v Československé republice, vede k cíli.“ Citované podľa: Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník. Důvodová správa. Praha, 1937, s. 361.
- 36 Pracovné právo predstavuje „svérázný střední článek mezi právem veřejným a soukromým. Místo tradičního dvojdělení právního řádu tedy trojdělení. Nové, třetí odvětví práva označuje se jako právo sociální nebo hospodářské“. HÁCHA, E.: *Pracovní právo*. In: *Slovník veřejného práva československého*. Reprint původního vydání. sv. 3. Praha: Eurolex Bohemia, 2000, s. 425.

pracovnej zmluvy obsiahnutá v návrhu občianskeho zákonníka z roku 1931 (§ 1022 – § 1044) a vo vládnom návrhu z roku 1937 (§ 980 – § 1016) veľmi nelíšila od úpravy obsiahnutej v novelizovanom znení ABGB. Oba návrhy zhodne definovali **pracovnú zmluvu (smlouva o práci) ako zmluvu, ktorou sa jedna zmluvná strana zaviazala konať za plat (mzdu) prácu po určitý čas**. Osobitosťou bolo súčasné definovanie kolektívnej (označovanej ako hromadnej) pracovnej zmluvy, ktorá bola chápaná ako zmluva stanovujúca podmienky individuálnych pracovných zmlúv pre podnik alebo niekoľko podnikov určitého odboru alebo obvodu. Podmienkou platnosti kolektívnej zmluvy bola jej písomná forma. V návrhoch bol následne upravený vznik, obsah a zánik pracovného pomeru vrátane tzv. ochranných ustanovení starostlivosti o zamestnanca. Oba návrhy v osobitne formulovanom ustanovení vyslovili kogentnosť väčšiny ustanovení úpravy pracovnej zmluvy.

Obdobie Slovenskej republiky (1939 – 1945) je charakteristické pomerne bohatou normotvorbou v oblasti pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia. **Ideovým východiskom sociálnej doktríny Slovenskej republiky sa stal jej základný zákon – Ústavný zákon o ústave Slovenskej republiky č. 185/1939 Sl. z.,³⁷ v zmysle ktorého sa práca, či už telesná alebo duševná, vyhlásila za občiansku povinnosť, povinnosťou občanov sa stalo plnenie úloh vyplývajúcich zo zamestnania,³⁸ výška mzdy mala byť primeraná nielen pracovnému výkonu, ale aj rodinným pomerom a zakazovalo sa vykorisťovanie sociálne slabých občanov.**

37 Pozri bližšie MOSNÝ, P.: Východiská sociálnej doktríny Slovenskej republiky 1939 – 1945. In: MOSNÝ, P. et al.: *Právnohistorická realita sociálnej doktríny 20. storočia*. Kraków: Spolok Slovákov v Poľsku – Towarzystwo Słowaków w Polsce, 2013, s. 57.

38 § 76 ústavy Slovenskej republiky „Práca duševná alebo telesná je občianskou povinnosťou“ a § 78 Ústavy Slovenskej republiky „Občania sú povinní plniť úlohy svojho povolania, pomáhať verejným orgánom v ich činnosti, plniť funkcie, ktoré majú na základe zákona alebo z príkazu úradov“.

V povojnových rokoch 1945 – 1948 nedošlo k podstatným zmenám v pracovnom práve a v platnosti zostali pôvodné predpisy. Jedinou významnou zmenou bolo opätovné zavedenie všeobecnej pracovnej povinnosti dekrétom prezidenta republiky č. 88/1945 Zb. z 1. októbra 1945. Uvedený dekrét predstavoval základ neskoršej praxe vyslovovania súhlasu Okresného úradu ochrany práce na rozviazanie (ale tiež vznik) pracovného pomeru (neskôr bol potrebný súhlas okresného národného výboru, ktorý sa prestal vyžadovať až v 60. rokoch).³⁹ Medzi ďalšie významné zásahy do oblasti uzatvárania pracovnej zmluvy patrili možnosť vzniku pracovnoprávneho pomeru jeho založením jednostranným aktom orgánu štátnej správy (teda nie na základe uzavretia pracovnej zmluvy z vôle zamestnanca a zamestnávateľa), povinnosť absolventov učilišť pracovať v podnikoch, ktoré určil ústredný orgán štátnej správy (podobne vznikol pracovný pomer u absolventov vysokých škôl) a i.⁴⁰

Prvý československý občiansky zákonník č. 141/1950 Zb. prijatý v rámci právnickej dvojročnice neobsahoval na rozdiel od ABGB úpravu pracovnoprávnych vzťahov. Tie mali byť upravené v pripravovanom samostatnom Zákonníku práce, ktorý sa však počas právnickej dvojročnice (1949 – 1950) nepodarilo vypracovať. V platnosti tak zostali dovtedajšie právne predpisy, mnohé ešte z obdobia Rakúsko-Uhorska.

Zákonník práce, zákon č. 65/1965 Zb., vychádzajúc z nových ideových východísk opustil dokonca zaužívané pojmy zamestnávateľ a zamestnanec a nahradil ich pojmami socialistická organizácia a pracovník.

V súlade s § 29 zákona č. 65/1965 Zb. bola organizácia povinná dohodnúť s pracovníkom druh práce (funkciu), na ktorú sa pracovník

39 VOJÁČEK, L. – KOLÁRIK, J. – GÁBRIŠ, T.: Československé právne dejiny (1918 – 1992). 2. prepracované vydanie. Bratislava: Eurokódex, s.r.o. 2013, s. 170 – 171.

40 Tamže, s. 171.

prijímal; miesto výkonu práce (obec, závod alebo inak určené miesto) a deň nástupu do práce. Vzhľadom na vtedajšie zriadenie sa v pracovnej zmluve spravidla dohodlo mzdové zaradenie pracovníka zodpovedajúce dohodnutému druhu práce, prípadne sa mohli dohodnúť ďalšie podmienky, na ktorých mali záujem. Čo sa týka formálnych náležitostí pracovnej zmluvy, zákon v § 32 zakotvil, kedy je povinná organizácia povinná uzatvoriť písomnú zmluvu (išlo napr. o situácie, keď o písomnú formu požiadal pracovník, alebo ak pracovnú zmluvu uzatváral mladistvý alebo pracovník, ktorý bol rozhodnutím súdu pozbavený spôsobilosti na právne úkony), v ostatných prípadoch bola pracovná zmluva dohodnutá platne, aj keď bola uzatvorená ústne či konkludentne. Postupne bola právna úprava sprísnená a požadovalo sa uzatvorenie pracovnej zmluvy v písomnej forme (výnimkou napr. bolo, ak mal byť dohodnutý pracovný pomer trvajúci kratšie ako jeden mesiac). S prihliadnutím na neexistenciu doložky neplatnosti, aj ústne či konkludentne uzatvorená pracovná zmluva, bola považovaná za platnú.

Mzda na rozdiel od súčasnej právnej úpravy nebola obligatórnou náležitosťou pracovnej zmluvy. **Špecifikom bolo, že pracovný pomer mohol vzniknúť aj na základe rámcovej pracovnej zmluvy** na zabezpečenie „dobrovoľnej“ účasti pracovníkov na hromadných akciách organizovaných na výpomoc pri poľnohospodárskych a podobných krátkodobých prácach alebo na zabezpečenie práce vo výrobe a prevádzkovej praxi žiakov a študentov. Pracovný pomer na základe rámcovej pracovnej zmluvy vznikal nástupom do práce bez toho, že by bolo treba uzatvárať pracovnú zmluvu s jednotlivými pracovníkmi a končil sa vykonaním dojednanej práce alebo uplynutím dojednanej doby, pokiaľ nebolo dohodnuté inak.⁴¹ Pracovný pomer zanikal dohodou, výpoveďou, okamžitým zrušením a zrušením v skúšobnej dobe. Zákoník upravoval aj dohody o prácach vykonávaných mimo pracovného pomeru – dohodu o pracovnej činnosti a dohodu o vykonaní práce (druhá sa mohla uzavrieť aj ústne). Po celý čas svojej

41 Tamže, s. 172.

platnosti bol charakteristický prevažujúcim **kogentným** charakterom jeho ustanovení.

Inštitút pracovnej zmluvy podľa súčasnej právnej úpravy

Výkon závislej práce⁴² sa v súčasnosti uskutočňuje predovšetkým v rámci základného pracovnoprávneho vzťahu – pracovného pomeru. Pri vzniku pracovného pomeru môžeme do istej miery hovoriť o rovnom postavení subjektov v tom zmysle, že obe strany majú možnosť vybrať si druhého účastníka pracovného pomeru a rozhodnúť sa, či s ním uzatvorí pracovnú zmluvu alebo nie. V priebehu pracovného pomeru však táto zásada rovnosti už neplatí, počas trvania pracovného pomeru je typický vzťah nadriadenosti a podriadenosti, tzv. *princíp subordinácie*. Zamestnávateľ sa dostáva do riadiaceho postavenia a zamestnanec do postavenia podriadeného.

Pracovný pomer možno podľa súčasnej platnej právnej úpravy zakotvenej v § 42 Zákonníka práce založiť len pracovnou zmluvou. Pracovná zmluva ako jediná je teda spôsobilá založiť pracovný pomer. Podľa predchádzajúcej právnej úpravy zakotvenej v zákone č. 65/1965 Sb. Zákonníka práce bolo možné pracovný pomer založiť aj vymenovaním alebo voľbou.⁴³

42 § 1 Zákonníka práce

(2) Závislá práca je práca vykonávaná vo vzťahu nadriadenosti zamestnávateľa a podriadenosti zamestnanca, osobne zamestnancom pre zamestnávateľa, podľa pokynov zamestnávateľa, v jeho mene, v pracovnom čase určenom zamestnávateľom, za mzdu alebo odmenu.

(3) Závislá práca môže byť vykonávaná výlučne v pracovnom pomere, v období pracovnom vzťahu alebo výnimočne za podmienok ustanovených v tomto zákone aj v inom pracovnoprávnom vzťahu. Závislá práca nemôže byť vykonávaná v zmluvnom občianskoprávnom vzťahu alebo v zmluvnom obchodno-právnom vzťahu podľa osobitných predpisov.

43 Podľa § 27 zákona č. 65/1965 Sb. Zákonníka práce v znení neskorších predpisov bolo možné pracovný pomer založiť aj voľbou a vymenovaním. Voľbou bolo

Podľa právneho stavu *de lege lata* **Zákonník práce pozná aj inštitút voľby a vymenovania, avšak len ako predpokladu alebo požiadavky výkonu funkcie pre určité kategórie zamestnancov. Po voľbe a vymenovaní je potrebné uzatvoriť pracovnú zmluvu, pretože pracovná zmluva predstavuje výlučný spôsob založenia pracovného pomeru.**⁴⁴

Osobitné postavenie v rámci zmlúv individuálneho pracovného práva má teda pracovná zmluva. Pracovná zmluva, ktorá nie je obyčajnou zmluvou, ale zmluvou, ktorá dlhodobo, niekedy aj celoživotne determinuje kvalitu života zamestnanca. Ide o zmluvu, ktorá z hľadiska svojej podstaty zakladá dlhotrvajúci pracovnoprávny vzťah, v rámci ktorého sa uskutočňuje celý komplex s pracovným právom spojených práv a povinností.⁴⁵

Zákonník práce pre dvojstranné právne úkony používa pojem *zmluva* alebo pojem *dohoda*. Zmluva, dohoda ako dvojstranný právny úkon je primárne upravená vo všeobecnej časti Zákonníka práce, vzhľadom na *subsidiárnu pôsobnosť všeobecných ustanovení Občianskeho zákonníka* voči prvej, všeobecnej časti Zákonníka práce, zakotvenú v § 1 ods. 4

možné založiť pracovný pomer v prípadoch ustanovených osobitnými predpismi, prípadne stanovami alebo uzneseniami príslušných orgánov družstiev alebo združení občanov podľa osobitného zákona. Vymenovaním sa pracovný pomer zakladal u vedúcich zamestnancov vymenovaných do funkcie podľa osobitných predpisov. Ak bol zamestnávateľ právnickou osobou, pracovný pomer sa mohol založiť vymenovaním u vedúcich zamestnancov, ktorých do funkcie vymenoval štatutárny orgán. Vedúcimi funkciami boli funkcie vedúcich zamestnancov v priamej riadiacej pôsobnosti štatutárneho orgánu. Vymenovanie a odvolanie mohol vykonať výlučne štatutárny orgán.

44 Podľa § 42 ods. 2 Zákonníka práce, ak osobitný predpis ustanovuje voľbu alebo vymenovanie ako predpoklad vykonávania funkcie štatutárneho orgánu alebo vnútorný predpis zamestnávateľa ustanovuje voľbu alebo vymenovanie ako požiadavku vykonávania funkcie vedúceho zamestnanca v priamej riadiacej pôsobnosti štatutárneho orgánu, pracovný pomer s týmto zamestnancom sa zakladá písomnou pracovnou zmluvou až po jeho zvolení alebo vymenovaní.

45 Porovnaj GALVAS, M.: *Pracovní poměr*. Brno: Bohemia, 1995, s. 30.

Zákonníka práce, je potrebné vychádzať aj z právnej úpravy Občianskeho zákonníka, ako aj z teórie občianskeho práva pri posudzovaní inštitútov zakotvených vo všeobecnej časti Zákonníka práce.

Zamestnávateľ a zamestnanec si v pracovnej zmluve dohodnú podmienky výkonu závislej práce, vymedzia si vzájomné práva a povinnosti, čím určia obsah pracovného pomeru. Pracovný pomer je však špecifický v tom, že jeho obsah je tvorený okrem dohodnutých náležitostí v pracovnej zmluve aj podmienkami, ktoré sú dané priamo pracovnoprávnymi predpismi, kolektívnymi zmluvami alebo internými predpismi zamestnávateľa. Účastníkov tak zaväzujú právne povinnosti a patria im práva, ktoré si síce nedohodli, ale tvoria obsah pracovného pomeru.

Pracovná zmluva ako dvojstranný právny úkon môže v sebe obsahovať viaceré dvojstranných právnych úkonov – zmlúv a dohôd. V aplikáčnej praxi najčastejšie ide o právnu situáciu, keď sa do pracovnej zmluvy implementuje dohoda o skúšobnej dobe, dohoda o hmotnej zodpovednosti, kvalifikačná dohoda, dohoda o zrážkach zo mzdy a ďalšie. Na základe vyššie uvedeného možno pracovnú zmluvu považovať za širokospektrálny dvojstranný právny úkon.

Podľa § 42 ods. 1 Zákonníka práce sa pracovný pomer zakladá písomnou pracovnou zmluvou medzi zamestnávateľom a zamestnancom. Jedno vyhotovenie pracovnej zmluvy je zamestnávateľ povinný vydať zamestnancovi. Z uvedeného vyplýva povinnosť uzatvárať pracovné zmluvy v písomnej forme. Vzhľadom na to, že predmetné ustanovenie neobsahuje doložku neplatnosti podľa § 17 ods. 2 Zákonníka práce,⁴⁶ pracovná zmluva uzatvorená v inej ako písomnej forme je platná.

Zákonník práce kogentným spôsobom upravuje tak *formálne, ako*

46 Právny úkon, na ktorý neudelil predpísaný súhlas príslušný orgán alebo zákonný zástupca alebo na ktorý neudelili predpísaný súhlas zástupcovia zamestnancov, právny úkon, ktorý nebol vopred prerokovaný so zástupcami zamestnancov, alebo právny úkon, ktorý sa neurobil formou predpísanou týmto zákonom, je neplatný, len ak to výslovne ustanovuje tento zákon alebo osobitný predpis.

aj obsahové náležitosti pracovnej zmluvy s tým, že umožňuje účastníkom pracovného pomeru dohodnúť si aj ďalšie náležitosti, pracovné podmienky v rámci jeho dispozitívnych noriem. Dohodnuté pracovné podmienky nesmú byť dohodnuté v rozpore so všeobecne záväznými právnymi predpismi a kogentnými normami pracovného práva.

Zákonník práce v § 43 zakotvuje obsahové náležitosti pracovnej zmluvy a rozlišuje podstatné, pravidelné a ďalšie obsahové náležitosti. K založeniu pracovného pomeru dochádza na základe pracovnej zmluvy, ktorá je uzatvorená platne, ak sa zamestnanec so zamestnávateľom dohodnú na jej podstatných náležitostiach podľa § 43 ods. 1 Zákonníka práce, a to na druhu práce, mieste výkonu práce, dni nástupu do práce a mzdových podmienkach. K vzniku pracovného pomeru však podľa § 46 Zákonníka práce dochádza až dňom, ktorý bol dohodnutý v pracovnej zmluve ako deň nástupu do práce.

V pracovnej zmluve je potrebné dohodnúť *druh práce*, na ktorý sa zamestnanec prijíma a vymedziť jeho stručnú charakteristiku. Od dohodnutého druhu práce v pracovnej zmluve závisí šírka dispozitívneho oprávnenia zamestnávateľa. V pracovnej zmluve si môže zamestnávateľ dohodnúť so zamestnancom jeden alebo aj viacero druhov práce s tým, že môžu byť určené alternatívne alebo kumulatívne. Zákonník práce požaduje okrem vymedzenia druhu práce zakotviť v pracovnej zmluve aj *stručnú charakteristiku* práce. Malo by ísť o stručný opis pracovných činností, ktoré má zamestnanec vykonávať. Vzhľadom na to, že pracovná zmluva je dvojstranný právny úkon, aby bola platná, musí spĺňať všetky náležitosti právneho úkonu podľa občianskeho a pracovného práva. Občiansky zákonník okrem iného požaduje, aby bol právny úkon určitý a zrozumiteľný, preto aj druh práce musí byť dohodnutý určito (príliš široko vymedzený druh práce môže spôsobiť neurčitost' v tom, že nebudú jednoznačne z neho vyplývať úlohy zamestnanca, napr. vo výrobnjej firme, ktorá má viacero rôznorodých výrobných liniek, budú mať všetci uvedený druh práce „robotník“ bez ďalšej charakteristiky).

Šírka dispozičného oprávnenia zamestnávateľa nezávisí len od dohodnutého druhu práce, ale aj od vymedzenia *miesta výkonu* práce v pracovnej zmluve. Miesto výkonu práce je možné vymedziť uvedením konkrétnej adresy obce (napr. sídla zamestnávateľa), obce alebo iným spôsobom, napr. uvedením okresu, kraja a pod. (miesto výkonu práce by malo byť dohodnuté v závislosti od druhu práce; širšie vymedzené miesto výkonu práce by mohlo byť dohodnuté napr. u manažérov, kým konkrétna adresa by mohla byť dohodnutá ako miesto výkonu práce pre zamestnancov pracujúcich v konkrétnom podniku). V pracovnej zmluve možno dohodnúť jedno alebo viacero miest výkonu práce.⁴⁷

Pojem miesto výkonu práce sa odlišuje od pojmu pracovisko. Miesto výkonu práce sa môže, ale aj nemusí zhodovať s pojmom pracovisko. Pracoviskom sa rozumie určitý ohraničený priestor alebo organizačná zložka, v ktorých zamestnanec dohodnutú prácu vykonáva, napríklad dielňa, prevádzka, cech, sklad, kancelária, oddelenie, učtáreň a podobne.⁴⁸

Zákonník práce v § 43 zakotvuje obsahové náležitosti pracovnej zmluvy a rozlišuje podstatné, pravidelné a ďalšie obsahové náležitosti.

Podstatnou obsahovou náležitosťou pracovnej zmluvy predstavuje dohoda o *dni nástupu do práce*. Vznik pracovného pomeru je viazaný na dohodnutý deň nástupu do práce, nie na deň, v ktorom prvýkrát došlo k faktickému výkonu práce zamestnanca. Z uvedeného vyplýva, že ak by v dohodnutý deň nástupu do práce nedošlo k výkonu práce, pracovný pomer vznikne. Deň nástupu do práce možno vymedziť konkrétnym uvedením kalendárneho dňa alebo iným spôsobom, ktorý bude určitý a nebude vzbudzovať pochybnosti.

Právo na odmenu za vykonanú prácu vyjadruje majetkovú charak-

47 R 10/1971: V pracovnej zmluve možno dohodnúť viac než jedno miesto výkonu práce; z hľadiska nároku na náhradu pri pracovných cestách je však potrebné za pravidelné pracovisko považovať vždy len jedno miesto výkonu práce.

48 R 31/1980.

teristiku pracovného pomeru ako vzťahu výmeny práce za odmenu. Treba podotknúť, že majetková črta pracovného pomeru nepredstavuje podstatu pracovného pomeru, pretože nejde o jednoduchú výmenu tovaru – práce za peniaze. Výkonom závislej práce si človek nezaobstaráva len finančné prostriedky, ale súčasne rozvíja svoju osobnosť, a tým prispieva aj k rozvoju celej spoločnosti.⁴⁹ Právo na odmenu za vykonanú prácu, dostatočnú na to, aby mu umožnila dôstojnú životnú úroveň, vyplýva z článku 36 Ústavy Slovenskej republiky. Podľa § 188 ods. 1 Zákonníka práce je zamestnávateľ povinný poskytnúť zamestnancovi mzdu za vykonanú prácu.

Podľa § 43 ods. 1 písm. d) Zákonníka práce sa za podstatnú obsahovú náležitosť pracovnej zmluvy, ktorú zamestnávateľ musí dohodnúť so zamestnancom považujú *mzdové podmienky*, ak nie sú dohodnuté v kolektívnej zmluve. Ak by boli mzdové podmienky dohodnuté v kolektívnej zmluve, v pracovnej zmluve stačí uviesť na príslušné ustanovenie kolektívnej zmluvy.

Pojem mzdové podmienky Zákonník práce nevymedzuje. Možno konštatovať, že pojem mzdové podmienky je širší ako pojem mzda. Pod pojmom mzdové podmienky môžeme rozumieť jednak mzdu zamestnanca, ako aj rôzne mzdové zvýhodnenia, náhrady mzdy, benefity zamestnancov a pod. Zákonník práce v oblasti odmeňovania v súvislosti s ochrannou funkciou kogentne upravuje len minimálnu úroveň odmeňovania. Odmeňovanie nad rámec Zákonníka práce, výhodnejšie pre zamestnancov, môže byť upravené v pracovnej zmluve alebo v kolektívnej zmluve.

Podľa § 119 ods. 1 Zákonníka práce mzda nesmie byť nižšia ako *minimálna mzda* ustanovená osobitným právnym predpisom. Zamestnávateľ, u ktorého nie je odmeňovanie zamestnancov dohodnuté v kolektívnej zmluve, je povinný poskytnúť zamestnancovi mzdu najmenej v sume *minimálneho mzdového nároku* určeného pre stupeň

49 BARANCOVÁ, H.: Realizace některých sociálních práv a svobod v pracovněprávních vztazích. In: *Právo a zaměstnání*. Praha, Orac, 9, 1995, s. 15.

náročnosti práce príslušného pracovného miesta. Zamestnávateľ je povinný priradiť každému pracovnému miestu stupeň náročnosti práce. Aplikácia prax často nerozlišuje medzi pojmi minimálna mzda a minimálny mzdový nárok. Účastníci pracovného pomeru sa síce v pracovnej zmluve dohodnú na výške mzdy, ktorá zodpovedá minimálnej mzde, ale nezohľadňuje stupeň náročnosti práce a je nižšia ako zákonný minimálny mzdový nárok. Dochádza tak k porušovaniu pracovnoprávných predpisov v oblasti odmeňovania.

Vzhľadom na to, že je potrebné v pracovnej zmluve dohodnúť mzdové podmienky, okrem mzdy si musí zamestnávateľ dohodnúť so zamestnancom aj podmienky odmeňovania práce nadčas, práce vo sviatok, pracovnej pohotovosti, nočnej práce a pod. Keďže mzdové podmienky by mali byť dohodnuté medzi zamestnancom a zamestnávateľom, aj *ostatné mzdové podmienky* by mali tvoriť súčasť pracovnej zmluvy, ak nie sú dohodnuté v kolektívnej zmluve. V prípade, že účastníci pracovného pomeru chcú postupovať podľa Zákonníka práce v pracovnej zmluve je potrebné uviesť konkrétne ustanovenia, v ktorých sú upravené ostatné mzdové podmienky. Ak by dohoda v pracovnej zmluve o ostatných mzdových podmienkach chýbala, postup odmeňovania by sa spravoval kogentnými ustanoveniami Zákonníka práce.

Okrem podstatných obsahových náležitostí je zamestnávateľ povinný uviesť ďalšie pracovné podmienky, a to výplatný termín, pracovný čas, výmeru dovolenky a dĺžku výpovednej doby. *Dohoda o skúšobnej dobe či súhlas s vysielaním na pracovnú cestu* je častou obsahovou náležitosťou pracovnej zmluvy. Podľa § 43 ods. 4 Zákonníka práce si môže zamestnávateľ so zamestnancom dohodnúť ďalšie podmienky, o ktoré majú účastníci záujem, najmä ďalšie hmotné výhody.

Pracovná zmluva môže byť v určitých aspektoch odlišná od typickej pracovnej zmluvy uzatvorenej na neurčitý čas a na ustanovený týždenný pracovný čas. Zákonník práce pozná viacero druhov pracovných zmlúv. Pri určovaní druhu pracovnej zmluvy možno vychádzať z viacerých kritérií, a to z rozsahu pracovného času, dĺžky trvania pra-

covného pomeru, charakteru zamestnávateľa či miesta výkonu práce.⁵⁰ Pre niektoré druhy pracovnej zmluvy Zákonník práce stanovuje určité osobitné obsahové alebo formálne náležitosti. Medzi najčastejšie uzatvárané atypické druhy pracovných zmlúv v súčasnosti patrí najmä pracovná zmluva na určitú dobu, na kratší pracovný čas a čoraz častejšie aj pracovná zmluva, ktorú zamestnanec uzatvára s agentúrou dočasného zamestnávania.⁵¹

Záver

Pohľad na formovanie odvetvia pracovného práva v období druhej polovice 19. a začiatku 20. storočia svedčí o snahe pevne zakotviť inštitút pracovnej zmluvy v úprave záväzkového práva. Od 20. rokov 20. storočia možno sporadicky pozorovať snahy o osamostatnenie zmluvného typu pracovnej zmluvy ako ústredného inštitútu formujúceho sa pracovného práva. V rámci kodifikačných snáh odvetvia občianskeho práva z obdobia prvej Československej republiky (návrhy z rokov 1931 a 1937) sa pracovná zmluva zaradila medzi zmluvné typy záväzkového práva (podobne ako v rámci uhorského návrhu občianskeho zákonníka z roku 1900). Vzhľadom na neúspešnosť kodifikácie sa základnou pracovnoprávnou normou (a istým predchodcom Zákonníka práce s prihliadnutím na právo platné na území Slovenska) stal zákon č. 244/1922 Sb. z. a n. definujúci pracovnú (služobnú) zmluvu ako zmluvu, ktorou sa jedna zmluvná strana na nejaký čas zaviazala konať voči druhej zmluvnej strane služby. K prvej kodifikácii odvetví pracovného práva na našom území došlo v zmenených spoločenských

50 BĚLINA, M.: *Pracovní právo*. Praha, C. H. Beck, 2004, s. 125.

51 Práca bola vypracovaná v rámci riešenia projektu Vedeckej grantovej agentúry Ministerstva školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky a Slovenskej akadémie vied (VEGA): „Zákonník práce a jeho možné variácie“, projekt číslo -1/0423/14

podmienkach v roku 1965 (Zákonník práce č. 65/1965 Zb.), ktorý podobne ako súčasná úprava medzi podstatné náležitosti pracovnej zmluvy zaradil druh práce, miesto výkonu práce a deň nástupu do práce. Súčasná právna úprava obsiahnutá v Zákonníku práce č. 311/2001 Z. z. nadväzuje na úpravu Zákonníka práce z roku 1965 s tým rozdielom, že dopĺňa podstatné obsahové náležitosti o mzdové podmienky. Už záleží na dohode zamestnanca a zamestnávateľa, za akú mzdu bude zamestnanec pracovať (hoci v súčasnosti, vzhľadom na vysokú mieru nezamestnanosti, mnoho zamestnancov nemá reálnu možnosť dohodnúť si mzdové podmienky a prakticky pracujú za minimálnu mzdu, čo často nezodpovedá náročnosti vykonávanej práce).

Summary

Look at the formation of Labour law in the period of the second half of 19th and beginning of 20th century testifies about an effort to firmly anchor the Institute of Labour contract in Obligation law. From the twenties of 20th century we can sporadically observe efforts trying to make independent the Labour contract, which became as a contractual type the central legal institution of forming Labour law. In the context of civil law codification efforts during the existence of the first Czechoslovak Republic (bills between years 1931 and 1937) was the Labour contract integrated into the contractual types of Obligation law (like in the bill of Hungarian Civil Code from 1900). Due to unsuccessful codification in that times became a basic Labour act (and in some way a predecessor of Labour code with respect to regulations in force in the territory of Slovakia) the act No. 244/1922 Coll., which defined Labour (service) contract as a contract, in which one party has committed itself to perform services for the other party during a specified time. The first codification of Labour law in our territory was realized in changed social conditions in 1965 (the Labour Code

No. 65/1965 Coll.). In this Labour act belonged to essential elements of the Labour contract: the kind of work, the place of employment and the day of work accession, which was similar with current positive law. The current legal regulation, which is contained in the Labour Code No. 311/2001 Coll., refers to the Labour Code from 1965, with the difference that it fills up mentioned essential elements of Labour contract with the wage conditions. But it depends on agreement between employee and employer how high will be the employee 's salary (although nowadays, in view of the high rate of unemployment, many of employees does not have a real opportunity to negotiate wage policies and therefore they work for minimum wage, which often does not match the intensity of work performed by them).

ÚVAHY O LEGISLATÍVNYCH ÚPRAVÁCH VYBRANÝCH PROBLÉMOV PRÁV K NEHMOTNÝM STATKOM

PETER MURÍŇ

Je nesporné, že predmety subjektívnych absolútnych práv a zároveň predmety právnych vzťahov sú aj nehmotné statky.

Pozitívna právna úprava – zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník, ktorý nadobudol účinnosť 1. apríla 1964 – v § 11 až 17 (boli nadpísané „Ochrana osobnosti“) pôvodne upravovala

- a) právo na ochranu osobnosti. Podľa § 11 fyzická osoba mala právo „na ochranu svojej osobnosti, najmä života a zdravia, občianskej cti, ako aj svojho mena a prejavov osobnej povahy“. Teda predmetom práva na ochranu osobnosti – toto právo je v odbornej právnickej literatúre označované aj ako právo na ochranu osobnostných práv – je najmä život človeka, zdravie človeka, občianska česť fyzickej osoby, meno a priezvisko človeka a hmotne nezaznamenané prejavy osobnosti – individuality človeka.
- b) osobné právo. Podľa § 12 ods. 1 „písomnosti osobnej povahy, podobizne, obrazové snímky a zvukové záznamy týkajúce sa občana alebo jeho prejavov osobnej povahy smú sa používať len s jeho privolením“. Zároveň v § 12 ods. 2 a 3 boli ustanovené prípady a spôsoby použitia uvedených nehmotných statkov, pre ktoré sa nevyžadoval súhlas občana – fyzickej osoby.
- c) odkaz na právnu úpravu osobnomajetkových práv. Podľa § 17 „vzťahy vznikajúce z vytvorenia a spoločenského uplatnenia literárnych, vedeckých a umeleckých diel, ako aj vzťahy z objavov, vynálezov, zlepšovacích návrhov a priemyselných vzorov“ sa spravovali osobitnými zákonmi.

Toto bola pôvodne celá právna úprava o nehmotných statkoch v zákone č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník.

Zákon č. 509/1991 Zb., ktorým sa mení, dopĺňa a upravuje Občiansky zákonník zasiahol do pozitívnej právnej úpravy práv k nehmotným statkom tak, že

- a) vypustil § 17 z Občianskeho zákonníka, ktorý pre právnu úpravu subjektívnych absolútnych práv k výsledkom tvorivej duševnej činnosti človeka alebo spoločne dvoch alebo viacerých ľudí odkazoval na osobitné zákony,
- b) do § 1 Občianskeho zákonníka doplnil odsek 3 tohto znenia: „Právne vzťahy vznikajúce z výsledkov duševnej tvorivej činnosti upravujú osobitné zákony.“

Podľa aktuálnej právnej úpravy súkromnoprávných (občianskoprávných, obchodnoprávných a pracovnoprávných) vzťahov k nehmotným statkom patria:

- a) jednotlivé stránky (aspekty) individuality (osobnosti) človeka. No treba zdôrazniť, že k týmto predmetom právnych vzťahov nevznikajú úplné súkromné subjektívne absolútne práva, ale týmto nehmotným statkom je poskytovaná súkromnoprávna – občianskoprávna ochrana; je to časť subjektívneho absolútneho osobnostného práva. Podľa § 11 Občianskeho zákonníka „fyzická osoba má právo na ochranu“ exemplikatívne určených nehmotných statkov, ktorými sú jednotlivé stránky (aspekty) individuality (osobnosti) človeka.
- b) taxatívne určené nehmotné statky, ktorými sú hmotne zaznamenané prejavy človeka v spoločenských vzťahoch. Okrem takto určených nehmotných statkov v § 12 Občianskeho zákonníka nesporne patrí medzi tieto predmety právnych vzťahov aj zdravotná dokumentácia človeka, ktorú upravuje zákon č. 576/2004 Z. z. o zdravotnej starostlivosti, službách súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

- c) výsledky tvorivej duševnej činnosti človeka alebo spoločne dvoch či viacerých ľudí. Súkromné (subjektívne absolútne) práva k týmto nehmotným statkom upravujú jednotlivé zákony Slovenskej republiky. Práva k nim sú pomenované ako osobnomajetkové práva.
- d) nehmotné statky, ktoré súvisia s výsledkami tvorivej duševnej činnosti človeka alebo spoločne dvoch či viacerých ľudí. Aj subjektívne absolútne práva k týmto predmetom právnych vzťahov upravujú jednotlivé zákony Slovenskej republiky. Tieto práva sú pomenované ako majetkové práva, ktoré súvisia s osobnomajetkovými právami.

Uvedené rozdelenie nehmotných statkov a súkromných absolútnych práv k nim je súladné aj s právnou teóriou. Tak právna veda, ako aj objektívne právo bez akýchkoľvek pochybností uznávajú, že subjektívne absolútne práva k nehmotným statkom uvedeným pod a) až c) sú občianske práva a že právne vzťahy o nich sú občianskoprávne vzťahy. Určitú nejednotnosť názorov vyvoláva len zaradenie právnych vzťahov o nehmotných statkoch, ktoré súvisia s výsledkami tvorivej duševnej činnosti. Ide o zvukové záznamy, zvukovoobrazové záznamy, rozhlasové programy, televízne programy, databázy, ochranné známky, označenia pôvodu výrobkov a zlepšovacie návrhy.

„Osobitnú kategóriu subjektívnych občianskych práv tvoria tzv. práva k nehmotným statkom. Do takto široko chápanej kategórie práv patria najmä:

- a) práva na výsledky tvorivej duševnej činnosti. Tieto práva sa často označujú ako osobnomajetkové práva,
- b) práva zabezpečované ustanoveniami § 11 a nasl. o ochrane osobnosti. Táto občianskoprávna ochrana sa poskytuje najmä životu a zdraviu občana, jeho občianskej cti a menu, jeho prejavom osobnej povahy, alebo zhrnuté fyzickej a morálnej integrity osobnosti človeka. V literatúre sa tieto práva často nazývajú rýdzimi osobný-

mi alebo osobnostnými právami (vzhľadom na to, že sa upínajú ku každému občanovi, nazývajú sa aj všeobecnými osobnostnými právami).¹

„Pri právach k nehmotným statkom vytvoreným tvorivou duševnou činnosťou človeka budú tieto oprávnenia (čiastkové práva) trojakej povahy:

- a) osobnej,
- b) osobnomajetkovej (niekedy označované ako zmiešané),
- c) majetkovej.

Oprávnením čisto osobnej povahy je napr. právo na autorstvo.

Zmiešaným oprávnením je napr. disponovanie autorským právom (v tomto oprávnení je obsiahnutá tak osobná, ako aj majetková zložka).

Oprávnením majetkovej povahy je napr. právo na odmenu za vytvorenie autorského diela.

Ak ide o práva k nehmotným statkom, ktoré vznikli z iných skutočností než tvorivou duševnou činnosťou človeka, osobná zložka práva (oprávnenie osobnej povahy) odpadá a právo sa z obsahovej stránky javí ako právo čisto majetkovej povahy. Právom čisto majetkovej povahy je napr. právo výrobcov zvukových záznamov na nimi zhotovené záznamy.“²

„Majetkovými právami, príbuznými osobnomajetkovým právam, sú práva upínajúce sa na predmety v mnohom podobné výsledkom tvorivej duševnej práce, a preto na tom založenú príbuznosť jedných a druhých práv berie do ohľadu aj zákonná úprava tým, že ustanovenia o nich zaraďuje za predpisy o najpríbuznejších osobnomajetkových právach.“³

-
- 1 Lazar, Ján – Švestka, Jiří a kolektív: Československé občianske právo, 1. zväzok. Vydavateľstvo Obzor, Bratislava 1986, s. 184.
 - 2 Lazar, Ján – Švestka, Jiří a kolektív: Československé občianske právo, 2. zväzok. Vydavateľstvo Obzor, Bratislava 1986, s. 340.
 - 3 Knapp, Viktor – Luby, Štefan a kolektív: Československé občianske právo, II. zväzok. Vydavateľstvo Obzor, Bratislava 1974, s. 390.

Na záver k problematike majetkových práv, ktoré súvisia s osobnomajetkovými právami treba uviesť, že vzhľadom na to, že tieto práva patrili do obsahu vzájomných vzťahov socialistických organizácií – pri úplnej štátnej monopolizácii všetkých výrobných činností nemohli inam ani patriť – a preto boli upravené v zákone č. 109/1964 Zb. Hospodársky zákonník. No i napriek takejto pozitívnej právnej úprave majetkových práv, ktoré súvisia s osobnomajetkovými právami, treba z vedeckej právnickej literatúry odcitovať toto „diplomatické“ stanovisko: „Vzhľadom na to, hoci sú tiež právami občianskoprávneho charakteru“ – rozumej majetkové práva, ktoré súvisia s osobnomajetkovými právami – „nebudeme na tomto mieste o nich podrobnejšie hovoriť.“⁴

Pozitívna právna úprava subjektívnych absolútnych práv k nehmotným statkom je obsiahnutá

- a) v § 11 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov pokiaľ ide o súkromnoprávnu ochranu osobnostných práv,
- b) v § 12 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov pokiaľ ide o osobné právo a v zákone č. 576/2004 Z. z. o zdravotnej starostlivosti, službách súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov,
- c) v osobitných zákonoch, pokiaľ ide o osobnomajetkové práva – subjektívne absolútne práva k výsledkom tvorivej duševnej činnosti (napríklad zákon č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov, zákon č. 435/2001 Z. z. o patentoch, dodatkových ochranných osvedčeniach (patentový zákon) v znení neskorších predpisov),

4 Knapp, Viktor – Luby, Štefan a kolektív: Československé občianske právo, II. zväzok. Vydavateľstvo Obzor, Bratislava 1974, s. 391.

d) v osobitných zákonoch, pokiaľ ide o majetkové práva, ktoré súvisia s osobnomajetkovými právami – subjektívne absolútne práva k nehmotným statkom, ktoré súvisia s výsledkami tvorivej duševnej činnosti (napríklad zákon č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov, zákon č. 506/2009 Z. z. o ochranných známkach v znení neskorších predpisov).

Na záver tejto spoločnej problematiky o nehmotných statkoch ako predmetoch súkromných subjektívnych absolútnych práv a samotných súkromných subjektívnych absolútnych právach možno navrhnúť legislatívne riešenie, aby v rekodifikovanom Občianskom zákonníku boli upravené „Práva k nehmotným statkom“ tak samostatne, ako sú upravené „Vecné práva“. V Občianskom zákonníku by bolo úplne upravené osobné právo a právo na ochranu osobnostných práv; odkazovacie ustanovenia na osobitné zákony by sa týkali osobnomajetkových práv a majetkových práv, ktoré súvisia s osobnomajetkovými právami.

A/ Úvaha o legislatívnom zaradení práv k nehmotným statkom, ktoré súvisia s výsledkami tvorivej duševnej činnosti

Na začiatok úvahy o legislatívnom zaradení práv k nehmotným statkom, ktoré súvisia s výsledkami tvorivej duševnej činnosti človeka či spoločne dvoch alebo viacerých ľudí (majetkové práva, ktoré súvisia s osobnomajetkovými právami) do rekodifikovaného Občianskeho zákonníka, treba sa ohliadnuť do nedávnej právnej histórie.

Súčasťou veľkej rekodifikácie kódexov po roku 1960 bolo aj prijatie nového Občianskeho zákonníka a prijatie Hospodárskeho zákonníka. Vzhľadom na projekt týchto dvoch kódexov, bolo treba vymedziť, ktoré práva zostanú občianskymi právami – budú uprave-

né v Občianskom zákonníku, a ktoré práva sa stanú hospodárskymi právami – budú upravené v Hospodárskom zákonníku. V § 1 Hospodárskeho zákonníka bolo určené, že právne vzťahy, ktoré vznikali pri hospodárskej činnosti socialistických organizácií – a iné subjekty ani nevyvíjali hospodársku činnosť – boli hospodárske právne vzťahy.

Faktický stav bol taký, že v čase účinnosti obidvoch uvedených kódexov súkromného práva

- a) existoval len Supraphon, ako jediný výrobca zvukových záznamov – gramoplastní v Československej republike. Až po roku 1969 bol zriadený OPUS, československé hudobné vydavateľstvo, n. p., so sídlom v Bratislave; v Českej republike ešte pribudlo hudobné vydavateľstvo Panton.
- b) existoval Československý rozhlas s celoštátnou pôsobnosťou,
- c) existovala Československá televízia s celoštátnou pôsobnosťou.

Teda právo výrobcov zvukových záznamov, právo rozhlasových vysielateľov a právo televíznych vysielateľov neboli v epicentre pozornosti ani právnej vedy a ani právnej praxe.

Pokiaľ išlo o ochranné známky a obchodné mená (názvy socialistických organizácií) v centrálne direktívne riadenom národnom hospodárstve nebolo miesto ani pre práva, a teda ani pre právne vzťahy, ktorých predmetom by bola ochranná známka či obchodné meno. Navyše obidva tieto predmety právnych vzťahov sa vyznačujú určitými špecifikami, ktoré značne sťažujú disponovanie s nimi. Rovnako, ako je uvedené o troch skôr spomenutých právach, ani právu majiteľov ochranných známok a právu majiteľov obchodných mien nebolo treba venovať pozornosť.

To boli základné dôvody, ktoré pôsobili na to, že uvedených päť majetkových práv k nehmotným statkom, ktoré súvisia s výsledkami tvorivej duševnej činnosti – ktoré súvisia s osobnomajetkovými právami – neevokovali pozornosť v súvislosti s ich zaradením do jedného z dvoch kódexov súkromného práva. Ale po roku 1989 spoločenská situácia

sa úplne zmenila. Zvukové záznamy, rozhlasové programy, televízne programy, ale aj ochranné známky a obchodné mená stali sa predmetom právnych vzťahov a viažu sa k nim subjektívne absolútne práva.

Keď 1. januára 1992 nadobudol účinnosť zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník, ktorý nahradil zákon č. 109/1964 Zb. Hospodársky zákonník, tak

- a) v § 261 a 262 určuje, že záväzkovo-právne vzťahy medzi podnikateľmi a ďalšími právnymi subjektmi sa spravujú uvedeným zákonom. Navyše subjekty – strany právneho vzťahu sa majú možnosť dohodnúť, že ich záväzkovo-právny vzťah, hoci nie je obchodnoprávny vzťah, aj tak sa spravuje Obchodným zákonníkom,
- b) v § 508 až 515 upravuje licenčnú zmluvu na predmety priemyselného vlastníctva. V tejto súvislosti treba upozorniť na to, že predmety priemyselného vlastníctva sú také nehmotné statky, ktoré sú výsledkami tvorivej duševnej činnosti človeka alebo spoločne dvoch či viacerých ľudí, a tiež nehmotné statky, ktoré súvisia s výsledkami tvorivej duševnej činnosti. Teda zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník ešte rozšíril svoju aplikovateľnosť aj na predmety a právne vzťahy, ktoré objektívne nie sú a ani nemôžu byť obchodnoprávne vzťahy. Napríklad fyzická osoba, ktorej patrí subjektívne absolútne právo majiteľov patentov, musí uzavrieť obchodnoprávnu licenčnú zmluvu s iným subjektom, ktorý bude využívať vynález. A takýchto príkladov by bolo možné uviesť oveľa viac.

Oprávnené teda možno požadovať, aby pripravované rekodifikácie súkromného práva celkom jednoznačne určili, že

- a) subjektívne absolútne práva k nehmotným statkom, ktoré súvisia so subjektívnymi absolútnymi právami k výsledkom tvorivej duševnej činnosti sú subjektívne absolútne občianske práva,
- b) právne vzťahy ohľadne nehmotných statkov, ktoré súvisia s výsledkami tvorivej duševnej činnosti sú občianskoprávne vzťahy.

Roztrieštenosť, ktorá spôsobuje, že ohľadne nehmotných statkov, ktoré súvisia s výsledkami tvorivej duševnej činnosti raz sú občianske subjektívne absolútne práva a inokedy sú obchodné subjektívne absolútne práva a raz sú občianskoprávne vzťahy a inokedy sú obchodnoprávne vzťahy, len vyvoláva zmätok.

B/ Úvaha o legislatívnej úprave štruktúry autorského práva a práva výkonných umelcov

Štruktúra subjektívneho absolútneho autorského práva

Pre subjektívne absolútne osobnomajetkové práva, ktorými podľa aktuálnej právnej úpravy sú autorské právo, právo výkonných umelcov, právo pôvodcov vynálezov, právo pôvodcov úžitkových vzorov, právo pôvodcov dizajnov a právo pôvodcov topografií polovodičových výrobkov platí, že navonok tieto jednotlivé práva sú jednotné, ale vnútorne sú zložené z osobných práv, z dispozičných práv a z majetkových práv. Tieto subjektívne absolútne práva „vznikajú z tvorivej duševnej práce na rozdiel od osobných práv, ktoré z tohto hľadiska existujú alebo apriórne, alebo sú podmienené len hmotným registrovaním, nevyžadujúcim vynaloženie tvorivej duševnej práce“.⁵

„Pre obsah každého osobnomajetkového práva upínajúceho sa na nehmotné dobro je charakteristické, že do jeho celku patria čiastkové oprávnenia, z ktorých niektoré majú vyslovene osobnú povahu, iné zasa majetkovú a okrem toho aj čiastkové oprávnenia, z toho hľadiska zmiešané, lebo majú jednak osobnú a jednak majetkovú stránku.“⁶

-
- 5 Luby, Štefan: Spoločná teoretická a praktická problematika osobnomajetkových práv. In: Osobnomajetkové práva, Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, Bratislava 1968, s. 26.
- 6 Luby, Štefan: Spoločná teoretická a praktická problematika osobnomajetkových práv. In: Osobnomajetkové práva, Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, Bratislava 1968, s. 41.

„V obsahu autorského práva chápaného v jeho celku rozoznávame tri základné druhy autorských subjektívnych práv: práva osobné, zmiešané a majetkové.“⁷

Toto teoretické zdôvodnenie vnútornej štruktúry autorského práva, ako súčasti osobnomajetkových práv, našlo svoje vyjadrenie aj v československom pozitívnom práve. Podľa § 15 zákona č. 115/1953 Zb. o autorskom práve (autorský zákon) autorské právo zahŕňalo osobné práva autora, právo s dielom disponovať – nakladať a práva na autorské odmeny. Podľa § 12 zákona č. 35/1965 Zb. o literárnych, vedeckých a umeleckých dielach (autorský zákon) autor mal osobné práva, právo s dielom disponovať – nakladať a právo na odmenu za tvorivú prácu. Aj zákon č. 383/1997 Z. z. Autorský zákon a zákon, ktorým sa mení a dopĺňa Colný zákon v znení neskorších predpisov v § 16 ods. 1 upravoval osobné práva subjektívneho absolútneho autorského práva, v § 16 ods. 2 upravoval dispozičné (zmiešané) práva subjektívneho absolútneho autorského práva a v § 16 ods. 3 upravoval majetkové práva subjektívneho absolútneho autorského práva.

Aktuálne zákon č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov – účinný od 1. januára 2004 – opustil vnútornú štruktúru subjektívneho absolútneho autorského práva, tak ako ona bola kodifikovaná v predchádzajúcich právnych úpravách – zákonoch o autorskom práve. Nahradil ju zmätočnou a alogickou štruktúrou, podľa ktorej subjektívne absolútne autorské právo vnútorne sa skladá z výhradných (aké sú nevýhradné?!) osobnostných (osobných) práv a z výhradných majetkových práv. Takto je to ustanovené v § 16 uvedeného autorského zákona. Podľa tohto ustanovenia „autorské právo zahŕňa výhradné“ „osobnostné práva a výhradné majetkové práva“.

Keď ponecháme bez ďalšej pozornosti nezmyselný prívlastok „výhradné“, potom sa možno sústrediť na podstatu problému, či teda sub-

7 Luby, Štefan: Autorské právo. Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, Bratislava 1962, s. 43.

jektívne absolútne autorské právo sa skladá len z osobných práv autora a majetkových práv autora, alebo subjektívne absolútne autorské právo sa skladá okrem dvoch uvedených práv aj z dispozičných práv. V matematickom vyjadrení problém môžeme vyjadriť tak, či vnútorná štruktúra subjektívneho autorského práva je duálna alebo terciálna. Vyriešeniu uvedeného rozporu pomôže samotná zákonná úprava subjektívneho absolútneho autorského práva.

Už bolo uvedené, že podľa § 16 zákona č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov subjektívne absolútne autorské právo pozostáva z osobnostných práv a z majetkových práv. V nadväznosti na toto ustanovenie § 17 uvedeného zákona podrobnejšie upravuje osobné práva subjektívneho absolútneho práva autora a § 18 uvedeného zákona podrobnejšie upravuje dispozičné práva subjektívneho absolútneho práva autora. Pritom opakovane treba osobitne upozorniť na pochybenosť práve pri úprave majetkových práv. Jednak spomenuté dispozičné práva pomenúva majetkovými právami, pričom ale ešte výraznejší rozpor je obsahový zmätok, pretože právo autora udeľovať súhlas na použitie ním vytvoreného diela nebolo a nie je majetkové právo.

Zo samotného autorského zákona, jeho jednotlivých ustanovení o zákonných licenciách, teda z ustanovení o použití diela v prípadoch, keď netreba súhlas autora na použitie jeho diela vyplýva rozlišovanie dispozičných práv subjektívneho absolútneho autorského práva a majetkových práv subjektívneho absolútneho autorského práva. V jednotlivých ustanoveniach – v § 25 až § 37 zákona č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov – zákonné licencie sú skonštruované tak, že sa nevyžaduje ani súhlas autora na použitie diela a ani používateľ diela nemá povinnosť zaplatiť autorovi odmenu za použitie diela. Teda priamo v zákone ide o rozlišovanie dispozičných práv subjektívneho absolútneho autorského práva a majetkových práv subjektívneho absolútneho autorského práva!

A navyše toho, ak nie autora a aké, ak nie majetkové práva sú práva upravené

- a) v § 39 zákona č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov, ktorý upravuje právo autora odmenu za vytvorenie diela,
- b) v § 45 uvedeného zákona, ktorý upravuje právo autora na odmenu za udelenie súhlasu autora – licencie na použitie diela,
- c) v § 24 ods. 4 až 7 uvedeného zákona, ktorý upravuje právo na náhradu autorovej odmeny za vyhotovenie rozmnoženiny uverejneného diela fyzickou osobou pre jej osobnú potrebu,
- d) v § 19 uvedeného zákona, ktorý upravuje „právo na odmenu pri ďalšom predaji originálu diela výtvarného umenia“; v minulosti pomenované ako „právo na slušné vyrovnanie“.

Vzhľadom na uvedené skutočnosti, štruktúru subjektívneho absolútneho autorského práva tvoria osobné práva, dispozičné práva a majetkové práva. Toto konštatovanie oprávňuje požiadavku na úpravu zákona č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov tak, aby subjektívne absolútne autorské právo malo štruktúru, ktorou budú osobné práva, dispozičné práva a majetkové práva.

Štruktúra subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov

Rovnakým problémom ako bol uvedený o štruktúre subjektívneho absolútneho autorského práva, vyznačuje sa aj štruktúra subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov.

Subjektívne absolútne právo výkonných umelcov ako osobno-majetkové právo bolo upravené až zákonom č. 35/1965 Zb. o literárnych, vedeckých a umeleckých dielach (autorský zákon). V § 39 ods. 1 uvedeného zákona bolo určené, že viaceré ustanovenia o autorskom práve sa vzťahujú aj na „výkonných umelcov a ich výkony“. Takto pod-

la § 12 ods. 1 uvedeného zákona výkonným umelcom patrilo k nimi vytvoreným umelecký výkonom subjektívne absolútne právo výkonných umelcov, ktoré sa skladalo z osobných práv, z dispozičných práv a z majetkových práv.

Zákon č. 383/1997 Z. z. Autorský zákon a zákon, ktorým sa mení a dopĺňa Colný zákon v znení neskorších predpisov

- a) v § 46 ods. 1, pokiaľ išlo o osobné práva subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov odkazoval na § 16 ods. 1 uvedeného zákona; ten upravoval osobné autorské práva. Teda jednou časťou štruktúry subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov boli osobné práva výkonného umelca.
- b) v § 46 ods. 2 určoval, pokiaľ išlo o dispozičné práva subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov spôsoby použitia umeleckých výkonov pre ktoré sa vyžadoval súhlas výkonných umelcov či ich nástupcov v práve. Takto bola upravená druhá časť štruktúry subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov, ktorou boli dispozičné práva.
- c) v § 46 ods. 3 určil, že „výkonný umelec má právo na primeranú odmenu za každé použitie svojho umeleckého výkonu“. Išlo o tretiu časť štruktúry subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov, a to o majetkové práva.

Právna úprava subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov v zákone č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov tým, že čiastočne odkazuje na právnu úpravu subjektívneho absolútneho autorského práva prevzala rovnako zlú legislatívno-technickú konštrukciu tohto subjektívneho absolútneho práva. Podľa nej subjektívne absolútne právo výkonných umelcov sa skladá z osobných práv (§ 62 uvedeného zákona) a majetkových práv (§ 61 ods. 1 a 2 uvedeného zákona).

Aj napriek zlej právnej úprave subjektívneho absolútneho práva

výkonných umelcov v zákone č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov, o štruktúre subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov treba uviesť, že takéto právo sa skladá z osobných práv, z dispozičných práv a z majetkových práv; z majetkových práv neprichádza do úvahy „právo na odmenu pri ďalšom predaji originálu diela výtvarného umenia“.

Osobné práva subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov sú upravené tak, že § 62 uvedeného zákona o týchto právach odkazuje na § 17 uvedeného zákona, ktorý upravuje osobné práva subjektívneho absolútneho autorského práva.

§ 63 uvedeného zákona upravuje dispozičné práva subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov. Toto ustanovenie zákona č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov určuje, pre ktoré použitia umeleckého výkonu sa vyžaduje súhlas výkonného umelca či jeho nástupcov v práve.

Majetkové práva subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov sú

- a) právo na odmenu za vytvorenie umeleckého výkonu. Je upravené v § 71 ods. 1 uvedeného zákona, ktoré je odkazovacie ustanovenie na § 39 ods. 2 uvedeného zákona, ktorý upravuje právo autora na odmenu za vytvorenie za diela,
- b) právo na odmenu za udelenie súhlasu – licencie na použitie umeleckého výkonu. Je upravené priamo v § 65 ods. 1 a 2 uvedeného zákona a v § 71 ods. 1 uvedeného zákona, ktorý odkazuje na § 45 a § 65 ods. 3 a 4 uvedeného zákona,
- c) právo na náhradu odmeny za použitie umeleckého výkonu upravuje § 69 ods. 1 uvedeného zákona, ktorý odkazuje na § 24 ods. 4 až 7 uvedeného zákona,
- d) právo na dodatočnú odmenu, ktoré je upravené v § 63 ods. 5 uvedeného zákona.

Pozitívne právo, rovnako ako je to u subjektívneho absolútneho autorského práva aj pre subjektívne absolútne právo výkonných umelcov preukazuje, že toto právo má osobné práva, dispozičné práva a majetkové práva. Je preto celkom oprávnená požiadavka na úpravu štruktúry subjektívneho absolútneho autorského práva a štruktúry subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov v zákone č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov.

C/ Úvaha o legislatívnej úprave disponovania s autorským právom a právom výkonných umelcov

Veľký problém obidvoch osobnomajetkových práv – subjektívneho absolútneho autorského práva a subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov je prevoditeľnosť či neprevoditeľnosť týchto práv. K problému prevoditeľnosti či neprevoditeľnosti subjektívneho absolútneho autorského práva a subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov hneď na úvod treba uviesť, že osobné práva tak subjektívneho absolútneho autorského práva, ako aj subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov sú neprevoditeľné podľa § 17 ods. 2, resp. § 62 uvedeného zákona. Je to dané tým, že obidve práva sú bytostne zviazané s osobami tvorcov či spolutvorcov jednak literárnych, vedeckých a umeleckých diel a jednak umeleckých výkonov. Preto v súvislosti s prevoditeľnosťou či neprevoditeľnosťou subjektívneho absolútneho autorského práva a rovnako aj subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov treba rozlišovať neprevoditeľnosť osobných práv obidvoch uvedených subjektívnych absolútnych práv a prevoditeľnosť jednotlivo alebo spoločne dispozičných a majetkových práv obidvoch uvedených subjektívnych absolútnych práv.

Celkom jednoznačne treba odmietnuť prevoditeľnosť osobných práv subjektívnych absolútnych osobnomajetkových práv, teda autor-

ského práva, práva výkonných umelcov, práva pôvodcov vynálezov, práva pôvodcov úžitkových vzorov a práva pôvodcov dizajnov.

No predsa len by si pozornosť zaslúžil prevod osobného práva rozhodnúť o zverejnení diela a prevod osobného práva rozhodnúť o zverejnení zaznamenaného umeleckého výkonu. Ale túto problematiku v tomto základnom náčrte prevoditeľnosti či neprevoditeľnosti subjektívneho absolútneho autorského práva a subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov si teraz nebudeme všímať.

Právna úprava disponovania s autorským právom

Podľa § 17 ods. 2 zákona č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov osobné práva subjektívneho absolútneho autorského práva sú neprevoditeľné.

Podľa § 18 ods. 5 uvedeného zákona neprevoditeľné sú dispozičné (v zákone zle pomenované ako majetkové) práva subjektívneho absolútneho autorského práva. Zákonodarca zakázal autorovi či spoluautorom previesť na iný subjekt právo rozhodovať o použití diela. A toto ustanovenie, tento zákaz je veľmi problematický.

Ako už bolo skôr spomenuté, zákon č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov má osobitné ustanovenia o majetkových právach subjektívneho absolútneho autorského práva, pričom ale tieto ustanovenia neobsahujú zákaz prevodu týchto práv. Práve ohľadne týchto práv je právny stav taký, že tieto práva sú prevoditeľné!

Takže právny stav ohľadne prevoditeľnosti či neprevoditeľnosti dispozičných subjektívneho absolútneho autorského práva a majetkových práv subjektívneho absolútneho autorského práva je taký, že dispozičné práva sú neprevoditeľné ale majetkové práva sú prevoditeľné.

Právna úprava disponovania s právom výkonných umelcov

Rovnakými právnymi problémami, ako právna úprava prevoditeľnosti, resp. neprevoditeľnosti dispozičných práv subjektívneho absolútneho autorského práva a majetkových práv subjektívneho absolútneho autorského práva, vyznačuje sa aj pozitívna právna úprava prevoditeľnosti, resp. neprevoditeľnosti dispozičných práv subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov a majetkových práv subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov.

Dispozičné práva subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov, vzhľadom na odkazujúce ustanovenie § 71 ods. 1 zákona č. 618/2003 Z. z. o autorskom práve a právach súvisiacich s autorským právom (autorský zákon) v znení neskorších predpisov na § 18 ods. 3 uvedeného zákona sú tiež neprevoditeľné. A o prevoditeľnosti či neprevoditeľnosti majetkových práv subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov nemá autorský zákon nijaké ustanovenie.

A pre úplnosť informácie o prevoditeľnosti alebo neprevoditeľnosti subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov treba pripomenúť, že osobné práva subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov sú neprevoditeľné.

Právna úprava spoločného disponovania s autorským právom a disponovania s právom výkonných umelcov

Východiskom pre právne náležité zodpovedanie otázky prevoditeľnosti alebo neprevoditeľnosti dispozičných práv a majetkových práv subjektívneho absolútneho autorského práva a subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov, musia byť aj ústavné práva a medzinárodnoprávne záväzky Slovenskej republiky.

Podľa čl. 43 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky, „práva na výsledky tvorivej duševnej činnosti chráni zákon“, a čl. 34 ods. 1 Listiny základných práv a slobôd „práva na výsledky tvorivej duševnej činnosti sú

chránené zákonom“. Teda autorské právo a právo výkonných umelcov je jedno zo základných ľudských práv.

A tak v súvislosti s neprevoditeľnosťou dispozičných práv a majetkových práv subjektívneho absolútneho autorského práva a subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov sa natíska otázka, prečo zákonom je obmedzené nakladanie s obidvoma právami ich majiteľmi. Zákon má chrániť výsledky tvorivej duševnej činnosti človeka, ale právnu ochranu si nemožno zamieňať s obmedzením práva samotného subjektu, ktorému patrí právo nakladať s ním.

K právnej ochrane výsledkov tvorivej duševnej činnosti človeka, teda nielen literárnych, vedeckých a umeleckých diel a umeleckých výkonov, patria aj medzinárodnoprávne záväzky Slovenskej republiky pre právnu úpravu disponovania so subjektívnym absolútnym autorským právom a so subjektívnym absolútnym právom výkonných umelcov predstavujú najmä

- a) čl. 27 Všeobecnej deklarácie ľudských práv,⁸ ktorý určuje, že „každý má právo na ochranu morálnych a materiálnych záujmov, ktoré vyplývajú z jeho vedeckej, literárnej alebo umeleckej tvorby“.
- b) čl. 15 ods. 1 písm. c) Medzinárodného paktu o hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach, ktorý uvádza, že zmluvné strany uznávajú právo každého používať ochranu morálnych a materiálnych záujmov, ktoré vyplývajú z jeho vedeckej, literárnej alebo umeleckej tvorby.

8 V súvislosti so Všeobecnou deklaráciou ľudských treba uviesť, že hoci Slovenská republika nesukcesovala ani neratifikovala tento medzinárodný multilaterálny dokument preto ju treba vnímať ako zásadný politický dokument. Takéto stanovisko k Všeobecnej deklarácii ľudských práv zaujal Ústavný súd Slovenskej republiky vo svojom uznesení z 25. marca 1997, sp. zn. II. ÚS 18/1997. V ňom je uvedené, že „Všeobecná deklarácia ľudských práv má povahu politického dokumentu. Nebola vyhlásená podľa čl. 11 Ústavy Slovenskej republiky a § 1 a §4 ods. 3 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 1/1993 Z. z. o Zbierke zákonov Slovenskej republiky.“

Aj odcitované dojednania v medzinárodných medzištátnych multilaterálnych inštrumentoch zaväzujú zmluvné strany, aby urobili opatrenia na právnu ochranu „morálnych a materiálnych záujmov, ktoré vyplývajú z literárnej, vedeckej a umeleckej tvorby“, ale neukladajú im povinnosť obmedziť subjekty v nakladaní s právami k nehmotným statkom.

Záver k právnej úprave prevoditeľnosti subjektívneho absolútneho autorského práva a subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov je teda taký, že celkom jednoznačne treba umožniť autorom a výkonným umelcom, ako aj nástupcom v ich právach prevod dispozičných práv a majetkových práv subjektívneho absolútneho autorského práva a subjektívneho absolútneho práva výkonných umelcov. Zákom určená neprevoditeľnosť uvedených dvoch práv je neprijateľná; fyzická osoba musí mať právo slobodne nakladať – aj previesť na iný subjekt – s právom, ktoré mu patrí.

D/ Úvaha o legislatívnej úprave práva prednosti, ktoré upravujú zákony o priemyselných právach

Právo prednosti je procesnoprávny inštitút, ktorý pre konanie o vznik konkrétneho predmetu právnych vzťahov – z nehmotného statku sa stane vynález, úžitkový vzor, dizajn či ochranná známka – a zároveň o vznik subjektívneho absolútneho práva k takémuto predmetu právnych vzťahov a určenie subjektu, ktorému takéto právo patrí, je upravený v jednotlivých zákonoch o priemyselných právach.

Právo prednosti vzniká v momente podania prihlášky konkrétneho nehmotného statku a trvá počas celého administratívnoprávneho (správneho) konania až do momentu právoplatnosti rozhodnutia štátneho administratívnoprávneho (správneho) orgánu – Úradu priemyselného vlastníctva Slovenskej republiky o prihlásenom nehmotnom statku. Zároveň si treba uvedomiť, že pre problematiku práva prednosti má význam doba trvania konkrétneho subjektívneho absolút-

neho práva ku konkrétnemu nehmotnému statku. Zákony Slovenskej republiky jednak právo prednosti a jednak trvanie konkrétneho subjektívneho absolútneho práva ku konkrétnemu nehmotnému statku upravujú takto:

- a) podľa § 36 zákona č. 435/2001 Z. z. o patentoch, dodatkových ochranných osvedčeniach (patentový zákon) v znení neskorších predpisov právo prednosti vznikne prihlasovateľovi vynálezu „dňom podania prihlášky“ vynálezu (správne by malo byť ustanovené, že toto právo vznikne prihlasovateľovi v momente podania prihlášky vynálezu) alebo dňom (opäť nie celkom správne) vzniku práva prednosti podľa prihlášky vynálezu podanej podľa medzinárodného dohovoru. Subjektívne absolútne právo vynálezcov – pôvodcov vynálezov a tiež subjektívne absolútne právo majiteľov patentov podľa § 29 uvedeného zákona trvá „20 rokov odo dňa podania prihlášky“ vynálezu; uvedený zákon trvanie obidvoch skôr uvedených práv určuje ako platnosť patentu.
- b) podľa § 26 zákona č. 517/2007 Z. z. o úžitkových vzoroch v znení neskorších predpisov „úžitkový vzor platí štyri roky odo dňa podania prihlášky“ úžitkového vzoru. Ale takto určenú platnosť úžitkového vzoru možno na žiadosť majiteľa osvedčenia o zápise úžitkového vzoru v registri úžitkových vzorov predĺžiť najviac dvakrát vždy o tri roky na celkovú dĺžku trvania 10 rokov odo dňa podania prihlášky úžitkového vzoru. Podľa § 34 uvedeného zákona „právo prednosti prihlasovateľov“ úžitkového vzoru „vznikne dňom podania prihlášky“ úžitkového vzoru alebo „dňom práva prednosti podľa medzinárodného dohovoru“. Aj pre túto právnu úpravu platí, že nejde o deň podania prihlášky úžitkového vzoru, ale ide o moment podania prihlášky takéhoto nehmotného statku. Subjektívne absolútne právo pôvodcov úžitkových vzorov a tiež subjektívne absolútne právo majiteľov osvedčení o zápise úžitkových vzorov v registri úžitkových vzorov môže trvať najdlhšie 10 rokov odo dňa podania prihlášky úžitkového vzoru.
- c) podľa § 32 zákona č. 444/2002 Z. z. o dizajnoch v znení neskor-

ších predpisov „právo prednosti prihlasovateľovi“ dizajnu „vznikne dňom podania prihlášky“ (správne by malo byť ustanovené, že toto právo vznikne prihlasovateľovi v momente podania prihlášky) dizajnu alebo „dňom práva prednosti podľa medzinárodného dohovoru“. Zároveň podľa § 25 uvedeného zákona určuje, že „platnosť zapísaného dizajnu je päť rokov odo dňa podania prihlášky“ dizajnu, pričom „platnosť zapísaného dizajnu úrad predĺži na základe žiadosti ... najviac štyrikrát, a to vždy o päť rokov až na celkovú dĺžku ochrany 25 rokov odo dňa podania prihlášky“ dizajnu. Teda subjektívne absolútne právo pôvodcov dizajnov môže trvať až 25 rokov a rovnako dlho môže trvať subjektívne absolútne právo majiteľov osvedčení o zápise úžitkových vzorov v registri dizajnov.

- d) podľa § 26 zákona č. 506/2009 Z. z. o ochranných známkach „prihlasovateľovi“ ochrannej známky „vzniká právo prednosti pred každým, kto podá neskôr prihlášku“ ochrannej známky „obsahujúcu zhodné alebo podobné označenie“ výrobcu výrobkov alebo poskytovateľov služieb „pre zhodné alebo podobné tovary alebo služby odo dňa podania prihlášky ochrannej známky alebo odo dňa práva prednosti, ktoré vyplýva podľa medzinárodného dohovoru „z prvej prihlášky tejto ochrannej známky“. Podľa § 22 uvedeného zákona „platnosť zápisu ochrannej známky je 10 rokov odo dňa podania prihlášky“ ochrannej známky; na základe žiadosti majiteľa ochrannej známky platnosť zápisu ochrannej známky možno obnoviť opakovane vždy na desať rokov.

Problém právnej úpravy práva prednosti v súčasnom slovenskom právnom poriadku je v tom – odcitované ustanovenia zákonov to preukazujú –, že tento právny inštitút je nefunkčný, a teda nadbytočný. Nefunkčnosť je spôsobená tým, že právoplatné administratívno-právne (správne) rozhodnutia vracajú vznik predmetu právnych vzťahov (vynález, úžitkový vzor, dizajn či ochranná známka), ako aj subjektívnych absolútnych práv k týmto predmetom právnych vzťahov do momentu podania prihlášky konkrétneho nehmotného statku.

Právo prednosti ako procesnoprávny inštitút má význam len vtedy, keď v dôsledku rozhodnutia administratívneho (správneho) orgánu vznikne konkrétny predmet práva a tiež vznikne konkrétne subjektívne absolútne právo až v momente právoplatnosti takéhoto rozhodnutia. Funkčnosť tohto práva bráni tomu, aby každý subjekt, ktorý neskôr ako subjekt, ktorý ako prvý podal prihlášku nehmotného statku – teda ktorému vzniklo právo prednosti – mohol „predbehnúť“ skoršieho prihlasovateľa. Fixovanie poradia prihlasovateľov nehmotných statkov, aby boli uznané za osobitné predmety právnych vzťahov (vynálezy, úžitkové vzory, dizajny a ochranné známky) je spoločenská funkcia právneho inštitútu práva prednosti.

Do budúcnosti treba, aby právne úpravy vynálezov, úžitkových vzorov, dizajnov a ochranných známk alternatívne

- a) buď neupravovali procesnoprávny inštitút práva prednosti, keď rozhodnutie štátneho administratívneho (správneho) orgánu vznik predmetu subjektívneho absolútneho práva a vznik subjektívneho absolútneho práva k tomuto predmetu bude kreaovať k momentu podania prihlášky nehmotného statku,
- b) alebo upravovali procesnoprávny inštitút práva prednosti, ktoré bude pôsobiť od momentu podania prihlášky nehmotného statku do momentu právoplatnosti rozhodnutia o prihlásenom nehmotnom statku. Až právoplatné rozhodnutie štátneho administratívneho (správneho) orgánu určí jednak predmet subjektívneho absolútneho práva a jednak subjektívne absolútne právo k tomuto predmetu; trvanie takéhoto práva začne až od právoplatnosti konkrétneho individuálneho administratívneho (správneho) rozhodnutia.

PROKÚRA VO SVETLE REKODIFIKÁCIE SÚKROMNÉHO PRÁVA

ZUZANA NEVOLNÁ

Abstrakt: Prokúra je špeciálnym druhom zmluvného zastúpenia, ktorý upravuje len Obchodný zákonník. Podnikateľ ňou splnomocňuje prokuristu na všetky právne úkony, ku ktorým dochádza pri prevádzke podniku. Jediné obmedzenie prokúry je, že prokurista, pokiaľ mu nie je toto oprávnenie v prokúre výslovne udelené, nemôže scudzovať a zaťažovať nehnuteľnosti. Prokúru môžu udeliť len podnikatelia (fyzické aj právnické osoby), ktorí sú zapísaní do obchodného registra. Jedinečnosť tohto druhu plnomocenstva tkvie v zákone vymedzenom účele, rozsahu, forme prokúry a osobe prokuristu. Prokúra nie je v našom právnom poriadku novým inštitútom, súčasný Obchodný zákonník ju upravuje v § 14. Žiaľ, právna úprava prokúry je veľmi stručná a ani nie taká kvalitná, ako bola v minulosti. Prejavuje sa to mnohými nejasnosťami v právnej praxi, a práve úlohou nášho príspevku je na niektoré z týchto nejasností poukázať a hľadať spoločne ich riešenia.

Kľúčové slová: prokúra, prokurista, návrhy de lege ferenda

Úvod

Prokúra je špeciálnym druhom zastúpenia podnikateľa. Podnikateľ ňou splnomocňuje prokuristu na všetky právne úkony, ku ktorým dochádza pri prevádzke podniku, aj keď sa na ne inak vyžaduje osobitné plnomocenstvo. Jediné obmedzenie prokúry vyplýva priamo zo zákona. Prokúra zásadne nezahŕňa oprávnenie scudzovať a zaťažovať nehnuteľnosti. Môže však byť rozšírená aj na tieto úkony, pokiaľ je toto oprávnenie výslovne uvedené v udelení prokúry.

Obchodný zákonník upravuje prokúru v § 14. Popísalo sa o nej už veľa, napriek tomu od účinnosti Obchodného zákonníka nedošlo v jej úprave k žiadnej zmene. Právna úprava prokúry je pomerne stručná

a nenachádzame v nej odpovede na mnohé otázky, ktoré sa v praxi objavujú. A práve pri niektorých z nich by sme sa v tomto príspevku chceli pristiaviť. Rekodifikácia súkromného práva by mohla byť tým priestorom, v rámci ktorého sa právna úprava prokúry precizuje a vyriešia sa problémy s ňou spojené.

I.

Ako prvú by sme si mohli položiť otázku, kam právnu úpravu prokúry v rámci rekodifikácie súkromného práva zaradiť. Odpoveď na ňu sa už v súčasnej dobe javí ako pomerne jednoduchá. Odborná verejnosť sa v podstate zhoduje v tom, že prokúra je zmluvným zastúpením,¹ zároveň Legislatívny zámer rekodifikácie Občianskeho zákonníka jasne deklaruje, že prokúra bude upravená v novom Občianskom zákonníku. Je teda logické, že právna úprava prokúry prejde do Občianskeho zákonníka, v rámci ktorého bude upravená ako osobitné zmluvné zastúpenie.² Pri jej právnej úprave sa bude vychádzať z § 14 Obchodného zákonníka.

V Legislatívnom zámere rekodifikácie Občianskeho zákonníka je však podľa nášho názoru chyba, keď v bode 10. 7. je uvedené: „Pre potreby obchodného styku sa podrobne upraví prokúra, ako široké a voči tretím osobám neobmedziteľné plnomocenstvo, ktoré môže udeliť len právnická osoba zapísaná do obchodného registra.“³ V súčasnosti môže udeliť prokúru aj fyzická osoba a nevidíme dôvod, prečo by to tak nemalo zostať aj v budúcnosti. Takéto riešenie je tiež v súlade so zahraničnými právnymi úpravami.

-
- 1 V minulosti sa objavili aj názory, že prokúra je zvláštny typ zákonného zastúpenia, pozri napr. Poláčková, A. Niekoľko úvah o právnej úprave inštitútu prokúry v slovenskom obchodnom práve. *Justičná revue*, 52, 2000, č. 6 – 7, s. 731, ktoré sú už v súčasnosti prekonané.
 - 2 Obdobný spôsob riešenia bol zvolený aj v Českej republike, bližšie pozri nový český Občiansky zákonník Hlavu III.
 - 3 Bližšie pozri Legislatívny zámer rekodifikácie Občianskeho zákonníka, s. 48.

II.

V praxi spôsobovala problémy aj forma prokúry. Podľa nášho názoru prokúru možno udeliť len písomne a nestotožňujeme sa s názorom, že pokiaľ ide o formu udelenia prokúry, zákon neobsahuje požiadavku, aby mala písomnú formu.⁴ Aj keď to výslovne nevyplýva z § 14 Obchodného zákonníka, zákon takúto požiadavku obsahuje:

1. § 14 ods. 6 Obchodného zákonníka viaže účinnosť prokúry na zápis do obchodného registra,
2. prokúra predstavuje plnomocenstvo a pokiaľ nie je možné určitú otázku riešiť podľa Obchodného zákonníka, je potrebné ju riešiť podľa Občianskeho zákonníka. Podľa § 31 ods. 4 Občianskeho zákonníka musí byť plná moc udelená písomne v prípade, ak sa netýka len určitého právneho úkonu. Prokúra je zo zákona splnomocnením na všetky právne úkony (s výnimkou scudzovania a zaťažovania nehnuteľností, tak ako bolo uvedené vyššie), ku ktorým dochádza pri prevádzke podniku, teda netýka sa len určitého úkonu a musí byť udelená písomne.

V praxi sa často objavovala požiadavka, aby písomná forma udelenia prokúry bola v Obchodnom zákonníku výslovne uvedená.⁵ V rámci rekodifikácie bude takáto požiadavka bezpredmetná, pretože požiadavka písomnej formy bude jasne vyplývať zo všeobecných ustanovení o zmluvnom zastúpení, na ktoré bude právna úprava prokúry nadväzovať.

4 Napr. Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. Díl I. Praha: Polygon, 2002, s. 110.

5 Povinnosť udeliť prokúru písomne výslovne stanovoval napr. Občiansky zákoník z roku 1950 – zákon č. 141/1950 Zb. (v § 74).

III.

V súčasnosti je na základe ustanovenia § 14 ods. 6 Obchodného zákonníka udelenie prokúry účinné až od zápisu do obchodného registra, čiže zápis prokuristu do obchodného registra má konštitutívny účinok.⁶ Navrhujeme, aby sa v budúcnosti účinnosť udelenia prokúry nespájala so zápisom do obchodného registra, a aby sa prokúra stávala účinná už samotným udelením (obdobne, ako je to pri členoch štatutárneho orgánu v obchodných spoločnostiach). Samozrejme, naďalej budú platiť účinky publicity.⁷ Je to štandardné riešenie, ktoré obsahoval ešte Občiansky zákonník z roku 1950. Súčasná úprava v Obchodnom zákonníku prevzala úpravu prokúry zo Zákonníka medzinárodného obchodu, deformovanú administratívnymi prístupmi k inštitúciám súkromného práva.⁸

IV.

Náš právny poriadok nepozná tzv. čiastkovú prokúru, ktorá predstavuje prípad, keď prokurista je ustanovený pre určitý odštepny závod alebo pre inú organizačnú zložku a svojimi úkonmi môže zaväzovať len tento odštepny závod, resp. organizačnú zložku.

Na základe ustanovenia § 14 ods. 3 Obchodného zákonníka obmedzenie prokúry vnútornými pokynmi nemá právne následky voči tretím osobám. To znamená, že pokiaľ je v prokúre uvedené, že prokurista je splnomocnený na všetky právne úkony, ku ktorým dochádza pri prevádzke odštepneho závodu, resp. inej organizačnej zložky, možno to chápať iba ako vnútorný pokyn podnikateľa, a keď prokurista tento vnútorný pokyn poruší a uskutoční napr. právny úkon, ktorý sa

6 Na rozdiel od výmazu prokúry, kde je účinok zápisu deklaratórny.

7 Bližšie pozri § 27 Obchodného zákonníka.

8 Dôvodová správa k novému českému občianskemu zákonníku, dostupné na <http://obcianskyzakonik.justice.cz>.

nebude týkať daného odštepného závodu, resp. organizačnej zložky, ale celého podniku, podnikateľ bude týmto právnym úkonom viazaný. Právny účinok takéhoto obmedzenia je vylúčený aj v prípade, ak bolo toto obmedzenie tretej osobe známe. Uvedené obmedzenie má význam len vo vzťahu medzi prokuristom a podnikateľom a porušenie vnútorného pokynu môže zakladať iba zodpovednosť prokuristu za spôsobenú škodu, prípadne môže byť tiež dôvodom na odvolanie prokuristu.

Prokúru by však chceli mnohí podnikatelia využívať práve pre odštepné závody, prípadne pre iné organizačné zložky. Javí sa to praktické napríklad v prípade, ak má podnikateľ sídlo podniku v Bratislave a sídlo odštepného závodu v Košiciach. Prihovárame sa preto, aby inštitút čiastkovej prokúry bol zavedený aj do nášho právneho poriadku. Možno konštatovať, že je bežný aj v iných právnych úpravách a existoval aj v našom práve, a to až do roku 1964. Čiastkovú prokúru zaviedol aj nový český Občiansky zákonník.⁹

V.

Kto môže byť prokuristom? Obchodný zákonník o osobe prokuristu obsahuje veľmi stručnú úpravu.¹⁰ Len v § 14 ods. 1 stanovuje, že musí ísť o fyzickú osobu. Odklonil sa tu nielen od predchádzajúcej právnej úpravy v Zákonníku medzinárodného obchodu, ale aj od všeobecného právneho režimu plnomocenstva v súčasnom Občianskom zákonníku, ktorý pripúšťa spôsobilosť byť splnomocnencom aj právnickým osobám. Podľa nášho názoru je však

9 § 450 ods. 1 prvá veta českého občianskeho zákonníka:

„Udělením prokury zmocňuje podnikatel zapsaný v obchodním rejstříku prokuristu k právním jednáním, ke kterým dochází při provozu obchodního závodu, popřípadě pobočky, a to i k těm, pro která se jinak vyžaduje zvláštní plná moc.“

10 Niektoré osobitné požiadavky kladené na osobu prokuristu môžu vyplývať z osobitných predpisov, napríklad z ustanovenia § 25 ods. 1 a 2 z. č. 483/2001 Z. z. o bankách a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

toto riešenie správne a malo by byť zachované. Okrem iného sa tu zvyšuje aj právna istota podnikateľa.

Nie je podstatné, či v prípade prokuristu pôjde o zamestnanca podnikateľa alebo o inú osobu, ktorá v pracovnoprávnom pomere voči podnikateľovi nie je. Takisto v prípade obchodných spoločností nemusí ísť o spoločníka, v prípade družstva o člena družstva. Prokuristom môže byť aj rodinný príslušník podnikateľa – fyzickej osoby, spoločníka spoločnosti alebo člena orgánu obchodnej spoločnosti. Nie je tiež podstatné, či daná osoba má v čase udelenia prokúry postavenie podnikateľa alebo status podnikateľa nemá.¹¹

Obchodný zákonník nevyklučuje ani možnosť, aby sa prokuristom stala fyzická osoba – cudzinec. Musí však spĺňať podmienky ustanovené v predpisoch tzv. cudzineckého práva.

Fyzická osoba, ktorej bola udelená prokúra, musí mať spôsobilosť na právne úkony.¹² Obchodný zákonník nestanovuje pre prokuristu žiadne osobitné požiadavky v rámci odbornej spôsobilosti. Pokiaľ z noriem objektívneho práva nevyplýva niečo iné, posúdenie odbornej spôsobilosti závisí len od vôle podnikateľa. Je však rozhodne v jeho záujme, aby pri ustanovení prokuristu kládol dôraz aj na jeho odbornú spôsobilosť.

Zákon výslovne nevyžaduje, aby prokuristom bola bezúhonná osoba, preto sa ani nemusí registrovému súdu preukazovať bezúhonnosť výpisom z registra trestov. Mnohí odborníci na túto skutočnosť upozorňujú a zdôrazňujú, že požiadavky na prokuristu by v tomto smere mali byť sprísnené. Aj keď podľa nášho názoru toto nie je rozhodujúci problém právnej úpravy prokúry, pridávame sa k nim aj my. Nemusí vždy stačiť posúdenie morálnych vlastností budúceho prokuristu podnikateľom. Stojí za zváženie (aj v záujme istoty tretích osôb), či nezakotviť povinnosť prokuristu preukazovať svoju bezúhonnosť,

11 V momente, keď sa stane prokuristom, Obchodný zákonník však jej postavenie v tejto pozícii ovplyvňuje.

12 Bližšie pozri ustanovenie § 22 ods. 2 Občianskeho zákonníka.

a to napríklad tak, ako je to pri osobe zodpovedného zástupcu na základe ustanovení zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) v znení neskorších predpisov.

Hoci Obchodný zákonník takýto zákaz vyslovene neustanovuje, myslíme si, že prokuristom v zásade nemôžu byť osoby, ktorým oprávnenie zaväzovať podnikateľa vyplýva z iných dôvodov. Prokuristom nemôže byť teda ani člen štatutárneho orgánu. Prokurista je pri svojej činnosti viazaný pokynmi podnikateľa, a tak v prípade, ak je podnikateľom právnická osoba, je viazaný pokynmi štatutárneho orgánu. Z povahy veci je preto vylúčené, aby obidve funkcie vykonávala tá istá osoba. Ak by sa tak stalo, člen štatutárneho orgánu by bol sám sebe ako prokuristovi nadriadený a naopak, ako prokurista by bol sám sebe ako členovi štatutárneho orgánu podriadený. Obdobný záver vyplýva aj zo staršej judikatúry.¹³

Z ustanovenia § 200 ods. 4 Obchodného zákonníka vyplýva, že prokuristom nemôže byť ani člen dozornej rady akciovej spoločnosti.

Zaujímavé je, že Obchodný zákonník nezakotvil pre prokuristu (na rozdiel od členov štatutárnych a kontrolných orgánov kapitálových spoločností) zákaz konkurencie.¹⁴ So zákazom konkurencie pre prokuristu sa stretávame len pri právnej úprave družstva, kde Obchodný zákonník v § 249 stanovuje, že prokurista nesmie byť podnikateľom ani členom štatutárnych a dozorných orgánov právnických

13 Rozhodnutie československého najvyššieho súdu z 31. 3. 1927, Rc 6950, RI 184/27: „Konateľ nemôže byť súčasne prokuristom.“ Tiež rozhodnutie československého najvyššieho súdu z 5. 4. 1929, Rc 8824, RI 67/29: „Spoločník, ak nie je konateľom, môže byť prokuristom.“

14 Zákaz konkurencie pre prokuristu stanovoval § 81 Občianskeho zákonníka z roku 1950:

„Ani prokurista ani jiný podnikový zmocněnec nesmí bez souhlasu podniku činit na svůj nebo cizí účet jednání spadající do oboru podniku. Stane-li se tak, může se podnik domáhat náhrady škody tím způsobené, a jde-li o jednání učiněné na účet zmocněncův, může se domáhat, aby bylo jednání prohlášeno za jednání učiněné na účet podniku, a jde-li o jednání na účet cizí, aby mu byl postoupen nárok na odměnu anebo mu byla vydána odměna již zapravená.“

osôb s obdobným predmetom činnosti.¹⁵ Z § 22 ods. 2 Občianskeho zákonníka síce vyplýva, že záujmy prokuristu nesmú byť v rozpore so záujmami podnikateľa, ale podľa nášho názoru je to málo a de lege ferenda by bolo možné uvažovať o zakotvení zákazu konkurencie aj pre prokuristu. V súčasnosti však nič nebráni tomu, aby bol zákaz konkurencie dohodnutý v zmluve uzavieranej medzi podnikateľom a prokuristom, nie vždy však podnikateľ pri uzavieraní zmluvy na túto skutočnosť pamätá.

VI.

V právnej praxi často rezonuje aj otázka, či môže prokurista svoju prokúru preniesť na inú osobu. Obchodný zákonník zákaz preniesť prokúru na inú osobu v ustanoveniach upravujúcich prokúru, ani v žiadnych iných ustanoveniach, nezakotvil. Napriek tomu sa odborná verejnosť zhoduje v tom, že to nie je možné.¹⁶ Ako zdôrazňuje Eliáš: „*ve prospěch tohoto závěru lze argumentovat jen účelem právní úpravy, nikoli již samotným zněním zákona*“.¹⁷ Účelom právnej úpravy je možné argumentovať aj pri odpovedi na otázku, či môže prokurista ustanoviť ďalšieho prokuristu.

Prokúra predpokladá osobný výkon funkcie. Ide tu o vzťah dôvery podnikateľa k prokuristovi. Je na škodu, že Obchodný zákonník neprevzal ustanovenie obsiahnuté už v § 78 Občianskeho zákonníka z roku 1950 o zákaze prenosu prokúry na inú osobu, ako aj ustanovenie § 73 ods. 2 Občianskeho zákonníka z roku 1950 a neskôr aj § 66

15 Vzhľadom na skutočnosť, že nejde o kogentné ustanovenie, stanovy družstva môžu zákaz konkurencie upraviť aj inak.

16 Napríklad Eliáš, K. Etuda o prokuře. Právnik, 1993, č. 5, s. 434; Suchoža, J. In: Suchoža, J., Husár, J. a kol. Obchodné právo. Bratislava: IURA EDITION, 2009, s. 179; Ovečková, O. a kol. Obchodný zákonník. Komentár. Druhé a prepracované vydanie. Bratislava: IURA EDITION, 2008, s. 67.

17 Eliáš, K. Etuda o prokuře. Právnik, 1993, č. 5, s. 434.

ods. 2 Zákonníka medzinárodného obchodu,¹⁸ ktoré zhodne zakotvovali, že v prokúre nie je zahrnuté oprávnenie ustanovovať a odvolávať prokuristov. Ak by sme pripustili opačný výklad, mohlo by dôjsť k absurdným situáciám, keby napríklad v prípade, že podnikateľ ustanoví dvoch alebo viacerých prokuristov, mohli sa navzájom odvolávať.

V rámci odstránenia týchto nejasností je možné de lege ferenda odporučiť výslovne zakotviť, že v prokúre nie je zahrnuté oprávnenie preniesť prokúru na inú osobu, ani ustanovovať a odvolávať prokuristov.¹⁹

VII.

Ako už bolo vyššie uvedené prokurista nemôže preniesť prokúru na inú osobu ani ustanoviť ďalšieho prokuristu. Je však prokurista pri prevádzke podniku oprávnený udeliť plnomocenstvo inej osobe, aj keď nejde o prípady uvedené v ustanovení § 33a ods. 1 Občianskeho zákonníka?²⁰ Pokiaľ by sme vychádzali z rozhodnutia Najvyššieho súdu SR z 29. 9. 2004, sp. zn. M Obdo V 2/2002, ktorý konštatoval, že: *„Prokúra je zvláštnym druhom obchodného plnomocenstva upraveného Obchodným zákonníkom. Nejde tu o zastúpenie podľa § 31 a nasl. Občianskeho zákonníka, preto prokurista je pri prevádzke podniku oprávnený udeliť plnomocenstvo inej osobe, aj keď nejde o prípady uvedené*

18 Zákon č. 101/1963 Zb. o právnych vzťahoch v medzinárodnom obchodnom styku.

19 Obdobné právne riešenie zakotvil v § 451 aj nový český občiansky zákonník: *„Prokurista není oprávněn přenést prokuru na někoho jiného ani udělit další prokuru; k opačným ujednáním se nepřihlíží.“*

Previesť prokúru na inú osobu neprípúšťa tiež napr. aj nemecká, rakúska alebo poľská právna úprava.

20 § 33a ods. 1 Občianskeho zákonníka:

„Splnomocnenec je oprávnený udeliť plnomocenstvo inej osobe, aby namiesto neho konala za splnomocniteľa

a) ak je výslovne oprávnený podľa plnomocenstva udeliť plnomocenstvo inej osobe

b) ak je splnomocnencom právnická osoba.“

v ustanovení § 33a ods. 1 Občianskeho zákonníka,“ mohli by sme povedať, že áno. Najvyšší súd vo svojom rozhodnutí uvádza, že na rozdiel od plnomocenstva udeleného podľa Občianskeho zákonníka, rozsah prokúry upravuje Obchodný zákonník. Ten do rozsahu prokúry zahŕňa všetky právne úkony, ku ktorým dochádza pri prevádzke podniku s výnimkou úkonov podľa ustanovenia § 14 ods. 2 Obchodného zákonníka. Prokurista je preto pri prevádzke podniku oprávnený udeliť plnomocenstvo inej osobe, aj keď nepôjde o prípady uvedené v ustanovení § 33a ods. 1 Občianskeho zákonníka.

Je však toto stanovisko až také jednoznačné? Je správny právny záver vyslovený Najvyšším súdom vo vyššie uvedenom judikáte, že vzhľadom na skutočnosť, že prokúra je zvláštnym druhom obchodného plnomocenstva upraveným v Obchodnom zákonníku, nejde tu o zastúpenie na základe plnomocenstva upraveného v ustanovení § 31a nasl. Občianskeho zákonníka a nevzťahuje sa preto na ňu ani ustanovenie § 33a Občianskeho zákonníka?

Podľa nášho názoru sa s týmto záverom súdu dá polemizovať a súhlasíme s názorom Feketeho, že zákonodarca tým, že:

1. v ustanovení § 1 ods. 2 Obchodného zákonníka pripustil priamu subsidiárnu pôsobnosť Občianskeho zákonníka na obchodno-právne vzťahy,
2. do Obchodného zákonníka zakotvil, na rozdiel od predchádzajúcich úprav, veľmi strohú a oklieštenú právnu úpravu prokúry,
3. nezahrnul do Obchodného zákonníka právnu úpravu všeobecného obchodného plnomocenstva tak, ako je známa v zahraničných obchodných kódexoch,

zbavil Obchodný zákonník istej autonómie v oblasti právnej úpravy obchodného zastúpenia a túto úpravu urobil priamo závislú od úpravy zmluvného zastúpenia zakotvanej v Občianskom zákonníku.²¹

Rovnako aj Eliáš konštatoval, že „... *prokura upravená v § 14 obchod-*

21 Fekete, I. Rozsah prokúry a substitučné zastúpenie prokuristu. Justičná revue, 2008, č. 4, s. 555.

niho zákoníku není samostatný (izolovaný) právní institut a že zmíněné ustanovení obchodního kodexu je třeba vykládat v souvislosti s obecnou úpravou zastoupení a plné moci jako všeobecných pojmů, jež zahrňují i prokuru jako speciální typ zastoupení a jako zvláštní plnou moc: to ostatně odpovídá i pravidlu obsaženému v druhé větě § 1 odst. 2 obchodního zákoníku, podle něhož se otázky neřešitelné podle ustanovení obchodního kodexu řeší podle předpisu práva občanského.²²

Napriek tomu sa však prikláňame k záveru, že prokurista je oprávnený udeliť plnomocenstvo inej osobe, a to vo veciach, ktoré sa kryjú s rozsahom prokúry a vzhľadom na to, že podľa nás prokurista nie je oprávnený preniesť svoju prokúru na inú osobu, iba na konkrétny obchodný prípad. Substitučné zastúpenie prokuristu splnomocnencom na základe udeleného plnomocenstva prevažne akceptuje aj odborná literatúra, avšak spravidla bez toho, aby riešila otázku, či prokurista tak môže robiť so súhlasom, alebo aj bez súhlasu podnikateľa.²³ Podľa nášho názoru prokurista môže udeliť plnomocenstvo aj bez súhlasu podnikateľa, ak z udelenia prokúry nevyplyva niečo iné. Vychádzame z analogického použitia ustanovenia § 568 ods. 1 Obchodného zákonníka,²⁴ opierajúc sa pritom o rozhodnutie Najvyššieho súdu ČR z 25. 11. 2009, sp. zn. 23 Cdo 2713/2009.²⁵

Aby sa predišlo pochybnostiam, je možné aj v tomto prípade de lege ferenda navrhnúť, aby právna úprava prokúry jasne stanovila, či má prokurista právo udeliť inej osobe plnomocenstvo, alebo nie. Veľmi jednoznačnú právnu úpravu v tomto smere obsahoval Hospodár-

22 Eliáš, K. Etuda o prokuře. Právník, 1993, č. 5, s. 428.

23 Pozri napríklad Eliáš, K. Etuda o prokuře. Právník, 1993, č. 5, s. 434, Patakyová, M. In: Patakyová, M. Obchodný zákonník. I. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 39.

24 § 568 ods. 1 Obchodného zákonníka:

„Mandatár je povinný zariadiť záležitosť osobne, len ak to určuje zmluva.“

25 Najvyšší soud ČR skonštatoval: „nejednávají-li si smluvní strany jinak, použijí se na smluvní vztah mezi prokuristou a podnikatelem ustanovení obchodního zákoníku o mandátní smlouvě.“

sky zákonník,²⁶ ktorý v ustanovení § 24h jasne zakotvil, že zástupca je oprávnený ustanoviť si ďalšieho zástupcu:

- a) ak ide o zákonného zástupcu,
- b) ak ide o prokuristu,
- c) ak ide o zástupcu na vedenie sporu,
- d) ak bol výslovne splnomocnený ustanoviť si zástupcu.

Keby sme riešenie tejto otázky ponechali až na samotnú rekodifikáciu, problém by sa vyriešil tým, že v rámci zaradenia prokúry medzi zmluvné zastúpenie, by sa na prokúru v otázke možnosti udelenia plnomocenstva prokuristom, jednoznačne vzťahovali všeobecné ustanovenia o zastúpení, pokiaľ by právna úprava prokúry nestanovovala inak.

VIII.

Ako už bolo uvedené z charakteristiky prokúry vyplýva, že prokúra je druh zmluvného zastúpenia, pri ktorom môže prokurista zaväzovať podnikateľa vo všetkých veciach týkajúcich sa prevádzky podniku (s výnimkou scudzovania a zaťažovania nehnuteľností, pokiaľ mu toto oprávnenie nebolo v udelení prokúry výslovne uvedené). Aj keď je konanie prokuristu svojou povahou značne autonómne, zaväzuje podnikateľa. Nemôžeme si preto predstavovať, že by prokurista robil právne úkony úplne svojvoľne, bez ohľadu na záujmy podnikateľa a neniesol za svoje pochybenia žiadne dôsledky. Prokurista vonkajšie vzťahy realizuje v mene podnikateľa a jeho postavenie sa do značnej miery blíži postaveniu štatutárneho orgánu.

Dávame preto na zväzanie, či by nebolo potrebné aj pri prokuristovi zakotviť povinnosť vykonávať svoju pôsobnosť s odbornou starostlivosťou a v súlade so záujmami podnikateľa, obdobne ako je to pri štatutárnych orgánoch kapitálových spoločností. Prokurista si musí byť vedomý svojej úlohy a rovnako rizík, ktoré jeho postavenie podnikateľovi prináša.

²⁶ Zákon č. 109/1964 Zb.

Záver

Na záver možno dodať, že prevzatie prokúry do Obchodného zákonníka sa neurobilo práve najšťastnejším spôsobom. Obchodný zákonník upravuje prokúru v podstate len v jednom paragrafe²⁷ a ako už bolo uvedené, od jeho prijatia v roku 1991 v právnej úprave prokúry nenastala žiadna zmena. Myslíme si, že by nebolo na škodu sa k súčasnej právnej úprave prokúry vrátiť a precizovať ju, aby pri jej aplikácii v právnej praxi nedochádzalo k interpretačným problémom.

Summary

Procuration is a special type of contractual representation governed only by the Commercial Code. The entrepreneur entitles the proxy to perform all legal acts involved in operating the enterprise. The only limitation of procuration is that the proxy, unless he is expressly granted this authorisation in the procuration, cannot cease and encumber the property. Procuration is not a new institute in our legal order, it is regulated in Section 14 of the Commercial Code currently in force. Unfortunately, the legal specification of procuration is rather brief, and not as detailed as it used to be in the past. It is reflected into many discrepancies in the legal practise, and therefore the purpose of the contribution is to point out to some of the discrepancies and find ways how to solve them. Recodification of private law should be a space to precise the legal modification of procuration and solve related problems.

27 Na porovnanie v minulosti Rakúsky obchodný zákonník z roku 1863 obsahoval, pokiaľ ide o podstatu prokúry, desať ustanovení, Uhorský obchodný zákonník z roku 1875 dvanásť ustanovení, Občiansky zákonník z roku 1950 osem ustanovení a Zákonník medzinárodného obchodu päť ustanovení. Nový český Občiansky zákonník obsahuje sedem ustanovení upravujúcich prokúru.

CODIFICATION OF CIVIL LAW IN SERBIA (Historical experience and current projects)

DUŠAN NIKOLIĆ

Abstract: The idea of codification has been present in Serbian legal thought for centuries. More intensive work on its realization has been conducted during the periods when a need for the society to accept legal standards existing in wider European area, was present. One could basically speak of three Europeanizations and three codifications of Serbian law. The middle ages period was marked by the *Code of Emperor (Tsar) Dušan*, of the year 1349, XIX century by the *Serbian Civil Code* of 1844, and the current epoch by the work on a *new Civil Code*, which, in terms of time, coincides with the preparations for Serbia's entering the European Union. Major workflows of the development of civil law in Serbia, different foreign influences, challenges which law-drafters were facing, effects of legislative work, and problems which occurred following the implementation of legal regulative during certain periods, were presented in this work. Quality and final outcome of the codification effort, as suggested by examples from comparative law, quite often depended on the intellectual capacity, visions, and sense of reality of those who wrote the codes.¹

Keywords: codification; civil code; legal tradition, Europeanization; Serbian Civil Code.

1. Introduction

The idea of codification² of legal rules has been present in Serbian legal thought, for centuries. It became especially prominent during

-
- 1 This work is dedicated to Jan Lazar, a Distinguished Slovakian Professor of Civil law who played a key role in shaping of the new Slovakian Civil Code, and who held a prominent place among the high level intellectuals, who greatly influenced the development of legal thought in Europe.
 - 2 On the notion and types of codification see: Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, Carlos III University of Madrid, 2013, pp. 27. etc.

the periods when it was necessary to adopt legal standards which were in force in broader European area. Codification was therefore, to Serbs, always something more than mere organization of legal rules into a coherent and clear source of law. It represented a complex process which led to greater rapprochement with other European countries and nations. Codification always came with partial reception of foreign regulative models, legal institutes, and even certain legal rules³. It also represented an opportunity for modernization of law, and thereby, advancements in society as a whole.

Basically, it could be spoken of three Europeanizations of Serbian law, and also of three epochs in which codification of legal rules was conducted.⁴ The first one happened during the middle ages, and under influence of the Byzantine Empire. The second one followed in the mid XIX century, after liberation from centuries long Turkish occupation. The third Europeanization of Serbian law is currently being conducted. Legal regulative has been changed to conform to European legal standards, and *acquis communautaire*, for years, as part of preparations for entering the European Union.

The middle ages in Serbian legal was marked by the *Code of Emperor Dušan* of the year 1349, which contained very advanced normative solutions. It, however, mostly regulated the matter of public law, and was not in force for a long time, as Serbia was occupied by Turks, a few decades later. The second epoch was marked by the *Civil Code* of the year 1844. At the time when it was enacted, Serbia was amongst the very few countries in Europe to have codified civil law. Normative solutions of the Serbian Civil Code, however, were not in

3 See: Dušan Nikolić, *Property Law in Serbia: Both Autonomous Legal Development and Legal Transplant*, in: *Private Law in Eastern Europe. Autonomous Developments or Legal Transplants?* (editors: Christa Jessel-Holst, Rainer Kulms, Alexander Trunk), Tubingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 237 – 267.

4 See: Dušan Nikolić, *Indoevropski koreni i tri evropeizacije srpskog privatnog prava*, in: *Serbian Law – Past and Present*, University of Kragujevac – Faculty of Law, Kragujevac 2007. pp. 131 – 148.

accordance with the level of social development. It is thought that the lawdrafter (a Serb from Austria) did not fully understand the relations in Serbia of the time, and that he, by creating normative pre-requisites for destroying of family clans, contributed to impoverishment of many families, and even the Serbian society as a whole. The Code came out of force a hundred years later, during the shaping of a new, socialist order. However, some of its provisions are still applied, because alternative ones have not been created in the meantime. *Summa summarum*, Serbia today does not have a Civil code, despite the fact that it was, in the sense of law codification, one of the leading countries in Europe, at the time.

It has been worked on a new code, for more than a hundred years. There have been several legislative projects, since the beginning of the XX century. However, due to different historical circumstances, none of these were realized in entirety. In the meantime, a so called *partial codification* was conducted. Namely, a *systems law* and several *accompanying laws* were enacted for every branch of law. The legal regulative in some areas of civil law is not developed enough, though.

Entering the European Union represents a new cause for modernization of civil law in Serbia, and an impulse for its (re)codification, as well. At first, that might seem contradictory. As it is known, countries which have aspirations of becoming a member are not required to have a civil code. Codification at national level even often pose a barrier for a more efficient formation of the common (supranational) law (*ius commune europaeum*). However, (re)codification has been conducted in many countries, while in some even completely new civil codes were created. That, on one hand, provided for the actuality and compatibility of legal regulative, while on the other, it secured legal tradition which is necessary for preserving the national identity in a complex state union.⁵

5 Compare: Jean Carbonier, *Le Code civil des français dans la mémoire collective*, in: *1804-2004 Le Code civil – un passé, un présent, un avenir*, Paris 2004, pp. 1044 –

Two law-drafting projects are currently conducted in Serbia. Several years ago, a pre-draft of the *Code on Ownership and Other Property Rights* was written, while the pre-draft of the new *Civil Code* is currently being worked on. The law-drafters are faced with a great challenge, as they need to achieve balance between the national interests and the need for the legal regulative to be in accordance with the European standards. Besides, they are expected to propose normative solutions which will make the legal system of Serbia modern, functional and compatible with the legal systems of other countries in the region. The fact that the legal regulative needs to be in accordance with the level of social development and real needs of legal practice has to be taken into account, as well. A useful landmark for achieving that could also be found in valuable experience from the past.

2. Codification in Serbian legal history: influences, ideas and realization

2.1. Reception of the Byzantine model of codification

Serbs had an opportunity to meet codified law as early as the first half of the 7th century, when they settled on Byzantine territory⁶. In the beginning, they lived in areas called *sklavinije*, under old Slavic cus-

1053; Daniela Caruso, *The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration*, <http://www.jeanmonnetprogram.org/paper>, p. 2; Walter van Gerven, *Codifying European private law? Yes, if...!*, in: *Le droit privé suisse au droit communautaire européen...*, in : *Le droit privé suisse face au droit communautaire européen : questions actuelles en droit de la responsabilité civile et en droit des contrats* (ed. Franz Werro, Thomas Probst), Berne: Staempfli, 2004. p. 173. etc.

6 The earliest known written information about the Serbs can be found in a Byzantine Emperor Constantine VII Porphyrogenitos document of the 10th century, entitled *De administrando imperio*.

toms (*antiqua consuetudo*). However, the elders of the Serbian family communities (clans) had to be familiar with the Roman legal heritage contained in the Justinian's codification (*Codex Iustinianus*) from VI century, to a certain extent, as they were sometimes engaged in different legal relations with the Byzantines. Over time, Serbian (Slavic) customs gave way to written sources of law. Private law was, in part, based on the *Byzantine model*, regulated in *Nomo-canons*, which parallelly, encompassed the norms of clerical law.⁷

2.2. Development of an autochthonous codified law: Emperor Dušan's Code

As early as the middle ages, Serbia had a developed and, even from today's standpoint, advanced legal system. A special contribution to that was given by the aforementioned *Code of Emperor (Tsar) Stefan Uroš IV Dušan* of Nemanjić dynasty, of the year 1349. Several provisions of that codification testify to that fact. In one, it is stated that judges are to adjudicate freely, according to the law, without fear of the imperial government.⁸ In the second, the Emperor states that judges ought to adjudicate according to the law and justice even if he personally addresses them by letter requesting that someone, contrary to the law, be punished or freed of any responsibility.⁹ In third, it is stated that judgments had to be rendered in written form and in two copies, one of which stayed with the court and the other, delivered to the party that won the dispute. The above stated provisions indicate that there was a great sense of the necessity to provide for the rule of law and fair adjudication.

The fact is, however, that the provisions of the *Dušan's Code* pri-

7 See in detail: Teodor Taranovski, *Istorija srpskog prava u Nemanjičkoj državi*, I-IV, Beograd 1931 – 1935.

8 See: article 172 of the Emperor Dušan's Code.

9 See: article 171 of the Emperor Dušan's Code.

marily regulated questions dealing with the field of Public law. The matter related to Civil law, to a great extent remained in the domain of customs¹⁰.

During the rule of the Nemanjić dynasty, reception of Roman law was slowly done in the Western Europe. The effects of such process could, to a certain extent, be felt in Serbia, as well. Influence came from neighboring Hungary and Dubrovnik. Towards the end of the Middle Ages, Serbia was, according to distinguished foreign historians, “much more closer to Central Europe states than Byzantine”.¹¹

2.3. Return to the customary law during Turkish occupation

Serbia lost its statehood in the middle of XV century. During the Turkish occupation which lasted for several centuries, Serbian people had, for the most part lived in accordance with the customs. The *Customary law* developed under the strong influence of the Turkish authority and Eastern culture.

Untill the midle of XIX century, Serbs lived in large patriarchal communities called 'clans' *porodična zadruga*¹² (clan). Like Roman *Familia* at it's time, clans represents a community of people and goods in which a separate legal regime was applied.

Life within the clan carried on in accordance with customary rules and decisions of the family elders. The elders held significant authority and a wide scope of power. Their decisions, to a great extent, influenced many issues concerning the every day life of the clansmen. The elders had an important role in relations with the outside world. They bought, sold and borrowed, etc., on behalf of the clan.

10 Compare with: Aleksandar Solovjev, *Zakonodavstvo Stefana Dušana, cara Srba i Grka*, Skoplje 1928.

11 Konstantin Jireček – Jovan Radonić, *Istorija Srba (kulturna istorija, knjiga II)*, Beograd 1984., pp. 117.

12 See: Živojin Perić, *Kategorija porodica i porodičnih zadruga u Srpskom pravu*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Vol. XXXII/1936, pp. 411 – 414.

Relations between different communities were ordered pursuant to customary law. Disputed issues were most often resolved by agreement of the disputed clans, in accordance with custom and mediated by third parties (friends, neighbors, etc.). In case a dispute could not be resolved, a decision was made by the Duke, based on custom and his own personal understanding of equity.

2.4. Ideas on codification in XIX century

During the First Serbian Uprising against the Turkish occupations (1804-1814) led by Duke (Knez) Đorđe Petrović Karađorđe, there were efforts aimed to form a modern state and to have all significant social relations ordered by codified law. One of the main supporters of this idea was Teodor Filipović, an eminent Austrian attorney and Professor of history of law at the University of Charkow (Harkov), known among the rebels under the pseudonym of Božidar Grujović. Many contemporaries found Grujović's efforts to be reasonable, but considered that their realization in the circumstances of the time would have been premature, since history has shown that it is quite difficult to create a stable legal system during periods of revolutionary upheaval and that revolutions require an altogether different mode of organization and conduct. Despite this, there are indications that in 1810 Duke Karađorđe and the government (the *Sovjet*) requested the purchasing of a copy of the French Civil Code (*Code civil des Français*) of 1804 in Ljubljana.

The first courts were established during this time. However, there were no written laws in the field of civil law and therefore disputes were resolved using the old method. The courts mostly adjudicated according to, and if this did not exist, as dictated by equity. Historiography has offered testimony that only the educated priest Mateja Nenadović in the municipality (*nahija*) of Valjevo adjudicated according one mediaval nomo-canon (*krčmija knjiga*), and also relying on the Justinian's laws and *Moses's severity over the Jews*. The other mu-

nicipality applied customary law which in part was developed through the influence of jurisprudence, while a significant role in the regulation of social relations was still held by the family elders.

It was the same during the Second Serbian Uprising (1815) under the leadership of Duke Miloš Obrenović.

During the uprising period, Miloš Obrenović governed according to the form of a patriarchally ordered society. He was considered father of the people or, as it used to be said in the spirit of those times, the elder of the great Serbian clan. The Duke mostly acted in accordance with tradition and customary law.¹³ However, at that time in Serbia, new social relations which were not in accordance with the tradition and customs began to develop. These were decided upon by the Duke, basing his decisions on „good reasoning“ and a personal understanding of justice and equity. Many considered this sort of regulating of social relation as unacceptable.

The *Knez's* legal policy was also criticized by Serb intellectuals in Austria. Some of them attempted to stimulate the legislative process. For example, the Timisoara attorney *Maksimilijan Simonović* translated the Austrian Civil Code of 1811 from German into Serbian and adjusted it to the circumstances in Serbia at the time. That was the first concrete attempt for Serbia to get a modern Civil Code. The text was supposed to be printed in Vienna in 1828, but the author did not get the consent of the Imperial War Council.¹⁴

2.4.1. Different foreign influences

Pressured by vast dissatisfaction, the Duke, towards the end of the 1820s made a decision for legislative work to commence.

13 See: Slobodan Jovanović, *Političke i pravne rasprave*, Beograd, 1908 p. 279.

14 See in detail: Aleksa Ivić, *Neuspeli pokušaji štampanja zakona za Srbiju godine 1828*, Arhiv za pravne i društvene nauke, knjiga X 5-1931, pp. 361 – 363.

2.4.1.1. French Influence

In 1828, the Duke's Secretary Dimitrije Davidović asked Vuk Karadžić, a reformer of the Serbian language, to translate the French *Civil Code* of 1804, "word by word, to make it understandable, while the commission (...) would later chose what is suitable for the Serbs"¹⁵. Namely, Duke was "determined to publish civil laws, that would suite the character and customs of his people"¹⁶. The plan was to use the translations of foreign laws as a sort of guide during the legislative process, while normative solutions from the French law were only to be used were necessary. From the official correspondence that followed in 1829, it is obvious that the tasks were later changed. The Greek Georgios Zachariades, a private teacher to the *Knežević* Milan (the son of *Knez*), was entrusted with the translation of certain parts of the *French Civil Code*. Since the translator did not speak French, he made the translation from the German language. Also, Zachariades was not sufficiently familiar with the Serbian language, and even less with the legal terminology. All these factors contributed to the poor quality of the translation. In such circumstances it was evident that legislative work would prove to be difficult and that it would not be completed within six months, as the Duke's Secretary had planned.

A special committee was formed for reasons of expedience in enacting the civil code. However, the Committee did not have any educated lawyers among its members which rouse suspicion at the positive outcome of the whole endeavor. Certain Serbs from Austria, that were closely observing the legislative process in Serbia, also pointed at this problem of incompetence. Documents exist that indicate that there was a proposal to have the Duke send an able young man to study law in Bonn, where the French private law was practiced at the

15 Aleksa S. Jovanović, *Rad na "Toržestvenim zakonima"*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Vol. VIII, N^o. 4, of November 25, 1909, p. 17.

16 *Ibidem*.

time, and by doing so to help the education of professional lawyers that could offer their expertise to the legislative bodies, and later, to those that would be in charge of implementation of legal norms. However, only years later had Miloš Obrenović offered his support for this idea. In the meantime, the Committee continued the work in the same composition. Its members tried to grasp the meaning of legal principles contained in the *French Civil Code* and to have the names of those principles translated correctly into the Serbian language. However, their efforts remained futile. Even today anecdotes can be heard about the Committee whose members thought that *servitude* meant slavery, and that a pledge (*hypoteque*) meant the apothecary (*pharmacy*). Due to all these problems, Duke Miloš expressed public dissatisfaction when he reviewed the legislative project in 1834.

Knez knew that it is not possible to successfully complete the legislative projects without educated lawyers. On the other hand, he did not mind the composition of the Committee at the beginning since he did not have serious intention of significantly changing his way of ruling. As a result, the legislative work was continued to be carried out in the same manner to the satisfaction of all those involved. However, in 1835 an uprising broke out in Serbia as a result of continuous postponement of legislative regulation. It was only under such circumstances Duke requested expert assistance from abroad.

2.4.2. Austrian Influence

In 1836, Austrian Consul Antun Mihanović, arrived in Belgrade to curb foreign influences in Serbia and to strengthen political, cultural, and economic ties between his home country and the Serbian people. Due to diplomatic skills, as well as to general circumstances of that time, Mihanović's stay in Serbia (1836 – 1838) was marked with radical shift in the Serbian legislative policy.

In 1836, Duke Miloš Obrenović, following the recommendation of his Secretary, and through the mediation of the Consul Mihanović,

asked Austrian authorities to allow Vasilije Lazarević, Mayor of Zemun, and Jovan Hadžić, Senator from Novi Sad Magistrate, to cross the border and come to Serbia in order to participate in the legislative work. They were first of all asked to review the material that was prepared by the Committee. Lazarević and Hadžić found that the proposed text of the civil code represented a literal translation of the French *Civil Code* and that its enactment would be a great mistake because Serbia was at a much lower level of social development than France. In their opinion, normative approaches from French law did not suit the circumstances in Serbia at the time, which, after centuries of occupation, was economically undeveloped, culturally backward, and without educated lawyers who would be capable of understanding the sense of legal norms and how to apply them suitably. In alluding to these facts, Lazarević and Hadžić proposed to the Duke that a completely new code be drafted, which would be based on custom and already existing regulations, at the same time fully taking into account the tradition and peculiarities of the Serbian people.

2.4.3. English Influence

In 1837, English Consul, George Lloyd Hedges, also arrived in Belgrade with the task of limiting the political influence of Russia and promoting economic interests of his country in the Balkans. In order to gain the trust of Miloš Obrenović, and probably to promote Anglo-Saxon model of law, this foreign diplomat stated that Serbia did not need foreigners as law-drafters, nor the laws such law-drafters would write, since there is no one in the country to read and apply such laws. In his own words, Duke, being a good sovereign, was “sufficient ruler.”

2.4.4. Russian Influence

The Russian Government, that had Serbia under its protectorate, had the opposite point of view when it came to legal regulation. The

Russians believed that Serbian needed the Constitution and that the basic laws regulating civil and criminal subject matter should be enacted as soon as possible. Soon after, Vaschchenko, a representative of the Russian Government arrived in Belgrade in order to spur the legislative work and to insure its consistency. Duke Miloš had no other choice than to do all that was at his power in order to speed up the process of enactment of basic laws.

2.5. Civil Code Project

In 1838 a new Committee was formed with the task of assisting the two Serbs from Austria in their legislative work. Lazarević was entrusted with the writing of the Criminal Code, while Hadžić was put in charge of the Civil Code. The writing of the draft codes was preceded by months of preparations. From August 1838 until January 1839, Jovan Hadžić collected information on the spirit, customs, habits, and domestic circumstances of the Serbian people, from the materials he gathered from the Duke's officials. Following this period, Hadžić was hired to work on other legislative projects. He did not devote entirely to the work on the Civil Code until the middle of 1840. At that time, he concluded a contract with the Serbian government for the preparation of the Draft code, which provided that the work would be done in two years of time.

In the fall of the same year, Jovan Hadžić spent some time in Vienna. On that occasion, he presented the Austrian Duke Metternich with a detailed account of his legislative work and of the overall circumstances in Serbia, promising that the Serbian Code would be based on the Austrian Civil Code of 1811, with the necessary adjustments of certain normative approaches. He also stated that he would endeavor to “prove himself worthy of the trust bestowed upon him on this occasion by the Austrian Emperor and Government”. Hadžić did in fact follow through in this matter. Instead of the anticipated original

code founded on national spirit and custom, Jovan Hadžić, submitted to new Serbian ruler – Duke Aleksandar, in September of 1842 a text which was essentially based on Austrian Civil Code.

2.6. Serbian Civil Code of 1844

The draft was, with certain amendments, adopted on March 11, 1844 and come into force 14 days later under the title *Civil Code of the Dukedom of Serbia (Zakonik građanskij za knjažestvo Srbije)*.

The adoption of Hadžić's project was of great historic importance. Serbia became one of the few countries in Europe at that time to have a civil code¹⁷. This in turn defined the basic path for the development of civil law legislation. By carrying out a partial reception of the Austrian law, Serbia had acceded to the Germanic legal sphere to which it mostly belongs today. Finally, it should be mentioned, that acceptance of normative approaches from foreign law did in fact hasten changes

17 According to the data in our possession, the following European countries had an *original codification of civil law*, in the modern sense of meaning: Bavaria (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* of 1756), France (*Code civil des Français* of 1804, later known as *Code Napoleon* or *Code civil*), and Austria (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* of 1811). French Civil Code was partially received in the Swiss Cantons of Vaud (1819), Fribourg (1834), and Ticino (1837). In 1838 in Netherlands the code came into force (*Burgerlijk Wetboek*), which was, for the most part, based on normative solutions of the French law. Austrian Civil Code was partially taken over by Swiss Cantons of Bern (1826), Aargau (1828), Solothurn (1831), and Lucerne (1841). The French *Code Civil* was in its entirety, and for a prolonged period of time, used in the territories that were under Napoleon's rule (in Belgium, Luxembourg, Rhineland, and Baden in 1804, and in the Netherlands in 1809). The Austrian Civil Code, on the other hand, was in its entirety valid in the territories that were under the Habsburg rule. Data is based on the preliminary research conducted at the Department of Civil Law at the Geneva Faculty of Law (*Departement de droit civil, Faculté de droit, Geneve*) and the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law (*Max-Planck – Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg*), in cooperation with Dr. Nataša Hadžimanović.

in the society. Serbia began to develop in accordance with the legal standards which were dominant in Europe. Nevertheless, the Civil Code had a number of shortcomings. It is indisputable that its adoption also resulted in a series of negative effects.

The Civil Code became the subject of criticism immediately upon its publication. Citizens and Serb Lawyers from neighboring Austria alike, were unsatisfied with certain normative approaches. The main criticism was that the Civil Code represents only a revised text of the Austrian *Civil Code*¹⁸ and that the author contributed to the dissolution

18 Hadžić combined certain provisions, while completely leaving out others. In fact, he managed to reduce the 1,502 paragraphs of the Austrian Civil Code to a total of 950. However, it is generally perceived that this was done with numerous omissions and that for this reason the Serbian code was, in contrast to the Austrian one, insufficiently systematic and often incoherent. *The Civil Code of the Dukedom of Serbia* was written according to an institutional (tripartite) system and was comprised of an introduction and three parts.

The introduction contained general principles which were segmented into two parts. The first was entitled *On Civil Laws in General* and the second, *Basic Attributes of Justice and Equity in Civil Laws*.

The first part of the Code was, in the spirit of Gaius' tripartition, devoted to personal rights. It governed the following issues: 1. On persons and personal rights according to their own features; 2. On the rights and obligations of spouses; 3. On the rights and obligations of parents and children and 4. Guardianship.

The second part of was entitled, *On Property Rights*. However, it did not only govern the subject of property law. This part of the Code had two segments. The first dealt with property and inheritance law. It covered the following issues:

1. On property and the right to property; 2. On possessions and the right to them 3. On property; 4. On the acquisition of things; 5. Accession of movable things; 6. Acquisition of things through transfer; 7. On pledge; 8. On servitudes; 9. On inheritance; 10. On testament; 11. On the content, purpose and drafting of a testament; 12. On how the testator can dispose of his estate; 13. On the inventory of the testator's estate; 14. On division; 15. On inheritance rights and clan relations; and 16. On inheritance in cases of no decree of law or statutory inheritors. The provisions of the second segment, dealing with the law of contract and torts, governed the following issues: 17. On contracts in general; 18. On gifts; 19. On deposit; 20. On service; 21. On loans; 22. On agency; 23. O exchange in kind; 24. On sale; 25. On lease; 26. On rent; 27. On society; 28.

and disappearance of the family *clan* [*zadruga*] with the acceptance of unsuitable normative approaches from foreign property law. Certain authors consider this to be a reason for the pauperization of Serb families and destabilization of the society as a whole, the consequences of which are felt even today. Of course, other opinions exist among theoreticians. For example, Slobodan Jovanović, a renowned Serbian intellectual and professor at the Belgrade Faculty of Law, considered that Jovan Hadžić simply hastened a process that was otherwise inevitable.¹⁹

In order to alleviate the growing discord between the normative approaches and judicial practice, the Code was amended on several occasions.²⁰ However, a complete revision was never carried out. Partial amendments rendered the Code that lacked systematic organization from the very beginning, even less consistent and coherent to the people. For these reasons, already by the second half of the 19th century, the dominant belief among the expert public was that entirely new code was in order.

2.7. Problem with implementation of codified law in XIX century

The transition from customary to codified law was too fast, and not prepared well enough. After several centuries of Turkish occupation the population, for the most part, was illiterate and uneducated. Most

On nuptial agreement; 29. On wager; 30. On compensation for caused damage. The third part carried the title: *General attributes of personal and property rights*. It regulated the following issues: 1. On method in which rights and obligations are determined; 2. On the modification (amendment) of rights and obligations; 3. On the termination of rights and obligations; 4. On the statute of limitations. For more detail, with commentary and instruction see: Gojko Niketić, *Građanski zakonik Kraljevine Srbije, protumačen odlukama odeljenja opšte sednice Kasacionog suda*, Belgrade 1909.

19 Slobodan Jovanović, *op. cit.*, p. 285.

20 See amendments of 1864, 1869, 1872 and 1911.

of the citizens were, therefore, not able to read and understand what was written in the *Civil Code*. Serbia also lacked the legal infrastructure for implementation of modern normative solutions from developed European countries. There were no educated lawyers to take up the roles of judges and attorneys at law, in accordance with the European standards of the time.

In the mid XIX century, the planned creation of the intellectual elite had begun. According to the program drafted by the Minister of education of the time, each year a certain number of state pupils were sent to leading European universities. It is estimated that up until Serbia's joining of South Slav union of peoples – The Kingdom of Serbs, Croats, and Slovenes, approximately 1,300 Serbian students of various callings were educated in this manner.²¹ Most of them studied law, as the creation of legal professionals for courts and other state organs was considered to be one of the national priorities.

2.8. Serbian Commercial Code of 1860

For decades, commerce was one of the most developed branches of the Serbian economy. A class of traders began forming as early as the XVIII century and headed a new, bourgeois class that played a key role in the struggle for independence. Owing to the historical role, wealth and the influence of traders in Serbian society, commerce was governed by separate regulations. On 12 December 1859, *Knez Miloš* founded the first Commercial Court in Belgrade, while the *Commercial Code of the Serbian Dukedom* came into force on 26 January 1860. The editors of the Code primarily relied on the normative approaches found in the French *Code de commerce*. In this way, Serbian trade law was conformed to the standards existing in Western Europe.²²

21 See: Ljubinka Trgovčević: *Planirana elita*, Belgrade, 2003.

22 See: St. J. Veljković, *Objašnjenje trgovačkog zakonika za knjažestvo Srbiju*, Belgrade, 1866.

2.9. Pre-draft of the Property code in the Kingdom of Serbia (1908 – 1914)

As is mentioned previously, the *Civil Code* of 1844 was criticized among the professional public from the very moment it came into force. In the beginning, there strides were taken to carry out a thorough revision of all disputed and unsuitable provisions. However, in time, the opinion that Serbia needed a new, modern and original code pervaded. Of profound influence in the formation of such an opinion were the lawyers educated at foreign universities. On the other hand, the political elite did have before it a positive example with the *General Property Code for Montenegro*. The agreement of the professional public and the political elite towards the end of the XIX century was to begin preparations for the reform of civil law. However, this process took very long. Legislative work actually began only in the early XX century. This inspired *Dragoljub Arandelović*, a professor of the Belgrade Faculty of Law, and later drafter, to state the following in one of his critiques on the topic, “There was time for everything, except for the reform of the Civil Code, this cornerstone of all private law relations in the state...”²³

The committee for the drafting of the new code was formed in 1908. Its task was to regulate the subject-matter of the general part, property law and the law of contract and torts.²⁴ The remaining segments, according to the redactor’s opinion, were to be regulated by separate regulations, with a view to avoiding constant amendments to the code. The reasoning behind such a solution reflected the experiences of other countries which did opt for a similar normative concept, and primarily the experience of neighboring Montenegro.

The professional public, with good reason, expected that the new

23 *Dragoljub Arandelović, op. cit.*, p. 145.

24 See in detail: Živojin Perić, *Jedan nov rad na kodifikaciji privatnog prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 6/1911.

code would be written based on the model of contemporary Swiss legislation. However, the basis was in fact the German *Civil Code* of 1896.

The project was completed in 1914, right at the outset of World War I. Further efforts on the adopting of the code could not be continued in wartime conditions. This period was followed by unification. The circumstances had significantly changed and the project remained unrealized.

2.10. Work on Codification of Civil Law in the Kingdom of Yugoslavia

At the time of creation of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, in 1918, the *principle of legal continuity* was applied. In all parts of the new state the implementation of existing regulations continued. The legal particularism presented itself as an obstacle for a stronger economic, commercial, and political integration of the region. For this reason, the central government, immediately following unification, began the process of developing a unified legal system. However, from the outset, priority was given to regulations in the domain of public law.

A committee for the preparation of a preliminary draft of the uniform civil code was only formed in 1930. From the very beginning, it faced numerous legal and political problems. Of particular difficulty were the differences in legal development between certain territories. It is generally considered that because of this discord the working group decided to use the Austrian *Civil Code* of 1811 as a starting point. Moreover, it was considered that this Code was much closer to the average of law that was in force in the Kingdom, that perhaps Swiss civil law legislation or, for example, the German *Civil Code* of 1896. Furthermore, practically all legal territories, more or less, developed under the influence of Austrian law prior to unification. It became, in some ways, part of the common legal tradition. Hence, it was be-

lieved that the official reception of normative solutions from the Austrian *Civil Code* would cause the least resistance from the political and professional public. Predictions, however, proved to be wrong. The preliminary draft of the new civil code, better known as the *Predosnova* [*Preliminary Foundation*], was completed in 1934. The project was submitted to the Ministry of Justice the following year. Soon after, public discussion followed. The *Predosnova* was severely criticized.²⁵ The criticism was aimed towards the proposed provisions, but also against drafter's decision to use the Austrian *Civil Code* as the base. Many considered that Swiss legislation should be used as a base,²⁶ while others claimed that the country needed a completely original codification, which would equally take into account the domestic tradition and heritage of Central and Western European countries.²⁷ Because of these disputes, as well as the political changes that ensued following the assassination of Yugoslav King Aleksandar in Marseille in 1934, the *Predosnova* never reached the parliamentary procedure phase.

2.11. Development of a mixed legal system in Vojvodina: a synthesis of the judge-made law and codified statutory law

The territory of today's Autonomous Province of Vojvodina held a special place within the legal system of the former Kingdom of Serbs,

25 See: Bertold Eisner – Mladen Pliverić, *Mišljenja o predosonovi Građanskog zakona za Kraljevinu Jugoslaviju*, Zagreb 1937; Živojin M. Perić, *Obrazloženje §§ 1. – 319. Predosnove Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, Belgrade 1939.

26 Certain authors claim that the members of the Committee took into consideration some of the solutions from the Swiss Civil Code. See: Ferdo Čulinović, *Dražavnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX. i XX vijeka (Srbija, Crna Gora, Makedonija, Stara Jugoslavija (1918 – 1941), Nova Jugoslavija*, Knjiga II, Zagreb 1959, pp. 321.

27 For more detail see: Božidar S. Marković, *Reforma našega građanskog zakonodavstva*, Beograd 1939.

Croats and Slovenes (Yugoslavia). Two regulatory models fused in this territory over time. Legal system in Vojvodina had elements of *judge-made law* and elements of *statutory law*.²⁸ The shaping of such a *mixed legal system* was influenced by, on the one hand, a specific legal heritage, and on the other, a high level of tolerance of the government at the time.

According to the principle of the legal continuity, at first, the judges applied the rules of the old Hungarian judge-made law and the norms of the Austrian *Civil Code* of 1811, and later, the relevant regulations of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes (Yugoslavia) as well.

A special role in the development of Vojvodina private law was played by a division of the Belgrade Cassation Court (Division B), formed in 1920 in Novi Sad, which had the power to create legal rules.²⁹ A testimonial to that are the numerous decisions rendered in the first half of the XX century.³⁰

28 For more detail see: Dušan Nikolić, *Private Law in Vojvodina in the First Half of the 20th Century: A Functional Model of a Mixed Legal System*, in: Festschrift für Willibald Posch: *Öffnung und Wandel – Die Internationale Dimension des Rechts II*, (editors: Tomislav Boric, Brigitta Lurger, Peter Schwarzenegger, Bernd Terlitza), Wien, LexisNexis, 2011, pp. 525 – 533.

29 This development of private law was supported by the legal academia of time. Ivo Milić, a professor of the Subotica Faculty of Law, in the foreword of his book entitled *A Survey of Hungarian Private Law in Comparison to the Austrian Civil Code* concluded that “where positive regulations do not exist, the principles of universal, pandectist law should be applied without any reservation (...) where these do not exist either, the supreme legislature shall intervene: healthy reasoning and a sense of equity”. (Ivo Milić, *Pregled mađarskog privatnog prava u poređenju sa austrijskim građanskim zakonikom*, Subotica 1921, p. 1.).

30 For instance, in some of them it is stated: “In that sense the permanent judicature of this Cassation Court is being manifested...” Decision of Cassation Court, B Division in Novi Sad, Kno 31/1937, in: *Zbirka odluka viših sudova Kraljevine Jugoslavije* (editor: Nika J. Ignjatović), br. XIX/1939, p. 44.

2.12. One unrealized plan on new civil code drafting (1941)

Prior to the beginning of World War II, preparations for the enactment of a new civil code were undertaken. Information about this was for decades hidden in the diary entries of Professor Mihailo Konstantinović and was not published until 1998.³¹ This document notes that a group of young civil lawyers from the Belgrade Faculty of Law (*Mihailo Konstantinović, Božidar S. Marković, Mehmed Begović and Milivoje Marković*) decided to draft a code that would represent an original legislative work, written in the spirit of the European legal tradition, but with normative approaches that would be suitable to the environment for which it was being enacted. However, this plan was never realized since, just a few months later, war broke out on the territory of the Kingdom of Yugoslavia.³²

2.13. Work on Codification of Civil Law in Socialist Yugoslavia

Following the end of World War II in Yugoslavia, the creation of a new political order and a new legal system began. In October 1946, *Law on Nullity of Legal Regulations Enacted Prior to 6 April 1941 and during the Enemy occupation*, was adopted.³³ Legal regulations existing before the war were nullified. However, the break-up with old order was much more obvious in public law domain than in private law since the post-revolutionary practice proved that the society cannot function without some traditional civil law principles. The Redactors of the Law made a compromise. The Regulations of the Kingdom of Yugoslavia were no longer enforced, but the legal

31 Mihailo Konstantinović, *Politika sporazuma (Dnevničke beleške 1939-1941, Londonske beleške 1944 – 1945)*. Novi Sad, 1998.

32 For more detail see: Dušan Nikolić, *O jednom nerealizovanom zakonodavnom projektu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1-3/2000-2001, pp. 87 – 94.

33 Law was published in *Official Gazette of FNRJ*, N° 86/1946.

rules contained within them could, under certain conditions, be applied even in the new legal environment. Some of these legal rules, contained in *Serbian Civil Code* of 1844 are still applied today, in the field of civil law.

In the first years after the Second World War an opinion prevailed that the field of civil law should be regulated by law without delay. The end task was to enact a single civil code for the whole state. However, a suggestion was to apply the method of partial codification in order to overcome leaks in law. The idea was to enact one law for each branch of law, which would later, without significant changes, be incorporated in a broader text. Hence, at the end of 1940s a set of laws regulating family matters was adopted (*The Principle Law on Marriage* (1946); *Principle Law on Relations between Parents and Children* (1947); *Basic Law on Custody* (1947); *Child Adoption Law* (1947); that were all prepared by previously mentioned Mihailo Konstantinović, distinguished professor at the Belgrade Faculty of Law. Even the laws that were enacted later were based on drafts prepared by professor Konstantinović, and those were the *Law on Statute of Limitation* (1953) and the *Inheritance Law* (1955). In 1960, the Professor was entrusted with the task of preparing a draft-law of contracts and torts. The author finished the work on this project in 1969. Few months later his “*Draft for Law on Obligations and Contracts*” was published.³⁴ The author opted for the so called *creative codification of the law on contracts and torts*. The Draft represented a successful synthesis of a great number of original normative solutions and the best regulative models taken from comparative law. Judges, barristers and lawyers work in commerce started to rely on, formally non-binding rules proposed by Professor Konstantinović. The Draft represented in the period between 1969 and 1978, what we refer to in Europe today as the *soft*

34 See: Mihailo Konstantinović, *Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Belgrade 1969.

law.³⁵ The work on codification continued in other areas of civil law as well. A special committee was formed in 1964 for writing a *Pre-draft for Law on Rights in Things*, which however never became a law. At the end of sixties, the work on the general part of civil code was completed. The only thing left to be done was to harmonize regulation in force with the drafts and to unify them. For that purpose a *Committee for revision and codification of the Federal laws* was formed by the Federal Assembly in 1968. A year later the *Joint Committee of the Federal Assembly for Civil Code* was formed. Soon after, however, important constitutional changes took place which changed the delegation of jurisdictions between the federal and member-state level, which in turn made the creation of the unified civil code impossible. With Amendment XXX to the *Constitution of the SFRY* of 1963, approved in 1971, it was envisaged that the Federation would: “regulate contractual and other obligation relations dealing with the exchange of goods and services; principle ownership and other rights which provide for single market; principle ownership rights in sea-commerce, internal voyage and air traffic; and also regulates intellectual property rights.”³⁶

Regulation of other matters was delegated to the Republics. Such delegation of legislative jurisdictions was confirmed by 1974 *Constitution of SFRY*.³⁷ So Yugoslavia, instead of getting long awaited unified Civil Code, received unique disintegrated civil law divided into eight legal territories. Since constitutional basis for creation of a single civil code were lacking, the only thing left to do was to regulate individual segments of the civil law.

The Federation, within its competences passed the *Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa* (*Law on Fundamental Property Rela-*

35 See: Dušan Nikolić, *Trideset godina Jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima*, *Evropski pravnik / European Lawyer Journal*, 4/2008, pp. 7 – 11.

36 Amendment XXX, article 2, pt. 3 (OJ SFRY, no. 29/1971).

37 See: Art. 281, para. 1, pt. 4. Constitution (OJ SFRJ, no. 9/1974).

tions) in 1980.³⁸ This law was consequently amended on two occasions (1990³⁹ and 1996⁴⁰).

A working *Draft of the Law on Ownership Rights and Other Related Rights over Real Estate*, was completed in Serbia in 1978.⁴¹ After expert discussions, a conclusion was reached that the Law should cover property rights over movable things.⁴² Working version was soon after completed. The text was subsequently changed on several occasions. However, the Draft was never enacted as a law. Other member states also failed to pass required regulations falling within their respective competences before the break-down of Yugoslavia. Leaks in laws were covered with legal rules from pre-World War II legislation and by invocation of the principles of civil law.

In the meantime, in Serbia several new laws in the field of civil law came into force: the *Law on Inheritance* (1995);⁴³ the *Law on Pledge over Movable Things Recorded in the Registry* (2003),⁴⁴ the *Law on Family* (2005)⁴⁵ and *Law on Mortgage* (2005).⁴⁶

38 The Law on Fundamental Property Relations was published in *Official Journal of SFRY*, no. 6/1980.

39 See: *The Law on Amendments and changes of the Law on Fundamental Property Law Relations* (*Official Journal SFRY*, N° 36/1990).

40 See: *The Law on Amendments and changes of the Law on Fundamental Property Law Relations* (*Official Journal SFRY*, N° 29/1996).

41 The tekst was published in: *Anali of the Belgrade Faculty of Law*, 3–4/1978, pp. 231 – 299.

42 See: Obren Stanković, *O dosadašnjem radu na kodifikaciji stvarnog prava i karakteristikama Zakona o pravu svojine i drugim stvarnim pravima na nepokretnostima*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3–4/1978, pp. 225 – 229.

43 *Official Journal of the Republic of Serbia*, N° 46/1995.

44 *Official Journal of the Republic of Serbia*, N° 57/2003.

45 *Official Journal of the Republic of Serbia*, N° 18/2005

46 *Official Journal of the Republic of Serbia*, N° 115/2005.

3. Current codification projects

3.1. Third Europeanization of Serbian Civil law and different foreign influences

During the last few decades, the matter of civil law has been partially regulated. The draft laws were written by various drafting groups, at different times. For that reason, substantial gaps, overlaps, terminological inconsistencies, etc, are present. The laws were, with a few exceptions, written under pressure of time constraints, and current events, in order to meet the current needs and (direct or indirect) demands of the international society. When the whole law-drafting process is perceived from an appropriate time distance, an impression is gained, that many improvisations were present, and that the civil law system is not coherent, and developed enough. In legal literature, it has been stated, many times, that such a problem can be solved in an adequate manner, only by enacting a new civil code.

The work on (re)codification of civil law was initiated a few years ago, under specific circumstances. Namely, as part of preparations for becoming a member state of the European Union, Europeanization of the legal system was started in Serbia. The legal regulative in the field of civil law needs to be made to comply to the legal standards which are in force in the European Union, and the *acquis communautaire*, while on the other hand, the legal tradition has to be preserved to a possible extent. At the same time, strong foreign influences on law development exist. As in the times of enacting the first Serbian Civil Code of 1844, certain countries (and international organizations) strive to ensure that the legal institutes and normative solutions which are in accordance with their interests, get included in the legal system of Serbia. All that, to a certain extent, slows the process of codification and makes it harder.

3.2. *Draft Code on Ownership and Other Property Rights*

At the end of October of 2003 preparations for comprehensive regulation of the property law commenced, when on the basis of decree of the Ministry of Finance and Economy of the Government of the Republic of Serbia a working group for work on a *Draft on ownership relations* was formed.

The work was, for the most part, completed in July of 2006. The working group made the Draft with almost seven hundred articles. It regulates the property law in detail. Due to this reason the Draft was presented to the public with a new, more ambitious title. Instead of *Draft Law*, it was titled *the Draft Code on Ownership and Other Property Rights*.

The Draft was written under a dominant influence of German legal tradition. This conclusion can be drawn from the total number of provisions and from a detailed analysis of proposed normative solutions. Despite that, it is beyond doubt that members of the working group had in mind the legal tradition and current developmental needs, as well as, the European standards in the area of the property law.

The length of the Draft was determined by several factors. A new political, economic, and legal ambient brought about the need to regulate many issues that are not covered by existing legislation. In certain instances, a more precise regulation of relevant relations was needed. Finally, the Draft includes some of the legal principles contained in laws that address other branches of civil law.⁴⁷

Such exhaustive character that sometimes borders *abstract causation*, to a great extent deviates from the existing under-regulation. If

47 For more details see: Vladimir V. Vodinelić, *Osnovno o Nacrtu stvarnopravnog zakonika Srbije 2006*, in: *Ka novom stvarnom pravu Srbije – Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima (Auf dem Wege zu einem neuen Sachenrecht Serbiens – Entwurf eines Gesetzbuches zur Regelung des Eigentums und anderer dinglicher Rechte)*, Belgrade 2007, pp. 13 – 16.

the proposed text gets adopted by the National Assembly of the Republic of Serbia, lawyers will need considerable time to get acquainted with extensive regulations. Citizens will need even more time. However, it is beyond doubt that the legal security will be raised to a much higher level.

The faith of this legislative project is unknown.

In the year 2012 the *European Council (Justice and Legal Co-operation Department, Justice and Human Dignity Directorate, Directorate General of Human Rights and Rule of Law)* expressed positive opinion regarding the Draft, with suggestions for about thirty changes, refinements, etc. The necessary changes were made in short time, and the competent institutions of the European Union were informed about that. However, eight years after creation of the base text, the draft has not entered the parliamentary procedure. In the meantime, the work on the new Civil Code has been intensified.

3.3. Pre-Draft of the Civil Code

The Commission for creation of the *Civil Code*, was formed in November of 2006, by the decision of the Government of the Republic of Serbia.⁴⁸ The decision stated that the Commission is to create the Draft within a one year long time limit.⁴⁹ and that it's mandate ends after that.⁵⁰ However, work on creation of the Code still lasts. During the past eight years, rules belonging to: 1. general part of civil law, 2. obligation law, 3. inheritance law, and 4. family law, have been formulated, while matter regarding property law still has not been regulated in greater detail.

The Commission has chosen the pandectistic systematics, influ-

48 The decision has been published in *Official Journal of the Republic of Serbia*, N° 104/2006.

49 See: pt. 9.

50 See: pt. 12.

enced by the German Civil Code of 1896. The Serbian Civil Code of 1844, as stated before, was written according to the tripartite model, as was the Austrian Civil Code of 1811. Such change was expected and understandable, because the pandectistic systematics was accepted at all law faculties in Serbia, decades ago, and the whole system of civil law has, in an indirect manner, been shaped in accordance with it.⁵¹

The general part contains the usual provisions, which are of common importance to all, or multiple branches of civil law. However, one could find in it, some of the institutes that are, in most of European codes, part of other sections. The redactors of the new *Serbian Civil Code* gave included the provisions on possession in the general section.

The section dedicated to obligations is mostly based on the normative solutions of the *Law on obligation relations (Law on Contracts and Torts)* of 1978. The Commission has, to a certain extent, enhanced the text, and regulated some of the questions that have not been previously regulated.

The section dedicated to inheritance is based on the normative solutions of the *Law on inheritance* of 1995. The text is almost identical. Only minor changes have been made, and provisions on some new legal institutes such as the inheritance contract, were added.

The section dedicated to family relations is also mostly based on the current *Law on Family*, of 2005. The novelties are provisions related to formation of the alimentation fund, entering marriage in the so called church form, etc.

As stated before, the section regarding the property is also being prepared. It is important to state that the Commission for creating the *Draft of the Civil Code* has not expressed readiness to adopt the *Draft Code on Ownership and Other Property Rights* iz 2006, written by another commission.

51 For more see: Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava* [Introduction to the System of Civil Law], XI revised and supplemented edition, Novi Sad 2013.

Professional public has been presented with the parts of the *Draft of the Code*, which have been completed.

With respect to the fact that the legislative work has entered the final phase, it is reasonable to expect that Serbia will, 170 years after coming of the first Civil Code into force, get a new, modern, codification, which will be both in accordance with the national legal tradition, and the European legal standards.

BASIC QUESTIONS OF THE WRONGFUL LIFE AND WRONGFUL BIRTH CONCEPTS

MARIANNA NOVOTNÁ

Abstract: The issues of “wrongful life” and “wrongful birth” are recently highly debated topics related both to the tort law and medical law. As it may be seen from the comparative point of view, the outcomes reached in several jurisdictions as well as reasonings used by several courts against or for recognising wrongful life or wrongful birth claims differ significantly. Thus, both actions present a rather controversial concept of claims leading to contradicting outcomes in several legal systems or to different judicial decisions.

Obviously, there may be distinctive public policy reasons that influence answers to principal questions, i.e. can existence of a child be considered injury, would it be possible to measure damages in such cases, what will be the consequences of judicial acceptance of such claims, etc.?

Many jurisdictions have deliberately left the issues of wrongful life and wrongful birth unregulated partly because of their controversial nature partly because of their unsettled nature, whereas these areas of law have been generally reserved to be developed by the courts.

The aim of the paper is to examine the basic features of the concept of wrongful life and wrongful birth actions, particularly in the light of recent two czech judicial decisions in this field.

Key words: wrongful life, wrongful birth, wrongful conception, civil liability for damage, medical liability, medical malpractice, tort liability

1 Introduction

In 2000 a wave of contradictory reactions was triggered by the decision of the French Cour de cassation in case of *Nicholas Perruche*, in which the parents of severely disabled child were awarded a compensation of loss against the doctor who wrongfully interpreted the results of the tests for antibody to rubeola in the mother’s body during the pregnancy. As a result of the overcome disease of the mother,

a child was born with severe disabilities (massive neurological deficits: deafness, partial blindness, severe brain damage), despite of previous notices of mother that she would interrupt the pregnancy if it is discovered that she overcame this disease during the pregnancy. A civil court awarded the mother damages for effective nullification of her right to choose. In parallel, the higher court awarded the compensation of loss also to the disabled child who was represented by the parents as her statutory representatives which was demanded by the parents on his behalf.¹

Similarly, in 2005 compensation was awarded for wrongful birth and wrongful life by the Dutch Supreme Court in case of *Kelly Molenaar* – a child who was born severely disabled, unable to walk, speak, with the hearing and sight disability, heart disorder and later diagnosis of autism.² In this case the court of law awarded the compensation of the costs for nutrition and upbringing of Kelly as well as compensation for her handicap and pain suffered.

Both mentioned examples are amongst the most frequently presented examples of actions for wrongful life and actions for wrongful birth.³ Especially recently, the permissibility and/or impermissibility

-
- 1 When the higher court granted Nicholas the right to sue on his own behalf for the damages he has suffered as a result of being born, the Perruche case led to an „affair“. The case is now only of historical interest because shortly afterwards, legislation was passed (known as the loi anti Perruche) banning this kind of actions. Further see: Jackson, E.: *Medical law: Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 730-731
 - 2 Giesen, I.: Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems. *Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, Vol. 72, 2009, p. 257. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1424901>.
 - 3 „Wrongful life“ claims were first brought in the USA by two illegitimate, healthy children (*Zepeda v Zepeda* and *Williams v State of New York*). They are now usually referred to as „dissatisfied life“ rather than wrongful life cases. However, the reasonings in these cases have become the basis for later „true“ wrongful life claims. *Liu, A. N.*: Wrongful life: some of the problems. In: *Journal of Medical Ethics*, Num. 13, 1987, p. 69-70.

ty of these actions in national laws of particular countries is a heavily discussed issue in relation to the liability of the health-care providers within the tort law. In general, these include the actions on the basis of a liability of the health-care provider for birth of unwanted disabled child and/or moreover, even healthy child who would not have been born, should a failure of the health-care provider never occurred (non-lege artis actions) (wrongly performed abortion or sterilization, failure to perform or wrongful performance of prenatal diagnostics or wrongful interpretation of the results of prenatal diagnostics etc.).

It is obvious that the nature of the mentioned institutes triggers various questions of not only legal but also ethical and moral nature and legal solution of the above mentioned, whatever it is, triggers contradictory reactions of both legal experts as well as general public.

2 Main features of wrongful birth and wrongful life actions

Despite of the fact that both types of legal actions are mutually connected as far as subject matter is concerned, they constitute separate types of legal actions distinguished especially by the plaintiff (i.e. a person who brought an action against the health-care provider and/or is entitled to bring it).

Legal action regarding „wrongful birth“ is a legal instrument by which the parents as the plaintiffs claim the compensation of material and mitigation of immaterial loss as a consequence of birth of unwanted child. This could be a situation when the parents do not wish for any other child for any reason or a situation when they do not want the birth of given specific child (as a result of genetic disorder discovered during the pregnancy), despite of that the child is born due to failure by the health-care provider who

- failed to prevent the conception of a child (so-called wrongful conception) – for example by wrongful implanting of anti-conceptive instrument, by wrongful performance of sterilization etc. (Action

for wrongful conception is in some countries structured as a separate action, different from wrongful life, whereas the separation criteria is a moment in which a faulty action of the health-care provider occurred – either prior to the conception or after the conception. However, in most countries which admit this action the issue of wrongful conception is solved within the institute of wrongful birth.)

- did not terminate the pregnancy due to its failure or
- failed to perform or wrongly performed necessary prenatal diagnostics⁴ or
- provided wrong information to the future parents.

The substance of the mentioned legal action is that as a result of the faulty wrongful act of the health-care provider a child was born which would not have been born as a result of the mother's decision, should there be no failure by the health-care provider. In case of institute of wrongful birth the case may include birth of not only unwanted disabled child whose parents were determined to terminate the pregnancy should they be correctly informed by the doctor regarding the harm to the fetus, but it may also include birth of healthy child whose birth was unwanted for any reason (in this context the cases of birth of healthy child are sometimes referred to as wrongful pregnancy - claim by parents for damages arising from the negligent performance of a sterilization procedure or abortion).

Within the legal action for wrongful birth of a child the parents demand the compensation of the costs for upbringing and nutrition of the wrongfully born child – i.e. the costs by which their assets were reduced as a result of birth of their child and which, if not born, would not have to be incurred, as well as compensation of non-pecuniary loss represented by the fact that a child whose birth was unwanted,

4 *Giesen, I.*: Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems, cit. supra, p. 259.

impacted their life, whereby it adversely affected their routine family life and/or it denied them the opportunity to live a family life they wanted to live without this child.

Legal action for „wrongful life“ is a legal instrument by which a child itself – in this case solely disabled child - claims vis-à-vis the health-care provider a compensation of pecuniary loss and mitigation of non-pecuniary loss for life which a child must live in suffering as a result of its disability. The substance of this legal action is that the disabled child who claims the compensation of loss and who was not supposed to be born in the first place, was born despite of the above as a result of failure by the health-care provider (failure to perform or wrong performance of prenatal diagnostics, wrongful interpretation of the results of prenatal diagnostics etc.). Should such faulty failure of the provider not occur and on the basis of the prenatal diagnostics, the parents would have had information about the disability of the child, the pregnancy would have been terminated in accordance with their decision, which however did not occur since the option to decide in this manner was taken from them due to failure of the doctor. Despite of the fact that the disabled child is an entity entitled to file the action for wrongful life, the action is usually filed via statutory representative, i.e. the parents in most cases.

As a part of action for wrongful life a child usually claims compensation of the costs of his disorder which include the increased costs caused by his disorder, i.e. costs which would have not been incurred by a person without disorder, as well as compensation of non-pecuniary loss for a child consisting of the fact that a child considers his life so painful and full of suffering that it would have been better for him not to be born.

Institute of wrongful life is also present, even in more controversial form, in the legal action by a child born with a disability sues not a health-care provider, but his own parents who, by not deciding to terminate the pregnancy (despite of the fact that they knew about the child's disability), made way for his birth. Loss suffered by the di-

sabled child consists of the fact that a life with a disability is worse than non-existence itself, should the parents or the mother decided to terminate the pregnancy.

3 Foreign judicial approach to the wrongful birth and wrongful life decisions

Despite of the fact that they have significantly resonated in the society only in the past decades, the mentioned legal actions are no new institutes in the judicial practice of the foreign courts of law.⁵

A legal action of the parents for „wrongful birth“ is accepted in certain form by most of foreign national laws as permissible legal institute and it enables compensation of pecuniary as well as non-pecuniary loss which occurred as a result of failure of a health-care provider resulting in birth of (mostly) disabled child. On the contrary, legal actions for „wrongful life“ are mostly opposed by foreign courts of law and most of foreign laws do not grant to a child the claims for compensation of loss as a result birth of a child as a disabled one.⁶

The reason for this trend is probably the fact that the courts consider more acceptable to recognize a loss of parents consisting of an absence of option to freely terminate the pregnancy as a response to a question whether non-existence of a child may be given a preference

5 *Doležal, T.*: Náhrada škody za nechtěné dítě? In: *Právní rozhledy*, Num. 21, 2006, p. 784.

6 See *Magnus, U. (edt.)*: Unification of tort law: Damage. Hague, Kluwer Law International, 2001, Part II – Cases. *Essebie, J.*: „Wrongful Birth“ in der Schweiz, Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Dezember 2005. In: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Num. 3, 2007. *Von Bar, Ch.*: Wrongful life in Frankreich - Neue Urteile der französischen Cour de Cassation. In: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Num. 1, 2000. *Bottis, M. C.*: Wrongful birth and wrongful life actions. In: *European Journal of Health Law*, Num. 1, 2004.

over life, which is however difficult and full of suffering due to disability. As opposed to judicial practice, number of academics dealing with tort law came to conclusion that both types of legal actions for wrongful birth as well as for wrongful life should be permissible.⁷

The following are the examples of jurisdictions which reject the concept of wrongful life, i.e. provision of compensation to disabled child: Austria, Australia, Canada, Denmark, France, Germany, Hungary, Italy, Portugal, Spain and Great Britain. In some of these countries these actions were prohibited by law (Belgium, France, Great Britain).⁸ In France the legislative prohibition of these actions was a direct result of passionate expert as well as all-society discussion which followed the decision of French Cour de cassation in the case of *Nicholas Perruche* mentioned in the beginning of this paper, where a court of law awarded compensation of loss not only to the parents but also to a child for the fact that a child was even born. The law – so-called *loi anti-Perruche* which was adopted afterwards, stipulated that no one is entitled to claim a compensation of damage due to the mere fact of birth.

The countries which, on the other hand, permit the possibility to apply the actions for wrongful life include some states of USA or Netherlands.⁹

The legal actions which include the institute of wrongful birth and/or wrongful conception also appeared in the judicial practice in the neighbouring Czech Republic. These include two cases which drew media attention and related to a failed abortion and sterilisation.

In the first case a woman sued hospital in Jihlava and claimed compensation – compensation of non-pecuniary loss of CZK 400,000.00

7 Hensel, W.-F.: The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. In: Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Vol. 40, 2005, p. 143. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=932688>.

8 Ruda, A.: 'I Didn't Ask to be Born': Wrongful Life from a Comparative Perspective In: Journal of European Tort Law, Num. 2, 2010, p. 206.

9 Ibid., p. 206.

due to wrongly performed abortion during which, out of two fetuses in the uterus, the doctors removed only one (the court concluded that a doctor performed the abortion insufficiently from technical point of view and at the same time a doctor wrongfully performed the immediate inspection of surgery performance). As a result of such action woman gave birth to a child who was healthy. Regional Court in Brno approved the brought action only in partial extent, whereas it calculated non-pecuniary loss of woman at CZK 240,000.00, whereas, however, it finally reduced this amount to CZK 80,000.00 due to contributing fault of the woman to her loss. Contributory fault was due to irresponsible attitude towards unwanted pregnancy (woman and her spouse did not use any form of birth-control) as well as due to negligence in medical inspection after performance of the surgery when it was possible to discover faulty abortion and surgery could have been repeated.

Non-pecuniary loss of CZK 80,000.00 awarded by the court was due to long-term mental fears and stress of the mother regarding growth and health of a child due to failed abortion as well as due to making impossible for a plaintiff to freely decide about her future life (i.e. as a result of failure of the doctor the woman was denied an option to live her life in the way she planned without a child).

The other case related to a woman who sued hospital in Kutná Hora for CZK 500,000.00 due to the fact that, despite of performed sterilisation, the woman got pregnant and had a child which she and her husband could not afford due to their difficult financial situation as well as due to the fact that they did not want another child since they already had three children. Despite of the fact that during the lawsuit it was demonstrated that sterilisation was performed *lege artis*, the Regional Court of Prague awarded to woman a compensation of non-pecuniary loss of CZK 30,000.00 due to insufficient instruction of the patient regarding possible complications of the performed sterilisation (in this case regarding the fact that in certain cases a body may spontaneously renew the path between ovary and uterus and

a pregnancy may occur). However, the decision of the Regional Court in Prague was revoked by the Supreme Court in Prague and finally the woman was not awarded with any compensation of loss.

4 Controversial nature and contradictory nature of opinions regarding the substance and particular aspects of the actions

Controversial nature of the institutes of wrongful birth and wrongful life does not lie only in the substance of these legal actions, in which the legal aspects collide with ethical and moral aspects, but also terminology of these institutes may be subject to criticism (wrongful=unlawful), as a result of which the terms wrongful birth and wrongful life are used in their original identification and in most cases they, being the common concepts, are not translated into other languages. However, term wrongful in relation to birth or life should not apply to the fact that birth or life would be against the law and thus unlawful, however, term wrongfulness is related to the activity of the health-care provider which leads to unintended birth of the affected child.¹⁰

In case of deciding on the above mentioned legal actions, problematic aspect is also the extent of compensation of loss which should be awarded to the parents and/or child. The range of compensable types of loss which are awarded in particular countries varies from compensation for upbringing and nutrition of a child including additional costs as a result of disability of a child, mother's loss of income, costs of childcare as a pecuniary loss up to compensation of non-pecuniary loss including for example pain and suffering of the disabled due to its existence, pain suffered by the mother during the pregnancy and labour, loss incurred by intervention of the unwanted child to original

10 *Van Dam, C.*: European Tort Law. Oxford: Oxford University Press 2006, p. 706-707.

family plans as well as mental suffering of the parents as a result of necessity to take care of the disabled child.¹¹

Regardless of different approaches of particular countries to awarding the compensation of non-pecuniary loss, the award of compensation of the costs for nutrition and upbringing of a child as a pecuniary loss is problematic. Arguments against award of the costs for upbringing and nutrition is that, despite of the fact that the parents primarily did not wish to have a child, they subsequently accepted birth of the child and incurred the costs of upbringing and nutrition voluntarily (e.g. they did not decide to give a child out for adoption) and therefore incurring these costs should not be deemed a damage. On the contrary, counterargument points to the fact that despite of later “acceptance” of a child, the failure of the doctor caused that the parents could not afford termination of pregnancy as primarily preferred option.

Another issue with various solutions in particular countries is, whether, as a part of upbringing and nutrition of unwanted child, the courts should award the entire amount of these costs which had to be incurred by the parents or, whether these costs should be limited to those related solely to the disability of a given child and due to this disability the costs exceed the costs of upbringing and nutrition of a healthy child.

5 Conclusion

Both courts as well as legal theory are not unified in respect of the issue of the benefits (pecuniary as well as non-pecuniary) which were gained by the parents by birth of unwanted child (i.e. allowances from the state as pecuniary benefit or joy caused by a child as a non-pe-

11 *Steininger, B. C.*: Wrongful birth and wrongful life: Basic questions. In: *Journal of European Tort Law*, Num. 2, 2010, p. 128.

cuniary benefit etc.) in respect to the loss caused by birth of a child. On one hand there is an opinion that the amount of awarded compensation of loss should be reduced by these benefits, on the other hand there is a contradictory opinion arguing against such set off.

Ethical point of view is also a significant factor which had to be taken into account also by Czech courts deciding upon the above mentioned cases of legal actions on wrongful birth by assessment whether the legal action itself is not in contradiction to the institute of good morals, based on thinking that birth of every child must be viewed as a “blessing (a gift)“, whereby the view of a loss (damage) is thus excluded.

Similarly, it is necessary to solve, in accordance with ethical principles, also the issue, whether the courts are even authorities authorized to classify the value of life with disability in respect of non-existence of such life and/or whether they are the authorities authorized to decide whether a healthy child could be considered damage.

References

- Bottis, M. C.*: Wrongful birth and wrongful life actions. In: *European Journal of Health Law*, Num. 1, 2004.
- Doležal, T.*: Náhrada škody za nechtěné dítě? In: *Právní rozhledy*, Num. 21, 2006.
- Esseber, J.*: „Wrongful Birth“ in der Schweiz, Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts vom 20. Dezember 2005. In: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Num. 3, 2007.
- Giesen, I.*: The use and influence of comparative law in „wrongful life“ cases. In: *Utrecht law review*, Num. 2, Vol. 8, 2012.
- Giesen, I.*: Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems. In: *Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, Vol. 72, 2009.
- Hensel, W-F.*: The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions. In: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 40, 2005.
- Jackson, E.*: *Medical law: Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

- Liu, A. N.*: Wrongful life: some of the problems. In: *Journal of Medical Ethics*, Num. 13, 1987.
- Magnus, U. (edt.)*: *Unification of tort law: Damage*. Hague, Kluwer Law International, 2001.
- Ruda, A.*: 'I Didn't Ask to be Born': Wrongful Life from a Comparative Perspective In: *Journal of European Tort Law*, Num. 2, 2010.
- Steininger, B. C.*: Wrongful birth and wrongful life: Basic questions. In: *Journal of European Tort Law*, Num. 2, 2010.
- Van Dam, C.*: *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press 2006.
- Von Bar, Ch.*: Wrongful life in Frankreich - Neue Urteile der französischen Cour de Cassation. In: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Num. 1, 2000.
- Von Bar, Ch.* *The common European law of Torts*. New York : Oxford University Press, 2000.

CURRENT SOCIAL AND ECONOMIC PROBLEMS IN THE EURO ZONE

ALENA PAULIČKOVÁ

Abstract: The crisis in the Euro area as well as the global crisis deepens global problem of polarization of wealth. The narrow richest group concentrates capital and does not find a real-earning space. This is the reason, why speculative financial products arise that do not create any real effect. The global financial sector has broken away from the real economy. The biggest banks have embarked on illegal cartels. If the state is unable to guarantee security for economic market operators these are forced to create their own measures. A paper discusses new opportunities in this difficult situation for businesses in the Slovak Republic after accession to the EU, and assesses the pros and cons of adoption of the new currency Euro. It does not avoid either economic performance in the coming years in the global economy. The analysis show that top international institutions influence events on the planet and therefore they are largely responsible for the global crisis. Under this influence also a redistribution of economic and political power occurs.

Key words: Crisis, banking sector, financial products, global economy, analysis.

Introduction

The German banks will pay roughly EUR 1.9 billion per year in the new European fund for restructuring banks. In comparison with the current contributions to the national fund this represents more than three times. The daily Handelsblatt has informed about it, referred to government resources. German banks must now pay to the national fund not more than 20% of their annual profit. Limit, which banks only in 2011 saved roughly EUR 1.3 billion, after the transition to the new system will not be applied. A common fund for dealing with crisis situations is included in the banking union in the EU. The fund

should be gradually fulfilled by the banks in the Member States during the next eight years until the target amount 55 billion euro. Currently small German banks with assets up to 300 million euro do not pay contributions to the national fund.¹

The European Banking Association /EBA/ has revealed contours so far toughest tests of banks in the European Union. They will have to grapple with the collapse in power scenario in prices of houses or actions of the order of a fifth, sharp deterioration of some currencies and also escalation in cases of mortgages. Further increase of unemployment and negative development across the economy has been planned. EBA will test quite 124 banks from 28 member countries of the European Union in order to determine whether they have sufficient capital for the start of the crisis. The results of these tests are to be under the current plan published in October 2014. Among the tested banks there are, inter alia, parent companies of some of the Slovak financial institutions. EBA has already indicated that for the successful graduation tests the banks in the framework of a three-year crisis scenario will have to keep variable capital adequacy above 5.5 percent. This indicator expresses the ratio of the volume of quality capital as a proportion of total bank assets. In previous load tests in 2011 the minimum was established to five percent. The banks in the European Union will have to confirm in the new scenario stress tests under EBA that they will withstand conditions of 21.2 % decrease in home prices, the fall in share prices by 19.2 % in three years, 14.7 % of the decrease in prices for commercial real estate or increasing unemployment on the horizon of years 2014 and 2016 above the 13 % failing goal, set by the European Commission, in the cumulated growth of the European economy by 7 % in the years 2014 and 2016. The banks will have to show within the framework of the new three-year scenario stress

1 SITA: *Nemecké banky budú musieť strojnásobiť odvody na záchranu bánk*. Retrieved April 28, 2014, from <http://spravy.pravda.sk/ekonomika/clanok/316024-nemecke-banky-budu-musiet-strojnaso-bit-odvody-na-zachranu-bank/>.

tests that it would not have managed to deal with inherited economic decline of 2.1 %. In earlier scenarios it was economic downturn only 0.4 %. In cases of the Polish zloty and Hungarian forint load scenario is working with local currency collapse in value by a quarter. Some European banks have tried to seek the ways how to strengthen their capital, in order to avoid any problems associated with potential failure in load tests. The banks, which will fail in the test, shall be determined a time limit by EBA for completion necessary capital.

New headquarters for management of the ECB in Frankfurt am Main

The European Central Bank will take over from November this year supervision of approximately 130 banks in the euro area, which could be considered as “systemically important”. Also in the context of the step up to now it is the most stringent test of banks, when tests, in particular in 2011, have been severely criticized for failure or not detecting real problems and instability of banks.²

If a particular country will exhaust all options, then of course starts to play by the rules, in order to have access to an official means of rescue. But as it has been demonstrated in a case of Greece, this does not always go as it has been planned. Greece financial remediation, which has been jointly financed by EU and international monetary fund, started disastrously, because of postponing much-needed restructuring debt and requested severe austerity measures. As a result, there are strong impact extremist political forces, and on the horizon, a looming public health tragedy. Nevertheless Schäuble in seemingly never

2 *Nové testy bánk v Európe: Prepad cien domov a akcií o päťinu aj prudké znehodnotenie mien.* Retrieved April 29, 2014, from <http://openiazoch.zoznam.sk/cl/144389/Nove-testy-bank-v-Europe-Prepad-cien-domov-a-akcii-o-patinu-aj-prudke-znehodnotenie-mien>.

ending desire for other energy saving measures considers Greece a model for still hopeless Ukraine.

Europe finds itself in confusion. At a time when the debt restructuring is in fact excluded and when there is not sufficiently large and politically consecrated Central budget, which would re-invigorate states in difficulty, Europeans have sanctified Germany, just like their predictive hegemon. Germany takes this role, but is unable to play it. Quite simply, Germany is not willing to spend their taxpayers' money to support Europe. The robust German economy today, is practically just a memory. Annual GDP grew in the years 2010 and 2011 by more than 3 %, because still well prosperous China's economy has maintained high demand for German machines and cars. However, at the moment, when GDP growth in China slowed, slowed also growth of a German one, the less than 1% per year. This result is likely to be a little better, but, in view of an aging population the German economy will face in the long term, there will be low potential growth. Germany is thus lacking economic dynamics so it could not support Europe financially; and its representatives are not willing to undergo any political risks. Two main political parties in the country, Christian and social democrats, after the elections in September 2013, when their ruling coalition originated, avoided public dialog about Europe.

The EU is inspiring political structure, which is seeking to form stable nation state from the nineteenth century. A progress toward this idealistic vision, however, cannot continue to be dependent on dirty symbols. The euro was most ambitious of these symbols – construct of dubious economic value with well-proven weak points. Its introduction has been the act of an economic conceit, which required a tax far beyond the borders of Europe.

European leaders today give a free pass to triumphalism and a current economic relief they consider a validation of failed transnational governance structures. Depth and permanence of the current crisis, however, revealed fundamental weaknesses of euro and should serve as a warning, that today's technocratic patches do not have to hold in

a case of a future shock. Unfortunately, it seems that bold steps to address these weaknesses cannot be seen on the horizon for anything more than ever. Disclaimer of some control over national budgets in order to achieve fiscal integration appears to be politically dead and a talk of treaty changes, even if they were based on mouth German finance minister, practically are nothing more than an empty rhetorical exercise.

Adoption of the euro was a mistake. Damages, however, already have been committed and hasty exit from the common currency situation would only be detrimental. Because the states do not show willingness to abandon sovereignty, the only option for Europe remains to discard appearances centralised coordination and leave it to states and banks, in order to cope with its creditors. And let them to be punished. A step back to this more stable solution can be is the only way forward.³

Due to the uncertainty that prevails in the euro area, according to the Governor of the central bank, Poland should not rush to adopt the single European currency. The country should improve its competitiveness before the introduction of the euro. Poland is very competitive on an international scale, but only with its low costs and low wages. Poland is sometimes called “Small China of Europe” and, to a certain extent, they are right. They lack the so-called structural competitive advantage, which typical example we see for example in Switzerland.

The Polish prime minister declared this month that his country will adopt the euro in the future, because this will strengthen its position among western countries and will increase its security. He added, however, that the next few years Warsaw will not be focused on its entry to the euro area. Neither the Czech Republic will plan to adopt the single European currency in the near future.⁴

3 Mody, A.: *Prehlbujúci sa zmatok v Európe: Prijatie eura bolo chybou*. Retrieved May 3, 2014, from <http://openiazoch.zoznam.sk/cl/144394/Prehlbujuci-sa-zmatok-v-Europe-Prijatie-eura-bolo-chybou>.

4 *Euro naháňa strach. Tak skoro ho nechcú ani Poliaci*. Retrieved April 29, 2014, from <http://finweb.hnonline.sk/spravy-zo-sveta-financii-126/euro-nahana-strach-tak-skoro-ho-nechcu-ani-poliaci-614359>.

It seems that the European economy has already defeated the debt crisis, which has threatened with collapse in euro during recent years. But these were precisely those strict measures for management of the crisis which have created a fertile ground for an even more serious problem for economic and political disaster. The Euro Zone after three years of crisis, in which there bankruptcy common currency and call new world crisis, is finally out of the worst. The Brussels line, French, German, Italian and Spanish Government, the European Central Bank (ECB) and the International Monetary Fund may declare that efforts to address the crisis, as it was declared by the President of the ECB in the summer of 2012, that the European Central Bank is prepared to protect euro by all possible means, was finally successful.

Development in the markets in recent weeks has made clear that things went back to normal. The problem is “only” in a fact that after it has been possible to overcome financial problems, now a real European economic and political hell is starting to spread. Investors in the market have not destroyed the euro area, but longer-term social conflict can do so.

Over the last few weeks clear signs of fiscal consolidation have appeared. Five-year yields Italian and Spanish bonds decreased to a level similar to maturity of American securities. Ireland has broken out intensive financial care and Greek government has issued bonds again. IMF states that in central banks there is a growing share of foreign currency reserves in euro, which is a clear indication of return confidence in the European currency. In the last quarter of 2013, this index increased from previous 24.1 % to 24.4 %. When looking at strong euro in the first three months of this year, we can expect to see continue purchase of it.

To prevent financial crisis, it had to be something to sacrifice. And that something should be of a terrible socio-economic dimension. The average unemployment rate in the euro area is 11.9 %, which means that 19 million people are unemployed. In Italy and Spain this number is even higher – 13 %, in Greece even shocking, more than

25 %. Among young people unemployment reached 23.5 %, but in the countries that are the worst, up to half of young are unable to find a job. On the contrary, in the United States and in Great Britain in recent years they succeed in reducing unemployment that central banks are now thinking about increasing interest rates.

A whole generation of Spanish and Italians has “chance”, they will never get to work. Surveys show that those who will not find a job until they are 25 years old will not be able to find the job in their life.

For the euro area recovery a significant economic growth would be needed. If we want to see the economy in recent years powdered again on its feet and to reduce unemployment, we need a growth of three or four per cent. But such a reversal cannot be expected. Europe is getting into the trap, which ended in 1930, when it stuck compulsively on the gold standard. At that time, the national currencies can only move in a narrow range between the upper and lower limit, exchange rates were stable. But the zero growth has condemned this system to destruction. The result was the deep political crisis, structural depression, massive unemployment, emigration due to cuts and restrictions, which only polarised a society. Common Europe may be in place until its citizens will agree with this. The question is, how long.⁵

Income inequality in recent times receives considerable attention, and in particular, on two fronts, where it hasn't missed a beat before; in the American public debate and in the International Monetary Fund. An important reason is the concern in the United States that income inequality has returned to extremes. However, inequality has increased in many other parts of the world, too. Perhaps the most interesting in the current debate is the fact that in a large extent it is focused on consequences of inequality beyond adverse effects on poor. There are 4 directions:

5 SITA: *Skutočne máme krízou za sebou, alebo nám stále hrozí rozpad eurozóny?* Retrieved April 30, 2014, from <http://openiazoch.zoznam.sk/cl/143956/Skutocne-mame-krizou-za-sebou-alebo-nam-stale-hrozi-rozpad-eurozony>.

1. Inequality is bad for the overall economic growth,
2. inequality leads to volatility and instability,
3. inequality translates in envy and feel unhappiness – rivalry the status,
4. thanks to the tremendous amount of money in politics, rich people succeed.

While the first three sources of concern are at least in a democracy accessible to self-corrections, concentration of economic and political power in oligarchy increases itself. The recent US Supreme Court decision relating to contributions to an election campaign indicate that impact money in politics will only increase.

Enforcement of arguments against oligarchy, however, is not the best way how to reduce inequality. Rather, we should work on the assumption that inequality in general and especially poverty are simply undesirable.

Arguments against oligarchy claim that the rich have too much money and buy for them politicians, who will introduce laws favouring their interests. However, it would seem that a better approach is to argue for best policies that will improve effective distribution of proceeds, and to highlight those elected officials who support them.

An alternative to this approach is a very protracted strategy that would achieve enlightened politicians that would undermine the ability of wealthy people to buy votes. However this can be an important objective, its achievement requires a reduction in proportion of wealthy people of total revenue by correcting the problem inequalities, which again requires implementation of policies aimed at equality.⁶

⁶ Frankel J.: *Omyl o oligarchii*. Retrieved May 2, 2014, from <http://openiazoch.zoznam.sk/cl/144373/Omyl-o-oligarchii>.

Conclusion

Lastly, it should be thought about the overall development and it is necessary to take action finally. It is necessary to analyse particular status and to base on the assumption that, in the 21st century inequality and poverty are generally clearly undesirable. But for this, we need economic growth. The longer term social conflict will certainly not contribute to economic growth. In case of a conflict it is the devastating factor, which nobody wants. What is the real way out of this situation?

THEORIE DES RECHTS BEITRAG ZUM VERSTEHEN DES RECHTS¹

MARIJAN PAVČNIK

1. Wenn man eine einigermaßen kurze Definition des Rechts geben wollte, würde man sagen, dass das *Recht* ein System von ganzheitlich wirksamen Rechtsnormen und -prinzipien ist, die das äußere Tun und Verhalten von einzelnen Menschen und deren Vereinigungen in lebenswichtigen Gesellschaftsverhältnissen regeln. Rechtsnormen werden letztlich vom Staat und seinem Zwangsapparat mit Sanktionen belegt. Der Inhalt von Rechtsnormen und -prinzipien soll in den Grenzen der rechtlichen Richtigkeit liegen. Wenn der Inhalt offensichtlich menschlich unhaltbar ist und diese Unhaltbarkeit im Gegensatz zu allgemein akzeptierten Maßstäben der Menschlichkeit steht – heute haben sich diese Maßstäbe als Grundrechte und -pflichten durchgesetzt – handelt es sich um keine rechtliche Regelung. Gesetzliches oder jedes andere Unrecht ist kein gültiges Recht mit Rechtsfolgen.

Diese Sätze sind eher eine Beschreibung als eine knappe Definition des Rechtsbegriffs. Wenn man es noch einmal versuchte, könnte man sagen, dass das *Recht* ein System von ganzheitlich wirksamen Rechtsnormen und Rechtsprinzipien ist, die vom Staat mit Sanktionen belegt werden und mit denen in lebenswichtigen Gesellschaftsverhältnissen das äußere Tun und Verhalten von Menschen auf eine inhaltlich richtige Weise, deren untere Grenze offensichtlich mensch-

1 Der Aufsatz ist ein Querschnitt durch die *Teorija prava* (Theorie des Rechts), deren 4. Auflage im Jahr 2011 in slowenischer Sprache erschienen ist: *Marijan Pavčnik: Teorija prava. Prispevek k razumevanju prava. 4., pregledana in dopolnjena izdaja*. GV Založba: Ljubljana 2011, s. 603.

lich unhaltbare Verhaltensmöglichkeiten sind, geregelt wird. Das kommt einer üblichen Definition schon etwas näher, doch ist noch immer nicht knapp genug. Wenn man sich noch kürzer fassen wollte, würde man sagen, dass das *Recht* ein System von ganzheitlich wirksamen Rechtsnormen und Rechtsprinzipien ist, die im Rahmen rechtlicher Richtigkeit lebenswichtiges äußeres Tun und Verhalten von Menschen in einer staatsrechtlich organisierten Gesellschaft regeln. Man könnte so weitermachen, doch würde immer etwas übrig bleiben, das sich der Definition entzieht.

2. *Kant* hatte auf seine Weise recht, als er sich über Juristen lustig machte, die noch immer ihren Rechtsbegriff suchten. Die Schwierigkeit liegt darin, dass immer mehrere Lösungen möglich sind, wie man Verfassungs-, Gesetzes- und andere Rechtsnormen bilden kann, die im Voraus sagen, was zur selben Gruppe gehörende Rechtssubjekte tun und wie sie sich verhalten sollen. Hinzu kommt, dass man Verfassungs-, Gesetzes- und andere Rechtstexte verstehen und auslegen muss, bevor man sie anwenden kann. Und nicht zuletzt besteht eine weitere Schwierigkeit darin, dass sich Verfassungs-, Gesetzes- und andere Rechtsnormen auf Lebensfälle beziehen, die man nicht ganz voraussehen kann. Das Leben ist immer abwechslungsreicher als vom Gesetzgeber geplant.

Es ist eine geschichtliche Erfahrung, dass der Inhalt der Rechtsnormen weder ewig (unveränderlich) noch für alle Staatsgemeinschaften gleich ist. Das Recht ist ein kulturgeschichtliches und rechtzivilisatorisches Phänomen: Als modernes Recht ist es den Werten unserer Lebenswelt (Grundrechte, Rechtsstaat, demokratische Institutionen) verpflichtet, als positives Recht ist es in einer bestimmten Zeit und in einem bestimmten Raum wirksam, denen es einen entsprechenden Ausdruck geben muss, und zugleich ist es auch das Recht eines Staates, der in eine kleinere oder größere internationale Gemeinschaft eingebunden ist.

Man könnte noch weitere Elemente dafür aufzählen, dass die De-

definition des Rechts keine mathematische Formel ist, die man lernen und anschließend bestimmt anwenden kann. In allen drei oben angeführten Rechtsdefinitionen gibt es fast so viele Lücken wie Elemente. Das ist nicht besonders problematisch, es handelt sich eben um eine erkannte Gesetzlichkeit, die man berücksichtigen, mit der man leben und auf die man reagieren muss.

3. Dieses Werk erörtert die Elemente und Betrachtungsweisen, die den *rechtsmethodologischen Ausgangspunkt* darstellen, d.h. wie man das Recht verstehen, auslegen und anwenden kann. Der methodologische Ansatz hängt sowohl vom Gegenstand, den man erforscht, als auch vom Ziel jeder einzelnen Wissenschaft ab. Das Ziel der Wissenschaft ist eng mit dem *allgemeinen philosophischen Ausgangspunkt* über das Recht, seine Natur und seine Stellung in der Welt und Gesellschaft verbunden. Der Mehrheitsstandpunkt ist es, dass sich insbesondere *fünf Methoden*, mit denen man das Recht erforschen kann, ausgeformt haben. Das sind *die dogmatische, die axiologische, die soziologische, die geschichtsrechtliche* und *die rechtsvergleichende Methode*. Fast keine Wissenschaft benutzt nur eine Methode, sondern verbindet sie auf eine geeignete Weise und stützt sich zugleich auf jene, die sich am besten für den Gegenstand und die Natur des Forschens eignet. Eine Ausnahme sollte Reine Rechtslehre sein, die sich nur mit der normativen Natur des Rechts befassen wollte. Das Forschungsergebnis hat gezeigt, dass auch Reine Rechtslehre die Seinstatsachen berücksichtigen musste, aus denen das Recht (als normative Erscheinung) hervorgeht (gesetztes Recht) und in denen es sich verwirklicht (Wirksamkeit des Rechts).

Die Grundmaßstäbe zur Unterscheidung von Rechtswissenschaften sind die Fragen, ob der Gegenstand des Forschens jetzt oder früher geltendes positives Recht ist, der zweite Maßstab sind der methodologische Ausgangspunkt und das methodologische Ziel, das von der Wissenschaft verfolgt wird. Üblich ist die Aufgliederung in *geschichtsrechtliche, positivrechtliche* und *rechtsvergleichende*

Wissenschaften sowie die *Theorie* (zusammen mit der *Philosophie*) des *Rechts*. Der erste Maßstab steht im Vordergrund bei der Unterscheidung zwischen geschichts- und positivrechtlichen Wissenschaften, der zweite Maßstab begleitet alle Wissenschaften. Von der Art dessen Anwendung hängen die Ausrichtung der Wissenschaft (z.B. eine mehr dogmatische oder mehr soziologischrechtliche oder eine integrale Erforschung des Rechts) und die Dimension (Gesichtspunkt, Aspekt) ab, der sich die Wissenschaft widmet. Die Aufgabe der *positivrechtlichen Wissenschaft* ist es, geltendes, d.h. positives Recht zu erkennen; *rechtsvergleichende Wissenschaft* sucht Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen geltenden (auch früher geltenden, geschichtlichen) Rechtsordnungen. Die *Theorie* (und *Philosophie*) des *Rechts* erfassen das Recht als ein Ganzes und versuchen seine Ausgangspunkte sowie seine grundlegenden und allgemeinen Merkmale (Gesetzlichkeiten) festzustellen.

Der Umfang und die Reichweite der Theorie des Rechts hängen auch vom Forschungsausgangspunkt ab. Die Grundfrage ist es, ob man sich in der Rolle eines Rechtsbeobachters, der die Rechtsentscheidung erkennen und dazu Stellung nehmen will, befindet oder ob man als Beobachter auch daran interessiert ist, wie sich Rechtsteilnehmer (wie z.B. Staatsanwälte, Rechtsanwälte, Richter, Verwaltungs- und Wirtschaftsjuristen) mit dem Recht befassen. Wenn man in der Rolle eines *reinen Beobachters* ist, der die Rechtsteilnehmer nicht zu berücksichtigen braucht, hängt die Antwort von der Grundhaltung zum Recht ab, die man als Forschungshypothese annimmt. Wenn man in der Rolle eines *Beobachters* ist, *den auch der Rechtsteilnehmer interessiert*, muss man – wenigstens aus dem Blickwinkel, aus dem man den Blick auf Recht richtet – *auch die Fragen der Schaffens, des Verstehens und der Anwendung der normativen Rechtsakten* (z.B. der Gesetze) erforschen. Wenn der Forscher zudem noch *Lehrer* ist, muss sein Ausgangspunkt noch breiter sein. Die Aufgabe des Lehrers ist es, sowohl den Rechtsbeobachtern als auch den Rechtsteilnehmern ein Ohr zu leihen und wahrscheinlich auch vor seinem

Auditorium eine Palette der für das betreffende Rechtsphänomen charakteristischen Ansichten auszubreiten.

4. Es ist ein Mehrheitsstandpunkt, dass Recht und Staat eng verbundene Erscheinungen sind, die einander beeinflussen. Die gegenseitige Verbundenheit wird von allen jenen Theorien, die in Recht keine rein normative Erscheinung sehen, sowie von Theorien, die in der Staatsorganisation auch eine Rechtsorganisation von Menschen auf einem bestimmten Gebiet sehen, anerkannt. Wenn man Recht als ein System von Normen und Grundsätzen, das vor dem Staat steht, definierte, würde man die These über das Bestehen eines selbstständigen Naturrechts, dem der Staat untergeordnet ist und das er verwirklicht, akzeptieren. Wenn man andererseits die These annähme, dass der Staat vor Recht steht, würde man nur schwer begründen können, dass der Staat auch eine Rechtsorganisation ist und dass er also »in seinem juristischen Dasein das Produkt des Staatsrechts ist« (*Radbruch*).

Recht und Staat sind voneinander *existenziell abhängig*. Die Menschen, die sie schaffen, brauchen beide. Wenn sie sich nur auf eine Zwangsorganisation ohne rechtlichen Rahmen stützten, wäre die Anwendung von Zwang *willkürlich (ungesetzlich)*. Wenn man sich andererseits auf Normen stützte, hinter denen kein Staatszwang steht, wären die Normen als Ganzheit unwirksam und könnten nicht *positives* Recht sein. Die existenzielle Verbundenheit von Recht und Staat sagt, dass es immer auch *Normen* gibt, die wenigstens zum Schluss *von der Staatsorganisation sanktioniert werden*. Dasselbe gilt für den *Begriff des Staates*, der immer auch die oberste *Rechtsorganisation* (Gewalt) auf einem räumlich begrenzten Gebiet und bezüglich seiner Bevölkerung ist.

Es ist eine *contradictio in adiecto*, wenn man sagt, dass der Staat keine Rechtsorganisation ist. Die *Rechtlichkeit* ist ein wesentliches Element jeder staatlichen Organisation. Man muss jedoch zwischen einem so verstandenen Staat (*als Rechtsorganisation*) und dem *Rechtsstaat* unterscheiden, der als moderner Staat erst in der Zeit der Aufklärung und der bürgerlichen Revolutionen entstand. Im modernen

Staat hat die Rechtlichkeit eine besonders betonte Qualität. Die ist so bedeutend, dass die Rechtsorganisation auch ein Synonym für die Herrschaft des Rechts ist.

In der zeitgenössischen Theorie wird allgemein anerkannt, dass es zwischen dem kontinentaleuropäischen Rechtsstaat und der angloamerikanischen Herrschaft des Rechts (*rule of law*) keine wesentlichen Unterschiede gibt. Die Herrschaft des Rechts ist das Ergebnis und das Ziel, das beide Systeme inhaltlich ähnlich auffassen, deren Wege dorthin unterscheiden sich nur so viel wie die beiden Rechtsfamilien.

5.1. Zunächst wird die *Rechtsnorm* behandelt, die die grundlegende Rechtseinheit ist. Die Rechtsnorm ist als logischer Aufbau ein Element des Vorverständnisses, mit dem man in das rechtliche Lebensspiel eintritt: wenn der Tatbestand T eintritt, soll die Folge F folgen. Von Rechtssubjekten werden Rechtsnormen mitgeteilt (erlassen, gestaltet, mitgestaltet usw.), angenommen (erkannt), und in Hinsicht darauf wird so oder anders gehandelt.

In der Beschreibung der Rechtsnorm wurde das Modalverb *sollen* (engl. *ought to*) hervorgehoben. Das bedeutet, dass man einem bestimmten Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge *zurechnet*. Das Entstehen einer Rechtsfolge erfolgt nicht automatisch, sondern hängt von dem Willen und der Entscheidung des Menschen ab. In diesem Sinne unterscheiden sich Rechtsnormen scharf von *technischen Normen*, die Kausalverbindungen zwischen Naturphänomenen feststellen (oder es wenigstens versuchen). Technische Normen erkennen und beschreiben, wie Naturkräfte wirken und wie deren gegenseitige Verhältnisse sind. Somit ist es kein Zweck der technischen Norm zu bestimmen, was in diesen oder jenen Lebensumständen geschehen soll, ihre Aufgabe besteht »lediglich« darin, dass sie erklärt, wie das Verhältnis zwischen der Ursache und ihrer Folge ist.

Der Unterschied zwischen technischen Normen und Rechtsnormen ist keineswegs unwichtig. Mit technischen Normen befassen sich

Naturwissenschaften, die Gesetzmäßigkeiten im Naturgeschehen erforschen. Der Gegenstand der Rechtswissenschaft sind *normative Gesetzmäßigkeiten*, die sich auf die Rechtsnorm konzentrieren. Aus dem Wesen der Rechtsnorm geht klar hervor, dass die Entscheidung (Erlaubnis, Gebot oder Verbot eines Tuns und Verhaltens) darüber, was geschehen soll, wertend und ein Ergebnis der Beurteilung ist, wie man sich in diesen oder jenen Lebensumständen verhalten soll, um bestimmte, bewusst gewählte Ziele und Werte zu verwirklichen. Es wäre unbegründet, die normative Welt (die Welt des Sollens) abzusondern und sie isoliert zu erforschen. Wer dem geltenden Recht einen Sinn geben will und zugleich »*law in action*« erforscht, kommt nicht an gesellschaftlichen Gesetzmäßigkeiten und an Werten vorbei, von denen die Regelung der Gesellschaftsverhältnisse ständig begleitet wird.

Rechtsnormen sind zwangsmäßige Gesellschaftsnormen, die – wenigstens im Endeffekt – vom Staat mit Sanktionen belegt sind. Der Umstand, dass die *Staatssanktion* die *differentia specifica* ist, wonach sich Rechtsnormen von anderen Gesellschaftsnormen (z.B. von Sitten und Moral) unterscheiden, ist eine allgemein akzeptierte Konvention. Die Zwangsmäßigkeit der Rechtsnormen bedeutet, dass das Recht ein Zwangsrahmen ist, worin die von Rechtsnormen vermittelten Verhaltensmöglichkeiten eingeordnet sind. Durch die Einordnung in einen Zwangsrahmen wird gewährleistet, dass die Verhaltensmöglichkeiten rechtlich geschützt sind.

Ein wichtiges Kennzeichen der Rechtsnormen ist auch die Dimension des Tuns und Verhaltens, die durch Rechtsnormen umfasst ist. Es hat sich allgemein durchgesetzt, dass durch Rechtsnormen nur *das äußere Tun und Verhalten* des Menschen und nicht sein inneres Verhalten, das zum Gebiet der Moral gehört, geregelt wird. Das Recht gibt sich mit dem »äußeren Konformismus« (*G. Kušej*) des Menschen zufrieden und überprüft somit nur, ob das äußere Tun und Verhalten des Menschen der Rechtsfolge (z.B. dem Gebot oder Verbot), die vom Rechtssubjekt verwirklicht werden soll, entspricht. Durch die Beschränkung auf die äußere Wahrnehmbarkeit wird vermieden,

dass das Recht direkt in die Welt des menschlichen Denkens, Empfindens, Glaubens usw. eingreift, wie es andererseits klar ist, dass rechtliche Erlaubnisse, Gebote und Verbote um so wirksamer sind, je mehr die Rechtssubjekte auch »innerlich« mit ihnen übereinstimmen.

Die Grundarten der Rechtsnormen sind verschieden, es gibt einerseits allgemeine und abstrakte und andererseits individuelle und konkrete Rechtsnormen. Eine *allgemeine und abstrakte Rechtsnorm* bezieht sich auf eine unbestimmte und typenweise definierte Anzahl von Rechtsadressaten (die Prinzipien der Rechtsgleichheit und Unbefangtheit!) und bestimmt, was sie tun und wie sie sich verhalten sollen, wenn sie sich in entsprechenden im Voraus beschriebenen oder wenigstens angedeuteten faktischen Umständen vorfinden (die Rechtsprinzipien der Vorhersehbarkeit und der Rechtssicherheit!). Eine *individuelle und konkrete Rechtsnorm* individualisiert und konkretisiert die allgemeine und abstrakte Rechtsnorm und sagt dadurch aus, was das individuelle Rechtssubjekt in konkreten faktischen Umständen tun und wie es sich verhalten soll. Typische allgemeine und abstrakte Rechtsnormen sind Verfassungs- und Gesetzesrechtsnormen, typische individuelle und konkrete Rechtsnormen sind in Verträgen, Urteilen und Bescheiden enthalten.

Es ist von großer Wichtigkeit, dass die Rechtsnorm nicht mit einem bestimmten Artikel, Paragraphen, Absatz usw. eines Gesetzes oder eines anderen normativen Rechtsakts identisch ist; die Rechtsnorm ist vielmehr erst die Bedeutung, die von diesen sprachlichen Zeichen mitgeteilt wird. Durch die Tatsache, dass die Rechtsnorm die *Bedeutung des normativen Akts* oder eines Teils davon ist, erklärt sich, dass man diese Bedeutungen erst feststellen, entdecken, herausfinden und als solche bezeichnen muss. Die bedeutungsmäßige Bezeichnung der Rechtsnorm muss wiederum entsprechend sprachlich definiert und ausgedrückt werden. In einem Teil der Rechtstheorie verwendet man für diese bedeutungsmäßige Bezeichnung der Rechtsnorm den Ausdruck »Rechtssatz«, der als sprachlicher Satz die entsprechende Rechtsnorm enthält. Es liegt im Wesen des Verstehens der normati-

ven Akte, dass man deren Bedeutungen in einer dem normativen Akt entsprechenden Meta-Sprache mitteilt (etwa in der Sprache verschiedener Arten der Rechtsberufe oder in der Sprache der Rechtswissenschaft).

5.2. Eingangs wurde gesagt, dass das Recht ein System von Rechtsnormen und *Rechtsprinzipien* ist. Zwischen Rechtsnormen und Rechtsprinzipien besteht ein bedeutender Unterschied. Die Rechtsnorm drückt den Typ des Tuns und Verhaltens aus, während das Rechtsprinzip »lediglich« den Wertungsmaßstab übermittelt (z.B. die Prinzipien des Rechts- und Sozialstaates im Verfassungsrecht oder das Prinzip von Treu und Glauben im Zivilrecht). Die Botschaft der Rechtsnorm ist nach *Dworkin* auf eine »Alles-oder-Nichts«-Weise gebildet (z.B.: Du sollst nicht stehlen, sonst trifft dich die Sanktion), während das Rechtsprinzip selbst direkt nur »den Grund, das Kriterium und die Rechtfertigung der Weisung« (*Esser*) darstellt, die mehr oder weniger intensiv ausgedrückt sind und über die Typen des Tuns und Verhaltens, die von Rechtsnormen gestaltet sind, verwirklicht werden. Das Rechtsprinzip ist weder direkt anwendbar noch in einem solchen Maße bestimmt, dass Werten ausgeschlossen wäre. Rechtsprinzipien sind also »lediglich« Wertungsmaßstäbe, die die inhaltliche Bestimmung der Rechtsnormen und die Weise ihrer Ausübung lenken. Rechtsprinzipien sind in allgemeinen Rechtsakten (insbesondere in der Verfassung und in den Gesetzen) enthalten. Rechtsprinzipien kommen auch in der Rechtspraxis (z.B. in der Gerichtspraxis) zur Geltung oder sind das Ergebnis einer wissenschaftlichen Systematisierung der Rechtsnormen. Zu Rechtsprinzipien gehören auch Wertungsmaßstäbe, auf die sich einzelne allgemeine Rechtsakte stützen und aus denen sie schöpfen.

6. Rechtsprinzipien und Rechtsnormen beziehen sich auf *Rechtsverhältnisse*. Rechtsverhältnisse sind rechtlich (normativ) geregelte Gesellschaftsverhältnisse zwischen zwei oder mehreren Rechtssub-

jekten. Die Träger des Rechtsverhältnisses sind *Rechtssubjekte* (z.B. Individuen als natürliche Personen und verschiedene juristische Personen wie der Staat, Unternehmen und Anstalten), die im Hinblick auf den *Gegenstand des Rechtsverhältnisses* zueinander entsprechende *subjektive Rechte, verpflichtende Berechtigungen* und *Rechtspflichten* haben. Rechtsverhältnisse sind entweder normativ (z.B. durch Gesetze) vorhergesehen und vorgedacht (*abstrakte Rechtsverhältnisse*) oder es handelt sich um Verhältnisse, die die abstrakten Verhältnisse in unterschiedlichen gesellschaftlichen Verhältnissen zwischen Rechtssubjekten individualisieren und konkretisieren (*konkrete Rechtsverhältnisse*). In Rechtsverhältnissen ist das Tun und Verhalten der Rechtssubjekte *einander wechselseitig bedingend* (die Korrelation der subjektiven Rechte, verpflichtenden Berechtigungen und Rechtspflichten).

Gesellschaftsverhältnisse, die rechtlich geregelt werden müssen, sind *vor-rechtliche* (auch vor-normative) *Gesellschaftsverhältnisse*. Einerseits handelt es sich um wirtschaftliche, politische, nationale, religiöse und andere Gesellschaftsverhältnisse, die in einem solchen Maße konfliktgeladen sind, dass deren fehlende rechtliche Regelung die grundlegenden Güter des Menschen (z.B. Leben, Freiheit, Sicherheit, Eigentum) gefährdet und das ungestörte Abwickeln der grundlegenden gesellschaftlichen Tätigkeiten unmöglich macht. In diesen Fällen muss der Gesetzgeber im Voraus sagen, was die Rechtssubjekte tun und wie sie sich verhalten sollen, und es muss im Voraus auch das Staatsorgan bestimmt werden, das – in einem ebenfalls im Voraus bestimmten Verfahren – in einem eventuellen Rechtsstreit entscheiden, das Vorliegen einer Rechtsverletzung feststellen und die entsprechende Sanktion (Rechtsfolge) aktivieren (konkretisieren) wird. Vorrechtlich sind andererseits auch jene Gesellschaftsverhältnisse, in denen das Tun und Verhalten der Rechtssubjekte relativ bestimmt und bestimmbar, vorhersehbar und verlässlich sein muss, damit man gesellschaftliche Gegensätze und Konflikte vermeidet, entschärft und auf eine rechtszivilisatorische Weise löst; wenn es keine rechtliche Regelung gäbe, könnten einzelne gesellschaftliche Tätigkeiten (z.B.

die Tätigkeiten des Sozialstaates) nicht aufeinander abgestimmt ablaufen, sie wären gelähmt oder gänzlich unmöglich gemacht. In einem bestimmten Umfang spielt die rechtliche Regelung eine ausgesprochen vorbeugende Rolle: die normative Regelung verfestigt rechtlich bestimmte Gebiete und verhindert schon dadurch das Entstehen von Rechtsverletzungen (z.B. Normen über die Form der Rechtsakte und Rechtshandlungen). Im Rechtsleben sind selbstverständlich vorrechtliche Gesellschaftsverhältnisse miteinander verbunden und beeinflussen einander.

7. Rechtsnormen werden geschaffen, nach Bedarf aufgehoben, geändert, ergänzt, erkannt und eingehalten. Offensichtlich handelt es sich dabei um einen *dynamischen Prozess*, in dem sich unaufhörlich Rechtsänderungen abspielen. Rechtsänderungen hängen von Tatsachen ab, denen man wegen ihres Wesens entsprechende Rechtsfolgen zuschreibt. Diese Tatsachen nennt man *Rechtstatsachen*. Von den Rechtsänderungen befasst man sich zunächst mit jenen, die sich auf das Entstehen, Ändern und Aufgeben (auch Abschaffen) von Rechtsnormen beziehen. Die Träger dieser Änderungen sind *normative Rechtsakte*.

Normativer Rechtsakt ist eine Erklärungshandlung von einem oder mehreren Rechtssubjekten, durch die teilweise oder gänzlich eine Rechtsnorm geschaffen wird. Die Erklärungshandlung hat eine andere Bedeutung bei Rechtsakten, die von Kollegialorganen (z.B. dem Gesetzgeber) beschlossen werden, als bei jenen Akten, die durch Willenserklärung einer Person (z.B. bei einem Testament) oder durch Konsens zwischen zwei oder mehreren Personen (z.B. bei einem Vertrag) entstehen. Allen diesen Fällen ist es gemeinsam, dass sie erst durch *Willenserklärung* und nicht durch den Willen selbst, wie er sich bei einzelnen Subjekten ausgebildet hat, rechtswirksam werden.

Normative Rechtsakte werden in allgemeine und individuelle Rechtsakte aufgegliedert. Der *allgemeine Rechtsakt* enthält eine oder mehrere allgemeine und abstrakte Rechtsnorm(en), während der *in-*

dividuelle Rechtsakt eine individuelle und konkrete Rechtsnorm beinhaltet. Allgemeine Rechtsakte sind z.B. die Verfassung, das Gesetz, die Verordnung und die Satzung, individuelle Rechtsakte sind der Vertrag, das Testament, das Urteil, der Bescheid u. Ä.

Das Recht ist ein selbstregulierendes *Ganzes und System*, das selbst bestimmt, wie normative Rechtsakte entstehen und miteinander verbunden sein sollen. Jeder normative Rechtsakt hat eine bestimmte *Rechtskraft* (den Grad der Rechtsgeltung) und ist als solcher anderen Rechtsakten *über-, bei- oder untergeordnet*. Es ist die Aufgabe der Rechtsordnung, die Arten der normativen Rechtsakte vorherzusehen und zu bestimmen, welche Verhältnisse zwischen ihnen gelten sollen. Auf grundsätzlicher Ebene ist von besonderer Bedeutung, dass zunächst allgemeine Rechtsakte miteinander harmonisiert werden müssen, dass individuelle Rechtsakte immer – die Ausnahme im Falle einer Rechtslücke wird hier absichtlich übersehen – auf einem entsprechenden allgemeinen Rechtsakt basieren müssen und dass auch individuelle Rechtsakte, die sich auf die gleiche Angelegenheit beziehen, miteinander in Übereinstimmung sein müssen.

8. Eine besondere Art der normativen Rechtsakte sind *formelle Rechtsquellen*. Darunter versteht man obligatorische und im Voraus bestimmte Formen, in denen allgemeine und abstrakte Rechtsnormen entstehen oder wenigstens als solche wirken. Die wichtigsten formellen Rechtsquellen sind die *Verfassung* und die *Gesetze*, die die subjektiven Rechte und Rechtspflichten der Rechtssubjekte regeln, wenn diese nicht bereits in der Verfassung definiert sind. *Unter dem Gesetz stehende Rechtsakte* sind Vollzugsvorschriften, die nur die Art der Ausübung von subjektiven Rechten und Rechtspflichten definieren und sich immer innerhalb der durch Verfassungs- und Gesetzesermächtigungen gezeichneten Grenzen bewegen müssen. Unter dem Gesetz stehende Rechtsakte sind Verordnungen, Ordnungen, Anweisungen usw. Formelle Rechtsquellen sind auch *autonome Rechtsquellen* (z.B. Satzungen der Rechtspersonen, Kollektivverträge, allgemeine

Rechtsakte der örtlichen Selbstverwaltung), in sehr begrenztem Umfang auch Gewohnheiten und die Normen der Sittlichkeit. Im Falle von *Sittlichkeit* und *Gewohnheiten* handelt es sich um unselbständige Rechtsquellen, die man lediglich auf jenen Rechtsgebieten und dann anwenden kann, wenn dies im entsprechenden Gesetz vorgesehen ist. Eine wichtige Rolle kommt auch der *Rechtspraxis* (und insbesondere der *Gerichtspraxis*) zu, die eine einheitliche und gleiche Anwendung von Gesetzen und anderen formellen Rechtsquellen gewährleistet.

Eng mit den formellen Rechtsquellen verbunden sind auch *materielle Rechtsquellen*. Sie beziehen sich auf den kulturell-zivilisatorischen, geschichtlichen, gesellschaftlichen, wirtschaftlichen usw. Kontext und dessen Elemente, durch die bedingt und mitbestimmt wird, welche Gesellschaftsverhältnisse rechtlich geregelt sein sollen und wie der Inhalt der formellen Rechtsquellen sein soll. Das Verstehen der materiellen Rechtsquellen kann nicht an den wertvollen Erkenntnissen der rechtsgeschichtlichen und anderen Wissenschaften vorübergehen, die ein besseres Begreifen ermöglichen, wie das Recht in die gesellschaftliche Wirklichkeit eingeordnet ist, wie es mit dieser Wirklichkeit verbunden ist, sie beeinflusst, auf sie reagiert usw. Solche Kenntnisse übermitteln Rechtsphilosophie, Soziologie, Rechtssoziologie, Volkswirtschaftslehre, Kriminologie und überhaupt alle jene Wissenschaften, die neben dem rechtsdogmatischen Bild des Rechts auch an dessen soziologischer, wirtschaftlicher und wertmäßiger Seite interessiert sind.

Die *Theorie der Rechtsquellen* erforscht die Charakteristika, Vorteile und Mängel der formellen Rechtsquellen. Von den Antworten auf diese Fragen hängt es ab, wie und in welchem Umfang einzelne Quellen die Gesellschaftsverhältnisse, die der Gegenstand der rechtlichen Normierung sind, regeln sollen und wie diese Quellen zueinander angeordnet werden sollen. Die Theorie der Rechtsquellen kann der Rechtspolitik behilflich sein. Die rechtliche Normierung ist nur dann von einer zufriedenstellenden Qualität, wenn sie sinnvoll und durchdacht ist: dazu gehören auch die normierenden Merkmale der einzel-

nen formellen Rechtsquellen und deren gegenseitiges Verhältnis (z.B. das Verhältnis: Verfassung – Gesetz – Verordnung). Eine bedeutende Rolle kommt der *Rechtstechnik* zu, die Methoden und Verfahren entwickelt, mittels deren der gewählte Inhalt sprachlich verfeinert und fachgerecht definiert werden kann.

9. Wenn keine formelle Rechtsquelle vorhanden ist, kann es sich um eine *Rechtslücke* handeln. Die Rechtslücke bezieht sich auf Gesellschaftsverhältnisse, die vom Gesetz oder einer anderen Rechtsvorschrift nicht geregelt werden, jedoch so bedeutend sind, dass sie rechtlich normiert werden müssen. In diesem Falle muss das zuständige Staatsorgan (z.B. das Gericht) die Rechtslücke durch einen individuellen Rechtsakt (z.B. ein Urteil) auffüllen. Die Feststellung, dass es sich um eine Rechtslücke handelt, ist um so überzeugender, je besser man Folgendes begründen kann: (1) dass es sich um keine Unvollständigkeit des Gesetzes (oder einer anderen Rechtsquelle) handelt, die vorsätzlich ungeregelt gelassen wurde, weil sie ein Gegenstand des freien menschlichen Handelns ist; (2) dass es sich um eine Unvollständigkeit handelt, deren Ausfüllung mit den Prinzipien (Ausgangspunkten) der rechtlichen Normierung in einer bestimmten staatsrechtlich geregelten Gemeinschaft übereinstimmt und (3) dass es sich um eine Unvollständigkeit handelt, die zugleich auch eine Unvollständigkeit auf einem bestimmten engeren Rechtsgebiet ist. Die klassische »Formel« für die Auffüllung der Rechtslücken wurde als eine der Ausführungen auch in das (slowenische) Gerichtsgesetz aufgenommen: Wenn eine Rechtsangelegenheit »nicht aufgrund geltender Vorschriften gelöst werden kann, berücksichtigt der Richter Vorschriften, die ähnliche Fälle regeln. Wenn die Lösung der Angelegenheit trotzdem rechtlich problematisch ist, entscheidet er in Einklang mit den allgemeinen Prinzipien der Rechtsordnung im Staat. Dabei handelt er gemäß der Rechtstradition und den festen Erkenntnissen der Rechtswissenschaft.« (Art. 3/2.)

Auf bestimmten Rechtsgebieten muss man das Bestehen der

Rechtslücken *ausschließen*, da ihre Auffüllung im Gegensatz zu den Prinzipien der *Rechtssicherheit* stünde. In demokratischen Staaten gilt es, dass es keine Straftat und Strafe ohne Gesetz gibt (*Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*). Auch sonst muss man bei der Frage der Rechtslücken sehr vorsichtig und aufmerksam sein. Auf der Welt gibt es nicht nur rechtlich normierte Gebiete und Rechtslücken, die man rechtlich auffüllen muss, auf der Welt besteht auch ein rechtsleerer (*freier*) *Raum*, der sich dem Recht und den Juristen entzieht. Wenn man über Recht redet, spricht man immer auch über den Menschen und seine Freiheit.

10. Der Sinn von normativen Rechtsakten liegt darin, dass sie von Rechtssubjekten angewendet und verwirklicht werden. Die Grundarten der *Anwendung eines normativen Rechtsaktes* sind *freiwilliges* Tun und Verhalten, wodurch die Erlaubnisse, Gebote und Verbote der einzelnen Rechtsnormen verwirklicht werden, und das Tun und Verhalten, das die *Sanktion* als die sekundäre Rechtsfolge verwirklicht. Die letztere Anwendungsart ist *in der Regel zwangsmäßig* (z.B. im Strafrecht), es liegt jedoch im Wesen einiger Sanktionen, dass man sie auch freiwillig verwirklichen kann (insbesondere im Zivilrecht). In beiden Fällen geht es um aktives und/oder passives Tun und Verhalten, durch welches rechtliche Erlaubnisse, Verbote, Gebote und Sanktionen verwirklicht werden. Das Endziel des Rechts und der Rechtsnormen ist es, dass deren Adressaten sie in tatsächlichen Rechtsverhältnissen verwirklichen und somit durch materielle (reale) Handlungen das *schaffen und wiedergeben*, was ihnen *von normativen Rechtsakten gestattet und auferlegt wird*.

Das Recht als ein System von Rechtsnormen ist ein *gültiges Rechtssystem* unter der Voraussetzung, dass das System als ein Ganzes *durchschnittlich wirksam* ist. Wenn keine wenigstens einigermaßen zuverlässige Wirksamkeit vorhanden ist, stellen sich Zweifel ein, ob Rechtsnormen überhaupt noch gültig sind. Es ist eine *quaestio facti*, wann die Wirksamkeit des Systems jene Grenze unterschreitet, jen-

seits deren seine Geltung zu schwinden beginnt. Neben dem System als einem Ganzen gibt es auch einzelne Rechtsnormen, und gerade sie sind als Bestandteile des Systems mehr oder weniger wirksam und werden auch mehr oder weniger verletzt. Einzelne Rechtsnormen sind trotz zeitweiliger Unwirksamkeit gültig, solange das System als Ganzes gültig bleibt.

Im Laufe der Anwendung und Ausübung einzelner Rechtsakte entstehen *drei grundlegende Ausführungen*. Im ersten Fall geht es darum, dass man allgemeine und abstrakte Rechtsnormen (z.B. Verfassungsnormen) anwendet und auf dieser Grundlage *neue allgemeine und abstrakte Rechtsnormen schafft*, die in formellen Rechtsquellen enthalten sind. Im zweiten Fall stützt man sich auf allgemeine und abstrakte Rechtsnormen und *gestaltet* auf dieser Grundlage *eine individuelle und konkrete Rechtsnorm* (z.B. das Urteil des Bezirksgerichts), im dritten Fall werden durch materielle Akte (z.B. Zurückzahlung eines Darlehens) die in allgemeinen und abstrakten oder individuellen und konkreten Rechtsnormen (z.B. Kreditvertrag) enthaltenen *Erlaubnisse, Gebote und Verbote verwirklicht*. In allen drei Fällen stellen sich drei Gruppen von Fragen, die gelöst werden müssen. Die erste Gruppe bezieht sich auf *Feststellen und Verstehen von Tatsachen*. Die zweite Gruppe betrifft *die Auslegung und das Verstehen der Rechtstexte*. Die dritte Gruppe der Fragen knüpft an das *Rechtswerten und -entscheiden* an.

Ein bedeutendes Glied im Verfahren der Anwendung der normativen Rechtsakte sind verschiedene *Formen des Rechtsschutzes*, dessen Träger in der Regel die zuständigen Staatsorgane sind. In einem modernen Rechtsstaat ist im Voraus bestimmt, welche Organe die Träger des Rechtsschutzes sind und in welchen Verfahren sie über einzelne Angelegenheiten entscheiden (das Prinzip der rechtlichen Beilegung von Streiten und Konflikten). Die Prototypen der Rechtsschutzverfahren sind das *Verwaltungs-, Straf- und Zivilverfahren*. Eine besondere Art des staatlichen Rechtsschutzes ist auch Verfassungsgerichtsschutz, der vom Verfassungsgericht durchgeführt wird.

Ein Rechtsschutzverfahren beginnt mit einem entsprechenden

Vorschlag des zuständigen Antragsstellers, dann muss man *Prozessunterlagen* sammeln, über die Angelegenheit *entscheiden* und zulassen, dass sie wenigstens noch einmal behandelt wird, wenn sich eine Partei *beschwert*, und so bis zur *Rechtskraft* der Rechtsschutzentscheidung, die man, falls nötig, auch *zwangsweise vollziehen* muss.

11. Ein Gesetz oder ein anderer allgemeiner Rechtsakt kann nicht in einem konkreten Fall angewendet werden, wenn man ihn vorher nicht *versteht*, d.h. die »Botschaft« herausbekommt, die einem ermöglicht, die Rechtsentscheidung zu fällen (*Auslegung der normativen Rechtsakte*). Es hängt von der Konvention ab, ob jedes Verstehen des Gesetzes als seine Auslegung gekennzeichnet oder dieser Begriff nur dann verwendet wird, wenn die Bedeutung der Sprachzeichen in einem besonderen Auslegungsverfahren ermittelt wird. Wichtiger ist es, ob die Auslegung des Gesetzes tatsächlich nur eine »Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens« (*von Savigny*) ist.

Das Gesetz ist kein Synonym für ein Recht, das »lediglich« in Bezug auf einen konkreten Fall wiederholt werden kann. Der Ausleger ist immer derjenige, der gesetzliche Möglichkeiten »rekonstruiert«, sie inhaltlich präzisiert (wenn sie im Gesetz unbestimmt sind) und dann diejenige Kombination auswählt, die am engsten mit den rechtlich bedeutenden Merkmalen des wirklichen oder gedachten (wenn es sich um eine methodische Auslegung handelt) Lebensfalles übereinstimmt. Die schöpferische Leistung des Auslegers liegt zumindest darin, dass er eine Gruppe von Rechtsvorschriften oder eine Rechtsvorschrift als einen Typ des Tuns und Verhaltens (z.B. als Fahren mit zu großer Geschwindigkeit, woran eine Geldstrafe anknüpft) erkennt. Wenn er ihn als solchen auswählt und bewertet, bedeutet das, dass er ihn als den inhaltlich am besten entsprechenden mit den Merkmalen eines konkreten Lebensfalles verbunden hat: er hat sich dafür entschieden und dadurch die Möglichkeit ausgeschlossen, dass es sich um eine andere rechtliche Lösung handelt (z.B. Fahren mit zu großer Geschwindigkeit in Notwehr oder wegen Notstandes).

Im Auslegungsprozess kommt eine bedeutende Rolle den *Rechtsprinzipien* und *Auslegungsargumenten* zu, wie sprachliche, logische, systematische, historische Auslegung, das *argumentum a simili ad simile*, das Argument der teleologischen Reduktion, das *argumentum a fortiori*, das *argumentum a cohaerentia*, das *argumentum a completudine* und die teleologische Auslegung. Die von diesen Argumenten vermittelten Auslegungsnormen umfassen die Auslegung der normativen Rechtsakte und strukturieren sie inhaltlich, ohne sie auch inhaltlich ausschöpfen zu können. Das Auslegungsergebnis ist nicht gänzlich abschließend hinsichtlich aller drei Teile der Rechtsentscheidung: hinsichtlich der konkreten Tatsachen, die man nicht gänzlich vorhersehen kann, hinsichtlich des Rechts- (Gesetzes-)textes, der nicht in einem solchen Maße im Voraus bestimmbar ist, dass er eine deduktive Auslegung zuließe, und hinsichtlich der Verhältnisse zwischen den konkreten Tatsachen und dem Rechts- (Gesetzes-)text, die ebenfalls ein Gegenstand des gegenseitigen Wertens sind. Und natürlich ist die Auslegung auch durch das Vorverständnis und die Werte des Auslegers und überhaupt durch den Kontext, in dem sie stattfindet, eingerahmt.

Es liegt im Wesen des juristischen Verstehens und Entscheidens, dass die *Begründung der Auslegungsentscheidung* eine heikle, bedeutende und Sachkunde voraussetzende Arbeit ist. Die Begründung der Auslegung ist die minimale Gewähr für ihre Qualität. Ein verständiger *Rechtsdialog* verlangt, dass alle seine Teilnehmer die gleichen Möglichkeiten haben, dass alle Rechtsargumente, zu denen man im Dialog einen Standpunkt beziehen muss, zulässig sind und dass man gemäß der eingebürgerten Rechtspraxis handeln muss, soweit keine neuen, triftigeren Gründe zur Abweichung davon vorliegen.

12. Das Verstehen des Rechts ist auch eng mit dem Überblick über das vielfältige Rechtsmaterial verbunden, das entsprechend *systematisiert* (klassifiziert) werden muss. Die Hauptelemente der Systematisierung sind (1) allgemeine und abstrakte Rechtsnormen

samt Rechtsprinzipien, (2) Gesellschaftsverhältnisse, auf die sich die Rechtsnormen beziehen, und (3) die Art und Weise, wie einzelne Gesellschaftsverhältnisse und deren Gruppen rechtlich geregelt sind. Die Grundeinheit ist die *allgemeine und abstrakte Rechtsnorm*, die auf eine bestimmte Weise das einzelne Gesellschaftsverhältnis oder einen Teil davon regelt. Weitere Systematisierungseinheiten sind *Rechtsinstitute*, *Rechtszweige* und *Grundrechtsgebiete*. Das *Rechtsinstitut* umfasst Rechtsnormen, die auf dieselbe Weise dieselbe Art oder dieselbe Gruppe von Gesellschaftsverhältnissen regeln (z.B. Wahlrecht, Vertrag, Testament, Straftat, öffentlicher oder diplomatischer Dienst). Eine weitere Systematisierungseinheit ist der *Rechtszweig*. Zum einzelnen Rechtszweig gehören Rechtsnormen und Rechtsinstitute, die auf dieselbe Weise ein bestimmtes weiteres und in sich geschlossenes Gebiet von Gesellschaftsverhältnissen regeln. Klassische Rechtszweige sind *Verfassungsrecht*, *Zivilrecht*, *Familienrecht*, *Handelsrecht*, *Arbeits- und Sozialrecht*, *Verwaltungsrecht*, *Finanzrecht*, *Strafrecht*, *Verfahrensrecht*, *Völkerrecht* und *internationales Privatrecht*. Das Rechtssystem (als System von Rechtsnormen und Rechtsprinzipien) teilt sich noch weiter auf in *Grundrechtsgebiete*, die sich in Zweiteilungen von Recht aufgliedern: Recht des Staates und Völkerrecht, Material- und Formalrecht sowie öffentliches und Privatrecht. Die Zweiteilungen des Rechts hängen vom Blickwinkel bzw. von der Art der Regelung ab, die einzelne Rechtsbereiche durchdringt.

13.1. Die Werte sind ein bedeutendes Element des Rechts. In Rechtsverhältnissen geht es um Verhältnisse zwischen Rechtssubjekten, die subjektive Rechte, Rechtspflichten und verpflichtende Berechtigungen zueinander haben: hinter diesen Rechtstiteln steht eine bestimmte Verteilung oder Ausgleichung von Gütern und Lasten zwischen den Rechtssubjekten. Vom *Gerechtigkeitsmaßstab* hängt es ab, wie die Güter und Lasten verteilt und ausgeglichen werden. Die tatsächliche Verteilung der Rechtsgüter drückt gesellschaftliche Machtverhältnisse, auch gesellschaftliche (Un)gleichheiten aus und

ist immer ein eigenartiges Abbild der Gesellschaft und ihrer rechtlichen Gerechtigkeit.

Die Gerechtigkeit ist inhaltlich (materiell) und formell (Gleichheitsprinzip!). Die *inhaltliche Gerechtigkeit* sagt, worin das besteht, was jedem zusteht. Die Grundarten der inhaltlichen Gerechtigkeit sind die austeilende Gerechtigkeit und die ausgleichende Gerechtigkeit. Die austeilende Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*) ist die verhältnismäßige Gleichheit zwischen mehreren Personen aufgrund des Gewichts, das ihnen von einem entsprechenden Unterscheidungsmaßstab zugeschrieben wird (z.B. unterschiedliche Behandlung von Minderjährigen und Volljährigen). Der Maßstab der ausgleichenden Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*) ist Gleichwertigkeit; dieser Maßstab bedeutet, dass jedem der gleiche Gegenwert (für eine Leistung, Abgabe, rechtswidrige Tat) zusteht. Die Urform der Gerechtigkeit ist die austeilende Gerechtigkeit, weil auch die ausgleichende Gerechtigkeit darauf beruht, dass zunächst eine entsprechende Aufteilung der Rechtssubjekte durchgeführt wird.

Die *formelle Gerechtigkeit* fordert, dass man wesentlich gleiche Subjekte und wesentlich gleiche Lebensfälle gleich behandeln soll. Die Gleichheit hat immer auch einen inhaltlichen Wert: Der Maßstab der inhaltlichen Gerechtigkeit ist unbrauchbar, wenn man ihn nicht noch vom Standpunkt der Gleichheit der Rechtssubjekte überprüft. Wenn es für deren Unterscheidung keine inhaltlichen Ursachen gibt oder diese Unterscheidung nicht begründet werden kann, gilt das allgemeine Prinzip, dass man Rechtssubjekte gleich behandeln muss (*In dubio pro aequitate!*).

Die materielle und die formelle Gerechtigkeit erhalten einen konkreten Inhalt in verschiedenen Verfahren vom verfassungs- und gesetzgebenden Verfahren über das Verwaltungsverfahren bis zu den verschiedensten Gerichtsverfahren. Ein Verfahren ist gerecht, wenn die Rollen der betroffenen Parteien so aufgeteilt und angesetzt sind, dass sie ihnen dieselben Handlungsmöglichkeiten erlauben. Die Rollengleichheit ist ein formelles Element der Verfahrensgerechtig-

keit. Die Rollengleichheit betrifft die Feststellung der Tatsachen, das Rechtsverständnis der Gesetze, die Bildung der Verfahrensanträge und -ansprüche und nicht zuletzt eine überzeugende Rechtsbegründung. Verfahrensnormen können intensiv dazu beitragen, dass die Rechtsentscheidung durchdacht und von guter Qualität ist, wie sie andererseits auch verursachen, dass das inhaltliche Entscheiden erschwert und verfahrensmäßig rigide ist.

13.2. Zu den schärfsten Wertkonflikten können verschiedene Ansichten hinsichtlich von Moralfragen gehören. Recht und Moral können nicht ganz voneinander gelöst werden. Rechtlich geregelte Fragen haben meistens auch einen moralischen Hintergrund und sind moralisch aufgeladen. Die Moraldiskussion beeinflusst nicht nur die rechtsgeberische (z.B. gesetzgeberische) Tätigkeit; moralisches Werten begleitet auch das Verstehen von Gesetzen und das Entscheiden in konkreten Fällen. Im Gesetzgebungsverfahren sind alle moralischen Einflüsse zulässig, wenn man sie zu Rechtsnormen umbilden kann. Im Verfahren des Verstehens und der Anwendung der Gesetze sind (im Rahmen deren sprachlicher und anderer Auslegungsgrenzen) nur jene Einflüsse zulässig, die man entsprechend verallgemeinern (das Prinzip der Gleichheit!) und durch etablierte Gerichtspraxis festigen kann. Moralische Einflüsse dürfen nicht die Grenze, die durch die natürlichen Unterschiede zwischen Recht und Moral gezeichnet wird, überschreiten und sind rechtlich unzulässig, wenn es sich um einen unerlaubten Eingriff in die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit des Rechtsentscheidens (insbesondere um einen Eingriff in die Unabhängigkeit der Richter!) handeln würde.

Eine offene Rechtsauslegung ist auch eine wertende Auslegung; eine bedeutende Wertdimension des Rechts sind gerade Moralgründe, die Rechtsentscheidungen (mit)begründen und zurückweisen. Moralisches und rechtliches Werten können einander ausschließen, wenn es sich um Fragen handelt, die rechtlich schon geregelt (z.B. bei bereits kodifizierten Steuer- und Gehaltsklassen) und auch derart ge-

regelt sind, dass sie einer bestimmten (z.B. mehrheitlich oder durchschnittlich angenommenen) Moral widersprechen. In solchen Fällen ist moralisches Werten eine Kritik des positiven Rechts.

Moralische Kritik kann auch sehr konstruktiv sein und dazu beitragen, dass die Gesetzgebung und die Rechtspraxis entsprechend geändert werden. In einem demokratischen Rechtsstaat ist moralische Kritik eine dauernde Begleiterin des Rechtsentscheidens. Für Macht- und Entscheidungsträger ist sie oft alles andere als angenehm, doch sie sollen ihr einfach ein Ohr leihen, darüber nachdenken und entsprechend reagieren.

14. Die zentralen Fragen werden auch von verschiedenen *Ansichten über die Natur des Rechts* – von der Antike bis zur Gegenwart – behandelt. Rechtspositivistisches Denken und Naturrechtsdenken sind die grundlegenden Ansätze, die – trotz innerer Unterschiede und verschiedenster Ausrichtungen – die Geschichte des Rechtsdenkens gekennzeichnet haben. Unter anderen Ansätzen sollte man wenigstens noch die historische Rechtsschule, die soziologische Jurisprudenz, die marxistische Rechtstheorie, die kritischen Theorien des Rechts und die synthetische (integrale) Rechtsauffassung nennen.

Der gemeinsame Ausgangspunkt des Naturrechtsdenkens ist es, dass *Naturrecht* ewig und unveränderlich ist, dass es allgemein gültig, inhaltlich richtig, erkennbar und dem positiven Recht übergeordnet ist. Im Gegensatz zum Naturrecht ist positives Recht zeitlich, örtlich und personal begrenzt, es wird von Menschen geschaffen und beinhaltet Normen, die nur mehr oder weniger vollkommen und gerecht sind. Naturrecht ist der inhaltliche Maßstab des positiven Rechts; das letztere verwirklicht und konkretisiert das erstere in zwischenmenschlichen Verhältnissen und operationalisiert es dadurch. Wenn positives Recht mit Naturrecht in Konflikt gerät, spricht ihm das Naturrecht die Gültigkeit ab und tritt an seine Stelle. Von der Radikalität der Naturrechtstheorie hängt es ab, wie sie auf die inhaltliche Unrichtigkeit des positiven Rechts reagiert. Wenn die inhaltliche Unrichtigkeit of-

fensichtlich und unerträglich ist, können die Adressaten des positiven Rechts auch berechtigt sein, sich der unterdrückerischen Gewalt zu widersetzen; Widerstandsrecht ermöglicht ihnen, Unrecht abzuschaffen und ein neues, inhaltlich richtiges positives Recht zu kodifizieren. Klassische Naturrechtstheorien sind der antike Naturrechtsbegriff (Aristoteles), der scholastische Naturrechtsbegriff (Thomas von Aquin) und das rationalistische Naturrecht.

Rechtspositivismus erforscht Recht als *positives Recht*, d.h. als Recht, das tatsächlich existiert. Er behandelt das Recht als eine Tatsache, die man empirisch überprüfen und dann als solche beschreiben, analysieren und dabei Verbindungen zwischen einzelnen Bestandteilen feststellen kann. Rechtspositivismus lehnt jeden metaphysischen Ansatz in der Behandlung von Recht ab und grenzt diesbezüglich positives Recht scharf von Naturrecht, Sittlichkeit oder einem anderen Wertmaßstab, der ein inhaltlicher Maßstab der Rechtlichkeit wäre, ab. Typische Vertreter des Rechtspositivismus sind Gesetzespositivismus, Reine Rechtslehre, Harts analytische Rechtstheorie und rechtlicher Realismus (in anglo-amerikanischer und skandinavischer Variante). Grundlegende Einwände gegen den Rechtspositivismus sind das Argument des Verstehens der Rechtsnormen, das Argument der Rechtsprinzipien und das Argument des Unrechts.

Die historische Rechtsschule lehnt die rationalistisch-naturrechtliche und die staatlich-legalistische Betrachtungsweise des Rechts ab. Ihre zentrale Botschaft ist es, dass tatsächlich tätiges Recht besonders Gewohnheitsrecht ist, wie es sich bei einzelnen Völkern entwickelt hat. Es ist die Aufgabe der Rechtswissenschaft, Gewohnheitsrecht zu entdecken, zu erforschen und es wissenschaftlich zu systematisieren. Im kontinentaleuropäischen Raum wurde diese Rechtsschule von dem deutschen Romanisten *F. C. von Savigny* begründet. In weiterem Sinne steht die historische Rechtsschule auf dem Standpunkt, das Recht sei ein Erzeugnis des (in der Geschichte wirkenden) »Volksgeistes« oder wenigstens der Umstände und Bedingungen, die für einzelne Völker charakteristisch sind.

Soziologische Jurisprudenz ist ein weiter Begriff für alle Auffassungen, die die gesellschaftlichen Ursachen, die gesellschaftliche Rolle, den gesellschaftlichen Inhalt, die gesellschaftlichen Ziele usw. des Rechts erforschen. »Der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung liege weder in der Gesetzgebung, noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst«, sagte *E. Ehrlich* und drückte dadurch vielleicht am deutlichsten aus, worin der gemeinsame Ansatz dieser Auffassungen besteht. Soziologische Jurisprudenz steht der normativen als auch der staatlich-legalistischen Rechtsauffassung kritisch gegenüber.

Über die *marxistische Rechtstheorie* wird man erst aus einer entsprechenden zeitlichen Distanz sprechen können. Es wäre unwissenschaftlich, auf eine solche Beurteilung von vornherein zu verzichten oder sie übereilt und unter Einfluss verschiedener Vorurteile und politischer Standpunkte auszusprechen. Einzelne Ansätze dieser Rechtstheorie beziehen sich auf die Stellung und Rolle des Rechts in der Gesellschaftsstruktur, auf das Recht in kapitalistischer Gesellschaft und auf Rechtskritik (zusammen mit Hypothesen über Recht in der Zukunft).

In der Natur von fast allen Theorien liegt es, dass sie dem Recht auch kritisch gegenüberstehen. Besondere Aufmerksamkeit verdienen die *Moralkritik des Rechts* und verschiedenste *kritische Theorien des Rechts* (z.B. kritische Jurisprudenzen), die jede aus ihrem Blickwinkel (z.B. aus den Blickwinkeln der Gleichheit der Geschlechter und verschiedener Gesellschaftsgruppen, der sozialen Gerechtigkeit, der Rasse, der Lebensumwelt) das Recht kritisch betrachten. Die Hauptkritik gilt den klassischen normativ-dogmatischen Theorien des Rechts, die nicht auf eine geeignete Weise auf alte und neue Formen der gesellschaftlichen Herrschaft reagieren würden.

Der gemeinsame Nenner der *synthetischen (integralen) Rechtstheorie* ist es, dass das Recht eine Synthese und dialektische Ganzheit ist, die aus gesellschaftlichen Tatsachen, Werten und Normen zusammengesetzt ist. Zu den bekanntesten integralen Theorien zählt *Rad-*

bruchs Rechtsauffassung. Radbruchs Theorie bildet eine Brücke zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus. Mit Naturrecht verbindet sie die Tendenz, dass Recht inhaltlich richtig ist und dass Grundrechte (als der inhaltliche Maßstab der Rechtlichkeit) wenigstens im Endeffekt der höchste rechtliche Wert sind, und mit Rechtspositivismus verbindet sie die Erkenntnis, dass Positivität und Rechtssicherheit unvermeidliche Begleiterinnen des Rechts sind. Radbruch ist kein Naturrechtler, da er nicht den ewigen und unveränderlichen Rechtswert akzeptieren kann, und er ist auch kein Positivist, weil er die Möglichkeit zulässt, dass es Gesetze »mit einem solchen Maße von Ungerechtigkeit und Gemeenschädlichkeit geben kann, dass ihnen die Geltung, ja der Rechtscharakter abgesprochen werden muss«. Kurzum, Recht ist, wie Radbruch feststellt, »ein Kulturbegriff, d.h. ein Begriff von einer wertbezogenen Wirklichkeit«: Recht ist »die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen«.

* * *

Das ist in aller Kürze die Welt des Rechtsspiels, mit dem sich dieses Werk genauer befasst und das es zu verstehen versucht. Das Spiel ist ernst und lebenswichtig. Das Rechtsspiel hat – wie jedes Spiel – seine Spieler, seine Regeln und seine Gesetzmäßigkeiten. Und wie immer ist der Schleier, der das Gesicht des Spielers und des Beobachters verhüllt, ein Rätsel.

TVORBA PRÁVA SPRÁVNÝM SÚDOM VO SVETLE JEDNÉHO PRÍPADU

PETRA PRÍBELSKÁ

Abstrakt: Snahou autorky je poukázať na neľahkú úlohu sudcu vyplíňať svojou rozhodovacou činnosťou medzery v legislatíve. Zamerala sa na konkrétny prípad v jej praxi sudkyne – predsedníčky senátu na správnom súde. Správne súdnictvo patrí do oblasti verejného práva, pričom predovšetkým ide o vyriešenie právnych otázok medzi účastníkmi konania. Preto si myslí, že je povinnosťou sudcu vykladať zákony v prospech fyzických a právnických osôb, ktorých priamo príslušné práva, právom chránené záujmy alebo povinnosti boli rozhodnutím alebo postupom orgánu verejnej správy dotknuté.

Kľúčové slová: správny súd, aplikácia a výklad právnych predpisov, spravodlivosť, princíp materiálneho právneho štátu, prirodzené právo, spotrebná daň, dodatočné daňové priznanie, oneskorene podané daňové priznanie

Môže správny súd tvoriť právo? Domnievame sa, že by to dokonca mala byť jeho povinnosť. Áno, sme zástancovia tzv. prirodzeno-právnej teórie, hoci v kontinentálnom systéme práva nie sú súdne rozhodnutia právne záväzné pre budúce súdne rozhodnutia a subjekty práva v obdobných prípadoch. Treba však v prvom rade mať na zreteli, že aplikácia a výklad právnych predpisov musia byť v súlade so spravodlivosťou a morálnymi hodnotami právneho štátu. Naším zámerom je poukázať na situáciu v praxi správneho súdu, keď zákon určitý problém dostatočne nerieši a je teda na mieste aplikovať základné zásady právneho štátu vyjadrené v Ústave Slovenskej republiky. Je predsa základným poslaním sudcu poskytovať účastníkom v súdnom konaní riešenie v súlade so spravodlivosťou.

Často sa v súdnej praxi pri preskúvaní zákonnosti rozhodnutí orgánov verejnej správy stretávame so situáciou, ktorú zákon nerieši dostatočne, prípadne riešenie neobsahuje vôbec. V týchto prípadoch

je to práve sudca, ktorý musí využiť všetky dostupné právne prostriedky na vyplnenie medzier v zákone a poskytnúť tak fyzickej alebo právnickej osobe ochranu jej priamo dotknutých práv, právom chránených záujmov alebo povinností (pozri §244 ods. 3 zákona č. 99/1963 Zb. o občianskom súdnom konaní v znení neskorších predpisov (ďalej len „O. s. p.“).

Riešili sme v aplikačnej praxi situáciu z oblasti finančného práva, keď daňový subjekt podal daňové priznanie k spotrebnej dani v zmysle § 13 ods. 2 zákona č. 106/2004 Z. z. o spotrebnej dani z tabakových výrobkov (ďalej len „zákon o spotrebnej dani“) v zákonom stanovenej lehote. Podľa § 13 ods. 8 zákona o spotrebnej dani, ak daňový dlžník zistí, že podané daňové priznanie je nesprávne alebo neúplné a jeho oprava spôsobí zvýšenie dane, je povinný podať colnému úradu dodatočné daňové priznanie bezodkladne po zistení nesprávnosti alebo neúplnosti daňového priznania s uvedením obdobia, ktorého sa dodatočné daňové priznanie týka, a zaplatiť daň do desiatich pracovných dní odo dňa podania dodatočného daňového priznania. Keďže daňový subjekt zistil, že podal daňové priznanie síce včas, ale v nesprávnej výške, podal v súlade s vyššie citovaným ustanovením § 13 ods. 8 zákona o spotrebnej dani dodatočné daňové priznanie k spotrebnej dani za mesiac december 2010 dňa 28.1.2011, teda ani nie 3 dni po uplynutí obdobia, t. j. urobil tak bezodkladne po zistení nesprávnosti a omeškanie mu trvalo iba 3 dni.

Správca dane uložil daňovému subjektu sankciu za podanie dodatočného daňového priznania v sume 110 821,80,- eur. Daňový subjekt podal žalobu v správnom súdnictve na súd, kde dôvodil, že správny orgán – správca dane nesprávne právne posúdil vec, keď uložil sankciu v sadzbe, ktorá mala byť uložená, ak by omeškanie trvalo celý bankový rok, t. j. 365 dní. V dôsledku nesprávneho právneho výkladu vznikla situácia, že nie je relevantné, kedy daňový dlžník podá dodatočné daňové priznanie, pretože sankcia je stále rovnaká a nemá stúpajúcu (sankčnú) tendenciu. Správca dane postupoval podľa daňového subjektu nesprávne, keď pri výpočte výšky pokuty použil absolútne číslo

základnej úrokovej sadzby na určenie paušálnej sumy. Správne mal 10 % použiť ako úrokovú mieru prepočítanú na rozhodujúce obdobie od termínu pre podanie riadneho priznania do termínu, kedy bolo dodatočné priznanie podané, t. j. 3 dní.

Daňový subjekt poukázal tiež na informáciu zverejnenú na Ústrednom portáli daňovej správy SR, kde je uvedené, že podľa § 35 ods. 2 zákona č. 511/1992 Zb. o správe daní a poplatkov a o zmenách v sústave územných finančných orgánov (ďalej len „ZSDP“) sa pri ukladaní pokuty uplatňuje základná sadzba Európskej centrálnej banky platná v deň doručenia rozhodnutia. Taktiež ako daňový subjekt podá dodatočné daňové priznanie, uplatní sa základná úroková sadzba Európskej centrálnej banky platná v deň podania dodatočného daňového priznania. V súčasnosti je trojnásobok základnej úrokovej sadzby Európskej centrálnej banky 3 % a je pre daňové subjekty výhodnejší ako úrok v banke z pôžičky. Preto sa stanovilo, že ak trojnásobok základnej úrokovej sadzby Európskej centrálnej banky nedosiahne 10 %, pri výpočte pokuty sa namiesto trojnásobku základnej úrokovej sadzby Európskej centrálnej banky použije sadzba 10 %. Ak daňový subjekt podá dodatočné daňové priznanie, správca dane uloží pokutu v polovičnej výške, t. j. vo výške 5 %.

Daňový subjekt poukázal aj na ustanovenia § 35 ods. 4 ZSDP, kde je riešená situácia podania daňového priznania po lehote, pričom správca dane uloží daňovému subjektu pokutu do 16 596,95,- eur, najmenej 33,19,- eur, ak ide o fyzickú osobu a najmenej 66,38,- eur, ak ide o právnickú osobu. V zmysle uvedeného, ak daňový subjekt v určenej lehote daňové priznanie nepodá vôbec, je sankcia maximálne v sume 16 596,95,- eura, na druhej strane ak podá dodatočné daňové priznanie, sankcia bude prevyšovať v absolútnom vyjadrení sankciu, ak by zákonnú povinnosť vôbec nesplnil.

Daňový subjekt zdôraznil, že podal dodatočné daňové priznanie bez zbytočného odkladu po preukázaní administratívnej chyby dňa 28.1.2011, t. j. 3 dni po termíne na podanie riadneho daňového priznania a daň aj riadne v stanovenej lehote zaplatil.

Ak by sa aplikovala úroková miera tak, ako prezentuje prvostupňový orgán, tak zhodnotenie finančných prostriedkov zodpovedá miere úročenia cca 1 216,67 p. a.

Správca dane pri uložení sankcie daňovému subjektu vo výške, ktorú on namieta, argumentoval, že postupoval v súlade s ustanoveniami § 13 ods. 2, 8 zákona o spotrebnej dani a § 35 ods. 1 písm. a), § 35 ods. 2, § 35 ods. 3 ZSDP.¹ Medzi účastníkmi konania nie je spor-

1 Podľa § 35 ods. 1 písm. a) ZSDP, správca dane uloží daňovému subjektu pokutu v sume rovnajúcej sa súčinu trojnásobku základnej úrokovej sadzby Európskej centrálnej banky a kladného rozdielu medzi daňou zistenou správcom dane a daňou uvedenou v daňovom priznaní alebo hlásení, alebo v dodatočnom daňovom priznaní, alebo dodatočnom hlásení.

Podľa § 35 ods. 2 ZSDP, pri ukladaní pokuty podľa odseku 1 sa uplatňuje základná úroková sadzba Európskej centrálnej banky platná v deň doručenia rozhodnutia. Ak daňový subjekt podá dodatočné daňové priznanie, uplatní sa základná úroková sadzba Európskej centrálnej banky platná v deň podania dodatočného daňového priznania. Ak trojnásobok základnej úrokovej sadzby Európskej centrálnej banky nedosiahne 10 %, pri výpočte pokuty sa namiesto trojnásobku základnej úrokovej sadzby Európskej centrálnej banky použije sadzba 10 %.

Podľa § 35 ods. 3 ZSDP, ak daňový subjekt podá dodatočné daňové priznanie alebo dodatočné hlásenie z rozdielu medzi daňou uvedenou v daňovom priznaní alebo hlásení a vyššou daňou uvedenou daňovým subjektom v dodatočnom daňovom priznaní, alebo v dodatočnom hlásení, správca dane mu uloží pokutu podľa odseku 1 v polovičnej výške. Rovnako sa postupuje, ak daňový subjekt dodatočným daňovým priznaním zvýši vlastnú daňovú povinnosť alebo zníži nadmerný odpočet uvedený v daňovom priznaní; tento postup sa uplatní aj pri podaní daňového priznania, ktorým sa zníži uplatnené vrátenie dane. Ak daňový subjekt podal dodatočné daňové priznanie, ktorým si znížil nadmerný odpočet uvedený v daňovom priznaní, pred vrátením nadmerného odpočtu alebo pred započítaním nadmerného odpočtu, správca dane pokutu neuloží. Ak daňový subjekt opraví dodatočným daňovým priznaním nadmerný odpočet uvedený v daňovom priznaní na vlastnú daňovú povinnosť, správca dane mu uloží pokutu podľa odseku 1 v polovičnej výške zo súčtu vlastnej daňovej povinnosti uvedenej v dodatočnom daňovom priznaní a nadmerným odpočtom uvedeným v daňovom priznaní; ak daňový subjekt podá dodatočné daňové priznanie pred vrátením nadmerného odpočtu alebo pred započítaním nadmerného odpočtu podľa osobitného zákona, správca dane mu uloží pokutu podľa odseku 1 v polovičnej

ný skutok, t. j. že sa stal správny delikt, sporné je len uloženie pokuty, kde daňový subjekt tvrdí, že mala byť uložená vo výške 910,86,- eur, správca dane mu však uložil pokutu vo výške 110 821,80,- eur. Pokiaľ správca dane zistí rozdiel medzi daňou priznanou a daňou, ktorú mal daňový subjekt skutočne zaplatiť, z toho rozdielu musí správca dane ex lege uložiť daňovému subjektu pokutu vo výške súčinu trojnásobku základnej úrokovej sadzby Európskej centrálnej banky a zisteného rozdielu dane, pričom v zmysle § 35 ods. 2 ZSDP ak trojnásobok základnej úrokovej sadzby Európskej centrálnej banky nedosiahne 10 % tak pri výpočte pokuty sa namiesto trojnásobku základnej úrokovej sadzby Európskej centrálnej banky použije sadzba 10 %. V § 35 ods. 3 ZSDP sa potom zmierňuje postih daňového subjektu v prípade, že svoju chybu zistí sám a výšku daňovej povinnosti opraví podaním dodatočného daňového priznania, v takom prípade správca dane uloží daňovému subjektu pokutu v polovičnej výške. To sa stalo aj v tomto prípade, prvostupňový orgán postupoval pri ukladaní sankcie podľa § 35 ods. 3 ZSDP a uložil pokutu podľa § 35 ods. 1 a 2 ZSDP v polovičnej výške. K takto zákonom stanovenému výpočtu danej sankcie nemožno už nič pridávať ani si domýšľať. Správca dane považuje vypočítanú sumu pokuty za správnu, keďže príslušné zákonné ustanovenia neustanovujú pri výpočte pokuty použitie základnej úrokovej sadzby, resp. sadzby 10 % prepočítanej na rozhodujúce obdobie, t. j. ako argumentuje daňový subjekt počet dní medzi posledným dňom na podanie riadneho daňového priznania a dňom podania dodatočného daňového priznania. Takýto algoritmus sa používa pri výpočte sankčného úroku, pri ktorom sa súčin dlžnej sumy, násobku základnej úrokovej sadzby a počtu dní omeškania vydolí príslušným počtom dní kalendárneho roka, pričom však takýto výpočet je výslovné a striktné daný príslušnou zákonnou normou upravujúcou právny inštitút sankčného úroku v daňovom konaní. Príslušné ustanovenia upravu-

výške z vlastnej daňovej povinnosti uvedenej v tomto dodatočnom daňovom priznaní.

júce sankčný úrok nemožno ani analogicky použiť pri výpočte pokuty za správny delikt, ktorý je predmetom tohto konania. Námietku daňového subjektu, keď poukazuje na § 35 ods. 4 ZSDP, keď poukazuje na to, že pre daňový subjekt je výhodnejšie nepodať daňové priznanie vôbec, nakoľko mu hrozí pokuta len do výšky 16 596,95,- eur, správca dane považoval za bezpredmetnú, keďže správny delikt podľa § 35 ods. 4 ZSDP je svojou skutkovou podstatou úplne odlišný od prejednávaného správneho deliktu, pričom aj sankcie sú nastavené odlišne. Išlo o úmysel zákonodarcu a nepatrí to do kompetencií správcu dane.

Úlohou súdu bolo vyriešiť tento spor o výške sankcie za daňový delikt. Ako už bolo uvedené, v predmetnom spore nebolo sporné, že skutok sa stal, t. j. že daňový subjekt spáchal správny delikt tým, že síce podal daňové priznanie včas, avšak v nesprávnej výške a toto pochybenie napravil o tri dni podaním dodatočného daňového priznania, kde uviedol správnu výšku svojej daňovej povinnosti a túto daň aj riadne zaplatil.

V predmetnom spore bola sporná len výška pokuty, ktorá bola uložená daňovému subjektu od správcu dane, pričom obaja účastníci sa nezhodli na právnom výklade zákonných noriem.

Podľa článku 1 ods. 1 veta prvá Ústavy SR, Slovenská republika je zvrchovaný, demokratický a právny štát. Základom interpretácie a aplikácie čl. 1 ods. 1 je zabezpečenie materiálneho a nie formálneho právneho štátu. Ústavný súd SR princíp materiálneho štátu vyjadril v právnom názore: „V právnom štáte, v ktorom sú ako neoddeliteľné súčasti okrem iných stelesnené princípy, ako sú právna istota a spravodlivosť (princíp materiálneho právneho štátu), čo možno spoľahlivo vyvodiť z čl. 1 ústavy, sa osobitný dôraz kladie na ochranu tých práv, ktoré sú predmetom jeho úpravy. Povinnosťou všetkých štátnych orgánov je zabezpečiť reálnu možnosť ich uplatnenia tými subjektmi, ktorým boli priznané.“²

2 I.ÚS 17/1999, nález zo dňa 22.9.1999, Zbierka nálezov a uznesení Ústavného súdu SR 1999, s. 365, zhodne I.ÚS 44/1999, nález zo dňa 13.10.1999, Zbierka nálezov a uznesení Ústavného súdu SR 1999, s. 382).

Povinnosťou všeobecného súdu je interpretovať jednotlivé ustanovenia jednoduchého práva vždy z hľadiska účelu a zmyslu ochrany ústavou garantovaných základných práv a slobôd. Súd bol teda v tomto prípade povinný dbať na princípy právneho štátu a nevykladať príslušné ustanovenia zákonov iba formalisticky, aby tak nedošlo k neprimeranej tvrdosti zákona voči daňovému subjektu. Je predsa nemysliteľné, aby daňový subjekt, ktorý daňové priznanie nepodá vôbec, prípadne po lehote bol sankcionovaný podľa § 35 ods. 4 ZSDP, ak ide o právnickú osobu do 16 596,95 eura (takže existuje tu strop udelenej pokuty), avšak ak daňový subjekt podá daňové priznanie včas, ale v nesprávnej výške, následne si to bezodkladne uvedomí a urobí dodatočné daňové priznanie, pričom správnu daň aj zaplatí, bol sankcionovaný paušálnou pokutou neodvíjajúcou sa od počtu dní omeškania. Vyjadrenie správcu dane, že išlo o úmysel zákonodarcu a nie je v jeho kompetencii zákon vykladať inak, neobstoí.

Ústavný súd už v rozhodnutí sp. Zn. III ÚS 274/07 zo dňa 11.10.2007 uviedol, že „orgány aplikujúce správne právo a spomedzi nich osobitne sudcovia pri rozhodovaní v správnom súdnictve sú oprávnení nedostatky zákonnej právnej úpravy svojím výkladom odstraňovať. Takéto odstraňovanie však nemožno považovať za legislatívnu činnosť, ktorá by narúšala ústavný princíp trojdelenia štátnej moci. Sudca pri interpretácii normy správneho práva nesmie tvoriť, ale môže odhalovať a formulovať vzťahy medzi jednotlivými právnymi normami vychádzajúc z účelu a zmyslu právnej úpravy. Jedinou požiadavkou, ktorá je pri tom na sudcu kladená, je ústavná konformita výkladu (čl. 152 ods. 4 Ústavy SR)“.

Súd zaoberajúc sa všeobecnou ideou spravodlivosti, v súlade s prirodzeno-právnymi princípmi musel prisvedčiť daňovému subjektu, že správca dane nesprávne aplikoval právny predpis, keď uložil sankciu žalobcovi v sadzbe, ktorá mala byť uložená v prípade omeškania za celý rok, t. j. 365 dní. Je nesporné, že sankcia za omeškanie nemá podľa názoru správcu dane stúpajúcu tendenciu, t. j. daňový subjekt nie je motivovaný zaplatiť daň čo najskôr, resp. podať dodatočné daňové priznanie čo

najskôr, pretože podľa výkladu správcu dane, počet dní omeškania nehrá pri určení pokuty žiadnu úlohu. Aký má potom zmysel ustanovenie § 13 ods. 8 zákona o spotrebnej dani z tabaku, kde sa uvádza, že daňový subjekt je povinný podať colnému úradu dodatočné daňové priznanie **bezodkladne** po zistení nesprávnosti ... a zaplatiť daň do 10 pracovných dní odo dňa podania dodatočného daňového priznania? Daňový subjekt sa potom dostane do absurdnej situácie, keď hoci bezodkladne (v tomto prípade omeškanie trvalo len 3 dni) napraví nesprávnosť včas podaného daňového priznania (v nesprávnej výške) podaním dodatočného daňového priznania a riadnym zaplatením dane v správnej výške a je v nepriaznivejšej situácii ako daňový subjekt, ktorý:

- dodatočné daňové priznanie bezodkladne nepodá a nezaplatí daň do 10 pracovných dní odo dňa podania dodatočného daňového priznania
- daňové priznanie nepodá vôbec
- daňové priznanie podá po lehote (vtedy je chránený, v prípade právnickej osoby stropom sankcie 16 596,95,- eura)

Súd dospel k právnomu názoru, že nemožno pripustiť výklad právneho predpisu tak, ako uvádza správca dane, pretože by išlo o diskrimináciu žalobcu a narušenie zásady rovnosti daňových subjektov vyjadrenej v § 2 ods. 7 ZSDP.

Aké môžeme z tohto prípadu vyvodit' právne závery? Súčasný význam právnych princípov je omnoho väčší, než to bolo napríklad pred polstoročím. Bezpochyby má na tom významnú zásluhu rozkvet materiálneho právneho štátu, expanzia ľudských práv a slobôd, rozmach demokratických ústav a v neposlednom rade rola ústavného súdnictva. Právne princípy tak v súčasnosti predstavujú významné argumentačné a interpretačné inštrumentárium. Tento ich význam sa navyše násobí pri vyplňovaní normatívnych, rekogničných a axiologických medzier v práve.³

3 KÜHN, Z.: Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře, 1. vyd. Praha: Karolinum, 2002, s. 200 – 212.

Pri hľadaní odpovedí na otázky o povahe spravodlivosti je dôležité pozrieť sa aj na údajnú dichotómiu hodnota – princíp. Na tomto mieste nás zaujalo komplexné a prísne rozlišovanie medzi princípmi a hodnotami v práve. Procházka túto diferenciaciu spája s adjektívami dobrého (prostredníctvom hodnôt) a správneho (prostredníctvom princípov), pričom ako *dobry* sa môže hodnotiť určitý stav vecí a ako *správne* určité konanie.⁴ Dobré identifikuje Procházka s normatívnymi právnymi aktmi, teda vytvorením práva a správne s individuálnymi právnymi aktmi, teda s jeho aplikáciou a k tomu dodáva: „*Subjektivita dobrého znamená, že hodnoty ako základný referent dobrého sú non-neutrálne a disponujú relatívnou (morálnou) validitou. Objektivita správneho znamená, že uznávame použiteľnosť neutrálneho, všeobecne platného kvalifikačného kritéria, v dôsledku ktorého jediná predstava správneho disponuje v konkrétnom kontexte výlučnou (morálnou) validitou.*“⁵ Z vyššie uvedeného sa natíska otázka, ako je to v tejto súvislosti so spravodlivosťou.

Obohatil nás aj názor Sváka, ktorý prináša zaujímavý pohľad na sudcovskú tvorbu práva. Správne poznamenáva, že hoci v našich podmienkach často sudcovia len úradnícky aplikujú právo klasickým kontinentálnym prístupom, nesmú zabúdať, že až do roku 1950 platilo na území Slovenskej republiky uhorské obyčajové právo podobné britskému systému *common law*.⁶

Na záver vyslovujeme nádej, že čoraz viac sudcov bude v budúcnosti patriť ku kreatívnym právnikom bez strachu aplikovať tvorbu práva.

4 PROCHÁZKA, R.: Dobrá vôľa, spravodlivý rozum. Hodnoty a princípy v súdnej praxi, 1. vyd. Bratislava: Kalligram, 2005, s. 57.

5 c. d. v pozn. č. 4, s. 73 – 74.

6 SVÁK, J.: Súdna moc a moc sudcov na Slovensku, Bratislava, Eurokódex, 2011, s. 102 – 110.

Zusammenfassung

Das Ziel dieses Beitrages ist an ausgewählte legislative Probleme in Justizpraxis hinzuweisen. Die Pflicht des Richters ist aber nicht nur Gesetze zu anwenden (applizieren), aber auch zu interpretieren, im Interesse der Gerechtigkeitsfindung.

FENOMÉN OSVOJENÍ

SENTA RADVANOVÁ – MARKÉTA MILLEROVÁ

Abstrakt: Osvojení (adopce) není novým institutem soukromého práva. Příspěvek shrnuje právní úpravu tohoto fenoménu od Obecného občanského zákoníku z roku 1811 až po nový občanský zákoník. Obecný občanský zákoník upravoval osvojení v pouhých pěti paragrafech a z praxe, v níž se osvojení realizovalo, jasně vyplývalo, že šlo o úpravu především majetkových práv. Základy moderního chápání vzniku osvojení byly v bývalé ČSR položeny v roce 1928. Osvojení ovšem jako takové stále nebylo považováno za institut náhradní rodinné péče o nezletilé děti. Zákon o rodině č. 94/1963 Sb. pokračoval v nastoupeném trendu vedoucím k snadnějšímu osvojování opuštěných dětí, když náhradní rodinná výchova byla stále více žádoucí. Nový občanský zákoník akcentuje především statusovou stránku osvojení a do právní úpravy vrací instituty známé rodinnému právu již v předválečném období jako je například osvojení zletilého.

Klíčová slova: osvojení, osvojení zletilého, nezrušitelné osvojení, orgány sociálně-právní ochrany dětí, mezinárodní osvojení, asistovaná reprodukce, náhradní mateřství

I.

V § 794 nového občanského zákoníku č. 89/2012 Sb. se uvádí, že osvojení je přijetí cizí osoby za vlastní. Osvojení (adopce) není novým institutem soukromého práva. Přijetí někoho za „vlastního“ je známo lidské společnosti již od nejstarších dob. Je možné si představit, že v pradávnu spoluzijící skupiny lidí (tak, jak je možno ještě dnes pozorovat u některých přírodních národů) přijímaly za vlastní další jedince bez ohledu na jejich věk nebo pohlaví. Teprve mnohem později začalo být přijetí někoho za vlastního upravováno příslušnými regulemi tak, jak to vyžadovaly potřeby tehdejší společnosti. Rozhodně se přijetí někoho za vlastního neomezovalo pouze na děti, většina právních

úprav znala i osvojení dospělých osob (tedy tzv. dospělých či zletilých podle tehdejšího práva). Teprve ve 20. století se v civilizovaných státech začíná omezovat přijetí někoho za vlastního v právním smyslu na děti, a to děti nezletilé. Zatím v civilizovaných státech nedochází k tomu, že by osvojení osob zletilých zmizelo z právní úpravy vůbec.

Je nutno se zmínit ještě o psychologické stránce formulace „přijetí někoho za vlastního“. Je známou skutečností, že si lze v průběhu života oblíbit natolik dítě nebo dospělého člověka, že ho máme někdy za bližšího než leckterého příbuzného. Psychický a citový vztah, který se takto vytvoří, může být i mnohem silnější, než některé právní pouto vytvořené osvojením, leč nepovedené. Takovýto psychický, zejména citový a často trvalý vztah, je pociťován jako přijetí za vlastního v širším smyslu, tedy bez právního významu.

Jako příklad můžeme uvést, že k takovému přijetí, v podstatě faktickému, ale majícímu hluboký psychický základ, v praxi dochází. Dochází k tomu například v nesezdaném soužití. Jeden z partnerů vychovává dítě počaté a narozené v předchozím vztahu, v novém vztahu pak jeho partner se nejenom plně věnuje péči o toto dítě, ale pociťuje k němu hluboký a pevný citový vztah, jaký by pociťoval k dítěti vlastnímu. Pokud ovšem taková partneri neuzavřou manželství, nemůže dojít k osvojení tohoto dítěte, jako dítěte společného.

Známe však i případy opačné, kdy dojde k osvojení dítěte manželem rodiče. Třeba i po delší době se toto manželství rozpadne, event. dojde k rozvodu, a osvojitel tohoto dítěte nejenomže selhává ve své rodičovské funkci, ale jednoznačně ji i odmítá nadále plnit. Právními prostředky může v takovém případě toto osvojené dítě získat pouze výživné od svého adoptivního rodiče (pokud jsou splněny potřebné předpoklady). Toto dítě je ovšem plně odmítnuto a k jakémukoliv zájmu o svou osobu adoptivního rodiče nemůže nutit.

Z uvedených příkladů vyplývá, že přijetí někoho za vlastního je především složitý proměnlivý a velmi náročný psychologický proces. Se skutečností, že k tomuto „ději“ v lidské společnosti stále dochází, nemohlo právo zůstat bez odezvy. Právní úprava, jak ukážeme dále,

po staletí reaguje na proměny společnosti, její materiální i duchovní potřeby, kam patří i mnohé tradice, případně ideje i rituály.

Velmi zajímavým se jeví poznatek, který ve společnosti vzniknul v souvislosti s kojením nemluvněte, tzv. „soukojenci“, tedy nemluvněta, která byla kojena touž ženou, a mezi nimiž vzniká těsný svazek, jako by byli z jedné matky. V evropské kultuře jde ovšem o představu, nikoli o vztah mající právní základ. Jsou však společnosti, které vůbec neznají osvojení jako právní vztah, ale naopak kojení cizího nemluvněte považují za právně závazné, a to celoživotně. Jde tedy o obdobu jinde známého osvojení (islám). Z toho, co jsme uvedli o přijetí někoho za vlastního a o adopci – v jejich základních podobnostech a rozdílech – vyplývá, že jde o problematiku svým způsobem náročnou.

Na území České republiky došlo za posledních dvě stě let k zajímavému vývoji institutu osvojení. Společenský a právní vývoj se ubíral postupně v rámci soukromého i veřejného práva, ať již šlo o vznik, právní následky, event. zánik tohoto právního institutu. Právní úprava osvojení se v podstatě nevyvíkala z rámce především soukromého práva.

Obecný občanský zákoník z roku 1811 upravoval osvojení velmi lapidárně, v pouhých pěti paragrafech (§ 179 a násl.). Předpokládala se smlouva o osvojení a bezdětnost osvojitele, jeho věk nad 40 let a věkový rozdíl mezi osvojitelem a osvojencem osmnácti let. Tato právní úprava je typickou ukázkou klasické úpravy osvojení upraveného všeobecně, úsporně a zřejmě i cíleně. Z praxe, v níž se osvojení realizovalo, jasně vyplývalo, že osvojením nemohly být osvojeny vlastní děti a šlo o úpravu především majetkových práv. Osobní status osvojenců a osvojitelů se měnil podle toho, o které příbuzné šlo. Změna nenastávala jednoznačně a úplně, jak je tomu později známo v pozdějších úpravách osvojení ve 20. století.

V právních úpravách, které předpokládaly osvojení jako převážně majetkoprávní vztah (připouštěly event. i osvojení zletilé osoby), převážoval po staletí smluvní princip vzniku osvojení. Základy moderního chápání vzniku osvojení byly v bývalé ČSR položeny již v roce

1928, kdy byl přijat zákon č. 56/1928 Sb. z. a n. Pokud jde o soukromoprávní charakter právního vztahu osvojení, předpokládal sice tento zákon nadále smlouvu mezi osvojitelem a osvojencem, avšak tato smlouva vyžadovala souhlas soudu (včetně případů osvojení zletilé osoby). Osvojení ovšem jako takové stále nebylo považováno za institut náhradní rodinné péče o nezletilé děti. Předpoklady stanovené pro vznik osvojení byly od pozdější a dnešní úpravy rozdílné. Přesto byly považovány za dostatečně poskytující právní ochranu nezletilého.

Zájem o osvojení je obvykle dán konkrétními společenskými potřebami, které v daném čase a na konkrétním území, existují. V 19. století a v první polovině století 20. existovala poměrně velká porodnost v českých zemích, bezdětnost byla spíše výjimečná, proto zájem osvojit cizí dítě byl spíše sporadický. Lidé měli dostatek vlastních dětí, a pokud se chtěli starat o cizí dítě, praktikovali spíše péči pěstounskou. Ani k osvojování dětí manželem rodiče dítěte nevedly ty společenské důvody, které jsou signifikantní pro druhou polovinu 20. století. Tyto důvody totiž souvisejí s rozvodem manželství. Zánik manželství tzv. rozlukou, který byl umožněn v českých zemích až novelou občanského zákoníku č. 320/1919 Sb. z. a n., vešel do praxe až v průběhu roku 1919 a nevykazoval příliš vysoký počet. Taktéž uzavírání nových manželství rozvedenými rodiči nezletilých dětí nebylo časté. Celkově je možno říci, že osvojení bylo spíše okrajovou záležitostí právního řešení náhradní péče a výchovy nezletilého dítěte. Ani tehdejší mezinárodní dokumenty mu nevěnovaly pozornost.

Po druhé světové válce, mimo jiné i vlivem válečných událostí, existence množství sirotků v Evropě a zejména pak postupného přijímání mezinárodních dokumentů směřujících k ochraně lidských práv, dochází k tlaku na národní legislativu: osvojení je čím dále tím více chápáno jako prostředek sociálního a právního zajištění náhradní péče a výchovy v rodině. Postupně odpadají různá omezení (bezdětnost manželů, jejich poměrně vysoký věk, atp.), prosazuje se výlučné rozhodování státního orgánu, a to převážně soudu, kterým jedině lze založit osvojenecý vztah. Tento přístup je patrný z dalších zákonných

norem, kterými se úprava osvojení změnila v souvislosti se změnami v oblasti soukromého práva vůbec. Přijetím zákona o právu rodinném č. 265/1949 Sb. Již po několika letech účinnosti tohoto zákona dochází v praxi ke kritice zákonných podmínek tehdejší úpravy osvojení majících neblahý vliv na zdlouhavé či nemožné rozhodování o osvojení nezletilého dítěte. Šlo zejména o to, že nesouhlas rodiče s osvojením o dítě, o něž jinak nejevili zájem, působil dlouhodobé nežádoucí umístění dětí v ústavní péči. Moderní poznatky z oblasti psychologie věnující pozornost zejména tzv. psychické deprivaci v dětství, začaly ovlivňovat uvažování o změnách zákona. Šlo především o to, aby požadavek zájmu dítěte na náhradní péči rodinného typu byl alespoň do určité míry realizován. Současně v této době konce 50. let se mírně snižuje porodnost v rodinách, podmínky pro péči o děti jsou poměrně příznivé a tendence rodin koncentrovat svoji pozornost na péči a rodinný život je poměrně silná. Proto jsou více, než dříve vyhledávány opuštěné děti v dětských zařízeních, sociální pracovníci v tomto směru vyvíjejí účinnější úsilí, v tom jim pomáhají i vedoucí pracovníci dětských zařízení. Tento nový, zajímavý společenský trend vyvolal účinnou zákonodárnou činnost přijetím zákona č. 15/1958 Sb. Tento zákon vyřešil dvě zásadní právní otázky, umožnění osvojení nezletilého dítěte bez souhlasu rodiče, což je situace velmi výjimečná a hraniční. Zákon kvalifikoval nezájem rodiče o dítě. Zákon i nadále vycházel z toho, že souhlas k osvojení dítěte je nezadatelným právem speciální povahy každého z rodičů (určitá specifika se řešila ohledně rodiče nezletilého), kterého rodič pozbývá, pokud byl prokázán zákonem kvalifikovaný nezájem o dítě (osobní péči, kontakt, zájem apod. po zákonem stanovenou dobu). Druhou otázkou, kterou novela zákona o právu rodinném řešila, bylo zavedení nezrušitelného osvojení v případě osvojení dítěte manželem jeho rodiče. V této souvislosti byly stanoveny ještě některé další podmínky a právní důsledky. Novela zákona o rodině daná zákonem č. 15/1958 Sb. vyvolala značnou odezvu jak v oblasti sociálně – právní a péče o děti, tak pokud jde o soudní judikaturu. Fenomén osvojení se stává mnohem významnější součás-

tí rodinného práva, než tomu bylo doposud. Je zajímavým jevem, že v době 60. let spíše ubývá nechtěných a opuštěných novorozenat, které jsou nejvíce žádoucí pro bezdětné osvojitele. Naopak osvojení dítěte manželem rodiče spíše přibývá tak, jak přibývá rozvodu manželství a v souvislosti s tím i uzavírání dalších sňatků. Jak ukazují statistická data z této doby, manželství je v tehdejších letech uzavíráno poprvé mezi 20. a 25. rokem věku, kdy se obvykle narodí alespoň jedno dítě. Rozpad těchto manželství do pěti let jejich trvání tvoří velký počet případů, poté následuje poměrně rychle uzavírání manželství dalších a tam právě dochází k oněm osvojením manželem rodiče dítěte. Toto je velmi zajímavá vývojová etapa společenských rodinných poměrů a jejich právních důsledků v oblasti osvojení. Tato etapa se později, zejména koncem 80. a od začátku 90. let již neopakuje. Mimo jiné je tomu tak proto, že v 50. až 70. letech reprodukční proces žen končil před 30. rokem jejich věku a další děti již většinou, ani v dalších manželstvích, již neporodily.

Začátkem 60. let je připravován nový rodinně-právní předpis, stal se jím zákon o rodině č. 94/1963 Sb. Tento zákon zpočátku pokračoval v nastoupeném trendu vedoucím k snadnějšímu osvojování opuštěných dětí. Náhradní rodinná výchova je stále více žádoucí. Nutno poukázat v této souvislosti též na některé právní předpisy z oblasti sociální péče a zejména pak činnost státních orgánů realizujících právní ochranu dítěte. Od roku 1968 se této oblasti intenzivně věnují nově zřízená ministerstva práce a sociálních věcí (na území České republiky federální ministerstvo práce a sociálních věcí a ministerstvo práce a sociálních věcí České republiky). Tyto vrcholné orgány, zejména české ministerstvo, metodicky vede a řídí příslušné podřízené orgány tehdejších národních výborů, získává přehled o umísťování dětí v ústavní péči a spolupracuje se soudy právě v této oblasti. Osvojení se stále více společensky projevuje jako žádoucí náhradní péče o děti rodinného typu, mající současně i svůj veřejnoprávní význam v oblasti statusové.

V 70. letech minulého století se v české společnosti (jakož i jin-

de v Evropě) začínají projevovat nové společenské jevy, jejichž základ ovšem vyplývá z nových poznatků vědy a praxe v oblasti asistované reprodukce. Asistovaná reprodukce (původně umělé oplodňování) má svoje hluboké kořeny ve zdravotním stavu obyvatelstva, který se v oblasti reprodukce projevuje snížením plodnosti. Původně se mělo za to, že neplodnost postihuje spíše ženy, např. v důsledku umělého přerušování těhotenství, ale v průběhu 70. let se ukazuje, že neplodnost postihuje stále větší počet mužské populace, přitom v lékařské i právnické literatuře byla tomuto jevu věnována značná pozornost již od konce 60. let. Lze říci, zkoumáme-li tuto problematiku se současným odstupem několika desetiletí, lékařská věda i praxe byly ve svých objevech a praktické činnosti mnohem rychlejší než právní úprava. I na území dnešního českého státu usilovala řada bezdětných manželů především o tzv. umělé oplodnění (později asistovanou reprodukci) v první řadě. Tak se dostávalo osvojení, pokud jde o žádoucí způsob přijetí cizího dítěte za vlastní, až na další místo.

Mnohem ostřeji vystupuje do popředí problematika společenská, především pak právní, pokud jde o biologické rodičovství a náhradní rodičovství uskutečněné osvojením. S postupem času, a to počátkem 90. let, v důsledku řady známých skutečností je odkládáno rodičovství mladých lidí v průměru o 10 let. Zatímco v 50. a dalších desetiletích se první dítě rodilo mezi 20. až 25. rokem věku ženy a též muž se stával v této době otcem, od počátku 90. let o prvním dítěti začínají ženy uvažovat okolo 30. roku věku. Některé z nich, a není to malý počet, odkládají porod ještě do vyššího věku. Je pochopitelné, že o osvojení dítěte cizího tyto ženy, resp. spolu se svými partnery nemají o osvojení žádný zájem. Svým způsobem takto klesá šance opuštěného dítěte být osvojeno. Na druhé straně ovšem je třeba upozornit, že těchto opuštěných, resp. nechtěných dětí, velmi ubývá. Je tomu tak proto, že k nechtěným početím dochází v menším počtu případů. Co tedy vede k tomu, že se nerodí nechtěné děti? Vede k tomu řada společenských důvodů, kterými se zabývají v současné době mnohé sociologické průzkumy a úvahy. Konkrétně ovšem partnerům, kteří spolu žijí (event. jednot-

livcům), umožňuje jejich bezdětnost vývoj antikoncepčních prostředků, zejména pak hormonální antikoncepce pro ženy, které takto samy regulují a určují svoje těhotenství. Taktéž je věnováno mnoho pozornosti různým faktorům, které zejména v Evropě, ale též ve Spojených státech vedou k tomu, že klesá obliba stabilizovat vztahy muže a ženy formou manželství. Více jak polovina dětí se rodí nesezdaným párům, které i poté, když se jejich společné dítě narodilo, setrvávají na tomto neformálním soužití. Tyto páry, i kdyby chtěly osvojit opuštěné dítě jako dítě společné, nemohou osvojení docílit, protože zákon tuto možnost neupravuje.

Konečně je třeba se zmínit v souvislosti s asistovanou reprodukcí o jednom velmi speciálním lékařském řešení, které je nazýváno náhradní mateřství. Tento lékařsky poměrně složitý postup, kterým je možno docílit, aby embryo biologických rodičů bylo implantováno cizí ženě, která je po uplynutí těhotenství porodí, vyvolává řadu závažných právních otázek i různých řešení. Jde opět o postup, který je některými ženami (i muži) velmi žádán, neboť v něm spatřují jediné řešení svého biologického rodičovství. Opět jde o instrument především medicínský, který předchází případné uspokojení touhy po dítěti osvojením cizího dítěte.

Před vydáním nového občanského zákoníku došlo ještě jednou k novelizaci ustanovení o osvojení, který novelizoval zákon o rodině. Tato novelizace uskutečnila další požadavky týkající se kvalifikace nezájmu rodičů o dítě, které by pak mohlo být osvojeno. Jde ovšem o novelizaci, která zohledňovala v této oblasti mnohem přesněji a důkladněji požadavky mezinárodních dokumentů týkajících se ochrany práv dítěte. Stejně tak z hlediska práva na spravedlivý proces byly zohledněny v návaznosti na tuto novelu i předpisy procesní. V této souvislosti je třeba zdůraznit význam incidenčního procesu, v němž se odděleně zkoumal kvalifikovaný nezájem rodičů, který pokud byl bez výhrad zjištěn, mohl umožnit další řízení o osvojení. Incidenční proces tedy ochránil nejenom práva rodičů, ale ochránil tím i práva dítěte, aby případné osvojení nemohlo být z tohoto hlediska (nedosta-

tečného zjištění kvalifikovaného nezájmu) v budoucnosti napadáno. Ani tato novela však nezavedla osvojení zletilých osob.

Jak z toho, co jsme uvedli, tak z dalšího textu, je zřejmé, že snaha o zdokonalování právního instrumentu osvojení, tj. plného zabezpečení rodinné péče nezletilému dítěti spočívá ve zdokonalování příslušných předpisů z oblasti soukromého i veřejného práva. Na druhé straně ovšem spíše klesá počet dětí jednak vhodných a jednak chtěných, které by mohly být osvojeny. Je totiž jenom na budoucích osvojitelích, jestli konkrétní dítě chtějí přijmout nebo nikoliv. Ač stále zůstává a i v budoucnosti bude zůstávat určitý počet dětí, které se do osvojení nedostanou, tj. zejména dětí staršího věku, fenomén osvojení vzhledem k nejlepšímu zájmu dítěte nemůže být realizován formou příkazu státního orgánu.

Osvojování dětí výslovně omezuje z hlediska společenského a právního zákon č. 115/2006 Sb. o registrovaném partnerství, který v § 13 odst. 2 stanoví: „Trvající partnerství brání tomu, aby se některý z partnerů stal osvojitelem dítěte.“ Tato právní úprava je stále podrobována kritice. Zejména je poukazováno na případy, kdy jeden z partnerů má své vlastní dítě a druhý partner pečující o toto dítě třeba i dlouhodobě nemůže osvojit jako společné dítě. Na kritizovanou právní úpravu je poukazováno zejména s trendem, který v evropském zákonodárství pokračuje jako např. ve Francii. Vedle známého PACS zákon novelou upravil pro homosexuály i možnost uzavřít manželství. Zdá se tedy, že liberální přístup k zákonné úpravě párového soužití homosexuálů se stále více prosazuje. Lze předpokládat, že diskuse vedoucí ke snahám o změnu zákona bude dále pokračovat.

II.

Státní orgány i nadále zastávají roli „pomocníka“ v procesu osvojení, jejichž úkolem je adopci nejen zprostředkovat, ale především poskytnout poradenskou pomoc jak zájemcům o osvojení, tak i jejich případným dalším dětem.

Přijetí cizího dítěte za vlastní může mnohdy představovat výrazný zásah do dosavadního chodu (heterosexuálního) partnerského a rodinného života osvojitelů. Devítiměsíční období těhotenství, kdy se matka i otec připravují na příchod vlastního potomka, je proto třeba nahradit pečlivou přípravou všech zúčastněných stran, která jim umožní „utvořit si konkrétní představu o budoucím fungování rodiny v souvislosti s příchodem nevlastního dítěte“¹.

V procesu zprostředkování osvojení tak hrají vedle soudů svou neodmyslitelnou roli také orgány sociálně – právní ochrany dětí, zejména obecní úřady obcí s rozšířenou působností a krajské úřady. Ve vztahu k osvojení z České republiky do ciziny a naopak je tímto orgánem Úřad pro mezinárodněprávní ochranu dětí.

Vedle orgánů sociálně – právní ochrany dětí zákon č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí, ve znění pozdějších předpisů svěřuje dílčí pravomoci také dalším právnickým a fyzickým osobám, jsou-li výkonem sociálně – právní ochrany pověřeny krajským úřadem, tzv. pověřeným osobám. V rámci osvojení je v jejich kompetenci zajišťování přípravy fyzických osob vhodných stát se osvojiteli k přijetí dítěte do rodiny nebo vyhledávání fyzických osob vhodných stát se osvojiteli a poskytovat jim poradenskou pomoc, a konečně vyhledávání dětí vhodných k osvojení.

Samotné zprostředkování osvojení spočívající ve výběru konkrétní fyzické osoby vhodné stát se osvojitelem a jejím osobním seznámením s konkrétním dítětem již však přísluší pouze orgánu sociálně – právní ochrany dětí, tzn. krajskému úřadu, příp. Úřadu pro mezinárodněprávní ochranu dětí. Jiné orgány, právnícké nebo fyzické osoby mají tuto činnost i nadále výslovně zakázáno v § 19a odst. 2 citovaného zákona. Tomu by mělo napříště bránit i ustanovení § 798 nového občanského zákoníku, které zakazuje z činností souvisejících se zprostředkováním osvojení získávat nepatřičný zisk. Zřejmě jde o dvě

1 K tomu blíže srov. KRAUSOVÁ, L.; NOVOTNÁ, V. Sociálně-právní ochrana dětí. 1. vyd. Praha: ASPI, 2006, s. 72.

ustanovení vzájemně se doplňující. Na první pohled ale vyvolává toto ustanovení otázku, zda by bylo možno uvažovat o nějakém „zisku patřičném“?

Poradenská pomoc obecních úřadů obcí s rozšířenou působností, kterou poskytují mimo jiné osobám vhodným stát se osvojiteli, spočívá zejména v otázkách výchovy dítěte.

Tuto pomoc poskytují i krajské úřady, které dále zajišťují přípravu fyzických osob vhodných stát se osvojiteli k přijetí dítěte do rodiny, a přípravu dětí těchto osob, pokud samozřejmě nějaké mají, a to v nezbytné míře a způsobem přiměřeným jejich věku a rozumové vyspělosti. Jak ukázal i zajímavý výzkum Lenky Průšové,² příchod nového dítěte do rodiny je ve velké míře případů náročný. A význam přípravy rodiny budoucích osvojitelů by neměl být v žádném případě podceňován. Díkce zákona tady nepochybně naplňuje důležitou zásadu sociálně – právní ochrany dětí, a to zásadu prevence, tedy snahu předcházet negativním následkům neuvážených a neodborných kroků.

Zprostředkování osvojení orgány sociálně – právní ochrany dětí logicky nepřichází do úvahy v případech, kdy se osvojitelé osobně znají s rodiči dítěte nebo, kdy jde o osvojení dítěte jednoho z manželů druhým manželem nebo podal – li návrh na osvojení příbuzný dítěte. V takové situaci není ingerence orgánů sociálně – právní ochrany dětí nutná a tyto plní svoji úlohu pouze co do přípravy zúčastněných osob k osvojení nebo poskytování poradenství v souvislosti s osvojením.

Avšak nejen poradenská činnost osvojitelům a jejich péče o dítě před osvojením po zákonem kvalifikovanou dobu (předadopční péče) dokáže předejít skutečnosti, že přijetí cizího dítěte nenaplní jejich očekávání, a vzájemné soužití se ukáže být náročnější, než adoptivní rodiče předpokládali a vůbec si dokázali představit. Vždyť se jedná o případ navázání rodinného pouta umělým způsobem, o kterém

2 PRŮŠOVÁ, L. Sociální a psychologická rizika spojená s náhradní rodičovskou péčí, doktorská práce. Bratislava: Vysoká škola zdravotníctva a sociálnej práce sv. Alžbety v Bratislavě, 2013.

nelze předem říci, že bude úspěšné. Ukazuje se tak, že soudním rozhodnutím o osvojení celý proces nekončí a z uvedených důvodů ani skončit nemůže.

Nový občanský zákoník proto reagoval na tyto poznatky praxe a nově umožňuje soudům uložit orgánům sociálně – právní ochrany dětí dohled nad úspěšností osvojení. Tímto orgánem jsou obecní úřady obcí s rozšířenou působností, které soudu i bez jeho výslovné žádosti podávají o průběhu dohledu zprávy. Jde o fakultativní rozhodnutí soudu, které bude vycházet z jeho vlastních zkušeností o tom, zda se jeví nezbytným takový dohled nařídit. Jeho trvání ovšem není neomezené a úmyslem zákonodárce nebylo nad míru nezbytně nutnou zasahovat do soukromoprávních vztahů nově vzniklé rodiny. Opět je nutné zdůraznit pomocnou úlohu takového dohledu, jehož záměrem jistě není neodůvodněná ingerence státu do rodinně – právních vztahů, což vyplývá i z důsledného oddělení práva soukromého od práva veřejného novou právní úpravou. Ostatně v rámci mezinárodních osvojení je dohled již zavedenou praxí.

Nový občanský zákoník v oblasti rodinného práva zároveň reflektuje požadavky a doporučení mezinárodních dokumentů. K těm nejvýznamnějším mezinárodním úmluvám dotýkajícím se osvojení patří vedle *Úmluvy o právech dítěte* z roku 1950, *Úmluva o osvojení dětí* z roku 1967, *Úmluva o ochraně dětí a spolupráci při mezinárodním osvojení* z roku 1993, *Úmluva o pravomoci orgánů, použitelném právu, uznávání, výkonu a spolupráci ve věcech rodičovské zodpovědnosti a opatření k ochraně dětí* z roku 1996 a *Evropská úmluva o osvojení*.

Již od přijetí *Úmluvy o právech dítěte* Česká republika uplatňovala až do přijetí nového občanského zákoníku výhradu k čl. 7 této úmluvy týkající se práva dítěte znát svůj původ. V praxi to znamenalo, že osvojitelé měli naprostou volnost v tom, zda a kdy osvojenci sdělí, že byl osvojen. Nový občanský zákoník v § 836 osvojitelům nově ukládá o skutečnosti osvojení osvojence informovat v okamžiku, kdy se to bude jevit vhodným, nejpozději však do zahájení školní docházky. Nový občanský zákoník nicméně nadále ponechává na všech zúčast-

něných stranách, ať už se jedná o biologické rodiče, osvojitele i samotného osvojence, zda navrhnuou soudu, aby rozhodl o tom, že jak skutečnost osvojení, tak jeho okolnosti mají zůstat utajeny.

Znalost původu, to odkud člověk pochází, je nedílnou součástí lidského života a schopnosti člověka si na těchto základech budovat svoji vlastní budoucnost. Bez znalosti vlastní minulosti lze jen stěží nalézt stabilitu a vlastní ukotvení v přítomnosti. Zjištění od cizí osoby, že rodina, v níž jedinec vyrůstá, a kterou považuje za svoji biologickou, neodpovídá skutečnosti, tak může představovat nenapravitelný zásah do, byť uměle, vytvořeného pouta mezi osvojencem a jeho osvojitelem. Pocit zrady ze strany rodiny původní se umocní pocitem zrady ze strany rodiny, kterou mnohdy po několik let považoval za svou vlastní. Stabilita a bezpečí, které si takto vytvořil, se najednou rozplynou a osvojené dítě doslova ztrácí „pevnou půdu pod nohama“. Zahájení povinné školní docházky proto není náhodným mezníkem pro sdělení skutečnosti osvojení ze strany osvojitelů, které má předejít situaci, kdy by se osvojené dítě o této okolnosti mohlo dozvědět necitlivým způsobem od svých vrstevníků. Na druhou stranu povinnost (seznamit dítě o okolnosti osvojení) právními prostředky vynutitelná není.

K novinkám právní úpravy patří i osvojení zletilého, které nový občanský zákoník rozděluje do dvou kategorií, osvojení zletilého, které je obdobou osvojení nezletilého, a osvojení zletilého, které není obdobou osvojení nezletilého. V obou případech lze zletilého osvojit, jen není-li to v rozporu s dobrými mravy.

První skupina byla do nového občanského zákoníku zavedena, aby reagovala na situace, které jinak než výslovnou právní úpravou řešit nelze, a zahrnuje případy, kdy je osvojován přirozený sourozenec osvojovaného týměž osvojitelem, v době podání návrhu na osvojení byl osvojovaný nezletilým, osvojitel pečoval o osvojovaného jako o vlastního již v době jeho nezletilosti a konečně se jedná o případ osvojení dítěte manželem jednoho z rodičů.

Druhá skupina osvojení zletilého u nás byla v minulosti již upravena zákonem č. 56/1928 Sb., o osvojení, který platil až do 1. 1. 1950.

Zákon o právu rodinném již neumožňoval tato osvojení, ale nezrušil osvojení, která takto dříve vznikla.

Nový občanský zákon z této úpravy vychází. Tato skupina osvojení je podmíněna tím, že osvojení nebude na újmu důležitým zájmům potomků osvojitele nebo osvojovaného a jsou zde důvody zvláštního zřetele hodné a je to přínosné pro osvojitele a osvojence navzájem. V odůvodněných případech postačí, bude-li to přínosné alespoň pro jednoho z nich.

K tomuto typu osvojení bude docházet pouze ojedinele a osvojiteli budou často osoby, které nemají vlastní děti. Nicméně je třeba upozornit, že tato skupina osvojení se liší od „běžné“ adopce tím, že má právní následky jen pro osvojence a osvojitele. Mezi osvojencem, jeho potomky a rodinou osvojitele tudíž nevzniká osvojením příbuzenský poměr a nenabývá vůči nim majetkových práv a zároveň nepozbývá svých práv ve vlastní rodině. A platí to i naopak. Ani osvojitel osvojením nenabývá majetkových práv vůči osvojenci, ani jeho potomkům.

Zatímco zákon č. 94/1963 Sb., o rodině upravoval nezrušitelnost osvojení pouze fakultativně u dítěte staršího jednoho roku, nová právní úprava je formulována tak, že po třech letech od rozhodnutí o osvojení je lze zrušit jen tehdy, je-li v rozporu se zákonem. Nakolik je takové řešení prospěšné, i s ohledem na závěry výzkumu Lenky Průšové, na nějž je odkazováno výše, ukáže teprve čas.

Zřejmě se tady ale jedná o jednu z řady změn, která odráží nový náhled na osvojení. Adopce nemá být do budoucna považována jen za formu náhradní rodinné péče, ale především má být zdůrazněna její stránka statusová. Pozorujeme tak posun, který právní úprava osvojení doznala za posledních dvě stě let od jeho pojetí jako prostředku úpravy majetkových práv, přes jeho pojetí jako náhradní rodinné péče, až po dnešní akcentování jeho stránky statusové.

Problematika osvojení dětí z ciziny a do ciziny je zatím upravena v zákoně o sociálně – právní ochraně dětí a k jednání týkajícímu se osvojení dítěte z ciziny a do ciziny je oprávněn výlučně Úřad pro mezinárodně – právní ochranu dětí. Zákonný postup předepsaný

pro vznik osvojení se řídí především právními předpisy státu, jehož příslušníkem je osvojitel. Tato „mezinárodní osvojení“ nejsou zatím v České republice jevem vykazujícím velký počet případů. Je možno říci, že stojí spíše stranou pozornosti ve veřejnosti. Do budoucnosti ovšem lze předpokládat, že v otevřeném evropském prostoru bude tato problematika nabývat většího významu zejména v souvislosti s poklesem natality evropských národů. Fenomén osvojení nebude tudíž ani v této souvislosti ztrácet na svém společenském významu.

Summary

Adoption is an institute as old as humankind itself. Nevertheless adoption legislation addresses the phenomenon at different times differently according to the needs of the society. For instance General civil code 1811 conceived adoption primarily as a regulation of property rights. Foundation of a modern conception of adoption was laid down in Czechoslovakia in 1928. However adoption became considered as a type of a foster care only later on. The new Czech civil code stresses primarily the change of status of an adoptee which is an integral part of the whole adoption process.

ZAMYSLENIE SA NAD NIEKTORÝMI ASPEKTMI VYŽIVOVACEJ POVINNOSTI RODIČOV K DEŤOM

NATÁLIA RICHTEROVÁ

Abstrakt: Príspevok poukazuje na niektoré aspekty, ktoré ovplyvňujú objektivizáciu vyživovacej povinnosti rodičov k deťom. Zaoberá sa otázkou zníženia alebo zrušenia výživného na plnoleté dieťa v dôsledku nezodpovedného prístupu k štúdiu a existenciou majetku dieťaťa a jeho možného použitia na výživné samotného dieťaťa.

Kľúčové slová: vyživovacia povinnosť rodičov k deťom, objektivizácia výživného; existencia majetku dieťaťa; aspekt neuspokojivých študijných výsledkov

Asi najfrekventovanejšími konaniami poručenskej agendy sú práve konania o výživnom, osobitne určenie vyživovacej povinnosti rodičov k deťom. Výživné v judikačnej praxi prináša veľa otázok. Riešenia objektivizácie rodičovského výživného hľadajú azda všetky právne úpravy štátov Európskej únie. Snahu o ich riešenie vidíme posledne v nových občianskych zákonníkoch v Českej republike i v Maďarsku. Legislatívne snahy vidieť aj v slovenskej právnej úprave, výraznejšie najmä v období posledných desiatich rokov. K zlepšeniu rozhodovania súdov došlo aj špecializáciou sudcov vybavujúcich poručenskú agendu na prvostupňových súdoch i na odvolacích senátoch krajských súdov (napr. Krajský súd Košice, Krajský súd Bratislava). Výhodou rodinnoprávnych senátov je špecializácia sudcov vybavujúcich túto agendu, ktorá dáva dostatočný priestor sudcom intenzívne sa zaoberať danou problematikou a vybavovať svoju agendu rýchlo a fundovane.

Napriek tomu sa i naďalej pri objektivizácii výživného ukazuje odlišné rozhodovanie a posúdenie kritérií vari v každom kraji.

Keďže vo veciach upravených zákonom o rodine sú mimoriadne opravné prostriedky voči takýmto rozhodnutiam od roku 1994 prí-

pustné len v minimálnej miere a vo veciach výživného vôbec, Najvyšší súd Slovenskej republiky, ktorý má právomoc podávať zjednocujúce stanoviská sa k týmto rozhodnutiam nedostane (§ 238 ods. 4 Občianskeho súdneho poriadku). Pre judikačnú prax tak v rozhodovaní o výživnom absentuje zjednocujúci výklad. Rozhodnutia krajských súdov, ako súdov odvolacích, nie je možné jednoznačne považovať za smerodajné preto, že ide o rozhodnutie jedného senátu, s ktorým v totožnej veci často nekorešponduje rozhodnutie alebo právny názor iného senátu, nehovoriac už o rozhodnutí senátu iného krajského súdu. Na úrovni krajských súdov nie je zákonný rámec na zjednocovanie stanovísk. Je len pochopiteľné, že pre ekonomické a sociálne rozdiely v jednotlivých regiónoch Slovenska súdy nemôžu určovať jednotný rozsah výživného, najmä vyživovacej povinnosti rodičov k deťom, ale istá prípustnosť Najvyššieho súdu a jeho právne vety by mohli podporiť postup zhodnocovania dôkazov ako u povinného rodiča, tak aj u oprávneného dieťaťa. Prínosom objektivizácie vyživovacej povinnosti rodičov k deťom sú aj pravidelné semináre a pracovné stretnutia sudcov vybavujúcich agendu P z celého Slovenska, čím je daná možnosť konfrontácie prístupu a posudzovania kritérií pre čo najspravodlivejšie rozhodovanie o rozsahu rodičovského výživného. Myslíme si, že vytvorenie tabuliek či percentuálny výpočet pre rodičovské výživné nemá na Slovensku opodstatnenie. Silné regionálne sociálne rozdiely zárobkových možností nemôžu plne obsiahnuť základné kritérium pre povinného rodiča, ktorými sú jeho zárobkové možnosti a majetkové pomery.

Napriek horeuvedenému konštatovaniu sa vynárajú v judikačnej praxi otázky, ktoré vnímame ako nové aspekty, ktoré ovplyvňujú objektivizáciu vyživovacej povinnosti rodičov k deťom. Vzhľadom na narastajúci počet rozvodovosti u nás a tiež i narastajúci počet rodín, v ktorých ani nebolo manželstvo uzavreté, narastá počet konaní o rodičovskom výživnom, a teda i rozhodnutí súdov, ktoré kritériá objektivizácie výživného vnímajú rozdielne.

Kritériá na určenie výživného sú upravené v Zákone č. 36/2005 Z.

z. o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „Zákon o rodine“) v jeho tretej časti v druhej hlave ako spoločné ustanovenia.

Náš Zákon o rodine patrí do skupiny rodinnoprávnych kódexov, ktoré pri určení rozsahu výživného vychádzajú zásadne z pomerov schopností, možností a majetkových pomerov povinného a odôvodnených potrieb oprávneného (§ 75 ods.2 Zákona o rodine). Už zo samotnej skutočnosti, že pokiaľ povinný rodič svoju vyživovaciu povinnosť dobrovoľne neplní a je potrebné ju pre oprávnené dieťa súdom určiť, vyplýva, že ide o ochranu záujmu jednej osoby voči druhej, teda o stret dvoch navzájom protichodných záujmov.

Zákonodarca teda pri určení všeobecných kritérií určujúcich rozsah vyživovacej povinnosti zvolil subjektívne meradlo ako pre oprávneného, tak aj pre povinného.

Odôvodnené potreby dieťaťa na jednej strane a možností, schopností a majetkové pomery povinného na druhej strane sú kritériá, ktoré však nie je možné posudzovať samostatne, ale spoločne tak, aby pri určení rozsahu výživného súdom čo najobjektívnejšie zodpovedali kritériám stanoveným Zákomom o rodine. Hoci tieto kritériá sú vzájomne podmienené, len ťažko možno určiť, ktoré z nich uprednostníme preto, aby sme zachovali najmä princíp blaha dieťaťa. Zákonodarca, ale aj súd je povinný vychádzať z článku 27 Dohovoru o právach dieťaťa (Oznámenie č. 104/1991 Zb.), z ktorého vyplýva, že sa má uznávať právo každého dieťaťa na životnú úroveň nevyhnutnú pre jeho telesný, duševný, duchovný, mravný a sociálny rozvoj.

Kritérium odôvodnených potrieb dieťaťa musíme rozčleniť na niekoľko hľadísk. Je to hľadisko veku dieťaťa, formy jeho prípravy na budúce povolanie, stupňa vzdelania, hľadisko zdravotného stavu dieťaťa, možnosti mať svoj príjem z činnosti, ktoré necharakterizujeme ako schopnosť samostatnej výživy dieťaťa, a vplyv majetku dieťaťa na zabezpečenie vlastnej výživy. Všetky tieto hľadiská by však mali byť odrazom životnej úrovne oboch rodičov. Táto životná úroveň sa už nemôže posudzovať len so zreteľom na zamestnanie rodiča a jeho

spoločenské uplatnenie. Dôležité je zohľadniť najmä to, že rodičia, niekedy aj obaja, majú vysokú životnú úroveň, determinovanú novými podmienkami trhového hospodárstva, a naopak, životná úroveň niektorých je na hranici životného minima. Tieto spoločné kritériá pre všetky druhy vyživovacích povinností, ale najmä pre vyživovacia povinnosť rodičov k deťom upravené v § 62 až v § 65 Zákona o rodine, sú, možno konštatovať, už roky nemenné a jasné a neprinášajú vo všeobecnosti v rozhodovaní súdov problémy.

V príspevku chceme prispieť k diskusii o niektorých aspektoch vyživovacej povinnosti rodičov k deťom, ktoré sa v súčasnosti ukazujú ako výkladovo nejednotné a pri ktorých sa jednotlivé rozhodnutia súdov líšia.

Kritérium odôvodnených potrieb dieťaťa, ako sme už vyššie uviedli, rozčleňujeme na niekoľko hľadísk. V nasledujúcom sa budeme zaoberať hľadiskom formy prípravy dieťaťa na budúce povolanie, stupňa vzdelania a vplyvu majetku dieťaťa na zabezpečenie vlastnej výživy. Obidve tieto hľadiská by mali byť odrazom životnej úrovne oboch rodičov.

Forma prípravy na budúce povolanie sa v našej školskej sústave rozšírila o možnosti štúdia aj na súkromných školách. Súkromné školy zo zákona zabezpečujú vzdelanie na základnom, strednom i vysokoškolskom stupni štúdia. Všetky možnosti štúdia, ktoré sú spojené so zvýšenými potrebami dieťaťa, musí súd zvážiť s ohľadom na kritériá schopnosti, možnosti a majetkových pomerov povinného rodiča. Súd musí tiež vyriešiť otázku, či s voľbou typu súkromnej školy má vopred súhlasiť aj povinný rodič.

Domnievam sa, že primárne pre rozhodovanie súdu musí byť zistenie, do akej miery pôjde o ochranu záujmu maloletého dieťaťa na dosiahnutie kvalitného vzdelania. Napokon to nič nemení na tom, či je povinný rodič schopný poskytovať výživné v rozsahu postačujúcom na štúdium na súkromnej škole.

Podľa § 62 ods.1 Zákona o rodine vyživovacia povinnosť rodičov k deťom trvá do času, kým deti nie sú schopné samy sa živiť. Hranica

schopnosti samostatnej výživy je daná dosiahnutím tej úrovne vzdelania, ktorú si dieťa na svoje budúce povolanie zvolilo a tiež z hľadiska jeho zdravotného stavu. Je však otázkou, či dosiahnutím istého stupňa vzdelania dieťa nadobúda úplnú schopnosť samostatnej výživy.

Za prípravu na ďalšie povolanie, a teda získanie schopnosti dieťaťa samostatne sa živiť, považujeme aj jeho prípravu formou rekvalifikačných kurzov. Pokiaľ dieťa navštevuje rekvalifikačný kurz ako ďalšiu z foriem zvyšovania si vzdelávania (počítačový kurz, jazykový kurz, kurz účtovníctva), je potrebné vychádzať z toho, že dieťa ešte nenadobudlo schopnosť samostatnej výživy. Vyživovacia povinnosť rodičov k takému dieťaťu tak ešte trvá. Vyživovacia povinnosť rodičov k nemu by zanikla v prípade, že navštevuje rekvalifikačný kurz, a je zaradený do evidencie uchádzačov o zamestnanie v súlade so zákonom o zamestnanosti a spĺňa podmienky ustanovení zákona o sociálnom zabezpečení¹.

Zákon č. 131/2002 Z. z. o vysokých školách a o zmene a doplnení niektorých zákonov vysoké školy definuje ako vrcholové vzdelávacie, vedecké a umelecké ustanovizne. Upravuje verejné vysoké školy, štátne vysoké školy, súkromné vysoké školy a zahraničné vysoké školy, v stupni bakalárskeho študijného programu, magisterského študijného programu, inžinierskeho a doktorskeho študijného programu. Študijný program sa môže uskutočňovať v dennej alebo externej forme štúdia. (§ 60 zákona o vysokých školách). Dennú formu štúdia charakterizuje tento zákon ako dennú účasť študenta na vzdelávacích činnostiach a externú formu štúdia ako prevažne samostatné štúdium a konzultácie. Obe formy štúdia sú si rovné a končia absolvovaním štúdia podľa príslušného študijného programu. Dňom ukončenia štúdia je deň, keď je splnená posledná z podmienok predpísaných na riadne ukončenie štúdia daného študijného programu. Vysokoškolský zákon teda neurčuje žiadne zvláštne podmienky pre dennú a externú

1 Richterová, N. : Oprávnené potreby dieťaťa – kritérium vyživovacej povinnosti rodičov voči deťom. Bulletin slovenskej advokácie č.3/1996, s. 20.

formu štúdia. Aj externú formu štúdia by sme mohli charakterizovať ako prípravu na budúce povolanie, a teda ako neschopnosť dieťaťa samostatnej výživy.

Analogicky by mal súd posudzovať trvanie vyživovacej povinnosti rodiča k dieťaťu – študentovi externej formy vysokoškolského štúdia, s prípravou rekvalifikačného kurzu, ak je dieťa zaradené už do evidencie uchádzačov o zamestnanie.

Názor, ktorý sme prezentovali v predchádzajúcich rokoch s tým, že v skutočnosti je na mieste uznať i ďalšie vzdelávanie dieťaťa po tom, čo ukončí jednu prípravu na budúce povolanie, môžeme dnes korigovať. Judikačná prax sa už ujednotila na názore, že s prihliadnutím na nedostatok vhodných pracovných príležitostí, respektíve získaním lepšej kvalifikácie pre absolventov škôl je možno považovať aj dvojročné pomaturitné štúdium, ktorého ukončenie umožní absolventovi nájsť si zamestnanie v inom odbore, než na ktorý bola príprava dieťaťa doteraz zameraná (R 11/1993).

Jedným z aspektov, ktoré sú témou k diskusii, je aspekt neuspokojivých študijných výsledkov, ktoré môžu byť dôvodom na zníženie alebo i zrušenie výživného na plnoleté dieťa vnímané ako rozpor s dobrými mravmi. Otázkou plnoletých detí, ktoré zneužívajú školský systém a opakovane neúspešne študujú jeden ročník i viackrát, menia jednu školu za druhú a stále ostávajú len v jej prvom ročníku, súdy neriešia jednotne. Možno teda nezodpovedný prístup plnoletého dieťaťa k štúdiu tým, že dosahuje opakovane a dlhodobo neuspokojivé výsledky, má veľký počet neospravedlnených hodín, čím zneužíva podstatu rodičovskej vyživovacej povinnosti, považovať za rozpor s dobrými mravmi? Môžu súdy takýto prístup dieťaťa k štúdiu brať na zreteľ a výživné znížiť alebo zrušiť?

Zneužívanie študijných povinností u plnoletých detí je však častý aspekt. Je len samozrejmé, že ak súd dospeje k záveru, že predlžovanie štúdia oprávneného plnoletého dieťaťa je účelné a zdôvodnené, nie je na mieste takúto prípravu na budúce povolanie spochybňovať a výživné na dieťa určiť v potrebnom rozsahu. Opačne, ak je predlžovanie

štúdia plnoletým dieťaťom účelové a bezdôvodné, je potrebné sa tým v konaní zaoberať a rozhodnúť aj v neprospech dieťaťa. Súdny zrejme budú každý takýto prístup dieťaťa k štúdiu posudzovať individuálne a objektívne so zreteľom na okolnosti jednotlivého prípadu aj vzhľadom na dobré mravy chápané spoločnosťou v danom čase.

Zastávame názor, že ku skutočnosti, keď dlhodobým dosahovaním neuspokojivých výsledkov v štúdiu, ktorým si oprávnené plnoleté dieťa robí prípravu na budúce povolanie, je nutné pristupovať v konaní o určenie výživného rigoróznejšie s možnosťou výživné znížiť alebo i zrušiť. Je tiež otázkou, či nebude vhodné zánik vyživovacej povinnosti rodičov k deťom legislatívne viazať na určitú vekovú hranicu (napríklad Maďarsko má v novom Občianskom zákonníku z roku 2013 v knihe V. v § 4: 220 ods. 5 upravený zánik výživného k plnoletému dieťaťu dosiahnutím veku 25 rokov a túto hranicu možno predĺžiť len z výnimočných dôvodov).

Kritériá, ktoré určuje Zákon o rodine v § 75, ktorými sú oprávnené potreby dieťaťa a schopnosti, možnosti a majetkové pomery povinného rodiča posudzujeme v zmysle § 62 ods. 2 Zákona o rodine vo vzájomnej jednote. To je východisko na objektívne určenie rozsahu rodičovského výživného, na ktoré sa zväčša zabúda. Prax sa niekedy prikláňa k nadmernému zvýrazneniu jedného alebo druhého, čo prináša skreslené skutkové závery pri rozhodovaní o rozsahu vyživovacej povinnosti.

Ďalším aspektom, ktorým sa súdy pri určovaní rodičovského výživného podrobnejšie nezaobierajú je existencia majetku dieťaťa. Aspekt existencie majetku dieťaťa vo väčšine prípadov súdy neskúmajú. Časté diskusie okolo otázky, či priznávať rodičovské výživné vtedy, ak má dieťa samostatný majetok, alebo ho treba pri súdnom rozhodnutí aspoň vziať do úvahy, len zdôrazňuje potrebu ujednotiť si názory. Už v úvode sme konštatovali značnú rozdielnosť v rozhodovaní súdov pri určovaní výživného. To sa bezprostredne týka i tejto skutočnosti. Podľa § 62 ods. 2 Zákona o rodine viaže povinnosť na plnenie výživného svojich detí oboch rodičov. Majetok dieťaťa sa chápe ako

existenčný kapitál, ktorý má dieťa na uspokojovanie svojich potrieb, keď už nebude mať nárok na výživné od rodičov.² Pri určení rozsahu výživného sa však môžu započítať príjmy, respektíve prírastky a úžitky, ktoré dieťa môže získať zo svojho majetku, taktiež úroky z vkladu, dividendy i nájomné z prenájmu. Týka sa to len prípadov, ak by životná úroveň dieťaťa v dôsledkov takýchto príjmov bola výrazne vyššia ako životná úroveň povinného rodiča. Existencia podstaty majetku dieťaťa však nemôže mať vplyv na zrušenie vyživovacej povinnosti k deťom. Keďže v súčasnosti nie je nič neobvyklé, ak maloleté dieťa vlastní majetok väčšieho rozsahu v nehnuteľnostiach, v hnutelných veciach, na bankových účtoch, vynára sa ďalšia otázka do diskusie, či môžu rodičia výnosy, úžitky alebo i samotnú podstatu majetku spotrebovať na výživu dieťaťa. Takýto majetok však nemusí mať hneď taký finančný efekt, aby si z neho dieťa mohlo samo zabezpečovať potreby na výživné. Zákon o rodine v § 32 ods. 3 však pripúšťa, ak vznikol bez zavinenia osôb, ktoré sú povinné maloletému dieťaťu poskytovať výživu, hrubý nepomer medzi ich majetkovými pomermi a pomermi maloletého dieťaťa, že možno na taký účel použiť aj majetok maloletého dieťaťa.

Myslíme si, že ak by povinný rodič v konaní o určenie výživného k dieťaťu poukazoval na skutočnosť, že sa bez jeho zavinenia dostal do stavu insolventnosti a nemôže plniť výživné v rozsahu jemu určenom, aby súd vzal do úvahy možnosť pokryť z výnosov majetku dieťaťa aj výživné dieťaťa. Takúto skutočnosť je potrebné posúdiť individuálne. Vyživovaciú povinnosť majú obaja rodičia. Preto otázka použitia výnosov z majetku dieťaťa, resp. i z podstaty majetku dieťaťa, asi nebude namieste, ak samotné výživné dieťaťa bude vzhľadom na jeho oprávnené potreby možné zabezpečiť druhým rodičom. Bude vždy na posúdení súdu, aby miera životnej úrovne dieťaťa a životnej úrovni rodičov bola v zmysle § 62 ods. 2 Zákona o rodine rovnaká. V konečnom

2 Lazar, J. a kol. Občianske právo hmotné. Bratislava: IURIS LIBRI, 2014, s. 372. ISBN 978-80-89635-08-5

dôsledku dieťa by vo svojej životnej úrovni nemalo byť zvýhodnené na úkor svojich rodičov, najmä ak by boli trvale nie vlastným zavinením neschopné zabezpečenia svojej výživy.

Na záver možno poznamenať, že niektoré otázky týkajúce sa výživného sú predmetom pripravovaných zmien rekodifikácie súkromného práva. Z legislatívneho zámeru vyplýva, že do predmetu úpravy Občianskeho zákonníka patrí aj rodinné právo. Rodinné právo sa systematicky zaradilo do jeho druhej časti, a celá koncepcia súkromného práva už bola publikovaná ako návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva vypracovaného vtedajším predsedom komisie, pánom profesorom Lazarom.³

Summary

Consideration of several aspects about alimentary responsibilities to children.

Author is in her contribution considering important questions according to detachment of courts final decisions about alimentary responsibilities of children. She is pointing out two main things. Firstly, it is aspect of unsatisfactory educational results, which may be a reason of lowering or even full stopping of subsistence from parents to children. Second aspect is an existence of child's possession, which in extraordinary situations may be used as a purpose of fulfilment for subsistence on a child.

3 Lazar, J. : Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva, Materiály z odbornej konferencie. Ministerstvo spravodlivosti SR, Bratislava 2008, Poradca podnikateľa. ISBN 978-80-89363-14-8

THE EUROPEAN MARKET FOR MERGER & ACQUISITION AND ITS FOUR CORNERSTONES

MARTIN SCHAUER

Abstract: Merger and acquisition is a global business. It is based on four cornerstones: the free movement of capital, the takeover law, the competition law and cross border mergers. The European M&A market is a free market which guarantees the parties private autonomy. Nevertheless there are some restrictions which may be imposed by member states to protect legitimate interests of third parties. This article tries to outline these restrictions and the current European M&A law.

Key words: M&A; merger; acquisition; takeover; competition; free movement of capital; Art 63 TFEU; cross border merger; golden share; freedom of establishment

I. Introduction

In a globalized world, merger and acquisition of businesses is a global business. By the acquisition of a competitor in the domestic market, a company may strive for synergies and, at the same time, reduce competition. By the acquisition of a foreign enterprise, which is active in the same field of business, a company may seek to extend its own activities into new markets. Furthermore, the acquisition of company will blow up the size of the buying company, thus protecting itself from being taken over by a third party. This shows that there may be different reasons for being active in the M&A market.

In a market economy, it is not the task of legislation to create general obstacles for mergers and acquisitions. Quite the contrary is true: The merger or the acquisition of another company may create syn-

ergies and will strengthen the position of the acquiring company in the market. It may reduce costs and will therefore lead to lower prices and/or higher profits. Since mergers and acquisitions may enhance the optimal allocation of resources they have positive effects on public welfare. And many M&A cases have turned out to be success stories. This is, of course, only part of the truth. We all know that ambitious plans and business strategies, which should be realized by a merger or an acquisition, in many cases failed. The car industry is full of such examples. The car producer BMW fell into a crisis after the acquisition of Rover which almost put its existence as an independent producer at risk. Daimler contracted a merger with the American producer Chrysler and had to get rid of it again after some years and after the loss of billions of Euros. And the case of Volkswagen and Porsche shows that, at the end of day, the failed acquirer might be the one which is acquired by its target.

But the possibility of a failure is, by no means, a reason for an intervention by legislation. Success and failure, both are possible outcomes of business activities in a market economy. In general, it has positive effects on public welfare if there is a market for mergers and acquisitions, and it has positive effects on public welfare if there is competition on that market. We should remember the idea of the Austrian economist and philosopher *Friedrich v. Hayek* who described competition as an “Entdeckungsverfahren” (process of discovery).¹ V. Hayek held that competition, despite of being based on the principle of trial and error, will produce new information which has been hidden to market participants before. This is why a market system cannot be described by a model based on a static equilibrium but as an evolutionary model that will create progress at least in the long run. V. Hayek’s theory is not restricted to certain areas of business; it may be applied to market of mergers and acquisitions as well.

1 V. Hayek, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren in Freiburger Studien* (1969) 249 (249 f).

Generally, the effectiveness of a market economy depends on the size of the market. The concept of a common market or an internal market within the European Union is based on that very simple idea. There shall be no restriction of trade between market of the 28 member states of the Union; and market participants from all member states shall have access to the market of any other member state free of discrimination.

II. Free movement of capital

These principles also apply to the market of mergers and acquisitions. This market is based on four cornerstones. The first cornerstone, which might be the most important one, is the free movement of capital, as laid down in Art 63 of the treaty on the functioning of the European Union (TFEU). It is quite obvious that the free movement of capital is vital for the establishment of an internal market for mergers and acquisitions because any restriction in the transfer of money might exclude a bidder from the acquisition of a company in another member state.

The free movement of capital as an instrument to protect the internal market for mergers and acquisition and played an important role when it came to a huge wave of privatisations in the last 25 years, mainly in the field of telecommunication, public transport, supply of energy and banking. When privatising, some member states tried to combine the best of two worlds. On one hand the objective was to earn a maximum of revenues from the sale of these companies; on the other hand, since some of these enterprises were considered to be important for the state infrastructure, some possibility of state interference should be preserved. The legal instrument which should guarantee state intervention even after privatisation is the golden share. In a strict sense of the word, the golden share is a relatively small share which grants the shareholder some special rights, such as voting

rights, which exceed its portion of the capital of the company. In some cases, the right of state to interfere into the company was not based on a share, but on special legislation.²

It was the European Court of Justice which protected the free movement of capital in several decisions in the field of acquisition of a foreign company. Some important decisions should be remembered: In Portugal, a special law provided that the state should be allowed to limit the amount of shares which may be acquired by foreign entities when it comes to the reprivatisation of formerly state-owned companies. The ECJ clearly held that such a measure involves unequal treatment of foreigners and restricts the free movement of capital.³ In another provision it was laid down that the acquisition of shares granting voting rights of more than 10 % of the capital by one legal entity would require approval by the Minister of Finance. This measure, applying both to nationals and foreigners, would not have a discriminatory effect. However, the ECJ argued that even such a measure could dissuade an investor from investing capital in another Member State and therefore would be a restriction of the free movement of capital.⁴ In some cases, the Member States would rely on Art 58 of the EU treaty (Art 65 TFEU), which allows restrictions of the free movement of capital on grounds of public policy or public security. In a case concerning France, the ECJ accepted that there might be a legitimate public interest to secure supply with petroleum products;⁵ however the Court held that the requirements of public security, as a derogation from the fundamental principle of free movement of capital, must be interpreted strictly, and may rely only on a genuine and sufficiently se-

-
- 2 cf ECJ 02.06.2005, Case C-174/04 *Golden Share Italy* [2005] ECR I-4933; to the Italian law (legge) n. 301, recante „disposizioni urgenti per salvaguardare i processi di liberalizzazione e privatizzazione di specifici settori dei servizi pubblici” of 20 July 2001.
 - 3 ECJ 04.06.2002, Case C-367/98 *Golden Share Portugal* [2002] ECR I-4731.
 - 4 ECJ 08.07.2010, Case C-171/08 *Golden Share Portugal II* [2010] ECR I-06817.
 - 5 ECJ 04.06.2002, Case C-483/99 *Golden Share France* [2002] ECR I-4781.

rious threat to a fundamental interest of society. Therefore, a requirement of government approval of an acquisition which exceeds certain limits, and the exercise of this right not being qualified by any condition, is not compatible with the free movement of capital. Similar reasonings can be found in a case concerning Spain.⁶

In a case concerning the British Airport Authority, a golden share, the owner of which was the Secretary of State for Transport, granted the right to prevent any other person to acquire more than 15 % of the voting power. This special right was not granted by legislation but by the statutes of the company. The ECJ nonetheless held that the UK has failed to fulfil its obligations under Article 56 EC treaty because the statutes of the company from which the special rights of the golden share were derived had been subject to approval by the Secretary of State.⁷

The German car producer Volkswagen was subject of one the most recent cases. Both the Federal Republic of Germany and the State of Lower Saxony held shares of 20 % of the capital of Volkswagen. In a special law⁸ it was laid down that no other shareholder's voting rights may exceed 20 %. Furthermore, any change of the statutes of the company would require a majority of more than 80 % which is more than the three quarter majority which generally applies to joint stock companies. It did not come as a surprise that this legal framework was found not to be in compliance with the free movement of capital. Finally, in the Volkswagen case⁹ and in two other recent cases concern-

6 ECJ 13.05.2003, Case C-463/00 *Golden Shares Spain* [2003] ECR I-4581.

7 ECJ 13.05.2003, Case C-98/01 *Golden Shares UK* [2003] ECR I-4641, recital 48.

8 „VW-Act“ Act on the Privatization of Shares of Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung of 21 July 1960 („VW-Gesetz“: Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand (VWgmbHÜG) vom 21. Juli 1960 BGBl I S. 585 idF BGBl I S. 2479, 2493).

9 ECJ 23.10.2007, Case C-112/05 *Volkswagen-Gesetz* [2007] ECR I-8995. In the most recent decision dealing with Volkswagen, the ECJ held that the provision

ing Italy¹⁰ and Portugal¹¹ special rights in favour public institutions to nominate representatives into the board of the company were found to be not in line with Art 56 of the EC treaty.

Coming to a conclusion, we can see that the free movement of capital is an important cornerstone of a European market for mergers and acquisitions. But it was the ECJ which completed major parts of the building.

III. Takeover law

The second cornerstone of the M&A market is takeover law. It is based on two simple ideas. The first idea is equal treatment of the shareholders of a target company if a bidder makes a public offer to acquire all or some of the shares. The second idea is the obligation of a person, who has acquired the control of the company, to make a mandatory bid to the other shareholders thus giving them the chance to sell their shares. Quite obviously, takeover law is an instrument protecting minority shareholders. But this is only part of the story. The other part becomes clear when we take a look at the scope of application of takeover laws. Generally, they apply to listed companies only. This is why the objective of takeover law also is the protection of the capital market as an institution. One can say that the investment climate will improve if the investor knows that his or her legitimate interest is protected in case of a public offer or in case of a change of control.

From the historic perspective, takeover law is a product of the Anglo-American law. As it was just mentioned, the idea behind the man-

in the law on Volkswagen reducing the blocking minority from 25% to 20 % of the capital represented at the shareholders' assembly does not stand in contradiction to Art 63 TFEU (ECJ 22.10.2013, C-95/12).

10 ECJ 03.12.2007, Case C-463/04 *Federconsumator* [2007] ECR I-10419.

11 ECJ 10.11.2001, Case C-212/09 *GALP* [2011] ECR I-10889.

datory bid is that minority shareholders shall have the chance to exit from the company when it comes to a change of control. The reason is that the shareholder which just has acquired control of the company may follow another business strategy, which seems less profitable, or may just be less trustworthy than the person who had been in control of the company before. So the change of control is the moment when minority shareholders have to decide whether they prefer to stay in the company or to leave.

German law, for instance, was based on a different tradition. It did not provide protection to minority shareholders in the situation when it comes to a change of control but only after the change of control has taken place. The German law on joint stock companies from 1965 provides, for instance, that a subsidiary company which is part of a group of companies may claim compensation of damages which are caused by the influence of dominant company. Based on the ideas of German law, a proposal for a directive on the groups of companies had been prepared on the European level.¹² Because of some resistance from other Member States this directive had never been realized.

But on the other hand, efforts to harmonize takeover law on the European level have been successful in 2004 after years of discussions. The directive on takeover bids was considered as a key element of an integrated capital market.¹³ Its main focus was the creation of a so called “level playing field” which would provide the same expectation of success to bidders in different Member States and offer the same opportunities to shareholders to tender their shares¹⁴. But the directive on takeover bids is full of political compromise as a consequence of which the objective of a level playing field has not been realized in a satisfactory way. Let me just give two examples.

12 Proposal for a ninth Council Directive on adjusting corporate law, DOK XI/328/74, DOK XI/593/75.

13 Directive 2004/25/EC of 21 April 2004 on takeover bids.

14 High-level Expert Group 18.

The first example is the definition of the change of control. The directive on takeover bids does not provide a definition but leaves it to the Member states to determine the percentage of voting rights which confers the control of company and methods of its calculation. So different solutions may be found across the European Union. Furthermore, in various countries the directive was adopted in a way which may be detrimental to the legitimate interests of minority shareholders. In Germany and Austria, for example, the change of control by definition never takes place below a percentage of 30 % of the shares. But in a company with only one major shareholder a percentage of 25 % of the votes or perhaps even less may be sufficient to control company because of the low attendance of the shareholders' assembly. So chances are that the objective of the directive to protect the other shareholders when a person acquires the control of a company will not be fully realized.

The second example is the defensive instruments of a target company against a hostile takeover. Board neutrality is one of the fundamental elements of the directive. But, of course, no one may complain if the management board takes defensive action against a hostile takeover bid with the shareholders' consent. This is why Art 9 of the takeover directive provides that the board of the target company may take any action, other than seeking for alternative bids, which may result in the frustration of the bid only when those measures have been authorized by the general meeting of shareholders. But, on the other hand, the Member States may reserve the right not to apply the Article mentioned on the companies which are registered in their territory. So, for instance, in Austria, both the management board and the supervisory board are not allowed to take defensive action against a takeover bid except for the search for competing offers without having been authorized by the shareholders' assembly. In Germany, not only the general meeting of shareholders, but the supervisory board as well may authorize the management board to take defensive action. So chances that a takeover bid is successful are lower in Germany than they might be in Austria.

We may summarize, that the idea of a "level playing field" hat not

been completely realized, when it comes to takeover bids. But we should bear in mind that European takeover law does not only provide equal treatment and other kinds of protection to minority shareholders, but it also enhances the interests of a successful bidder, who has acquired not less than 90 % of the voting power, by granting him the right to squeeze out the remaining minority shareholders.

IV. Competition law

Let us now turn to the third cornerstone of the European M&A market which is competition law. The objective of competition law is not to facilitate mergers and acquisitions but to set up limits in order to protect competition between market participants. Competition law has no instruments against the growth of a company based on its own business activities. Even a dominant position of a company in the market has to be tolerated; only in the case of abuse of a dominant position, competition authorities may interfere. Legislation is much stricter when it comes to external growth of a company by merger or acquisition of another company. Although there is no clear legal basis in the European treaties there is a EC merger regulation¹⁵ which aims at the control of the concentration of undertakings.

For the application of the regulation it is only important whether an intended merger or acquisition poses a threat to the market. Therefore, the legal structure of the M&A process is not relevant, and so the EC merger regulation applies to all kinds of concentration of undertakings, such as mergers and the acquisition of control which may be constituted by shares, contracts and any other means that provide the possibility of exercising decisive influence on the undertaking. Of course, the regulation does not deal with small businesses. It applies to mergers and ac-

15 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation).

quisitions with a community dimension only. Community dimension generally is based on the turnover of the undertakings involved¹⁶.

Mergers and acquisitions with a community dimension as such are not prohibited. But they are subject to control by the European commission. The fundamental criteria for the decision of the Commission is the SIEC-test (significant impediment of effective competition). This means that the merger or acquisition would be rejected or it would be approved only in combination with conditions and obligation if it would significantly impede effective competition in the common market. So even the creation or the strengthening of a dominant position will not necessarily have the consequence that approval by the Commission is denied, although a dominant position of the parties involved will certainly indicate that there might be a significant impediment to effective competition. The fact, that barriers to market access for new competitors are low, might be an argument to approve a merger or an acquisition even if a dominant position of the parties involved is created or strengthened.

The substantive assessment based on the significant impediment to competition in many cases is quite complicated. Legal knowhow only will not be enough to elaborate convincing conclusions. Competition law in general and merger control as part of it is a field of a law where economic expertise is as important as legal methodology. Attorneys and economists may have to cooperate when it comes to the assessment of a possible impediment to competition as a consequence of a merger or an acquisition.

V. Cross border merger

The fourth cornerstone of the European M&A market is the cross border merger. The merger of companies is an essential element which can be found in almost any jurisdiction. The law of the merg-

¹⁶ Art. 1 par. 2 of the EC Merger Regulation.

er of companies has been harmonized at European level in an early stage of the development of European company by the third directive from 1978.¹⁷ The merger of companies is relatively easy if all companies involved are governed by the same jurisdiction. But a European M&A market would also require the possibility of the merger of companies being registered in different member states. A cross border merger is much more complicated because of different standards of protection of creditors and minority shareholders. This is why in the past many member states, such as Germany and Austria, refused to accept cross border mergers in their national laws. But in the famous *Sevic* case from 2005 the ECJ held the permissibility of cross border mergers is a requirement based on the EC treaties.¹⁸ In its ruling the court came to the conclusion that the law of a member state which in general prohibits the merger without liquidation of one company and the transfer of the whole of its assets to another company would not be in line with the freedom of establishment.

Just a few months before the *Sevic* ruling the directive on cross border mergers of limited liability companies had brought legal certainty on some procedural aspects of a cross border merger.¹⁹ But the directive is far from providing a full harmonisation of the laws of the member states. When it comes to the protection of the creditors, the directives stipulates only the application of the provision which can be found in the law of the member states for domestic mergers. Furthermore, a member state may provide for special protection of the opposing minority shareholders; but there is no obligation of a member state to do so. Since the directive does not provide for a substantive harmonisation of the law, it works more like a passageway between the carriages of two

17 Third Council Directive 78/855/EWG of 9 October 1978 in accordance to Art 54 Sec 3 Lit g of the Treaty on mergers of public limited companies.

18 ECJ 13.12.2005, Case C-411/03 [2005] ECR I-10805.

19 Directive 2005/56/EC of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies.

different railroad companies coupled together in a train, allowing the passenger to move from one carriage to the other one.

VI. Conclusion

Let us turn to the conclusion. We could see that there is a European market for mergers and acquisitions. From the legal point of view, it based on four cornerstones: the free movement of capital which turn out to be highly effective with regard to the Golden Shares ruling of the ECJ; secondly takeover law, thirdly competition law and fourthly cross border mergers. The European M&A market is a free market. Private autonomy of the parties involved is guaranteed. But there some restrictions which may be imposed by member state to protect legitimate interests of third parties. The freedom of capital may be restricted on grounds of public policy or public security. The market as an institution is protected by the EC merger regulation. The interests of minority shareholders are protected by the mandatory bid as provided by takeover law and by the directive on cross border merger which also provides some protection to creditors.

The idea of a level playing field has not been realized completely. Some parts of the playing field, such as takeover law and cross border merger, seem kind of bumpy. This is the consequence of political compromise when more than two dozen member states are involved. So the legal framework is far from being perfect. But on the other hands, it seems that companies and attorney can live with it. For the time being, there are no urgent tasks which have to be completed. And this may be called good news.

Summary

In a globalized world, merger and acquisition is a global business. There are different reasons for being active on the M&A market such as striving for synergies or reducing competition.

In a market economy, it is not the task of legislation to create general obstacles for mergers and acquisitions. Even if M&A transactions are failing, there is no reason for an intervention by legislation. In fact, success and failure are both possible outcomes of business activities in a market economy.

It has positive effects on public welfare if there is a market for mergers and acquisitions, and it has positive effects on public welfare if there is competition on that market. Therefore the European Union pursues the concept of a common market with no restriction of trade between the markets of the 27 member states of the Union; market participants from all member states shall have access to the market of any other member state free of discrimination.

These principles also apply to the market of mergers and acquisitions. The M&A market is based on four cornerstones.

The first cornerstone is the free movement of capital. In the last two decades, when it came to a huge wave of privatisations in Europe, some member states tried to preserve some possibility of state interference in important state infrastructure companies by using golden shares in particular.

It was the European Court of Justice which protected the free movement of capital in several decisions in the field of acquisition of a foreign company. For example, the EJC clearly held that a measure, where one state (in this case Portugal) enact a law that allows state to limit the amount of shares which may be acquired by foreign entities when it comes to the reprivatization of formerly state-owned companies, involves unequal treatment of foreigners and restricts the free movement of capital. Much more examples could be given which show that the free movement of capital is an important cornerstone of a European market for mergers and acquisitions.

The second cornerstone of the M&A market is takeover law which on the one hand based on the idea of equal treatment of shareholders of a target company if a bidder makes a public offer to acquire all or some of the shares. On the other hand it is based on the idea that

a person, who has acquired the control of the company, is obliged to make a mandatory bid to the other shareholders thus giving them the chance to sell their shares. The goal is to protect minority shareholders and as well as to improve the investment climate for potential investors. To reach these goals the EC issued the directive on takeover bids in 2004. Its main focus was the creation of a so called “level playing field” which would provide the same expectation of success to bidders in different member states and offer the same opportunities to shareholders to tender their shares. But the directive is full of political compromise as a consequence of which the objective of a level playing field has not been realized in a satisfactory way.

The third cornerstone of the European M&A market is competition law which is not to facilitate mergers and acquisitions but to set up limits in order to protect competition between market participants. On the base of the EC merger regulation, the competition authorities do not interfere with the internal growth of a company based on its own business activities but they may interfere in the case of abuse of a dominant position. For the application of the regulation it is furthermore important if an intended merger or acquisition poses a threat to the market.

Finally the fourth cornerstone of the European M&A market is the cross border merger. The merger of companies is relatively easy if all companies involved are governed by the same jurisdiction. A cross border merger on the other hand is much more complicated because of different standards of protection of creditors and minority shareholders. Since the famous *Sevic* case from 2005, where ECJ held that the permissibility of cross border mergers is a requirement based on the EC treaties, member states have to admit cross border mergers in their national laws. Furthermore the directive on cross border mergers of limited liability companies had brought legal certainty on some procedural aspects of a cross border merger even if the directive is far from providing a full harmonisation of the laws of the member states.

**LEGISLATIVE NEUERUNGEN
BEI DER VOLLSTRECKUNG VON PFANDRECHTEN
UND DAMIT ZUSAMMENHÄNGENDE
ANWENDUNGSPROBLEME IN DER PRAXIS**

JUDR. DR. MICHAELA STESSL¹

**I. Aktuelle Probleme bei der Verwertung des Pfandrechts
an einem Geschäftsanteil**

1. Neue Rechtslage ab 1. Oktober 2012

Mit Wirkung zum 1. Oktober 2012 wurde durch die Novelle Nr. 246/2012 Slg. (in der Folge kurz „Novelle“ genannt) das Gesetz Nr. 513/1991 Slg. Handelsgesetzbuch (in der Folge kurz „HGB“ genannt) wesentlich geändert und neue Bestimmungen hinsichtlich der Geschäftsanteilsübertragung bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung (in der Folge kurz die „GmbH“ genannt) eingeführt.² Konkret handelt es sich um die Bestimmungen §§ 115 Abs. 5 bis 10 HGB. Wie die bisherige Anwendungspraxis jedoch bereits gezeigt hat, ha-

1 Die Autorin dankt Frau RA JUDr. Eva Skottke für die wertvollen Anmerkungen und Diskussionen.

2 Das Gesetz Nr. 246/2012 Slg, mit dem das Gesetz Nr. 222/2004 Slg. über die Mehrwertsteuer in der geltenden Fassung und das HGB geändert und ergänzt wurde, hat in § 115 HGB die Pflicht zur Vorlage der Bestätigung des Steuerwalters bzw. die Vorlage einer Ehrenerklärung bei ausländischen Personen verankert. Die genannten Gesetzesänderungen reagieren insbesondere auf wiederholte Verletzungen des Steuerrechts und haben die Beseitigung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehungen zum Ziel. Erklärtes Ziel des slowakischen Gesetzgebers ist es, die Zahlungs- bzw. Steuendisziplin in der Slowakei zu verbessern.

ben die durch die Novelle eingeführten Änderungen auf den reibungslosen Ablauf der Vollstreckung von bestehenden Pfandrechten an Geschäftsanteilen bedeutende Auswirkungen.³

Zu beachten ist, dass die unten angeführten Änderungen ausschließlich bei der Übertragung eines Mehrheitsanteils⁴ zur Anwendung kommen, d.h. eines Geschäftsanteils mit mindestens 50 Prozent aller Stimmrechte gemessen am Verhältnis des Wertes der Einlage des Gesellschafters zum Wert des Stammkapitals der Gesellschaft oder eines Geschäftsanteils, an den der Gesellschaftsvertrag mindestens 50 Prozent aller Stimmrechte bindet.⁵

3 Das Pfandrecht ist zum 1. Januar 2013, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der umfassenden Pfandrechtsnovelle durch das Gesetz Nr. 526/2002 Slg. (in der Folge kurz die „Pfandrechtsnovelle 2003“ genannt), grundlegend in den §§ 151a bis 151md des Gesetzes Nr. 40/1964 Slg. (Zivilgesetzbuch) in der aktuellen Fassung (in der Folge kurz die „ZGB“ genannt) geregelt. Die Verpfändung des Geschäftsanteils einer GmbH ist gesondert in § 117a HGB geregelt, wobei die Bestimmungen des ZGB subsidiär zur Anwendung gelangen. Vgl. *Lazar, Reforma záložného pravá v Slovenskej Republike, Acta Universitatis Tyrnaviensis Iuridica* 2002/2003, 46.

4 § 115 Abs. 7 HGB. Vgl. zur Definition auch *Patakyová a kolektív*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, Bratislava C.H. Beck, 2013, 487. An dieser Stelle sei lediglich erwähnt, dass die reine grammatikalische Auslegung dieser Bestimmung nicht sinnvoll ist, da diese dazu führt, dass theoretisch ein Mehrheitsanteil bereits bei 50 Prozent aller Stimmen vorliegt. Bei Zugrundelegung einer teleologischen Interpretation bedarf der Mehrheitsanteil 50,1 Prozent aller Stimmen. Der slowakische Gesetzgeber sollte daher den Wortlaut dieser Bestimmung jedenfalls korrigieren.

5 Gemäß §114 Abs. 1 HGB stellt der Geschäftsanteil die Rechte und Pflichten des Gesellschafters dar und die diesen entsprechende Beteiligung an der Gesellschaft. Die Höhe des Geschäftsanteils wird grundsätzlich entsprechend dem Verhältnis der Einlage des Gesellschafters zum Stammkapital der Gesellschaft gebildet, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes regelt. Im Gesellschaftsvertrag können die Gesellschafter die Höhe des Geschäftsanteils anders festlegen, weshalb die Höhe des Geschäftsanteils nicht jedenfalls dem Verhältnis der Einlage des Gesellschafters in der Gesellschaft zum Stammkapital der Gesellschaft entsprechen muss. Konkret bedeutet dies, dass selbst wenn die Gesellschafter Einlagen

Die neuen Bestimmungen regeln, dass die Übertragung eines Mehrheitsanteils erst mit der Eintragung in das zuständige Handelsregister wirksam wird (sog. konstitutive Wirkung⁶). Darüber hinaus müssen der Veräußerer/Übertragende sowie der Erwerber eine Bestätigung des Steuerverwalters der Slowakischen Republik⁷ einholen, dass sämtliche Steuerrückstände nicht den Gesamtbetrag von EUR 170 überschreiten. Diese Bestätigung ist als Anlage zum Antrag auf Registrierung der Änderung des Gesellschafters in das Handelsregister (in der Folge kurz der „Antrag“ genannt) beizufügen. Ausländische Gesellschaften müssen anstelle der Bestätigung eine Ehrenerklärung⁸ vorlegen, dass sie der Pflicht, eine Bestätigung des

in identischer Höhe haben, die Höhe ihrer jeweiligen Geschäftsanteile beliebig in einem anderen Verhältnis festgesetzt werden kann. Das HGB normiert hier keinerlei Beschränkungen, abgesehen davon, dass die Art und Weise der Festlegung des Wertes der Geschäftsanteils im Gesellschaftsvertrag eindeutig bestimmt ist. Siehe auch *Patakyová a kolektív*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, Bratislava C.H. Beck, 2013, 477 f.

- 6 Vgl. § 115 Abs. 10 HGB. Vor der Novelle war die Übertragung des Mehrheitsanteils in einer GmbH bereits mit Abschluss des schriftlichen Vertrages über die Übertragung des Geschäftsanteils und Zustellung des Vertrages an die Gesellschaft bzw. mit der Erteilung des Zuschlags durch den Lizitator im Falle der Ausübung des Pfandrechtes zu einem Mehrheitsgeschäftsanteil in der freiwilligen Versteigerung wirksam (gemäß dem Gesetz Nr. 527/2002 Z. z. über freiwillige Versteigerungen und die Ergänzung von Gesetzen und die Ergänzung des Gesetzes des Slowakischen Nationalrates Nr. 323/1992 Slg. über Notare und notarielle Tätigkeiten [Notariatsordnung] in der geltenden Fassung). Daher hatte jegliche Änderung des Gesellschafters, die im Handelsregister eingetragen wurde, lediglich deklaratorische Wirkung. Dies gilt auch nach Wirksamkeit der Novelle, d.h. nach dem 1. Oktober 2012, weiterhin für die Übertragung des Minderheitsanteils.
- 7 Gemäß § 4 Abs. 1 iVm § 54 des Gesetzes Nr. 563/2009 Slg. über die Steuerverwaltung und über die Änderung und Ergänzung einiger Gesetze (in der Folge kurz „Steuerordnung“ genannt) ist der zuständige Steuerverwalter, das Steueramt oder das Zollamt.
- 8 Wie bereits erwähnt, sind ausländische Personen von der Pflicht zur Vorlage der Bestätigung des Steuerverwalters ausgenommen. Anstelle der Bestätigung legen

Steuerverwalters zu erlangen, nicht unterliegen. Diese Pflicht betrifft sowohl den ausländischen Mehrheits- als auch den Minderheitsgesellschafter.

2. Problematik

Der Antrag muss von dem(n) Geschäftsführer(n) der GmbH eingereicht werden⁹. Dies bedeutet, dass die Wirksamkeit der Vollstreckung eines Pfandrechtes an einem Geschäftsanteil stets von der Mitwirkung des Geschäftsführers des Pfandschuldners abhängig sein wird¹⁰. Da bei der Übertragung eines Mehrheitsanteils der Erwerber

diese eine Ehrenerklärung (*Čestné vyhlásenie*) vor, „dass die gesetzliche Pflicht zur Vorlage der Bestätigung des Steuerverwalters nicht zutrifft“ (vgl. Wortlaut des § 115 Abs. 9 HGB). Eine weitergehende gesetzliche Definition des Inhalts der Ehrenerklärung fehlt. Was Formvorschriften anbelangt, so bedarf diese der Schriftform. Gemäß § 4 Abs. 5 der Verordnung Nr. 25/2004 Slg., welche die Formulare für Anträge an das Handelsregister und das Verzeichnis der Urkunden regelt, welchen den Anträgen beizulegen sind, müssen die Unterschriften der vertretungs- und zeichnungsbefugten Personen der ausländischen Gesellschafter notariell beglaubigt und je nach dem, in welcher Jurisdiktion die Unterzeichnung erfolgt, legalisiert sein. Die Ehrenerklärung muss sowohl der ausländische Veräußerer als auch der ausländische Erwerber des Geschäftsanteils vorlegen.

- 9 Gemäß § 5 Abs. 5 des Gesetzes Nr. 530/2003 Slg. über das Handelsregister in der Fassung der geltenden Vorschrift ist es erforderlich, den Antrag auf Eintragung von Änderungen binnen 30 Tagen einzubringen, wobei die dreißigtägige Frist erst mit Erfüllung sämtlicher Bedingungen, die für die Eintragung der Änderungen in der Person des Gesellschafters erforderlich sind, zu laufen beginnt. Das heißt, ab Vorliegen der Bestätigung des Steuerverwalters der Slowakischen Republik zur Übertragung des Mehrheitsanteiles.
- 10 Hier unterscheiden sich die Sonderbestimmungen hinsichtlich der Verpfändung von Geschäftsanteilen im HGB grundlegend von den allgemeinen Bestimmungen zum Pfandrecht im ZGB, wonach diese in erster Linie eine gesetzliche Bevollmächtigung des Pfandgläubigers für die Verwertung des Pfandrechtes vorsehen. Dies soll den reibungslosen Ablauf der Verwertung sichern und schafft somit die rechtliche Grundlage für den Eigentumserwerb durch einen Dritten

im Sinne dieser neuen Legislative erst mit der Eintragung der Eigentumsänderung im Handelsregister Eigentümer des Geschäftsanteils wird, kann der Erwerber nicht mehr wie bisher rasch seinen eigenen Geschäftsführer bestellen, damit dieser die Registrierung der Eigentumsänderung im Handelsregister sicherstellen kann. Die fehlende Kooperation des Geschäftsführers des Pfandschuldners kann daher *de facto* zur Undurchsetzbarkeit des Pfandrechtes führen¹¹.

Selbst wenn der Pfandgläubiger das Pfand (den Mehrheitsanteil) erfolgreich verwertet, muss es nicht zur faktischen Übertragung des Mehrheitsanteils kommen. Dies hat folgende Gründe:

Wenn etwa der Pfandbesteller (der Mehrheitsgesellschafter) in einer GmbH Steuerrückstände hat, wird die Übertragung des Mehrheitsanteiles nicht wirksam, da die Bedingung für die Erteilung der Bestätigung durch den Steuerverwalter nicht vorliegt. Bei Nichtvorlage dieser Bestätigung registriert das zuständige Handelsregister die Übertragung des Mehrheitsanteiles nicht.

Auch wenn die oben genannte erforderliche Bestätigung vorliegt,

durch den bevollmächtigten Pfandgläubiger (Nicht-Eigentümer). Vgl. *Lazar, Reforma záložného pravá v Slovenskej Republike, Acta Universitatis Tyrnaviensis Iuridica* 2002/2003, 73. Vgl. weiters *Lazar, Die Neuregelung des Pfandrechts in der Slowakei, ZfRV* 2003, 137.

- 11 Konkret ist darauf hinzuweisen, dass der Antrag auf Eintragung von Änderungen im Stand der Gesellschafter einer GmbH nur von der Person eingebracht werden kann, die berechtigt ist, im Namen der GmbH zu handeln (d.h. von dem/den Geschäftsführer[n], dem/n Prokuristen) oder Personen, die von der berechtigten Person hierzu bevollmächtigt wurden. Daher kann die Unmöglichkeit der faktischen Verwertung des Geschäftsanteiles durch die Untätigkeit der berechtigten Personen bzw. der bevollmächtigten Personen oder im letzteren Fall bei Widerruf oder Kündigung der erteilten Vollmacht auf die faktische Einbringung des Antrags auf Eintragung der Änderungen im Handelsregister negative Auswirkungen haben. In der slowakischen Rechtsordnung ist der Widerruf einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht jederzeit möglich und darf auch nicht ausgeschlossen werden. Der Pfandgläubiger sollte daher Alternativen suchen, um dieses Risiko auszuschließen. Eine Möglichkeit ist, die Vollmacht einer Rechtsordnung zu unterstellen, welche einen Widerruf der Vollmacht nicht zulässt.

kann die Eintragung der Übertragung des Mehrheitsanteiles scheitern, da der Pfandgläubiger selbst nicht berechtigt ist, den Antrag auf Eintragung der Änderungen im Handelsregister einzubringen¹².

3. Bereits erfolgte, teilweise Korrektur durch den Gesetzgeber ab 1. Dezember 2013

Aus Sicht der Praxis ist es erfreulicherweise durch das Gesetz Nr. 357/2013 Slg. (in der Folge kurz „Berichtigungsnovelle“ genannt) mit Wirksamkeit zum 1. Dezember 2013 zumindest zu einer teilweisen Korrektur der relevanten Bestimmungen der Novelle seitens des slowakischen Gesetzgebers gekommen.¹³ Die Berichtigungsnovelle legt fest, dass auf die Übertragung eines verpfändeten Geschäftsanteiles, wenn das Pfandrecht vor dem 1. Dezember 2013 im Handelsregister eingetragen wurde, die §§ 115 Abs. 5 bis 10 HGB nicht anwendbar sind. Daher sind die Bestimmungen über die Übertragung des Mehrheitsanteiles nicht auf die Verwertung anwendbar, wenn das Pfandrecht im Handelsregister vor diesem Zeitpunkt eingetragen wurde. Damit löste der slowakische Gesetzgeber jedoch nur einen Teil des Problems, nämlich für Pfandgläubiger, deren Pfandrechte am jeweiligen Geschäftsanteil vor dem Stichtag in das Handelsregister eingetragen wurden. Der slowakische Gesetzgeber ließ aber die Situation im Hinblick auf jene Pfandgläubiger, deren Pfandrechte zu einem Geschäftsanteil nach dem Stichtag eingetragen wurden, weiterhin ungelöst.

4. Empfehlungen de lege ferenda

Um künftig Unannehmlichkeiten bei der Vollstreckung von Pfandrechten an Mehrheitsanteilen einer GmbH zu vermeiden, ist

¹² Vgl. FN 11.

¹³ Das Gesetz Nr. 357/2013 Slg., mit dem das HGB in seinen Übergangsbestimmungen (konkret § 768l Abs. 4) geändert und ergänzt wurde.

es empfehlenswert, die dafür erforderlichen Schritte bereits vorab durchzuführen, d.h. noch vor einem allfälligen Zahlungsverzug des Pfandschuldners.¹⁴

Die Problematik der Untätigkeit des Geschäftsführers könnte der slowakische Gesetzgeber dadurch entschärfen, in dem nach Ablauf der dreißigtägigen Frist¹⁵ der Antrag auf Eintragung von Änderungen im Stand der Gesellschafter einer GmbH automatisch vom Pfandgläubiger eingebracht werden kann.¹⁶

Aus unserer Sicht ist es erforderlich, das HGB dahingehend zu ändern, dass für die Verwertung eines Pfandrechtes an einem Mehrheitsanteil an einer GmbH die Pflicht zur Vorlage der Bestätigung des Steuerverwalters explizit ausgenommen wird (auch für Verwertungen nach dem 1. Dezember 2013).¹⁷ Die Tatsache, dass der Pfandbesteller Steuerrückstände hat, kann der Pfandgläubiger nicht beeinflussen. Er sollte daher nicht dem Risiko ausgesetzt werden, bei Steuerrückständen in der Verwertung des Mehrheitsanteils beeinträchtigt zu sein.

Wie bereits erwähnt, trifft die Pflicht zur Vorlage der Bestätigung des Steuerverwalters nicht auf ausländische Personen (sowohl natürli-

14 Sämtliche erforderlichen Dokumente für eine erfolgreiche Vollstreckung der Pfandrechte an Geschäftsanteilen sollten vorab vorbereitet und die relevanten Ehrenerklärungen und Vollmachten von den Geschäftsführern der entsprechenden GmbH unverzüglich eingeholt werden, um die Vertretung bei der Registrierung der möglichen Mehrheitsanteilsübertragung im Handelsregister zu ermöglichen.

15 Vgl. FN 9.

16 Dies wäre analog zu § 117a Abs. 4 HGB, wonach den Antrag auf Eintragung bzw. Löschung des Pfandrechts der Pfandbesteller oder der Pfandgläubiger einbringen kann.

17 Der Zweck des Pfandrechtes ist es gerade sicherzustellen, dass der Pfandgläubiger seine besicherte Forderung durch Verwertung des Pfands befriedigen kann, wenn der Pfandbesteller seine Schuld nicht rechtzeitig und gänzlich erfüllt. Siehe auch *Lazar*, Die Neuregelung des Pfandrechts in der Slowakei, *ZfRV* 2003, 137. Es ist zu befürchten, dass, sollte es nicht zu einer Gesetzesänderung der bestehenden Regelung des Pfandrechts an einem Mehrheitsanteil kommen, dieses Sicherungsinstitut in der Praxis weiterhin Rechtsunsicherheit verursachen wird.

che als auch juristische) zu. Diese Personen legen eine Ehrenerklärung darüber vor, dass die gesetzliche Pflicht zur Vorlage der Bestätigung des Steuerverwalters nicht anwendbar ist. In der Praxis wird eine solche Ehrenerklärung üblicherweise mit dem Vertrag über die Errichtung des Pfandrechtes unterzeichnet. Aus unserer Sicht ist jedoch eine Erklärung über die Nichtanwendung einer bestimmten Verpflichtung eine wenig effektive Maßnahme, die das erklärte Ziel des slowakischen Gesetzgebers, die Zahlungs- bzw. Steuerdisziplin in der Slowakei zu verbessern, nicht bewirken wird. Vielmehr verlangt hier der slowakische Gesetzgeber die Deklarierung einer Tatsache, welche das zuständige Registergericht aus vorzulegenden Unterlagen ebenfalls feststellen und verifizieren könnte.¹⁸ Die Streichung dieses administrativen Mehraufwandes für ausländische Personen würde daher zur Vereinfachung der Rechtsordnung und somit der Praxis beitragen.

II. Aktuelle Novelle der Exekutionsordnung – Einschränkung bei der Verwertung des Zubehörs einer Geldforderung

Durch das Gesetz Nr. 106/2014 Slg. (in der Folge kurz „Exekutionsnovelle“ genannt) wurde u.a. das Gesetz Nr. 233/1995 Z. z. über Gerichtsexekutoren und deren Tätigkeit (Exekutionsordnung) mit Wirkung vom 1. Juni 2014 geändert und in § 61b Exekutionsordnung die Absätze 2 und 3 eingefügt. Demnach ist der Exekutor strikt an den Wortlaut des Exekutionsantrags gebunden. Er kann daher eine Exekution nicht in größerem Ausmaß durchführen, als dies der Berechtigte beantragt.¹⁹ Ist etwa im Exekutionsantrag des Berechtigten

18 Dass es sich um eine ausländische Personen handelt, kann aus dem vorzulegenden Auszug aus dem heimischen Handelsregister bzw. anderen Erklärungen, Musterzeichnungen, etc. abgeleitet werden.

19 Dies auch dann nicht, wenn der Exekutionstitel mehr zugesprochen hätte als beantragt wurde (etwa Verfahrenskosten).

nur die Schuldsomme angeführt, nicht aber deren Zubehör, kann das Zubehör durch den Exekutor nicht geltend gemacht werden.

Darüber hinaus gilt, sollte der Berechtigte im Falle einer Geldschuld den Antrag auf Durchführung der Exekution erst nach Ablauf von drei Jahren ab Erlangung der Rechtskraft des Exekutionstitels beantragen, dass im Verlauf der Exekution nicht mehr das Zubehör der Forderung, welches durch den Exekutionstitel zuerkannt wurde, eingetrieben werden kann.²⁰ Die spätere (d.h. nach Ablauf von drei Jahren) Einbringung eines Exekutionsantrages kommt in der Praxis häufig vor, weil Berechtigte eines Exekutionstitels die ihnen zugesprochenen Zinsen erzielen wollen und damit die Exekution bewusst hinauszögern.

Daher müssen seit dem 31. Mai 2014 die Berechtigten aus Exekutionsverfahren sorgfältig überprüfen, ob die jeweiligen Exekutionstitel, die zur Eintreibung ihrer Forderungen berechtigen, zeitlich vollständig vollstreckbar bleiben.²¹ Das Gesetz sieht eine einzige Ausnahme vor, um eine mögliche Einschränkung bei der Durchsetzung des Zubehörs einer Geldforderung zu vermeiden. Dies ist der Fall, wenn der Berechtigte dem Exekutionsantrag eine Vereinbarung über den zeitlichen Ablauf der Erfüllung der durch den Exekutionstitel zuerkannten Forderung beilegt (etwa eine Ratenvereinbarung), welche er mit dem Verpflichtenden binnen drei Jahren ab Erlangung der Rechtskraft des Exekutionstitels abgeschlossen hat.

20 Der Begründungsbericht des slowakischen Gesetzgebers gibt zu § 61b Abs. 3 Exekutionsordnung folgendes an: *„Der Gesetzgeber möchte vermeiden, dass ein Exekutionstitel den Gläubigern wie ein Wertpapier dient, welches spekulativ zum Schaden des Schuldners verwendet werden kann, in dem die Zinsen bzw. allfällige weitere Sanktionen anwachsen und erst knapp vor Ablauf der Verjährungsfrist die Exekution durchgeführt wird.“*

21 Die Ausarbeitung eines Zeitplans ist empfehlenswert, um die neue gesetzliche Dreijahresfrist nicht zu versäumen. Die ordentliche Verjährungsfrist beträgt zehn Jahre.

ВЕЩНОЕ ПРАВО В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

ЕВГЕНИЙ АЛЕКСЕЕВИЧ СУХАНОВ
(JEVGENIJ ALEXEJEVIČ SUCHANOV)

Ключевые слова: вещное право; недвижимость; гражданское право; римское право; пандектное право; земля (земельный участок); аренда (имущественный наем); ограниченные вещные права; сервитут; право собственности; вещь; Гражданский кодекс; Земельный кодекс.

Как известно, появление категории ограниченных вещных прав и самого вещного права как особой, самостоятельной подотрасли гражданского (частного) права получило развернутое обоснование в германской правовой (пандектной) доктрине в начале XIX века. Феодальный порядок землепользования, признававший несколько “прав собственности” разных лиц (обычно – сюзерена и его вассала) на один и тот же земельный участок (*dominium directum* и *dominium utile*), постепенно перестал отвечать потребностям хозяйственного развития¹. Но созданная самой природой естественная ограниченность объектов земельной собственности в сочетании с монополией их частных собственников неизбежно потребовала и иных, кроме права собственности, юридических форм, которые обеспечивали бы экономически необходимое и юридически прочное **участие одного лица в праве собственности другого** лица на земельный участок (недвижимость).

1 Подробнее об этом см.: Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность // *Венедиктов А.В. Избранные труды по гражданскому праву*. В 2 т. Т. II. М., 2004. С. 116 – 122.

Поэтому с развитием и усложнением товарного хозяйства обоснованная глоссаторами и постглоссаторами для времен феодализма идея «разделенной», или «расщепленной собственности» получила замену в виде разработанной германскими пандектистами конструкции **ограниченных вещных прав, объектами которых стали прежде всего** земельные участки. Одним из родоначальников этого учения и соответственно – теории вещных прав наряду с Ф.К. ф. Савиньи стал профессор Гейдельбергского университета А.Ф.Ю. Тибо (Anton Friedrich Justus Thibaut). В своем учебнике пандектного права² он подверг убедительной критике распространенное тогда мнение о существовании в римском праве «разделенной собственности», доказав противоречие соответствующих положений глоссаторов римским источникам. На этой базе Тибо обосновал необходимость отказа от основополагающей в феодальном праве идеи «разделенной собственности» и признания наряду с правом собственности (на землю) иных вещных прав на чужую недвижимую вещь.

Вещные права неизвестны англо-американской правовой системе, которая, следуя собственным историческим традициям, выработала иную систему имущественных прав на недвижимые вещи, исключаящую право собственности частных лиц на земельные участки. Норманнскими завоевателями еще в середине XIII века было установлено, что все английские земли находятся в собственности короны как суверена (“All land belongs to the crown”), а ее подданные могут приобретать на земельные участки лишь “ленные” права, подчиненные праву собственности короны и производные от него; они ни при каких условиях не могут стать собственниками земли в смысле получения широкого права господства над земельными участками. В результате этого англо-американское Real Property Law (или Land Law) до сих пор закреп-

2 Thibaut A. F. J. System des Pandektenrechts, Jena, 1803 (последнее издание – System des Pandektenrechts. 8., verbesserte Aufl. 2 Bände, Jena, 1834).

пляет за частными землевладельцами только либо ограниченные по содержанию (в сравнении с правом собственности) титулы по общему праву (*estate in law*, или *legal estate*), либо еще более узкие титулы по праву справедливости (*equitable estate*). И те, и другие представляют собой изъятия из “полной собственности короны» (в американском праве – штата) и производны от нее (принцип *relativity of title* – “относительность титулов”). Лишь в этом смысле они могут сопоставляться с континентальной категорией ограниченных вещных прав.

Это во многом архаичное, по сути – полуфеодальное правовое регулирование стало основой американского *Property Law*, которое закрепляет едва ли не еще более сложную «систему» владельческих титулов (*estates in possession*) по общему праву и по праву справедливости, а также различные виды *future interests* и разнообразные комбинации всех этих титулов³. Трудно представить, каким образом все эти исторически сложившиеся категории и понятия могут быть логически объяснены постулатами современной американской доктрины “экономического анализа права” (*Law & Economics*), которая предлагает “рациональное” истолкование любых правовых явлений, в том числе – отношений собственности.

В континентальном европейском праве вещное право является самостоятельной подотраслью гражданского права. При этом в его романской (французской) ветви вещное право с точки зрения систематизации фактически поглощает обязательственное право, поскольку обязательства традиционно рассматриваются здесь в качестве одного из главных способов (оснований) приобретения права собственности на вещи. Эта традиция берет начало в римско-правовой системе «Институций» Гая, которая была воспроизведена французским Гражданским кодексом (*Code civil*)

3 См., например: *Reimann M. Einführung in das US-amerikanische Privatrecht. 2. Aufl. München, 2004. S. 138 – 145.*

1804 г. Выделение обязательственного права из вещного также последовало в пандектной (германской) системе, которую предложил и обосновал другой гейдельбергский профессор – Г.А. Хайсе (Georg Arnold Heise)⁴. Законодательно эта система впервые была закреплена в Саксонском гражданском уложении 1863 г., а затем в Германском гражданском уложении (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) 1896 г.

Принято считать, что понятие вещных прав пришло из римского частного права, в котором ограниченные по своему содержанию вещные права на чужие вещи (*iura in re aliena*) якобы противопоставлялись наиболее широкому по содержанию праву собственности. В этом взгляде отразилась давно ставшая в цивилистике традиционной «наклонность освящать идеи и явления современного происхождения покровом векового авторитета римского права»⁵. В действительности дошедшие до нас источники римского частного права не содержат и не могли содержать таких обобщенных, абстрактных понятий, как «вещное право» или «ограниченные вещные права», ибо римской юриспруденции было «почти совершенно чуждо распределение материала на основании общих понятий и принципов, составляющее характеристическое свойство догматической классификации»⁶.

Кроме того, нередко забывают, что институты римского права не являются чем-то раз и навсегда данным; они появлялись и развивались на протяжении многих веков: от Законов XII таблиц (451 – 452 г.г. до н.э.) до Юстиниановой кодификации (в основном завершенной в 533 – 534 г.г. н.э.). Как отмечал один из крупнейших дореволюционных российских романистов Д.Д. Гримм,

4 Heise G.A. Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen, Heidelberg, 1807.

5 Муромцев С.А. Очерки общей теории гражданского права // Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М., 2004. С. 240.

6 Муромцев С.А. Указ. соч. С. 222.

древнее римское право вообще “не знало противоположения между правом собственности и ограниченными вещными и личными правами на чужие вещи. Всякое отношение к вещи мыслилось как разновидность единого права – права собственности”⁷. Так, сервитутное право изначально вовсе не было «правом в чужой вещи» (которым оно стало лишь в императорский период), а считалось «как бы правом на свою вещь, которой пользовались только совместно с собственником служащего имения»; в силу этого юридическое положение (природа) сервитутного права «первоначально во всем сходно с юридическим положением собственности»⁸. Но даже в Дигестах Юстиниана, по сути завершивших развитие римского частного права, сервитуты, узуфрукт, суперфиций и эфитевзис, а также залоговое право (*pegno* и *hypotheca*) не рассматривались в качестве разновидностей некой единой категории “прав на чужие вещи”, или “ограниченных вещных прав”⁹. Известные (зафиксированные в Дигестах) попытки разграничения вещных и обязательственных отношений, предпринимавшиеся римскими юристами, прежде всего – Гаем, а также Павлом, Ульпианом и Папинианом, основывались не на абстрактных общих положениях, а на сугубо конкретных различиях способов защиты соответствующих прав – вещных и личных исков (*actiones in rem* и *actiones in personam*)¹⁰.

Только пандектное право обосновало необходимость общей

7 *Гримм Д.* Проблема вещных и личных прав в древнеримском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 3. С. 189.

8 *Муромцев С.А.* Гражданское право Древнего Рима. М., 2003. С. 149.

9 Ср., например: Вещные права на землю в избранных фрагментах из Дигест Юстиниана / Пер. с лат. Отв. ред. А.Л. Кофанов. М., 2006. С. 65, 118, 280.

10 См.: Институты Юстиниана / Пер. с лат. Под ред. А.Л. Кофанова, В.А. Томсинова. М., 1998. С. 319; Дигесты Юстиниана / Пер. с лат.; отв. ред. А.Л. Кофанов. Т. VI. Полутом 2. М., 2005. С. 535, 547, 549, 555; *Новицкий И.Б.* Основы римского гражданского права. Учебник для вузов. Лекции. М., 2000. С. 72.

категории ограниченных вещных прав (begrenzte Sachenrechte), противопоставляемых обязательственным правам требования, чаще всего вытекающим из договоров. «Юридическая прочность», исключающая возможность одностороннего прекращения правоотношения по воле собственника вещи и одновременно предоставляющая возможность абсолютной защиты своего права против любых третьих лиц, стала главным отличительным признаком вещного права в сравнении с обязательственными правами на чужую вещь. Вещные права наряду с правом собственности составили единую гражданско-правовую категорию вещного права (Sachenrecht, dingliches Recht). При этом к вещным правам согласно пандектному учению относятся, во-первых, «права пользования» чужими вещами (Nutzungsrechte) – сервитуты, узуфрукт, эмфитевзис и суперфиций; во-вторых, «права реализации» чужой вещи (Verwertungsrechte), например, право залогодержателя; в-третьих, «права приобретения» чужой вещи (Erwerbsrechte), в частности, преимущественное право покупки недвижимости.

В российском гражданском праве в силу различных исторических причин еще в дореволюционный период не сложилось единой концепции и даже терминологии вещных прав. В законодательстве ограниченные вещные права именовались «неполными правами собственности» или «неполными правами на имущество», а в появившемся в начале XX века проекте Гражданского уложения Российской империи – «вотчинными правами в чужом имуществе». Это объяснялось «относительной юностью законодательства нашего и языка, не успевшего еще выработать свою терминологию для науки права, едва только зарождавшейся у нас при издании Свода Законов»¹¹.

11 Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. – М., 2002. С. 193. «Вотчиной» считалось имущество («имение»), приобретенное от предков (представителей рода) по наследству (но без завещания) и дававшее относительно широкое право владения им, в отличие

Однако в цивилистической доктрине того времени был выработан достаточно продуманный общий подход к этой проблематике, в основном базирующийся на пандектных взглядах и учитывавший передовые для того времени кодификации вещного права (в виде соответствующих разделов германского (1896 г.) и швейцарского (1907 г.) гражданских кодексов). Он был отражен в проекте Гражданского уложения. При этом следует иметь в виду, что в российской цивилистике традиционно признавалось широкое понятие недвижимости, охватывавшее не только земельные участки (как принято в пандектном праве), но и находящиеся на них строения и сооружения, в том числе возведенные на чужих земельных участках (ст. 384 т. X ч. I Свода законов Российской империи и ст. 32 проекта Гражданского уложения).

В советский период земля была национализирована и изъята из оборота. При этом первоначально она была объявлена «всенародным достоянием». Согласно Декрету «О земле» от 26 октября 1917 г. «*вся земля – государственная, удельная, кабинетская, монастырская, церковная, посессионная, майоратная, частновладельческая, общественная, крестьянская ... обращается во всенародное достояние и переходит в пользование всех трудящихся на ней*»; в соответствии с Декретом «О социализации земли» от 6 февраля 1918 г. «*всякая собственность на землю ... отменяется навсегда*» и «*земля отныне переходит в пользование всего трудового народа*»¹². Такие формулировки закона позволяют говорить о всенародном достоянии как об особом правовом режиме, отличном от гражданско-правового режима права государственной собственности.

Лишь в ст. 1 Положения о социалистическом землеустрой-

от «поместья», которым считалось имущество, полученное от государства за службу на более ограниченном праве (см. там же. С. 130).

12 См.: Новицкий И.Б. История советского гражданского права. М., 1957. С. 33 – 34.

стве от 14 февраля 1919 г. было установлено, что «вся земля ... считается единым *государственным фондом*»¹³, а согласно ст. 21 Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. (далее – ГК 1922 г.) она являлась «достоянием государства», т.е. вновь стала объектом собственности, но только государственной. В ст. 94 и 95 Гражданского кодекса РСФСР 1964 г. (далее – ГК 1964 г.) земля вновь объявлялась «общим достоянием всего советского народа», однако юридически по-прежнему находилась в исключительной *собственности государства*. Владение землей допускалось «только на правах пользования» (ст. 21 ГК 1922 г., ст. 95 ГК 1964 г.), не являвшихся однако гражданско-правовыми. Отношения землепользования носили исключительно административно-правовой (публично-правовой) характер, несмотря на использовавшуюся терминологию («права владения» и/или «пользования» земельными участками) и никоим образом не входили в сферу гражданского права.

С отменой частной собственности на землю было упразднено и деление вещей на движимые и недвижимые (примечание к ст. 21 ГК 1922 г.), ибо главный вид недвижимости – земельные участки – был исключен из гражданского оборота. В связи с этим сама категория вещных прав утратила практическое значение, поскольку объект ограниченных вещных прав в их классическом (пандектном) понимании составляют именно и только земельные участки. Уже в ГК 1922 г. в качестве вещных прав, кроме права собственности, остались лишь право застройки и право залога. Право застройки было отменено в 1948 – 1949 г.г., а залог с начала 60-х годов прошлого века стал рассматриваться исключительно как способ обеспечения надлежащего исполнения обязательств, т.е. как институт обязательственного права. После этого ГК 1964 г. вообще упразднил категорию вещных прав. Их место заняло всеобъемлющее право собственности, которое в советском гра-

13 Новицкий И.Б. Указ. соч. С. 34 – 35.

жданском праве полностью заменило свойственное прежней пандектной системе вещное право.

Именно на этой законодательной основе в отечественном правосознании глубоко укоренилась отдающая феодализмом идея о многообразии «видов и форм собственности» и права (различных прав) собственности и о том, что единственной адекватной правовой формой экономических отношений собственности является право собственности во всех своих «разновидностях» (государственной, общественной, личной и «иных формах»). В ходе социально-экономических преобразований конца 80-х – начала 90-х годов прошлого века борьба с данным подходом стала одной из важных задач при разработке законов о собственности и в целом при подготовке нового гражданского законодательства рыночного типа. Однако полностью и последовательно преодолеть его удалось лишь однажды – в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (далее – Основы 1991 г.), в нормах которых, даже в отличие от действующего Гражданского кодекса РФ 1994 г. (далее – ГК РФ), отсутствовало указание на различные «формы собственности» и «виды права собственности» (ср. ст. 44 названных Основ и ст. 212 – 215 ГК РФ), а говорилось о едином по содержанию праве собственности.

Правда, в гражданском законодательстве начала 60-х годов прошлого века наряду с правом собственности появилось право оперативного управления (ст. 21, а затем – ст. 26-1 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г.; ст. 94, а затем – ст. 93-1 ГК 1964 г.), которое характеризовало права государственных предприятий на закрепленное за ними имущество, остававшееся собственностью государства. Это принципиально новое «гражданское право» было искусственно создано для нужд огосударственной, планомерно управляемой экономики, а потому и не характеризовалось в качестве вещного права. *Господствующим было мнение о том, что «правомочия государственных предприятий и хозорганов в качестве самостоятельных*

субъектов гражданского права представляют собой один из способов осуществления прав государства-собственника в гражданском обороте»¹⁴. Иными словами, право оперативного управления было лишь необходимым дополнением, придатком к праву государственной собственности и не имело самостоятельного, тем более – «вещно-правового» характера. Оно регулировало не взаимоотношения частных собственников, а отношения государства с искусственно созданными им же юридическими лицами. Право оперативного управления было объявлено вещным лишь в начале 90-х годов прошлого века – сначала в ст. 5 Закона «О собственности в РСФСР» 1990 г., а затем – в разделе II Основ 1991 г. Кроме того, эти два закона “выделили” из него также объявленное вещным “право полного хозяйственного ведения” (рассчитанное на усиление самостоятельности государственных производственных предприятий), оставив право оперативного управления только за госбюджетными учреждениями.

Следует подчеркнуть, что именно российский Закон о собственности 1990 г. и Основы 1991 г. возродили категорию вещных прав и, признав возможность существования частной собственности на землю, допустили “другие” (кроме права собственности), т.е. ограниченные вещные права на земельные участки. Основы 1991 г. в п. 2 ст. 4 восстановили и деление имущества (вещей) на движимое и недвижимое. Впоследствии все эти шаги были закреплены в части первой ГК РФ 1994 г. Таким образом, лишь в начале 90-х годов прошлого века в российском правопорядке была вос-

14 Карасс А.В. Право государственной социалистической собственности. М., 1954. С. 184. На это обстоятельство обращал внимание В.А. Дозорцев, уже в новых условиях последовательно протесто-вавший против объявления прав хозяйственного ведения и оперативного управления раз-новидностями вещных прав (Дозорцев В.А. Принципиальные черты права собственности в Гражданском кодексе // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. Сбор-ник статей памяти С.А. Хохлова / Отв. ред. А.А. Маковский. М., 1998. С. 242 и сл.).

становлена категория вещных прав. Возможно, это было сделано не во всем корректно и не всегда в полном соответствии с классическими представлениями об этом институте. Это отразилось даже в названии соответствующих разделов Основ 1991 г. и ГК 1994 г.: они были названы не “Вещное право”, а “Право собственности и другие вещные права”. Но важно, что при этом вновь была подтверждена неразрывная связь вещных прав с признанием частной собственности на землю и важнейшей для рыночного хозяйства категорией “недвижимость”.

Вместе с тем, отсутствие института вещных прав в гражданском законодательстве советского периода привело к его забвению в российской цивилистической науке. После завершения второй кодификации российского гражданского законодательства (середина 60-х годов прошлого века) даже сам термин «вещные права» уже не встречается в теоретических исследованиях. В результате этого и в современной литературе до сих пор не только господствует разнобой в принципиальных подходах к определению содержания данного гражданско-правового института, но и высказываются сомнения в самой его целесообразности. Так, академик Ю.К. Толстой до сих пор рассматривает вещное право как «литературный образ», а не юридический термин, и высказывает сомнения относительно того, «приживется ли эта категория в нашем законодательстве»¹⁵, как будто бы она представляет собой нечто чужеродное для гражданского права.

Длительное отсутствие в российском правопорядке права частной собственности на землю, как и самих понятий недвижимости и вещных прав, оказало известное влияние на новое российское законодательство, вынудив его отступить от ряда классических подходов. Такие отступления стали неизбежными в условиях, когда свыше 90% земельных ресурсов остаются в госу-

15 Гражданское право. Том 1. Учебник. Изд. 6-е / Под ред. А.П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2002. С. 402.

дарственной и муниципальной собственности. Это обстоятельство способствует сохранению в качестве общего правила исключительной для обычного правопорядка ситуации: в девяти случаях из десяти земельный участок принадлежит публичному собственнику, а находящееся на нем здание или сооружение – как правило, частному собственнику. При этом здания и сооружения традиционно (а в условиях сохраняющегося господства публичной собственности на землю – вынужденно) рассматриваются как вполне самостоятельные объекты прав – недвижимые вещи, особенность которых состоит в их «физической и юридической связи с землей». Данное положение ясно отразилось в появлении специальных законодательных норм, допускавших раздельное отчуждение земельных участков и находящихся на них строений и сооружений (ст. 552 и 553 ГК РФ в первоначальной редакции 1994 г.).

В связи с этим в отечественной доктрине получила обоснование возможность свободного распоряжения собственником здания, расположенного на чужом земельном участке, как самим зданием, так и принадлежащим ему вещным или обязательственным титулом на земельный участок (разумеется, при одновременном запрете отчуждать свое право на земельный участок отдельно от расположенного на нем здания)¹⁶. Предполагалось, что у собственника такой недвижимости имеется хотя бы обязательственный титул, например, право аренды, на занятый его объектом земельный участок (фактически в некоторых случаях у таких «землепользователей» вообще не было никакого титула, либо его невозможно было определить даже из содержания правоустанавливающих документов¹⁷). Лишь в будущем четкое определение

16 См.: Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе. М., 2003. С. 18 – 19, 13 – 14.

17 Ср. пп. 9 и 9-1 ст. 3 Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации» (в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. № 93-ФЗ).

титула на землю должно было позволить перейти к рассмотрению здания (сооружения) и земельного участка как «единого объекта недвижимости», а после этого – к постепенному восстановлению классического принципа *superficies solo cedit*¹⁸.

Кроме того, земельное законодательство было кардинально обновлено значительно позднее гражданского законодательства и к тому же почти в полном отрыве от него (не говоря уже о том, что в новый Земельный кодекс 2001 г. (далее – ЗК) были включены многочисленные нормы гражданско-правового характера). При этом посвященная вещным правам на землю гл. 17 ГК РФ при принятии его первой части в 1994 г. была «заморожена» законодателем до принятия нового ЗК и вступила в силу лишь в апреле 2001 г. – за несколько месяцев до введения в действие уже подготовленного к тому времени нового Земельного кодекса. Результатом данной ситуации стало появление ряда содержательных противоречий между нормами ГК РФ и ЗК РФ. Так, ЗК в прямом противоречии с гл. 17 ГК РФ даже не упоминает категорию ограниченных вещных прав на земельные участки; более того, он постарался вообще устранить ограниченные вещные права на землю, сохранив в этом качестве лишь право собственности и аренду, а также некоторые сервитуты (п. 1 ст. 20 и п. 1 ст. 21 ЗК, пп. 1 и 2 ст. 3 Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса РФ»). По мысли законодателя, это должно было максимально упростить правовой режим землепользования.

Закрепляя принцип «единства судьбы земельных участков и прочно связанных с ними объектов» в подп. 5 п. 1 ст. 1, ЗК вместе с тем допускает возможность перехода права собственности на

18 Подробнее см.: *Козырь О.М., Маковская А.А.* «Единая судьба» земельного участка и расположенных на нем иных объектов недвижимого имущества (реальность и перспективы) // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2003. № 2. С. 96 – 100 и сл.

здание (строение, сооружение) отдельно от права собственности на земельный участок: в этом случае согласно п. 1 ст. 35 ЗК приобретатель получает некое «право на использование соответствующей части земельного участка», в действительности совпадающее с тем титулом на землю, который имел прежний собственник здания. При этом земельные участки не могут стать объектами предусмотренных ГК РФ прав хозяйственного ведения и оперативного управления, считающихся вещными, тогда как здания и сооружения, напротив, не могут быть объектами прав постоянного пользования и пожизненного наследуемого владения.

Ситуацию усугубило жилищное законодательство, которое последовательно (с момента принятия в 1991 – 1992 г.г. законодательных актов, разрешивших приватизацию квартир и других жилых помещений) стало признавать самостоятельными недвижимыми вещами жилые помещения – составные части зданий. Это привело, с одной стороны, к фактическому отрицанию существования здания в качестве единого объекта недвижимости, а с другой – к фактическому признанию отдельной вещью (самостоятельным объектом вещного права общей собственности) общего имущества дома, объявленного особым объектом права – «кондоминиумом». При этом гражданско-правовой оборот помещений (как жилых, так и нежилых) фактически осуществляется в полном отрыве от прав на соответствующие земельные участки, ибо по сложившимся в прежнем правопорядке, но господствующим и в настоящее время представлениям между жилыми и нежилыми помещениями и земельными участками, на которых расположены здания, нет и не требуется никакой юридической, а во многих случаях – даже и физической связи¹⁹.

19 В соответствии с ранее действовавшими законами об основах федеральной жилищной политики 1992 г. и о товариществах собственников жилья 1996 г., а также с первоначальной редакцией ст. 289 и 290 ГК РФ кондоминиум как имущественный комплекс, состоящий из земельного

Следует также отметить, что реформирование российского вещного права натолкнулось на значительные сложности, состоящие в неприятии классических вещно-правовых подходов многими юристами и предпринимателями. Наиболее острые споры возникли по поводу восстановления вещного права застройки, которое в перспективе должно заменить широко распространенную в настоящее время аренду земельных участков (в основном, находящихся в публичной собственности) для целей строительства и последующего использования в предпринимательских целях.

Дело в том, что в современной российской литературе и правоприменительной практике укоренилось представление о вещном характере прав арендатора чужой вещи, причем как недвижимой, так и движимой. Истоки этого взгляда находятся в гражданском законодательстве советского времени, которое закрепило за арендатором право следования (ст. 169 ГК 1922 г.), тем самым придав арендным правам элементы вещного права. В условиях длительного «огосударствления» экономики и принадлежности государству подавляющего большинства «основных средств производства» их использование частными лицами было возможно только на основе их аренды. Более того, в конце 80-х годов прошлого века аренда государственного имущества была провозглашена магистральным путем «разгосударствления» советской экономики. В специальном законе – Основах законодательства об аренде 1989 г.²⁰ – была предусмотрена невиданная ранее возможность принудительного заключения договора аренды государственного имущества с его последующим выкупом арендатором (коллекти-

участка и расположенного на нем жилого здания (а фактически – только общего имущества дома), являлся необоротоспособным объектом; неотчуждаемыми были и доли в праве общей собственности на него. Этот же режим общего имущества дома сохранился и в действующем жилищном и гражданском законодательстве.

20 Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1989. № 25. Ст. 481.

вом работников государственного предприятия, составлявшем «арендное предприятие»), что не укладывалось в рамки традиционных гражданско-правовых представлений, но соответствовало политико-экономическому понятию «разгосударствления», первоначально использовавшемуся вместо «приватизации».

Эти подходы прежнего правопорядка сохранил и действующий ГК РФ 1994 г., а преобладание государственной (публично-правовой) собственности на объекты недвижимости содействовало консервации представлений об аренде как одном из главных институтов гражданского права, способных обеспечить потребности развивающегося малого и среднего бизнеса. Примечательно, что внимание законодателя и правоприменителей по-прежнему сосредоточивается на защите прав и интересов пользователя-арендатора, а не собственника-арендодателя, что кажется странным в условиях развития рыночного оборота, основой которого является всемерная защита права частной собственности. Вряд ли такое отношение к институту аренды сохранилось бы в условиях, когда в роли арендодателей выступали бы преимущественно частные собственники недвижимости, а не представляющие публичную власть чиновники.

Вопрос о юридической природе прав арендатора чужой вещи теоретически не вызывает сомнений – право нанимателя (арендатора) является обязательственным хотя бы потому, что объем содержащихся в нем правомочий зависит от содержания договора аренды, т.е. от усмотрения его сторон, что немислимо для вещного права. Кроме того, наличие в обязательственном праве некоторых вещных элементов, достаточно произвольно внесенных в него законодателем (например, наделение арендатора «правом следования» и даже вещно-правовой защитой), само по себе не делает такое право вещным, ибо в нем по-прежнему отсутствуют другие важные признаки вещного права, прежде всего – непосредственное господство над чужой вещью.

Попытки признания вещными прав арендатора объясняются

давно известной “борьбой между юридической логикой и интересами арендаторов, отражающейся на всех почти законодательствах, которые обыкновенно останавливаются в затруднении перед этим вопросом”²¹. Дело в том, что при смене арендодателя, т.е. при столкновении обязательственного права нанимателя с вещным правом нового собственника, юридическая логика требует исходить из прекращения арендных отношений с отчуждением арендованной вещи: поскольку новый собственник не участвовал в арендном договоре, он не обязан совершать каких-либо действий, обеспечивающих арендатору «спокойное пользование» нанятым имуществом в продолжение действия договора (которое и характеризует существо прав арендатора). Однако, как отмечал еще Г.Ф. Шершеневич, «жизнь противится этому логическому заключению, опасаясь за интересы арендаторов и квартирантов, которые при таком последовательном проведении юридических начал могут быть во всякое время лишены крова и насиженного гнезда, земли, обработанной тщательным трудом»²².

В дореволюционном проекте Гражданского уложения был избран подход, представляющийся оптимальным: имущественный наем (аренда) не относился к институтам вещного права, и новый приобретатель отданной в наем движимой вещи был вправе требовать прекращения договора (а прежний собственник отвечал перед нанимателем за понесенные им убытки). Но при переходе права собственности на недвижимость решение было иное: договор найма, внесенный в вотчинную книгу, становился обязательным для каждого нового приобретателя недвижимости (ст. 1857); таковым же по общему правилу был и письменный договор найма недвижимости, не внесенный в вотчинную книгу, но достоверный по времени своего совершения, который связывал нового прио-

21 Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М., 2005. С. 156.

22 См. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 156 – 157.

бретателя недвижимости в течение трех лет со дня внесения новой записи в вотчинную книгу (ст. 1858). Вместе с тем, устный или недостоверный по времени письменный договор найма недвижимости вообще не связывал ее нового приобретателя (ст. 1859).

По этому же пути следует и французское гражданское право: в соответствии с ч. 1 ст. 1743 Code civil при перемене собственника-арендодателя арендные отношения сохраняются, но только если речь идет об имуществе сельскохозяйственного назначения (арендованном фермером или “арендатором-издольщиком”), либо об имуществе, переданном в аренду по публично удостоверенному договору. В последнем случае наниматель может быть лишен владения имуществом, если такое право приобретателя прямо предусмотрено договором аренды (а приобретатель обязан предварительно предупредить нанимателя о расторжении договора аренды и возместить убытки).

Согласно § 566 (а также §§ 578 и 593b) действующей редакции BGB принцип „покупка не ломает найма“ (Kauf bricht nicht Miete) распространяется только на наем жилых и нежилых помещений и земельных участков (т.е. большинства недвижимых вещей), наниматели которых тем самым получают „квази-вещный статус“²³. При этом в первоначальной редакции § 571 BGB было установлено более широкое и точное правило: „отчуждение (вещи) не ломает аренды“ (Veräußerung bricht nicht Miete), которое считается вытекающим из смысла нового § 566²⁴. Однако при наличии «правомерного интереса» покупателя вещи (например, желающего использовать ее для собственных нужд) он вправе расторгнуть до-

23 См., например: Bürgerliches Gesetzbuch. Mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hrsg. v. Jauernig O. 6. Aufl. München, 1991. S. 620. Иногда говорят также об определенном „овеществлении“ (Verdinglichung) отношений найма (Medicus D. Schuldrecht II. Besonderer Teil. Ein Studienbuch. 9. Aufl. München, 1999. S. 115).

24 См., например: BGB Kommentar. Hrsg. v. Prütting H., Wegen G., Weinreich G. 2. Aufl. Luchterhand, 2007. S. 999.

говор найма, заключенный на неопределенный срок (§ 573 BGB).

На аналогичных в принципе позициях стоит и швейцарское право. Согласно §§ 261 и 290 Закона об обязательственном праве при отчуждении отданной в наем вещи до истечения срока действия договора «вместе с собственностью на вещь на приобретателя переходит наемное отношение». Однако новый собственник в срок, предусмотренный законом, может отказаться продлевать действие договора найма жилых и нежилых помещений при наличии собственной настоятельной потребности в их использовании. Если же новый собственник расторгает договор найма раньше, чем это было в нем предусмотрено, прежний наймодатель обязан возместить нанимателю все возникшие из этого убытки (абз. 3 § 261).

Оптимальность данного подхода очевидна и для современных российских условий, в которых наниматели «офисных» помещений (главным образом, представители мелкого и среднего бизнеса) испытывают опасения за судьбу своего дела при смене собственника здания и/или земельного участка. Именно этими соображениями в конечном счете объясняется позиция юристов, выступающих в поддержку вещной природы прав арендатора. Однако возможность сохранения арендных отношений при смене собственника арендованной недвижимости, как уже отмечалось, сама по себе не предопределяет изменение юридической (обязательно-правовой) природы арендных отношений. Так, современная судебная практика справедливо признала возможность аренды части недвижимой вещи и даже будущей вещи²⁵ (тогда как предметом вещного права может быть только индивидуально определенная вещь в целом).

25 См. пп. 9 и 10 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 ноября 2011 г. № 73 „Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды“ в редакции Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 января 2013 г. № 13 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2013. № 4.

Более того, обоснованно стремясь к сохранению договорных отношений, судебная практика теперь исходит из того, что даже если подлежащий государственной регистрации договор аренды недвижимой вещи и не был зарегистрирован, но исполнялся сторонами, он порождает между ними обязательственные отношения, однако права арендатора по такому договору «не могут быть противопоставлены им третьим лицам», т.е. лишаются «вещного элемента», – к ним не применяется п. 1 ст. 617 ГК (о сохранении договора аренды при смене собственника арендуемой вещи), а арендатор лишается преимущественного права на заключение арендного договора на новый срок (п. 1 ст. 621 ГК)²⁶. Тем самым фактически признается чужеродность вещных элементов договора аренды недвижимости даже с точки зрения действующего законодательства.

В связи с этим необходимо подчеркнуть, что предлагаемый Концепцией развития гражданского законодательства РФ и проектом новой редакции раздела II ГК РФ отказ от вещных характеристик прав арендатора и замена их традиционной системой ограниченных вещных прав вовсе не предполагают отказ от использования договоров аренды недвижимости в их сложившемся понимании. Речь идет о создании выбора гражданско-правовых форм, юридически опосредующих использование чужих недвижимых вещей, включая сохраняющуюся для отечественного правового порядка в виде правила ситуацию использования частными лицами недвижимых вещей, находящихся в государственной (публичной) собственности.

Все это дает основания для общего вывода о том, что современное развитие российского вещного права представляет собой известный компромисс между классическими постулатами и ре-

26 См. п. 14 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 ноября 2011 г. № 73 в редакции Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 января 2013 г. № 13.

альностью сформировавшегося законодательства и правоприменительной практики, изменение которых должно основываться не столько на теоретических представлениях, сколько на продуманных предложениях по решению конкретных жизненных задач. Очевидно, что сохраняющееся господство государственной собственности на землю при преобладании частной собственности на находящиеся на земле объекты (строения) неизбежно влечет определенное видоизменение классических вещных прав, рассчитанных на взаимоотношения землепользователей с частными, а не с публичными собственниками.

Изложенным объясняется важность кардинального обновления посвященного вещному праву раздела II ГК РФ, что предусмотрено проектом его новой редакции. В ходе этой работы предстоит создать “полноценную систему ограниченных вещных прав, которая могла бы удовлетворить потребности участников гражданского оборота также в основанном именно на вещном праве (максимально стабильным и защищенном) режиме пользования чужим имуществом”²⁷. Необходимо также дополнение действующего ГК РФ подразделом о владении и владельческой защите и создание в нем ряда общих положений о вещных правах. В свою очередь, принятие этих мер предполагает серьезное реформирование земельного законодательства, в том числе, путем исключения из действующего Земельного кодекса чужеродных для него норм гражданского (вещного) права. В связи с этим предстоящее в скором будущем принятие новой редакции раздела II ГК РФ должно стать еще одним важным шагом на пути последовательного восстановления вещного права как важнейшей составной части (подотрасли) российского гражданского права.

27 Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. С. 72.

Zusammenfassung

Der Beitrag ist den Fragen der Entwicklung des Sachenrechts als Teil des russischen Zivilrechts (Privatrechts) gewidmet. Hier beleuchtet man die Geschichte der Erscheinung der begrenzten Sachenrechte (dinglichen Rechte) im kontinental-europäischen Recht und im russischen Recht und die Perspektiven ihrer modernen Entwicklung im heutigen russischen Zivilrecht; zeigt man die gründliche Inhalt und die Novellen der Entwurf der neuen Fassung der Abteilung II „Sachenrecht“ des russischen Zivilgesetzbuches, wie auch wissenschaftliche und rechtspraktische Sprüche zu diesen Fragen, besonders über die juristische Natur (schuldrechtliche oder sachenrechtliche) des Mietrechts.

ZODPOVEDNOSŤ ŠTATUTÁRNYCH ORGÁNOV V DRUŽSTVE ZA ŠKODU SPÔSOBENÚ PRI VÝKONE FUNKCIE

ALEXANDER ŠKRINÁR

Abstrakt: V príspevku sa chceme zaoberať špecifikami právneho postavenia členov predstavenstva v družstve z hľadiska zodpovednosti za vzniknutú škodu spôsobenú pri výkone ich funkcie. Otázka zodpovednosti štatutárnych orgánov za škodu spôsobenú pri výkone funkcie v družstve je dôležitá aj z hľadiska jednoduchého postupu pri založení a vzniku družstva a značnej flexibility vzniku a zániku členstva v družstve. Okrem toho je pre družstvo charakteristická rozmanitosť jeho činnosti, lebo môže byť založené kvôli podnikaniu, ale aj napríklad kvôli sociálnym, charitatívnym alebo iným hospodárskym účelom. Táto rozmanitosť predmetu podnikania alebo činnosti môže viesť aj k tomu, že zakladajúci členovia družstva nebudú v niektorých prípadoch venovať náležitú pozornosť odborným predpokladom jednotlivých volených členov predstavenstva. Následne sa to môže prejavovať chybami v rozhodovaní a v riadiacej činnosti a z toho vyplývajúcej možnosti vzniku škody pre družstvo. Chceme poukázať aj na vznik zodpovednosti za škodu pri porušení povinnosti podať návrh na vyhlásenie konkurzu, alebo podania neoprávneného návrhu na vyhlásenie konkurzu podľa osobitného predpisu zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

Kľúčové slová: štatutárny orgán, zodpovednosť za škodu pri výkone funkcie, zbavenie sa zodpovednosti za škodu, liberačné dôvody, konkurzné konanie, podanie nedôvodného návrhu na vyhlásenie konkurzu, nepodanie návrhu na vyhlásenie konkurzu

Úvodné poznámky

Jednoduchý postup z hľadiska dokumentov potrebných na založenie družstva a ich schvaľovanie na ustanovujúcej členskej schôdzi, ktorými sú stanovy schválené na ustanovujúcej členskej schôdzi, potreba základného imania len v hodnote 1 250 eur predstavujú pre

zakladateľov družstva založeného na účely podnikania alebo inej činnosti najmä sociálnej, charitatívnej, výhodnú formu na uskutočnenie svojich zámerov. Na rozdiel od kapitálových obchodných spoločností je výhodou aj možnosť značnej variability pohybu členov družstva bez potreby zápisu zmeny členstva a zápisu zmeny výšky základného imania v obchodnom registri. Výhodou oproti akciovej spoločnosti je aj to, že pri schvaľovaní riadnej individuálnej účtovnej uzávierky a mimoriadnej účtovnej uzávierky sa nevyžaduje vykonanie auditu.

Vzťahy medzi zakladateľmi družstva a medzi členom a družstvom a záväzkové vzťahy medzi členom štatutárneho orgánu a kontrolným orgánom družstva medzi štatutárnym orgánom a družstvom vždy treba považovať za obchodnoprávny vzťah. Z hľadiska legislatívnej presnosti by sa v § 261 ods. 6 písm. b) Obchodného zákonníka vyžadovalo doplnenie časti vety záväzkové vzťahy medzi členom štatutárneho orgánu a kontrolným orgánom o slová **a družstvom**. Ide o absolútny obchodnoprávny vzťah.

Všeobecné podmienky vzniku zodpovednosti za škodu vyplývajú z ustanovenia § 373 Obchodného zákonníka, ktorý upravuje vznik zodpovednosti za škodu porušením povinnosti zo záväzkového vzťahu. Podľa § 757 Obchodného zákonníka platí pre zodpovednosť za škodu spôsobenú porušením povinností ustanovených týmto zákonom obdobne ustanovenie § 373 a nasledujúcich. Úprava zodpovednosti štatutárneho orgánu za škodu spôsobenú výkonom funkcie v kapitálových spoločnostiach a družstve predstavuje úpravu *lex specialis* vo vzťahu k základnej úprave vzniku zodpovednosti za škodu podľa § 373 Obchodného zákonníka. Pri posudzovaní zodpovednosti člena predstavenstva za spôsobenú škodu sa preto bude vychádzať zo všeobecných ustanovení upravujúcich vznik nároku na náhradu škody podľa § 373 Obchodného zákonníka len vtedy, ak niektoré otázky týkajúce sa nároku na náhradu škody nie sú upravené v § 243a). Základným východiskom na posúdenie, či došlo k porušeniu povinností členov štatutárnych orgánov družstva, bude úprava v § 243a), v ktorom sú upravené ich povinnosti, ako aj dôsledky ich zanedbania

a nedodržania. Uvedené ustanovenie je vo vzťahu k § 373 Obchodného zákonníka úpravou *lex specialis*. Povinnosti štatutárnych orgánov družstva môžu byť podrobnejšie upravené v stanovách.

Kto môže byť členom predstavenstva v družstve

Jedným zo základných odlíšení štatutárneho orgánu kapitálových spoločností a družstva je, že členom predstavenstva družstva môže byť **len člen družstva**. Je to rozdiel od kapitálových spoločností, v ktorých môže byť konateľom spoločnosti s ručením obmedzeným aj tretia osoba, ktorá nie je spoločníkom spoločnosti a rovnako aj členom predstavenstva v akciovej spoločnosti môže byť aj tretia osoba, ktorá nie je akcionárom.

Členom družstva môže byť osoba, ktorá podpísala prihlášku do družstva, ale členom družstva sa môže stať aj fyzická osoba, ktorej členstvo vzniklo uzavretím pracovného vzťahu s družstvom, ak vznik členstva takýmto spôsobom umožňujú stanovy. Podmienkou však je, že fyzická osoba dovŕšila 15. rok veku a skončila povinnú školskú dochádzku. Členom družstva môže byť aj právnická osoba, prípadne družstvo môžu založiť aj dve právnické osoby.

Členom orgánu družstva však môže byť len fyzická osoba, ktorá dovŕšila 18. rok veku alebo zástupca právnickej osoby, **ktorá je členom družstva**. Právnická osoba je povinná zo zákona splnomocniť svojho zástupcu fyzickú osobu, ktorá má konať v predstavenstve družstva. Z uvedeného je zrejmé, že zo znenia zákona, okrem spomínanej vekovej hranice, nevyplývajú podmienky, ktoré musí spĺňať fyzická osoba, ktorá má byť zvolená za člena štatutárneho orgánu, najmä z hľadiska jej odborných predpokladov, prípadne praxe v odbore alebo organizačných a riadiacich schopností. Na tieto otázky by mali dbať zakladatelia družstva (ale aj kapitálových spoločností), ako aj členovia družstva na ustanovujúcej členskej schôdzi pri voľbe člena predstavenstva. Prihliadať by mali najmä na požiadavku splnenia určitých odborných, ako aj morálnych predpokladov člena štatutárneho

orgánu na výkon funkcie a riadenie družstva, vychádzajúc z predmetu podnikania alebo predmetu činnosti družstva.

Z tohto hľadiska je preto vhodné, aby v stanovách družstva vo vzťahu k predstavenstvu ako štatutárnemu orgánu, okrem vymedzenia základných povinností jednotlivých členov a vzťahu k členom družstva, ako aj k najvyššiemu orgánu družstva, členskej schôdzi, boli vymedzené aj otázky, ako sa zmluvne upraví vzťah medzi predstavenstvom a družstvom, či sa na tento vzťah primerane použije zmluva o výkone funkcie alebo mandátna zmluva, alebo iný zmluvný vzťah. Okrem toho podľa povahy predmetu podnikania alebo predmetu činnosti, najmä v prípadoch, ak bude družstvo vykonávať v rámci svojho predmetu činnosti odborne náročnú poľnohospodársku činnosť alebo inú výrobnú činnosť, prípadne činnosť sociálneho alebo charitatívneho charakteru, je vhodné, aby zakladatelia družstva v stanovách upravili aj požiadavky na odbornú spôsobilosť, prax alebo iné odborné požiadavky, ktoré sa vyžadujú na výkon funkcie člena predstavenstva družstva podľa predmetu podnikania alebo predmetu činnosti.

Táto požiadavka je dôležitá z hľadiska vykonávania funkcie člena predstavenstva zvolenou osobou, ktorý je povinný vykonávať funkciu s odbornou starostlivosťou. V praxi vznikali problémy pri posudzovaní zodpovednosti štatutárneho orgánu za vznik škody pri vykonávaní funkcie, keď sa v spore o náhradu škody člen predstavenstva bránil tým, že funkciu vykonával s odbornou starostlivosťou, ale spornú otázku nevedel odborne posúdiť práve pre nedostatok vzdelania v odbore.

Povinnosti členov predstavenstva družstva

Vo všeobecnej rovine je upravená povinnosť členov predstavenstva vykonávať funkciu s odbornou starostlivosťou a v súlade so záujmami družstva a všetkých jej členov. Táto úprava je rovnaká ako aj pri konateľoch spoločnosti s ručením obmedzeným. V akciovej spoločnosti sa povinnosť člena predstavenstva vykonávať funkciu vymedzuje poj-

mom **náležitej starostlivosti**, ktorá zahrňuje aj odbornú starostlivosť. Z uvedeného vyplýva, že náležitá starostlivosť predstavuje vyššiu úroveň starostlivosti, ako je odborná starostlivosť.

V § 243a Obchodného zákonníka sa demonštratívny výpočet vymedzujú jednotlivé právne povinnosti, ktoré musí člen predstavenstva družstva dodržiavať pri riadiacej činnosti a výkone funkcie. Člen predstavenstva pri rozhodovaní o určitej otázke si musí zabezpečiť všetky dostupné informácie, ktoré sa týkajú predmetu tohto rozhodnutia. Dôležitý bude tento postup pri uzavieraní zmluvy s treťou osobou, najmä z hľadiska podmienok zmluvy, ale aj pri získaní informácií o solventnosti partnera a jeho celkovej povesti v obchodnom styku pri plnení dohodnutých zmluvných záväzkov. Okrem toho člen predstavenstva musí byť dostatočne informovaný o schopnosti dodržať čas plnenia prevzatého zmluvného záväzku na dodávku tovaru, služieb alebo iného predmetu zmluvného záväzku, lebo pri nedodržaní času plnenia záväzku môže družstvu vzniknúť škoda z uplatnenej sankcie (úroku z omeškania, zmluvnej pokuty) alebo uplatneného nároku na náhradu vzniknutej škody nesplnením dohodnutého zmluvného záväzku.

Dôležité je aj dodržanie zásad mlčanlivosti pri rokovaní s treťou osobou o dôverných informáciách, ktorých prezradenie tretím osobám môže družstvu spôsobiť škodu alebo ohroziť záujmy družstva alebo jeho členov. Pojem dôverná informácia nie je v Obchodnom zákonníku definovaný. Pôjde o taký druh informácie hospodárskej, finančnej, technickej alebo inej povahy, ktorá nie je bežne dostupná, nebola žiadnym spôsobom zverejnená a družstvo zabezpečuje jej utajenie, obdobne ako pri ochrane obchodného tajomstva. Prezradenie dôvernej informácie musí byť spôsobilé poškodiť družstvo v obchodnom alebo inom styku s treťou osobou.

Vo všeobecnosti pre člena štatutárneho orgánu platí povinnosť, že pri svojom konaní a rozhodovaní nesmie uprednostniť svoje osobné záujmy alebo záujmy len niektorých členov družstva, prípadne tretích osôb pred záujmami družstva. Člen predstavenstva nesmie porušiť ani

zákaz konkurencie vyplývajúci zo zákona alebo z podrobnejších podmienok upravených v stanovách. Porušenie zásad konkurencie je však osobitne chránené.

Podmienky vzniku nároku na náhradu škody voči členovi predstavenstva družstva spôsobenej výkonom funkcie

Pri porušení všeobecne určených povinností zo zákona alebo vyplývajúcich z vnútorných predpisov družstva vzniká členom predstavenstva družstva zodpovednosť za vznik spôsobenej škody takýmto konaním. V zásade platí, že členovia predstavenstva zodpovedajú za vznik škody družstvu spoločne a nerozdielne. V každom prípade sa však bude musieť skúmať, či vznik škody svojím protiprávnym konaním spôsobili všetci členovia predstavenstva, alebo len niektorý z členov predstavenstva oprávnený konať samostatne. Posudzuje sa aj to, či ostatní členovia o takomto postupe vedeli, alebo ak člen predstavenstva síce bol poverený na konanie v mene družstva pri určitom úkone, ale svojím konaním prekročil rozsah svojho oprávnenia.

Zodpovednosť za vznik škody porušením povinností členov predstavenstva družstva je založená **na princípe objektívnej zodpovednosti**. Nejde však o absolútnu objektívnu zodpovednosť, ale v zákone sa v § 243a ods. 2 upravujú liberačné dôvody na zbavenie sa zodpovednosti. Z hľadiska dôkaznej povinnosti treba uviesť, že v prípade vzniku nároku na náhradu škody družstva voči členom predstavenstva, je dôkazné bremeno preukázať porušenie povinností členov predstavenstva pri výkone funkcie na strane družstva, ktoré musí preukázať príčinnú súvislosť medzi porušením povinností členmi predstavenstva a vznikom škody. Pri preukazovaní liberačných dôvodov sa dôkazné bremeno presúva na členov predstavenstva. Člen predstavenstva musí preukázať, že pri výkone funkcie postupoval v súlade so zákonnými povinnosťami ustanovenými na výkon funkcie, a v súlade s povinnosťami upravenými v stanovách a že funkciu vykonával s odbornou starostlivosťou a v dobrej viere, že koná v záujme družstva a všetkých

jeho členov. Pri posudzovaní, či člen predstavenstva družstva konal s odbornou starostlivosťou sa bude vždy vychádzať z úrovne odbornej starostlivosti v danom odbore, ktorá sa bude musieť skúmať v každom jednotlivom prípade. V súdnom konaní nebude akceptovateľná obrana člena predstavenstva, že nevedel posúdiť dôsledky svojho konania pri uzavieraní zmluvy pre nedostatok vzdelania alebo celkovej odbornej úrovne. Spravidla sa bude vychádzať z úrovne poznatkov a vedomostí v danom odbore v predmete podnikania alebo predmete činnosti družstva a ich porovnaním sa bude skúmať, či člen predstavenstva vykonával určitú úlohu s odbornou starostlivosťou.

Osobitným problémom pri posudzovaní zodpovednosti člena predstavenstva za spôsobenú škodu je obrana člena predstavenstva, že za škodu nezodpovedá kvôli **plneniu uloženého uznesenia členskej schôdze**. Plnenie uznesenia členskej schôdze, z ktorého následne vznikne družstvu škoda, je liberačným dôvodom. Práve v súvislosti s prijatým uznesením členskej schôdze sa vyžaduje odborná starostlivosť člena predstavenstva, ktorý musí posúdiť, či prijaté uznesenie je v rozpore s právnymi predpismi alebo vnútornými predpismi družstva. V prípade nesúhlasu s návrhom uznesenia platia pre člena predstavenstva rovnaké povinnosti na uplatnenie práva na vyslovenie neplatnosti uznesenia členskej schôdze súdom ako na člena družstva. Na rozpor uznesenia s právnymi predpismi by preto člen predstavenstva mal upozorniť na členskej schôdzi a hlasovať proti prijatiu uznesenia. Inak člen družstva môže námietku oznámiť družstvu do jedného mesiaca od konania schôdze, aby bol legitimovaný na podanie návrhu na súd o vyslovenie neplatnosti uznesenia valného zhromaždenia. Člen predstavenstva družstva môže však prísť na rozpor uznesenia členskej schôdze s právnymi predpismi aj neskoršie, pri jeho plnení. V takomto prípade mu vznikne oznamovacia povinnosť oznámiť družstvu rozpor uznesenia členskej schôdze s právnymi predpismi, ktoré musí oznámiť prostredníctvom výkonného orgánu, ktorým je predstavenstvo. Problémy môžu vzniknúť v prípade, ak ostatní členovia predstavenstva budú trvať na plnení prijatého uznesenia, alebo nepovažujú prijaté

uznesenie, že je v rozpore s právnymi predpismi. V takomto prípade sa člen predstavenstva môže brániť aj podaním žaloby na súd o vyslovenie neplatnosti uznesenia členskej schôdze. Samotná skutočnosť, že člen predstavenstva nezaprotokoluje svoju námietku na členskej schôdzi, alebo ju neoznámí v lehote 30 dní od jej konania a následne neuplatní návrh na súd o vyslovenie neplatnosti uznesenia valného zhromaždenia, však ešte neznamená, že by sa v spore o náhradu škody vzniknutej družstvu na základe neplnenia uznesenia členskej schôdze nemohol brániť tým, že uznesenie členskej schôdze neplnil, lebo bolo v rozpore s právnymi predpismi. Konajúci súd musí riešiť takúto námietku člena predstavenstva ako predbežnú otázku v spore.

Obmedzenie alebo vylúčenie zodpovednosti štatutárneho orgánu a nároky veriteľa družstva

Z hľadiska vzniku zodpovednosti štatutárneho orgánu za škodu spôsobenú výkonom funkcie treba uviesť, že členovia družstva nesmú prijať znenie stanov družstva, ktorým by sa obmedzovala alebo vylučovala zodpovednosť štatutárneho orgánu za vzniknutú škodu. Okrem toho sú **zakázané dohody** medzi družstvom a členom predstavenstva, ktorými by sa obmedzovala alebo vylučovala zodpovednosť člena predstavenstva. Na vzdanie sa nároku na náhradu škody alebo uzavretie dohody o urovnaní platí, že družstvo tak môže urobiť za kumulatívneho splnenia dvoch podmienok, a to že uplynula lehota troch rokov od vzniku nároku a členská schôdza bude súhlasiť s takýmto návrhom družstva. Dôležité je však zabezpečenie ochrany veriteľov družstva, ktorí nemôžu uspokojiť svoju pohľadávku z majetku družstva. Vzniká osobitný ručiteľský záväzok členov predstavenstva voči veriteľom družstva, ktorí majú neuspokojené pohľadávky voči družstvu. Veriteľ družstva môže uplatniť vo svojom mene a na vlastný účet nároky družstva na náhradu škody voči členom predstavenstva, a to aj v tom prípade, že družstvo sa voči nim vzdalo nároku na náhradu škody. V tomto prípade však bude musieť veriteľ preukázať,

že družstvo nie je schopné plniť svoje záväzky, lebo nemá žiadny majetok, z ktorého by sa dala jeho pohľadávka uspokojiť. Obdobne to platí pri vyhlásení konkurzu na majetok družstva, v ktorom uplatňuje nároky veriteľov, ktorí podali prihlášky pohľadávok do konkurzného konania, súdom ustanovený správca konkurznej podstaty.

Osobitná zodpovednosť za vznik škody štatutárneho orgánu podľa zákona o konkurze a reštrukturalizácii

Zodpovednosť štatutárneho orgánu obchodnej spoločnosti alebo družstva za vznik škody môže vzniknúť aj na základe osobitného predpisu, ktorým je zákon o konkurze a reštrukturalizácii č. 7/2005 Z. z. v znení neskorších predpisov. Treba uviesť, že dlžník, ktorý sa dostane do úpadku, je povinný podať návrh na vyhlásenie konkurzu. Rovnaká povinnosť zaväzuje aj štatutárny orgán dlžníka. V prípade, že štatutárny orgán dlžníka nepodá návrh na vyhlásenie konkurzu vznikala mu zodpovednosť vzniknutú nepodaním návrhu na vyhlásenie konkurzu. Na druhej strane vzniká zodpovednosť za škodu aj štatutárnemu orgánu veriteľa, ktorý podal neoprávnený návrh na vyhlásenie konkurzu na majetok dlžníka, a tým dlžníkovi, ale aj tretej osobe spôsobil vznik škody.

Po novele zákona o konkurze a reštrukturalizácii vykonanej zákonom č. 348/2011 Z. z. došlo k zmene povinností dlžníka podať návrh na vyhlásenie konkurzu. Dlžníkovi od 1. 1. 2013 vzniká povinnosť podať návrh na vyhlásenie konkurzu len v prípade **predĺženia** a už sa nevzťahuje na platobnú neschopnosť. Povinnosť dlžníka podať návrh na vyhlásenie konkurzu vzniká v lehote 30 dní, odkedy sa dozvedel alebo mohol dozvedieť o svojom predĺžení. Ako sme už uviedli, rovnakú povinnosť dať návrh na vyhlásenie konkurzu **má aj štatutárny orgán dlžníka** alebo jeho člen. Práve posudzovanie, či dlžník je v úpadku a či to štatutárny orgán vedel alebo mohol vedieť, je základnou otázkou pri vzniku jeho zodpovednosti za škodu vzniknutú nepodaním návrhu na vyhlásenie konkurzu. Dôležitou zmenou pri novele zákona

z hľadiska štatutárnych orgánov, ktorého členovia môžu zodpovedať za nepodanie návrhu na vyhlásenie konkurzu je, že sa ich okruh rozširuje aj na osoby, ktoré boli vo funkcii štatutárneho orgánu alebo jeho člena počas **štyroch rokov** pred vyhlásením konkurzu. Bola to reakcia v právnej úprave na prax častých zmien štatutárnych orgánov, keď vznikal problém, že na úpadku sa mohla podieľať aj osoba, ktorá už nebola štatutárnym orgánom v čase posudzovania porušenia povinnosti podať návrh na vyhlásenie konkurzu na dlžníka, takže ju ani nebolo možno postihnúť.

Z hľadiska našej témy však došlo novelou k závažnej zmene pri uplatňovaní nároku na náhradu škody voči štatutárnym orgánom za nepodanie návrhu na vyhlásenie konkurzu v mene dlžníka. Od 1. 1. 2012 môžu veritelia uplatniť nárok na náhradu škody spôsobenej nepodaním návrhu na vyhlásenie konkurzu včas vo výške sumy pohľadávok, ktoré po zrušení konkurzu alebo jeho zastavení pre nedostatok majetku zostali neuspokojené, čo platí, ak sa nepreukáže iná výška škody. Problémom však bude preukázanie príčinnej súvislosti vzniku škody s nepodaním návrhu na vyhlásenie konkurzu alebo jeho oneskoreným podaním.

Základným liberačným dôvodom na zbavenie sa zodpovednosti štatutárneho orgánu za škodu spôsobenú nepodaním návrhu na vyhlásenie konkurzu je preukázanie odbornej starostlivosti pri výkone funkcie, ktoré platí ako liberačný dôvod aj pri škode spôsobenej výkonom funkcie štatutárneho orgánu podľa Obchodného zákonníka, ale aj podľa zákona o konkurze a reštrukturalizácii.

S účinnosťou od 1. 1. 2013 všetkým osobám, ktoré boli štatutárnym orgánom štyri roky pred vyhlásením konkurzu, vzniká pri porušení povinnosti podať návrh na vyhlásenie konkurzu povinnosť **zaplatiť do všeobecnej podstaty sumu vo výške dvojnásobku základného imania** dlžníka. V prípade, že dlžník má vyššie základné ako predpísané zákonné, vzniká mu povinnosť sankciu vo výške dvojnásobku zákonného základného imania. Správca navrhne povinnosť zaplatiť uvedenú sankciu pomerne všetkým členom štatutárneho orgánu.

tárneho orgánu, o ktorých zistil, že porušili povinnosť podať návrh na vyhlásenie konkurzu. V tomto prípade však **nejde o náhradu škody**, ale **ide o sankciu**, ktorú musí zaplatiť do všeobecnej podstaty každá osoba, ktorú označí správca konkurznej podstaty. Ide o osoby, o ktorých sa správca domnieva pri predbežnom skúmaní podkladov, že porušili povinnosť podať návrh na vyhlásenie konkurzu (§ 74a zákona). Správca konkurznej podstaty je povinný každú takúto osobu **vyzvať na preukázanie v určenej lehote** či v prípade, ak sa dlžník dostal do úpadku, svoju povinnosť podať návrh na vyhlásenie konkurzu riadne a včas splnila.

Liberačný dôvod pre štatutárny orgán alebo jeho člena na zbavenie sa povinnosti platiť **sankciu** je preukázanie v lehote určenej správcom, že neporušili povinnosť podať návrh na vyhlásenie konkurzu alebo že konali s odbornou starostlivosťou alebo je daný iný dôvod vylučujúci ich zodpovednosť. Štatutárny orgán môže preukazovať, že v čase keď vykonával túto funkciu dlžník ešte nebol v predĺžení, lebo hodnota jeho majetku neprevyšovala hodnotu splatných záväzkov. V praxi môže spôsobovať problémy zistenie skutočnej hodnoty majetku, lebo účtovná hodnota vykazovaného majetku nemusí byť vedená správne. Štatutárny orgán sa môže brániť aj tým, že podal včas návrh na vyhlásenie konkurzu, keď sa dozvedel o stave v hospodárení, že dlžník je v úpadku. Základnou otázkou na preukázanie skutočnosti, že **neporušil povinnosť na vyhlásenie konkurzu** bude vždy preukazovanie konania s odbornou starostlivosťou pri výkone funkcie.

Jedným z dôvodov na zbavenie povinnosti zaplatiť sankciu je aj preukázanie skutočnosti, že člen štatutárneho orgánu chcel podať návrh na vyhlásenie konkurzu, ale nemohol konať v mene spoločnosti, lebo podľa vnútorných predpisov dlžníka viacerí členovia štatutárnych orgánov mohli konať spoločne. Člen štatutárneho orgánu, ktorý nemohol sám podať návrh na vyhlásenie konkurzu, je však povinný založiť v zbierke listín doklad o takomto pokuse podať návrh a príslušnému obchodnému registru poslať o tom oznámenie. Na zbavenie sa zodpovednosti za škodu bude musieť preukazovať, že konal s odbor-

nou starostlivosťou a že jeho hospodárske aktivity, ktoré vyvinul na odvrátenie úpadku, mohli reálne odvrátiť úpadok dlžníka. V prípade, ak správca nesúhlasí s dôvodmi, ktoré členovia štatutárneho orgánu uvádzajú na jeho výzvu a preukazujú vynaloženie odbornej starostlivosti pri výkone funkcie, ak nepodali návrh na vyhlásenie konkurzu, správca je oprávnený podať návrh súdu, aby rozhodol o povinnosti členov štatutárneho orgánu zaplatiť sankciu.

Zodpovednosť veriteľa a jeho štatutárnych orgánov

V súvislosti s postavením veriteľa v konkurznom konaní a pri podaní návrhu na vyhlásenie konkurzu treba uviesť, že veriteľ má právo, ale nemá povinnosť podať návrh na vyhlásenie konkurzu. Právo veriteľa podať návrh na vyhlásenie konkurzu vzniká pri platobnej neschopnosti dlžníka. Predpoklad na podanie návrhu na vyhlásenie konkurzu vzniká pre veriteľa, ak môže dôvodne predpokladať platobnú neschopnosť svojho dlžníka.

Veriteľ a jeho štatutárny orgán zodpovedá za škodu, ktorá vznikla v súvislosti s podaním návrhu na začatie konkurzného konania voči úpadcovi v súvislosti s účinkami konkurzného konania. Zodpovednosť za škodu veriteľovi vzniká, ak dlžník preukázal platobnú schopnosť vo vyjadrení k návrhu na vyhlásenie konkurzu, na základe čoho konkurzný súd konkurzné konanie zastavil. Predpokladmi vzniku zodpovednosti veriteľa za škodu je podanie návrhu veriteľa na vyhlásenie konkurzu, začatie konkurzného konania na základe návrhu veriteľa, zastavenie konkurzného konania pre osvedčenie platobnej schopnosti dlžníka, vznik škody a príčinná súvislosť medzi vznikom škody a účinkami návrhu na majetok a činnosť dlžníka v súvislosti so začatím konkurzného konania.

Zodpovednosť štatutárneho orgánu veriteľa za škodu vzniká vtedy, ak išlo o nedôvodný návrh. Aktívne legitimovaní na uplatnenie nároku na náhradu škody budú dlžník, ale aj iná osoba, napríklad obchodný partner dlžníka. Podaním návrhu na vyhlásenie konkurzu

v prípade, že sa nepreukáže jeho dôvodnosť, môže štatutárny orgán veriteľa spôsobiť dlžníkovi značnú ujmu najmä z hľadiska poškodenia jeho dobrého mena alebo tým, že po vydaní uznesenia o začatí konkurzného konania bude mať zastavené účty, nebude môcť vykonávať obvyklú hospodársku činnosť. Dlžník alebo iná osoba musia preukázať, že podaním neoprávneného návrhu na vyhlásenie konkurzu im vznikla škoda. Liberačným dôvodom zbavenia sa zodpovednosti štatutárneho orgánu za vzniknutú škodu je preukázanie, že pri podávaní návrhu na vyhlásenie konkurzu voči úpadcovi postupoval s odbornou starostlivosťou a v súlade so zákonom. Pri posudzovaní zodpovednosti štatutárneho orgánu za škodu vzniknutú dlžníkovi neoprávneným návrhom na vyhlásenie konkurzu sa bude musieť posudzovať celkový postup veriteľa a jeho štatutárneho orgánu pred podaním návrhu najmä, či zaslal výzvu dlžníkovi na zaplatenie pohľadávky po uplynutí 30 dní od lehoty splatnosti a aká bola reakcia dlžníka na túto výzvu. Pri podaní návrhu na vyhlásenie konkurzu musí veriteľ k návrhu pripojiť úradne osvedčené uznanie záväzku dlžníkom alebo vykonateľné súdne rozhodnutie.

Povaha zodpovednosti štatutárnych orgánov za škodu spôsobenú výkonom funkcie v konkurznom konaní

O úprave zodpovednosti štatutárnych orgánov za vzniknutú škodu v súvislosti s konkurzným konaním treba uviesť, že Obchodný zákonník neupravuje ich povinnosti v družstve, ako aj v kapitálových spoločnostiach. Povinnosti štatutárnych orgánov pri podaní návrhu na vyhlásenie konkurzu alebo vzniku zodpovednosti za nedôvodne podaný návrh sú upravené v samostatnom zákone o konkurze a reštrukturalizácii. V ňom sú upravené aj liberačné dôvody na zbavenie sa zodpovednosti za škody alebo povinnosti zaplatiť sankciu do všeobecnej konkurznej podstaty. Na základe úpravy v Obchodnom zákonníku preto nie je možné uplatňovať zodpovednosť štatutárneho orgánu za škodu spôsobenú pri výkone funkcie. Použije sa preto aplikačné pra-

vidlo o vzťahu Obchodného a Občianskeho zákonníka uvedené v § 1 Obchodného zákonníka, podľa ktorého sa pri absencii určitého ustanovenia v Obchodnom zákonníku použijú ustanovenia Občianskeho zákonníka. Pri posudzovaní zodpovednosti štatutárnych orgánov pri výkone funkcie a ich povinnosťami najmä v súvislosti s podaním návrh na vyhlásenie konkurzu sa preto bude vychádzať z ustanovenia § 420

Občianskeho zákonníka. Na základe uvedeného vznikne situácia, že v prípade zodpovednosti štatutárnych orgánov pri výkone funkcie za porušenie povinností ustanovených v Obchodnom zákonníku im vzniká objektívna zodpovednosť za vzniknutú škodu. Pri porušení ich povinností v súvislosti so zákonom o konkurze a reštrukturalizácii a posudzovaní nároku na náhradu škody však bude daná **ich subjektívna zodpovednosť** na základe princípu zavinenia. Z tohto hľadiska sa preto bude aj posudzovať dôkazné bremeno pri preukazovaní zodpovednosti za škodu a možnosti jej zbavenia sa.

Záverečné poznámky

V príspevku sme poukázali na otázky súvisiace so vznikom zodpovednosti za škodu spôsobenú štatutárnym orgánom pri výkone funkcie v družstve. Zodpovednosť za vznik škody spôsobenej družstvu štatutárnym orgánom pri výkone funkcie je založená na princípe objektívnej zodpovednosti za škodu s tým, že sú v zákone uvedené liberačné dôvody na zbavenie sa zodpovednosti. Posudzuje sa najmä otázka odbornej starostlivosti člena predstavenstva pri výkone funkcie, ktorú musí preukazovať člen na zbavenie sa zodpovednosti za škodu.

V konkurznom konaní vznikajú povinnosti úpadcovi v súvislosti s podaním návrhu na vyhlásenie konkurzu, ak je v predĺžení. Rovnaké povinnosti, aké sú uložené úpadcovi, vznikajú aj členovi štatutárneho orgánu družstva. Od 1. 1. 2013 však pri porušení povinnosti podať návrh na vyhlásenie konkurzu úpadcom je pre štatutárny orgán za-

kotvená nová sankcia, a to vložiť do všeobecnej konkurznej podstaty dvojnásobok základného imania družstva. Táto sankcia nahradila doterajšiu úpravu vzniku zodpovednosti za škodu spôsobenú nepodaním návrhu na vyhlásenie konkurzu. V zákone sa upravuje aj zodpovednosť štatutárneho orgánu veriteľa za nedôvodné podanie návrhu na vyhlásenie konkurzu na majetok dlžníka, ak tým bola dlžníkovi spôsobená škoda. Zodpovednosť štatutárneho orgánu veriteľa za spôsobenú škodu je založená na princípe zavinenia a posudzuje sa podľa § 420 Občianskeho zákonníka. Štatutárny orgán sa zodpovednosti môže zbaviť preukázaním, že pri podaní návrhu na vyhlásenie konkurzu postupoval s odbornou starostlivosťou. V súvislosti s uvedenou úpravou bude zaujímavé sledovať aplikáciu uvedených ustanovení v súdnej praxi.

Summary

The author deals with issues related to the liability of statutory representatives of cooperatives while performing their positions. The statutory representative must perform its particular position with due professional care, in the interest of the cooperative as well as in the interest of its members. The relationship existing between a cooperative and its statutory representative may be governed and regulated by an agreement on the performance of official duties, however, having such agreement is not mandatory. In the absence of such agreement any act(s) to be taken or performed by the statutory representative shall be subject *mutatis mutandis* to the provisions on the contract of mandate, under which the statutory representative is also obliged to perform his/her position with due professional care. The statutory representative's liability is thus based on the principle of strict liability, which, however, does not mean that the statutory representative may be held liable for any loss or damage suffered by the cooperative, but only for a breach of the duty to perform his/her position with due professional care.

The contribution focuses on the analysis of the status of statutory representatives in insolvency proceedings and their rights as well as liability for loss caused by violation of the obligation to submit a petition for declaration of bankruptcy. The author makes a reference to the discharge of liability for damage. The article also highlights the constitution of liability for loss caused by statutory representatives in case of improper petition for declaration of bankruptcy.

OCHRANA SUBROGAČNÉHO NÁROKU RUČITEĽA

JOZEF ŠTEFANKO

Abstrakt: Základným prvkom zabezpečenia záväzku ručením je ručiteľova subrogácia do práv veriteľa v dôsledku plnenia za dlžníka. Príspevok sa zaoberá otázkou, ako slovenský právny poriadok zabezpečuje, že ručiteľ bude môcť svoju následnú pohľadávku voči dlžníkovi efektívne realizovať, najmä vzhľadom na konanie veriteľa a solventnosť dlžníka. Posudzuje tiež, do akej miery je ochranné ustanovenie v súčasnom znení slovenského Občianskeho zákonníka efektívne využívané a zvažuje vhodnosť jeho reformy.

Kľúčové slová: ručenie; ochrana ručiteľa; subrogácia; nečinnosť veriteľa; Občiansky zákonník

1. Úvod

Koncept úveru či pôžičky zabezpečenej majetkom iného subjektu je prirodzenou súčasťou každodenného života podnikateľov, ako aj jednotlivcov v pozícii spotrebiteľa. Je rovnako prirodzeným dôsledkom vzniku takýchto nanajvyš citlivých právnych vzťahov medzi dlžníkmi, veriteľmi a poskytovateľmi osobnej či vecnej záruky, že do popredia vystupujú otázky vzájomnej dôvery, neistoty i morálnych záväzkov medzi týmito subjektmi. Ba čo viac, na pozadí nedávnej finančnej krízy sa na Slovensku vyskytli názory úplne spochybňujúce hospodárstvo založené na úverovaní spotreby, volajúce po kriminalizácii úverovania, rovnako ako je to v prípade korupcie.¹ Napriek tomu

1 Por. Makayová, L.: Autor knihy o bankrote pre HN: Pôžička by mala byť trestný čin. Ako korupcia, in: Hospodárske Noviny (Bratislava), 23.04.2010, (dostupné na: <http://style.hnonline.sk/kultura-135/autor-knihy-o-bankrote-pre-hn-pozicka-by-mala-byt-trestny-cin-ako-korupcia-379464>, navštívené 30.06.2014).

dostupnosť finančných zdrojov je kľúčom k rýchlemu a plynulému rozvoju trhu najmä v čase zásadných štrukturálnych zmien a k zabezpečeniu siete jeho fundamentálnych elementov – malých a stredných podnikov. Pôžičky zabezpečené osobným ručením určitého subjektu vždy tvorili podstatnú zložku financovania subjektov, ktoré nedisponujú dostatočnými vlastnými aktívami, a preto v prípade efektívneho právneho rámca majú zásadný potenciál prispievať k celkovému rozvoju ekonomík v transformácii.²

Avšak poskytovanie finančných prostriedkov zabezpečené majetkom iného subjektu je oblasťou náchylnou na zneužitie či ľstivé využitie osoby ručiteľa, resp. jeho majetku dlžníkom. Napríklad možno spomenúť prevzatie ručenia za pochybné pohľadávky dlžníka jeho spriazneným subjektom, akým je štátom vlastnená banka či samosprávny subjekt.³ Nedobromyselné motívy primárneho dlžníka či nevýhodnosť financovaného projektu sa môžu ukázať až s mnohoročným oneskorením, nehovoriac o zväčša nulovej efektivitve postihnutia takéhoto konania prostriedkami realizácie práva. Riešenie pochybných zabezpečených transakcií ručiteľom ex post je spravidla neúspešné, či už je to formou domáhania sa neplatnosti hlavného i akcesorického záväzku, odmietnutia plnenia alebo náhrady škody, a konečnou „obetou“, t. j. osobou, ktorá finančné dôsledky transakcií tohto typu bude znášať, je ručiteľ.

2 Por. Röver, J.-H.: Secured Lending in Eastern Europe: comparative law of secured transactions and the EBRD model law, Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 7 et seq.

3 O transakciách tohto typu por. napr. „Informácia o príčinách, ktoré viedli ku krachu Devín banky, a. s. a o krokoch vlády SR a Národnej banky Slovenska od r. 1998 po nútenú správu na zabezpečenie ochrany vkladov a riadneho fungovania banky“ (Materiál z rokovania vlády SR, č. 6410/2001 (177/2001), 26. 9. 2001), (dostupné na: <http://www.rokovania.sk/Rokovanie.aspx/BodRokovaniaDetail?idMaterial=1097>, navštívené 30.06.2014); Bača, I.: Ďalší škandál na bansko-bystrickej radnici (www.poslanec.sk, 23. 04. 2006), (dostupné na: http://www.poslanec.sk/www.poslanec.sk/old_site/view.php?cislocianku=2006042302, navštívené 30.10.2012).

Cieľom tohto príspevku je preskúmať, či a ako slovenský právny poriadok zabezpečuje, že ručiteľ bude môcť svoju následnú pohľadávku voči dlžníkovi efektívne realizovať, najmä vzhľadom na konanie či aktivitu veriteľa a následnú insolventnosť dlžníka. Zovšeobecnene možno hovoriť o preventívnej ochrane následnej subrogácie ručiteľa do veriteľských práv, t. j. aby prostriedky, ktoré z titulu ručenia vynakladá, dostal aj efektívne nahradené od dlžníka.

Z hľadiska komplexnej reformy súkromného práva na Slovensku majú úvahy o právnych vzťahoch riešených v súčasnosti ustanovením § 549 Občianskeho zákonníka značný význam. Na jednej strane je treba zvážiť odôvodnenosť právnej úpravy, ktorá nemá takmer žiadne uplatnenie v právno-aplikačnej praxi⁴ a na druhej strane možno v nadchádzajúcom čase dôvodne očakávať zvýšenú mieru používania tohto ustanovenia. Totiž odstránením dualizmu zmluvného systému v občianskoprávných a obchodno-právnych vzťahoch je zrejmé, že v rámci sporovej agendy podnikateľských subjektov bude eventualita „odmietnutia plnenia“ ručiteľmi aspoň zvažovaná a zrejme i judikovaná⁵ a už v súčasnosti ju možno v súvislosti s ochranou spotrebiteľa pri uzatváraní spotrebiteľských zmlúv považovať za garantovanú.⁶

4 Na podklade vykonanej rešerše publikovaných rozhodnutí súdov SR i ČR s použitím tejto normy hodnotíme, že interpretačná a aplikačná činnosť súdov je v súčasnosti minimálna, takmer nulová a v najväčšej miere sa obmedzuje na konštatovanie o nepoužitelnosti občianskoprávnej úpravy ručenia (a § 549) na obchodné záväzkové vzťahy.

5 V Českej republike bolo znenie § 549 Občianskeho zákonníka prevzaté do ust. § 2022 zák. č. 89/2012 Sb. Občianský zákoník: „Ručitel může plnění odepřít, pokud věřitel zavinil, že pohledávka nemůže být uspokojena dlužníkem.“

6 Por. ust. § 54 ods. 1 Občianskeho zákonníka (ďalej aj „OZ“): „Zmluvné podmienky upravené spotrebiteľskou zmluvou sa nemôžu odchyliť od [Občianskeho zákonníka] v neprospech spotrebiteľa“ v spojení s § 52 ods. 1 OZ: „Spotrebiteľskou zmluvou je každá zmluva bez ohľadu na právnu formu, ktorú uzatvára dodávateľ so spotrebiteľom.“

2. Predmet analýzy a základné právne otázky

Pre posúdenie možností a efektivity ochrany ručiteľa vychádzajme zo situácie, v ktorej medzi dlžníkom a veriteľom je uzatvorená zmluva o pôžičke a tretia osoba ako ručiteľ vyhlási, že uspokojí pohľadávku veriteľa, ak ju nesplatí dlžník (prevezme ručenie). Platnosť pohľadávky veriteľa môže byť sporná (napr. pre obchádzanie zákona, úžery a pod.). Pred splatením dlhu sa dlžník postupne zbaví všetkého majetku. Po splatnosti dlhu dlžníka i ručiteľa súd zaviaže veriteľovi pohľadávku splniť. Ručiteľ odmieta súdom priznaný dlh zaplatiť, pretože si je vedomý, že následne od dlžníka žiadnu náhradu nedostane, a keďže veriteľ nevyvinul žiadnu aktivitu smerujúcu k včasnému vymáhaniu pohľadávky od dlžníka napriek upozorneniam ručiteľa, mal by negatívne dôsledky insolvenčie dlžníka znášať sám.

Takto vymedzený skutkový stav⁷ vyvoláva mnoho konkrétnych právnych otázok, ku ktorým pristupuje náš právny poriadok s konkrétnymi riešeniami, pričom je možné posúdiť, ako pri tom chápe alokáciu zmluvného rizika a mieru ochrany konkrétnych záujmov medzi stranami záväzku.

Konkrétne z hľadiska (a) *veriteľa* treba zvážiť: Má povinnosť vy-máhať pohľadávku určitým spôsobom? Má určitú povinnosť starostlivosti vo vzťahu k pohľadávke? Má nejaké povinnosti vo vzťahu k ručiteľovi? Zmení sa jeho situácia, ak dlžník konal s vedomím ručiteľa? Z hľadiska (b) *ručiteľa* je významné: Má oznamovaciu povinnosť voči veriteľovi? Má akékoľvek právo sám zakročiť proti úkonom dlžníka? Čo v prípade, ak dlžník koná s vedomím veriteľa?

Najdôležitejšie však bude ustáliť, aká ochrana je ručiteľovi dostupná: následná ochrana (napr. náhrada škody)? preventívna ochrana (odmietnutie plnenia)? A napokon, či mu akékoľvek právne prostriedky ochrany ostanú zachované aj po tom, čo pohľadávka bola voči

7 Základné prvky skutkového stavu boli prepožičané zo skutočne judikovanej veci podľa rozsudku Najvyššieho súdu SR z 26.06.2008, č. k. 4 M Cdo 7/2008.

dlžníkovi/ručiteľovi judikovaná, eventuálne aj zaplatená ručiteľom (vymožená).

3. „Subrogácia“, subrogačný nárok a jeho ochrana

Základným prvkom zabezpečenia záväzku ručením, ktorý ho jasne odlišuje od spoločných záväzkov, je ručiteľova následná subrogácia do práv veriteľa v dôsledku plnenia za dlžníka. Subrogáciu možno definovať ako „nahradenie jedného zo subjektov záväzku (veriteľa) tretím subjektom, ktorý splnil dlh za nahradzovanú stranu, v dôsledku čoho tento tretí subjekt vstupuje do práv nahradzovaného subjektu (veriteľa), vrátane jeho zabezpečovacích práv“.⁸ Z komparatívneho právneho výskumu vychádza aj záver, že subrogácia ručiteľa do veriteľských práv je jednotným znakom akcesorického osobného zabezpečenia záväzku v rámci rôznych právnych systémov,⁹ tak ako je to i v prípade Slovenska.¹⁰ Rozdiely sa už objavujú vo vzťahu k rozsahu subrogácie, najmä v otázke, či ručiteľ vstúpi i do zabezpečovacích práv veriteľa, t. j. či ho nahradí v plnosti jeho právnej pozície (úplná subrogácia), alebo bude jeho pohľadávka oproti veriteľovej pohľadávke obmedzená iba na priamu peňažnú náhradu svojho plnenia od osoby primárneho dlžníka (regresná náhrada, obmedzená subrogácia či obmedzená zákonná cessia).

Okrem toho ručiteľovým protiplnením či kauzou právneho úkonu ručenia spravidla nie je poskytnutie odplaty, ale skôr splnenie morálneho či etického záväzku voči dlžníkovi.¹¹ Jeho právo na poskytnu-

8 Garner, B. A. (ed.): Black's Law Dictionary: Third pocket edition, St. Paul: Thomson/West, 2006, s. 684.

9 Drobnič U. (ed.): Principles of European Law : Personal security, Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 281.

10 § 550 OZ, por. aj § 308 Obchodného zákonníka v znení účinnom k 30.11.2012 (ďalej aj „OBZ“).

11 Dokonca aj v právnych systémoch common law, kde sa pre vynúiteľnosť záväzku spravidla vyžaduje reálna protiváha plnenia tzv. consideration, v prípade ru-

tie náhrady za plnenie, ktoré za dlžníka odovzdal, je prakticky jeho jedinou možnosťou, ako zo svojej negatívnej právnej pozície vyťažiť aspoň vyrovnanie majetkovej ujmy na nulu. Vzhľadom na túto skutočnosť možno považovať za želateľné, aby toto jeho právo disponovalo aspoň takou mierou ochrany, ktorá zabezpečí, že nebude musieť znášať majetkovú ujmu v prípadoch nedbanlivostného či úmyselného konania subjektov, ktoré môžu reálne ovplyvniť následnú solventnosť dlžníka a z toho vyplývajúcu vymožitelnosť regresného (subrogačného) nároku ručiteľa. V ďalšom preskúvame, akú formu by najpriateľnejšia ochrana ručiteľa v tomto ohľade mala mať, resp. aká je ručiteľovi poskytovaná ochrana u nás.

3.1. Ručenie v slovenskom práve

Slovenská republika do nadobudnutia účinnosti zák. č. 89/2012 Sb. Občanský zákoník a súvisiacej legislatívy mala zhodný hmotnoprávny základ všeobecnej úpravy ručenia s Českou republikou. Základom hmotnoprávnej úpravy ručiteľských vzťahov sú ustanovenia § 546 – § 550 OZ. O do značnej miery trvalej povahe úpravy ručenia svedčí aj to, že text relevantných ustanovení ostal prakticky nedotknutý od prijatia OZ v r. 1964. Prirodzene, ich hospodársky význam značne vzrástol po zmene štátneho režimu v r. 1989.

Ručenie je chápané ako základná forma osobného zabezpečenia záväzku, zmluva medzi veriteľom a ručiteľom,¹² z ktorej záväzok je ak-

čiteľského subsidiárneho záväzku bude nevyhnutná iba výnimočne. Por. napr. § 9 Restatement of the Law Third, Suretyship and Guaranty, 1996 (dostupné online: <http://www.lexis.com/research/xlink?sourceselection=topical&category=3002002>).

12 Najmä vo vzťahu k ručeniu v obchodných záväzkových vzťahoch býva minoritne zmluvný charakter ručenia spochybňovaný. Por. napr. Jakubovič, D.: *Záväzkové vzťahy a zabezpečovacie právne inštitúty v obchodnom práve*, Bratislava: VEDA, vydavateľstvo SAV, 2004, s. 137.

cesorický¹³ voči hlavnému záväzku medzi dlžníkom a veriteľom, a ak nie je dohodnuté inak, záväzok ručiteľa je subsidiárny voči záväzku dlžníka.¹⁴

Okrem občianskoprávnej úpravy ručenia v ust. § 303 – § 312 OBZ možno nájsť rozsiahlu úpravu tohto inštitútu pre obchodné záväzkové vzťahy. Komentátori¹⁵ i súdy¹⁶ z toho spravidla vyvodzujú, že osobitná, komplexná úprava v OBZ vylučuje použitie zodpovedajúcich ustanovení OZ na podklade zásady *lex specialis derogat legi generali*. Hoci v podstatných prvkoch je úprava obsahovo zhodná, OBZ obsahuje niekoľko významných odchýlok¹⁷ od všeobecnej úpravy ručenia, najmä neobsahuje žiaden ekvivalent k § 549 OZ. Pravda, konkurujúce ustanovenia OBZ musia nepochybne v obchodných záväzkových vzťahoch dostať prednosť, no v prípadoch, keď *lex specialis* určitú špecifickú situáciu neanticipuje (ako je napr. právo ručiteľa odoprieť plnenie), neznamená to, že vylučuje použitie všeobecnej úpravy, ktorá riešenie ponúka. Práve naopak. V znení § 1 ods. 2 OBZ možno jasne čítať, že na právne otázky nijako nepokryté obchodno-právnou úpravou majú byť aplikované ustanovenia OZ, ktoré vskutku poskytujú špecifické riešenia na ne. Domnievame sa preto, že použiteľnosť OZ na obchodno-právny ručiteľský záväzok *per se* nie je vylúčená, čo nadobúda význam najmä vo vzťahu k nami uvažovanému skutkovému

13 Ručiteľský záväzok je zásadne existenčne a obsahovo závislý od hlavného záväzku. Por. § 304 ods. 2 a § 311 ods. 2 OBZ (obsahujúce určité výnimky z tejto zásady v obchodných záväzkových vzťahoch). Všeobecne k akcesorite ručenia: Matula, Z., Vlkoš, P.: K námietkám ručiteľa po smrti hlavného dlžníka, Časopis pro právní vědu a praxi, 2010, roč. 18, č. 3, s. 290 – 294.

14 Por. § 548 ods. 1 OZ.

15 Por. Ovečková, O. et al.: Obchodný zákonník : Komentár. 1. vyd. 2. zv., Bratislava: Iura Edition, 2005, s. 78; Štenglová, I. et al. Obchodní zákoník. Komentář. 10. vyd. Praha: C. H. Beck, 2005, s. 1052.

16 Por. napr. rozhodnutia Najvyššieho súdu SR: 5 Cdo 120/2010 z 29.03.2012, s. 8; 2 Obo 17/2010 z 17.02.2011, s. 8; 4Obo/103/2008 z 14.07.2009, s. 8 – 9.

17 Porovnaj napr. § 311 ods. 2, § 323 ods. 3 OBZ.

stavu.¹⁸ Tento právno-teoretický rozpor však bude zrejme odstránený aj v SR v rámci zjednotenia úpravy súkromnoprávných záväzkových vzťahov v rekonštruovanom Občianskom zákonníku.¹⁹

3.2. Ochrana subrogačného nároku ručiteľa podľa slovenského práva

Hneď na úvod treba uviesť jednu poznámku o subrogácii v rámci ručiteľských právnych vzťahov v SR. Kým Občiansky zákonník v ustanovení § 550 hovorí iba o tom, že „ručiteľ, ktorý splnil dlh, je oprávnený od dlžníka požadovať náhradu za plnenie poskytnuté veriteľovi“, podľa ustanovení Obchodného zákonníka dochádza momentom splnenia záväzku ručiteľom v zmysle § 308 k zásadnej zmene postavenia ručiteľa, ktorý „...nadobúda voči dlžníkovi práva veriteľa...“ a dochádza k zániku jeho záväzku voči pôvodnému veriteľovi. Právne následky v prípade oboch ustanovení zrejme budú totožné, hoci úprava OBZ je bližšia uvedenej definícii subrogácie. Povaha tohto procesu môže byť sporná,²⁰ ale nepochybne z neho vyplýva jedna skutočnosť: práva veriteľa, ktoré má následne ručiteľ k dispozícii, nezahŕňajú jeho ďalšie zabezpečovacie práva²¹ (iní ručiteľia, iné zabezpečovacie prostriedky), ak nie je zmluvne

18 Podobne k použiteľnosti § 549 OZ na obchodné záväzkové vzťahy aj Pelikánová, I. Komentár k obchodnému zákoníku. 3. díl. Praha: Linde, 1996, s. 633.

19 Por. Lazar, J. et al.: Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva. Materiály z odbornej konferencie Ministerstva spravodlivosti, Bratislava: Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky, 2008, s. 19 – 22.

20 Na jednej strane sa považuje za úplne nové právo, ktoré vzniká ručiteľovi ako zákonný následok jeho plnenia. Por. Fiala, J. et al.: Občiansky zákoník: Poznámkové vydání s judikaturou. 12. vyd., Praha: Linde Praha, 2006, s. 487; Na druhej strane ho iní považujú za formu „legálnej cesie“, t. j. subrogácie do práv a právneho postavenia veriteľa vo vzťahu ku hlavnému dlžníkovi. Por. Lazar, J. et al.: Občianske právo hmotné: záväzkové právo: právo duševného vlastníctva. 3. vyd., Bratislava: Iura Edition, 2006, s. 76; Ovečková, O.: dielo cit. v pozn. 15, s. 85.

21 Por. komplexný výklad otázky Nejvyšším soudem ČR v rozsudku z 09.06.2005, sp. zn. 29 Odo 563/2003, publ. v Sb.: 18/2006, vo vzťahu k záložnému právu,

dohodnuté inak. Na tieto účely treba v slovenskom právnom poriadku „subrogáciu“ ručiteľa používať s uvedenou výhradou.

Relevantným ustanovením, ktoré pokrýva situácie ohrozenia vynútiteľnosti náhrady plnenia ručiteľa voči dlžníkovi je § 549 OZ, podľa ktorého: „Ručiteľ môže plnenie odoprieť, pokiaľ veriteľ zavinil, že pohľadávku nemôže uspokojiť dlžník.“

Vo všeobecnosti vynútiteľnosť ručiteľovho subrogačného práva *per se* nemá prioritné postavenie oproti pohľadávke veriteľa, lebo to by bolo v priamom rozpore so zmyslom ručenia a jeho zabezpečovacou funkciou. Nie je preto prekvapujúci súdom vyslovený a dlhodobo ustálený právny názor, podľa ktorého „pre uplatnenie nároku veriteľom proti ručiteľovi dlžníka nie je rozhodujúce, či a v akom rozsahu môže ručiteľ vymôcť od dlžníka náhradu za plnenie, ktoré poskytol veriteľovi za dlžníka. ... ručiteľ nemôže proti veriteľovi uplatňovať námietku, že dedičia dlžníka zodpovedajú za jeho dlhy len do výšky ceny nadobudnutého dedičstva“.²²

Ručiteľ bude oprávnený odoprieť plnenie výlučne v prípade, ak veriteľ zavinil, že dlžník nie je schopný uspokojiť pohľadávku. Autori v tejto súvislosti jednomyselne uvažujú o prípade otáľania veriteľa s vymáhaním zabezpečenej pohľadávky a následnej platobnej ne-

vychádzajúci najmä z argumentu, že zákonná cesia ručiteľa sa líši od iného prechodu práva na nový subjekt tým, že pôvodný záväzok veriteľa zanikne uspokojením a ručiteľ sa stane „novým veriteľom“ s „novou“ pohľadávkou. Vo vzťahu k osobitnej úprave záložného práva v SR treba poznamenať, že ak by sme uznali, že ručiteľova „zákonná cesia“ či „subrogácia“ je „inou zmenou v osobe oprávnenej zo záložným právom zabezpečenej pohľadávky“ v zmysle § 151c ods. 3 OZ, potom by ručiteľovi bolo možné priznať nadobudnutie aj záložných práv uspokojeného veriteľa, nie však z titulu všeobecných účinkov ručiteľskej subrogácie, ale z osobitnej úpravy záložného práva. Proti tomu však svedčí najmä jazykové vyjadrenie § 550 OZ.

22 Rozsudok Najvyššieho súdu ČSR z 26.01.1973, sp. zn. 1 Cz 78/72 (R 62/1973). K analýze dôvodnosti cit. judikátu v súvislostiach por. Matula, Z., Vlkovič, P.: dielo cit. v pozn. 13.

schopnosti dlžníka (napr. kvôli úpadku a konkurzu).²³ Z jazykového vyjadrenia práva ručiteľa odoprieť plnenie sa javí, že záväzok veriteľa pretrvá aj po jeho uplatnení a dôsledkom bude iba zamietnutie žaloby veriteľa voči ručiteľovi.²⁴ Ak by sa majetkové pomery dlžníka následne zmenili k lepšiemu, ručiteľ by nemal skutkový základ na opätovné uplatnenie tejto námietky. Avšak právna teória tvrdí²⁵ a zhodne určil Najvyšší súd SR,²⁶ že len čo ručiteľ dôvodne odmietne plnenie voči veriteľovi, jeho záväzok voči veriteľovi zaniká a spolu s ním aj zodpovedajúca pohľadávka veriteľa voči ručiteľovi. Je to veľmi dôležité objasnenie významu slov „môže plnenie odoprieť“, pretože tým veriteľ stráca právo opätovne požadovať plnenie od ručiteľa kvôli zmene dlžníkovej solventnosti, a sú tak súdom priznané záväzné právne následky veriteľovho nezodpovedného konania *pro futuro*, bez ohľadu na to, či sa ich skutkové opodstatnenie – zlá majetková situácia dlžníka – následne upraví.

3.3. Osobitné práva a povinnosti subjektov predmetného záväzku

Je zrejmé, že normatívne vyjadrenie ochrany ručiteľa pre prípad ohrozenia vymožitelnosti jeho subrogačných práv voči dlžníkovi v texte zákona je v SR veľmi stručné, rovnako ako rozsah jeho výkladu podávaný komentátormi, a judikatúra súdov prakticky absentuje. Súdny rozhodujúce o našom „základnom“ skutkovom stave museli preto použiť inovatívne dôvodenie a kreatívnu interpretáciu stručného ustanovenia.

Po prvé, je zrejmé, že veriteľ je zatažený bližšie nešpecifikovanou

23 Por. napr. Vojčík, P. et al.: Občiansky zákonník : stručný komentár, Bratislava: Iura Edition, 2008, s. 685.

24 Tamže.

25 Lazar, J. et al.: dielo cit. v pozn. 20, s. 77; Giese, E. et al.: Zajištění závazků v České republice. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2003, s. 220.

26 Rozsudok Najvyššieho súdu SR z 26.06.2008, č. k. 4 M Cdo 7/2008, s. 3.

povinnosťou ohľadu či starostlivosti voči legitímnemu očakávaniu ručiteľa. OZ však nerozoznáva žiaden osobitný štandard, napr. objektivizovaný štandard primerane obozretnej osoby,²⁷ na určenie miery starostlivosti, ktorú by mal veriteľ prinajmenšom vynaložiť. Obdobne nie je priamo ustanovená *povinnosť veriteľa vymáhať dlh* primeraným spôsobom. Túto funkciu v slovenskom práve plní požiadavka zavinenia (úmyselného či nedbanlivostného)²⁸ pri konaní veriteľa. Jej naplnenie, t. j. aspoň nevedomá nedbanlivosť veriteľa vo vzťahu k možnej nevykonalnosti subrogačnej pohľadávky ručiteľa voči dlžníkovi, však bude zrejme zahŕňať situácie, ktoré nápadne pripomínajú porušenie povinností akéhosi objektívneho „pocitvého hospodára“.²⁹

Treba tiež uviesť, že povinnosti veriteľa pri uzatváraní zmluvy a vymáhaní zabezpečenej pohľadávky od dlžníka súdy vykladajú skôr reštriktívne. Veriteľ nie je napr. povinný osobitne skúmať rizikovosť dlžníka z hľadiska potenciálnej nevykonalnosti subrogačnej pohľadávky ručiteľa.³⁰ Obdobne veriteľ zrejme nie je povinný prednostne

27 Por. čl. IV.G.–2:110:(2) DCFR: Principles, definitions and model rules of European private law : Draft Common Frame of Reference (DCFR), [1st] full ed., Munich: Sellier, 2009; (ďalej iba „DCFR full ed.“), zv. 3, s. 2660 a 2662-3. K celému procesu bližšie: Štefanko, J.: Právna veda na ceste k spoločnému súkromnému právu v Európe. In: „Mílniky práva v stredoeurópskom priestore 2009“, zborník z konferencie 16. – 18.4.2009, Častá-Papiernička. [1. časť] Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2009, s. 56 – 71; Jančo, M. a kol.: Európske súkromné právo, Bratislava: Euroiuris, 2012, s. 36 a nasl.

28 Por. § 549 OZ („... pokiaľ veriteľ zavinił...“). Por. aj Lazar, J. et al.: dielo cit. v pozn. 20, s. 76.

29 Možno uvažovať o situáciách, ak veriteľ napr. (1) odďaluje vymáhanie splatnej pohľadávky dlžníka, hoci si je vedomý, že finančná situácia dlžníka sa zhoršuje, (2) ak čaká pokým sa dlžník stane insolventným, a až následne vymáha pohľadávku od ručiteľa, (3) ak sa z akýchkoľvek dôvodov vzdá osobného alebo vecného zabezpečenia pohľadávky voči dlžníkovi, ktorý sa následne dostane do úpadku. Por. DCFR full ed., dielo cit. v pozn. 27, zv. 3, s. 2660.

30 Por. rozsudok Nejvyššího soudu ČR z 27.11.2009, sp. zn. 23 Cdo 3884/2007 („...je to ručitel, kto sa musí starať o to, či osoba, za ktorú sa hodlá zaručiť, bude schopná zaručenú povinnosť splniť, a pokiaľ nedbá na elementárnu obozretnosť,

využiť na úhradu dlhu vecné zabezpečenie záväzku³¹ (čím sa ručiteľova pozícia zjavne sťažuje v dôsledku neúplnej subrogácie podľa slovenského práva). Veriteľ ďalej nie je bez ďalšieho povinný uplatňovať svoju pohľadávku súdne vzhľadom na práva ručiteľa.³²

Po druhé, ručiteľ má výslovne zakotvené právo preventívne chrániť svoj majetok pred veriteľom tým, že *platne odmietne plniť*. Osobitným problémom je právo ručiteľa *priamo zabrániť dlžníkovi v konaní*, ktoré by ohrozovalo výkon jeho subrogačného nároku. Hoci dosiaľ tento interpretačný aspekt nebol jednoznačne judikovaný, právo odporovať ukracujúcim právnym úkonom dlžníka s následkom ich relatívnej neúčinnosti na Slovensku patrí veriteľovi.³³ Preto ručiteľ, ktorý pojmovo nespadá do definície veriteľa predtým než sám neplní za dlžníka,³⁴ sa zrejme sám nemôže domáhať neúčinnosti právnych úkonov dlžníka či iných preventívnych opatrení priamo voči nemu. Čo však urobiť môže, a čo podľa vyššie označeného „paradigmatického“ skutkového stavu urobil, je oznámiť situáciu veriteľovi, čím nepriamo – založením

je samozrejmé, že právom ju zaťažia dôsledky neplnenia povinnosti dlžníkom“).

31 Por. rozsudok Najvyššieho súdu SR z 14.07.2009, č. k. 4 Obo 103/2008 („Je bez významu, či veriteľ využil všetky možnosti na to, aby dosiahol uspokojenie svojej pohľadávky proti dlžníkovi. Ak je pohľadávka zabezpečená aj iným spôsobom ako ručením, (napríklad záložným právom), dáva to veriteľovi právo, ale nie povinnosť dosiahnuť uspokojenie pomocou tohto zabezpečenia. Nevyužitie tohto práva nie je možné považovať za zavinenie na tom, že pohľadávku nemohol uspokojiť dlžník.“):

32 Rozsudok Nejvyššího soudu ČR z 27.11.2009, sp. zn. 23 Cdo 3884/2007.

33 § 42a ods. 1 OZ.

34 Inak je to vo vzťahu medzi veriteľom a ručiteľom či iným akcesorickým alebo subsidiárnym dlžníkom veriteľa, ktorých ukracujúcim úkonom veriteľ môže odporovať už pred splatnosťou primárneho dlhu (Por. Usnesení Nejvyššího soudu ČR z 01.09.2006, sp. zn. 30 Cdo 461/2006 a v ňom cit. rozhodnutia). Ručiteľ vo vzťahu k dlžníkovi na rozdiel od uvedených prípadov nie je vo veriteľsko-dlžníckom vzťahu k dlžníkovi, keďže subrogácia v zmysle slovenského pozitívneho práva (náhrada plnenia) konštituuje pohľadávku ručiteľa a až v tej chvíli bude ručiteľ môcť realizovať všetky práva, ktoré legálne patria veriteľovi (Por. argumentáciu v pozn. 21).

vedomosti – „aktivizuje“ jeho povinnosť starostlivosti. Hoci žiadna takáto povinnosť nie je v právnom predpise zakotvená, je v záujme ručiteľa oznámenie urobiť, aby v závislosti od konkrétneho skutkového stavu následne mohol zvýšiť svoju argumentačnú pozíciu vo vzťahu k zavinenému konaniu veriteľa.

V otázke vedomosti a *spoločného nedobromyselného konania* dlžníka s veriteľom, príp. ručiteľom, možno jednoznačne vyhodnotiť, že majú právnu relevanciu vo vzťahu k vzniku práva ručiteľa odprieť plnenie. Totiž ako skutkové otázky by mohli špecificky potvrdiť alebo vyvrátiť zavinenie veriteľa na dlžníkovej pauperizácii. Prirodzene, ak by takéto „dohody“ vyústili do nemožnosti ručiteľa vymôcť svoje práva, do ktorých subrogáciou vstúpil, skutkový predpoklad § 549 OZ by bol naplnený. Naopak, ak by osobou v kolízii záujmov bol sám ručiteľ, nemohol by negatívne majetkové dôsledky svojho konania prenášať na veriteľa, lebo veriteľovi by nebolo možné pričítať zavinenie na strane práv ručiteľa. Veriteľ, ktorý nekoná obozretne (nevymáha plnenie a pod.) v situácii, keď by to nebolo možné objektívne očakávať (vychádzajúc z testu aspoň nevedomej nedbanlivosti veriteľa), o svoju pohľadávku voči ručiteľovi nepríde. V tejto súvislosti treba pripomenúť, že existencia a závažnosť skutočností, ktoré by mali spôsobiť vznik oprávnenia ručiteľa plnenie odprieť (a tomu zodpovedajúcu stratu práv veriteľa), je otázkou skutkovou a bremeno tvrdenia i dôkazné bremeno by tu zaťažovalo ručiteľa, domáhajúceho sa ochrany pred veriteľom.

Napokon významným determinantom efektivity ochrany subrogačného nároku ručiteľa, a tiež zásadným interpretačným príspevkom Najvyššieho súdu SR, je riešenie otázky *trvania a vymáhateľnosti práva ručiteľa* odprieť plnenie. Už dlhodobo bola ochrana ručiteľa priznávaná v trvaní prekračujúcom život dlžníka, v prípade, ak zavinené konanie veriteľa nastalo pred smrťou dlžníka.³⁵ Najvyšší súd

35 Por. Fiala, J. et al.: dielo cit. v pozn. 20, s. 487; Giese, E. et al.: dielo cit. v pozn. 25, s. 222.

však judikoval, že toto právo ručiteľa má byť posudzované osobitne od primárneho dlhu, a ani vykonateľný rozsudok na plnenie voči ručiteľovi nebráni ručiteľovi v uplatnení tohto práva, ak sú splnené ďalšie podmienky.³⁶ V ďalšom štádiu súd výslovne odmietol názor odvolacieho súdu, že ručiteľ je oprávnený uplatniť toto právo (ako obranu) iba v konaní o plnenie a dodatočne už takúto možnosť nemá. Naopak, vyslovil, že ručiteľ je oprávnený právo odmietnuť plnenie realizovať počas celého trvania primárneho dlhu „...prípadne aj v exekučnom konaní, predmetom ktorého je vymáhanie pohľadávky proti ručiteľovi. ... samotná okolnosť, či k zavinenému správaniu veriteľa majúcemu za následok nemožnosť uspokojenia pohľadávky dlžníkom došlo pred alebo po vydaní [exekučného] titulu nie je rozhodujúca.“³⁷ Pretrvanie možnosti uplatniť právo odoprieť plnenie má obzvlášť význam v prípade, ak v konaní o plnenie je predmetom samotná existencia pohľadávky veriteľa (najmä pre platnosť zmluvy, ktorá je jej právnym dôvodom).

V dôsledku uvedeného je zjavné, že ak sa zavinením veriteľa dlžník stane insolventným vo vzťahu k ručiteľovi, ručiteľ je oprávnený nielen preventívne odoprieť plnenie, ale je tiež oprávnený domáhať sa od veriteľa vrátenia plnenia, ktoré na ňom bolo už vymožené z titulu ručenia.

4. Záver

Základnou a najdôležitejšou povinnosťou ručiteľa je plniť v zmysle svojho záväzku veriteľovi namiesto dlžníka a nevyhýbať sa právnymi či faktickými obštrukciami svojmu záväzku. Obozretná osoba si preto dobre premyslí, či ručiť bude. Legitímnym očakávaním ručiteľa však vždy bude, že prípadné majetkové straty vyplývajúce z celej zabezpe-

36 Por. Rozsudok Najvyššieho súdu SR z 26.10.2006, č. k. 2 Cdo 213/2006, s. 7 (existujúci rozsudok na plnenie proti ručiteľovi nezakladá prekážku rei iudicatae).

37 Rozsudok Najvyššieho súdu SR z 26.06.2008, č. k. 4 M Cdo 7/2008, s. 3 a 5.

čovanej transakcie bude znášať iba subsidiárne. Ako sme uviedli, ak niekoho (veriteľovo) nemorálne či nedbalé konanie zmarí toto legitímne očakávanie ručiteľa, jeho právna povinnosť plniť tým môže byť redukovaná či úplne zaniknúť.

Slovenské právo poskytuje relatívne širokú následnú ochranu subrogačného práva ručiteľa, ktorá zasahuje až do fázy núteného výkonu súdneho rozhodnutia na plnenie voči ručiteľovi. Jedným dychom však treba dodať, že realizácia práva ručiteľa odmietnuť plnenie je značne náchylná na rozsiahle skutkové a čiastočne i právne spochybňovanie a súdne spory. Zákon ani jestvujúca súdna interpretácia neposkytujú jednoznačné hranice na posúdenie neprípustného zavineného konania veriteľa, ktoré by mohlo byť dôvodom odmietnutia plnenia. Podľa prevažujúcej právnej mienky nie je uvedená ochrana ručiteľa *ex lege* poskytovaná v obchodných záväzkových vzťahoch. Tento záver sa javí nepresvedčivým a najmä materiálne neopodstatneným. Možno preto odporučiť v tomto ohľade preventívnu a obozretnú tvorbu zmluvy, ktorá však tiež sama celý problém vyriešiť nebude môcť.³⁸ Z uvedeného totiž vyplýva, že konanie osôb vo veriteľsko-ručiteľskom vzťahu je pod drobnohľadom zákonnosti/spravodlivosti bez ohľadu na prípadné pôvodné zmluvné dojednania.

Výhľad do budúcnosti právnej úpravy ochrany subrogačného nároku ručiteľa na Slovensku nenaznačuje zásadné zmeny. Legislatívny zámer rekonštruovaného Občianskeho zákonníka iba všeobecne vymedzuje príklon k súčasnej obchodno-právnej úprave.³⁹ No už samot-

38 Z povahy a účelu ust. § 549 OZ možno v súvislosti s § 2 ods. 3 OZ a § 574 ods. 2 OZ odvodiť, že právo odmietnuť plnenie nie je možné dohodou strán vylúčiť. Tento problém by vznikol, ak by sa presadila interpretácia o aplikovateľnosti uvedeného ustanovenia na obchodné záväzkové vzťahy. Naopak, aj v prípade opačnej interpretácie, aj v obchodnej ručiteľskej zmluve je možné právo ručiteľa odoprieť plnenie pozitívne dojsť (Por. rozsudok Najvyššieho súdu SR z 29.03.2012, č. k. 5 Cdo 120/2010, s. 8).

39 Vláda SR: Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka, mat. rez. č. 18913/08-110, schválený 23.01.2009, s. 88.

ný fakt odstránenia duality úpravy tohto inštitútu odstráni významnú líniu pochybnosti v ručiteľských oprávneniach.

Summary

A surety's subrogation into creditor's rights following its performance in debtor's place is a fundamental feature of security by suretyship. This paper unfolds the issue how the Slovak legal order safeguards the surety's ability to effectively realise its resulting claim against the debtor; especially with regard to the creditor's conduct and the creditor's solvability. It also scrutinises to what extent is the protective rule of current Slovak Civil Code used effectively and considers the pertinence of its reform.

Literatúra

- American Law Institute: Restatement of the Law Third, Suretyship and Guaranty, 1996 (dostupné online: <http://www.lexis.com/research/xlink?sourceelection=topical&category=3002002>).
- Bača, I.: Ďalší škandál na banskobystrickej radnici (www.poslanec.sk, 23. 04. 2006), (dostupné na: http://www.poslanec.sk/www.poslanec.sk/old_site/view.php?cislocclanku=2006042302, navštívené 30.10.2012).
- Drobnig U. (ed.): Principles of European Law: Personal security, Oxford: Oxford University Press, 2007, 608 s., ISBN 978-0-19-929599-9.
- Fiala, J. et al.: Občanský zákoník: Poznámkové vydání s judikaturou. 12. vyd., Praha: Linde Praha, 2006, 871 s., ISBN 80-7201-602-4.
- Garner, B. A. (ed.): Black's Law Dictionary: Third pocket edition, St. Paul: Thomson/West, 2006, 810 s., ISBN 0-314-15862-6.
- Giese, E. et al.: Zajištění závazků v České republice. 2. vyd., Praha: C. H. Beck, 2003, 356 s., ISBN 80-7179-658-1.
- Informácia o príčinách, ktoré viedli ku krachu Devín banky, a. s. a o krokoch vlády SR a Národnej banky Slovenska od r. 1998 po nútenú správu na zabezpečenie ochrany vkladov a riadneho fungovania banky (Materiál z rokovania vlády SR,

- č. 6410/2001 (177/2001), 26. 9. 2001), (dostupné na: <http://www.rokovania.sk/Rokovanie.aspx/BodRokovaniaDetail?idMaterial=1097>, navštívené 30.06.2014).
- Lakubovič, D.: Závazkové vzťahy a zabezpečovacie právne inštitúty v obchodnom práve, Bratislava: VEDA, vydavateľstvo SAV, 2004, 224 s., ISBN 80-224-0800-X.
- Jančo, M. a kol.: Európske súkromné právo, Bratislava: Euroiuris, 2012, 540 s., ISBN 978-80-89406-19-7.
- Lazar, J. et al.: Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva. Materiály z odbornej konferencie Ministerstva spravodlivosti, Bratislava: Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky, 2008, 295 s., ISBN 978-80-89363-14-8.
- Lazar, J. et al.: Občianske právo hmotné : záväzkové právo : právo duševného vlastníctva. 3. vyd., Bratislava: Iura Edition, 2006, 598 s., ISBN 80-8078-084-6.
- Makayová, L.: Autor knihy o bankrote pre HN: Pôžička by mala byť trestný čin. Ako korupcia, in Hospodárske Noviny (Bratislava), 23.04.2010, (dostupné na: <http://style.hnonline.sk/kultura-135/autor-knihy-o-bankrote-pre-hn-pozicka-by-mala-byt-trestny-cin-ako-korupcia-379464>, navštívené 30.06.2014).
- Matula, Z., Vlkovič, P.: K námítkám ručiteľa po smrti hlavného dlužníka, Časopis pro právní vědu a praxi, 2010, roč. 18, č. 3, s. 289 – 297, ISSN 1210 – 9126, (dostupné na: <http://www.law.muni.cz/dokumenty/10841>, navštívené 30.06.2014).
- Ovečková, O. et al.: Obchodný zákonník: Komentár. 1. vyd. 2. zv., Bratislava: Iura Edition, 2005, 680 s., ISBN 80-8078-027-7.
- Pelikánová, I. Komentár k obchodnímu zákoníku. 3 díl. Praha: Linde, 1996, 959 s., ISBN 80-7201-047-6.
- Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)/prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). – [1st] full ed., Munich: Sellier, 2009, 6563 s., ISBN 978-3-86653-098-0.
- Röver, J.-H.: Secured Lending in Eastern Europe: comparative law of secured transactions and the EBRD model law, Oxford: Oxford University Press, 2007, 416 s., ISBN 978-0-19-826013-4.
- Rozsudok Najvyššieho súdu ČSR z 26.01.1973, sp. zn. 1 Cz 78/72 (R 62/1973).
- Rozsudok Najvyššieho súdu SR z 26.10.2006, č. k. 2 Cdo 213/2006 (nepublikované).
- Rozsudok Najvyššieho súdu SR z 26.06.2008, č. k. 4 M Cdo 7/2008 (dostupné na: <http://www.nsud.sk/rozhodnutia>).
- Rozsudok Najvyššieho súdu SR z 14.07.2009, č.k. 4 Obo 103/2008, (dostupné na: <http://www.nsud.sk/rozhodnutia>).
- Rozsudok Najvyššieho súdu SR z 17.02.2011, č. k. 2 Obo 17/2010 (dostupné na: <http://www.nsud.sk/rozhodnutia>).

- Rozsudok Najvyššieho súdu SR z 29.03.2012, č. k. 5 Cdo 120/2010 (dostupné na: <http://www.nsud.sk/rozhodnutia>).
- Rozsudok Nejvyššího soudu ČR z 09.06.2005, sp. zn. 29 Odo 563/2003, publ. v Sb.:18/2006 (dostupné na: nsoud.cz).
- Rozsudok Nejvyššího soudu ČR z 27.11.2009, sp. zn. 23 Cdo 3884/2007 (dostupné na: nsoud.cz).
- Štefanko, J.: Právna veda na ceste k spoločnému súkromnému právu v Európe. In: „Mílniky práva v stredoeurópskom priestore 2009“, zborník z konferencie 16. – 18.4.2009, Častá-Papiernička. [1. časť] Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2009, s. 56 – 71, ISBN 978-80-7160-295-8.
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M., et al. Obchodní zákoník. Komentář. 10. vyd. Praha: C. H. Beck, 2005, 1515 s., ISBN 80-7179-346-9.
- Usnesení Nejvyššího soudu ČR z 01.09.2006, sp. zn. 30 Cdo 461/2006 (dostupné na: nsoud.cz).
- Vláda SR: Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka, mat. rez. č. 18913/08-110, schválený 23.01.2009 (dostupné na: https://lt.justice.gov.sk/Attachment/vlastny_material.doc?instEID=-1&attEID=5386&docEID=10058&matEID=285&langEID=1&Stamp=20090123091458263, navštívené 30.09.2012).
- Vojčík, P. et al.: Občiansky zákonník : stručný komentár, Bratislava: Iura Edition, 2008, 1218 s., ISBN 978-80-8078-183-5.
- Zákon č. 89/2012 Sb. Občianský zákoník.
- Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení účinnom k 30.06.2014.
- Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení účinnom k 30.06.2014.

K PROBLEMATIKE OBČIANSKOPRÁVNÝCH PRINCÍPOV A ZÁSAD

MAREK ŠTEVČEK

Pozornému čitateľovi iste neunikla zvláštnosť tohto príspevku už v samotnom nadpise. Táto zvláštnosť, osobitosť je determinovaná hneď dvoma faktormi. Tým prvým je nepochybne fakt, že príspevok v Pocte profesorovi Lazarovi by mal byť per definitionem čímsi zvláštnym a výnimočným, tak ako je výnimočná osobnosť adoranta. Tým druhým, skromnejším a menej podstatným dôvodom je skutočnosť, že pozornosť právnej vedy sa sústreďuje buď na problematiku všeobecných právnych princípov, ich povahy, súvzťažností a významu, alebo úzko parciálne na problematiku odvetvových princípov, pričom za samozrejmu sa berie skutočnosť, že sú rozdielne odvetvové princípy práva hmotného a práva procesného, či v tom najširšom význame práva verejného a súkromného.

Ambíciou tejto krátkej glosy je zamyslieť sa nad tým, či nie je načase toto vnímanie aspoň sčasti prehodnotiť.

Princípy a zásady

Doktrína sa často vyžíva (a celkom oprávnene) v nachádzaní rôznych dištinkčných kritérií, aby odôvodnila diferenciu medzi princípom a zásadou. Nepochybne ide o činnosť záslužnú, avšak z nášho pohľadu už vyčerpanú, ba čo viac, zbytočnú a bezobsažnú. Súčasné vnímanie práva nás núti prijať hypotézu, že oveľa väčší význam ako hľadanie oných dištinkčných kritérií má hľadanie obsahu jednotlivých inštitútov vtelených do konkrétneho princípu či zásady. Prvým vý-

chodiskom našich úvah tak bude práve nerozlišovanie medzi formálnymi znakmi princípu a zásady, ale sústredenie sa na obsahové kritériá súhrnne determinujúce hermeneutický význam pojmu (princíp, budeme sa snažiť vystačiť si s týmto pojmom).

Prvým obsahovým kritériom pojmu princíp je axiomatická povaha jeho výpovednej hodnoty. Inak povedané, princíp je taký súhrn základných znakov systému (všeobecne akéhokoľvek, v tomto prípade právneho systému, právneho odvetvia, či – ako sa snažíme dokázať – i viacerých právnych odvetví), ktorý ho charakterizuje do takej miery, že ostatné prvky systému sú z neho logickým spôsobom vyvoditeľné. Vo formálnej logike axióma predstavuje výrok, ktorý sa nedokazuje, a spravidla sú z neho vyvoditeľné ďalšie výroky (matematické formuly či právne inštitúty, *in concreto*).

V ideálnom prípade sú zo základných princípov systému vyvoditeľné všetky jeho prvky. Axiomatická povaha právnych princípov vyplýva formálne buď z vôle zákonodarcu, ktorá je demonštrovaná navonok – či už normatívnym vyjadrením základných princípov v zákone či kódexe, alebo tzv. autentickým výkladom právnych noriem vo forme dôvodovej správy k právnomu predpisu (táto rovina ešte bude predmetom našich úvah, porovnaj ďalšie výklady), alebo z doktrinálnych prameňov, ktoré sú v spoločnosti všeobecne akceptované (napríklad zásadu monogamie našej právnej úpravy manželstva zrejme spoločnosť väčšinovo akceptuje bez zreteľa na jej normatívne vyjadrenie v Zákone o rodine). Tretím prameňom nachádzania právnych princípov bude veľmi významná línia judikatúry súdnych autorít, národných či supranacionálnych. V ideálnom prípade sa všetky tri pramene prelínajú, sú dokonca komplementárne. V tvrdej realite dňa však spravidla vnímame isté pnutie najmä medzi judikatúrnymi a doktrinálnymi trendmi vnímania predovšetkým konkrétneho vonkajšieho prejavu príslušného právneho princípu.

Nepochybným a veľmi inštruktívnym obsahovým znakom právneho princípu je jeho generalita. Najvyššia možná miera zovšeobecnenia v sebe implicitne zahŕňa aj spomínanú vyvoditeľnosť všetkých

inštitútov systému pravidlami logického odvodzovania. Veľmi zaujímavou, typicky vedeckou otázkou v tomto smere je, či je princíp zovšeobecnením empirického poznania (právnej) reality, alebo naopak je racionálnou predikciou toho, ako bude (mala by) právna realita vyzerat'. Veľmi trefne v tejto súvislosti poznamenáva otec amerického pragmatizmu Holmes (sám sudca federálneho najvyššieho súdu), že zákony sú len predpovedou toho, ako budú rozhodovať súdy. Zrejme ide o otázku na úrovni „paradoxu luhára“ či „sliedka verzus vajce“. Bez hlbšieho skúmania tejto problematiky sa obmedzíme na konštatovanie, že zrejme každý princíp je tak trochu zovšeobecnením doterajšej empirie, a tak trochu aj snahou o usmerňovanie empirie žiaducim, právno-politickým smerom, pôjde teda o variantné riešenie rovnice o vzťahu teórie a praxe (apropo, jedno zo spomínaných dištinkčných kritérií uvádza v doktríne civilného procesu práve toto ako odôvodnenosť rozlišovania princípu a zásady – zásada je vyvoditeľná a „generalizovateľná“ z praxe, princíp je doktrinálny, racionálny).

Ak teda nerozlišujeme medzi princípom a zásadou, a abstrahujeme rovnako na rozlišovanie medzi teóriou a praxou, právny princíp bude axiomatickým, zovšeobecneným a nevyhnutne abstraktným postulátom, deklaráciou „štýlu“ a smeru právnej úpravy. Vráťme sa teraz k načrtnutej otázke jeho (ich) normatívneho (ne)vyjadrenia.

Normatívna povaha právnych princípov

Otázka, či nosné idey určitej právnej úpravy sú alebo nie sú normatívne vyjadrené, nie je len otázkou akademickou. Jej významu sa budeme venovať neskôr, najskôr sa skúsme zamyslieť nad panujúcou praxou v oblasti vyjadrovania základných zásad v texte zákona.

Všeobecne možno konštatovať, že do úvahy prichádzajú celkovo tri koncepcie riešenia normatívneho vyjadrenia nosných princípov (samozrejme, ak vôbec normatívne vyjadrené sú, pretože to nebýva vždy zvykom, dôkazom sú práve občianskoprávne predpisy).

Princípy ako súhrn axiomatickej bázy právneho predpisu môžu byť vyjadrené normatívne, ale mimo paragrafového textu zákona, teda vo forme akejsi preambuly. Predovšetkým v kódexových úpravách je podľa nášho názoru práve takéto riešenie vhodné a elegantné.¹

Preambula tak definuje základný úmysel, akýsi „stavebný kameň“ právnej úpravy obsiahnutej v paragrafovanom znení. Takto vyjadrené princípy vlastne normatívnu povahu nemajú, ale efekt by mal byť ten, že preambula tvorí montesquieovský duch zákona, predstavuje tak súhrn výkladových pravidiel normatívnych viet paragrafového znenia zákona. Samy súc nenormatívne, normujú prizmu nazerania na inštitúty obsiahnuté v kodifikácii právneho odvetvia. Iným riešením je, predovšetkým pri nových kodifikáciách, tzv. uvodzovací zákon, ktorý tvorí i isté kompetenčné rozhranie pri problematickej aplikácii viacerých právnych predpisov, pokiaľ je kodifikácia do viacerých právnych predpisov vtelená. Takéto riešenie volili najmä kodifikácie 19. storočia, napríklad Civilní řád soudní, zákon č. 113/1895 o soudním řízení v občanských rozepřích právních, mal takýto uvodzovací zákon v podobe zákona č. 112/1895 v príčině zavedení Civilního řádu soudního.

V súdobej slovenskej právnej realite, s výnimkou Ústavy Slovenskej republiky, nám nie je známy takýto postup zákonodarcu, čo však neznamená, že by nebol možný, a v mnohých prípadoch i účelný. Ak sa pristúpi ku kodifikácii základných princípov, volí sa spravidla cesta ich normatívneho vyjadrenia, a to v podobe základných článkov, ako to zákonodarca robí napríklad v Zákone o rodine, alebo sú včlenené do úvodných ustanovení samotného právneho predpisu (Správny poriadok, Trestný poriadok a pod.).

Akési vžitie nazeranie na vtelenie princípov do „tela“ zákona je paradigmou zakoreneného slovenského (v širšom chápaní aj minimálne stredo európskeho) právneho myslenia na úrovni atavizmu prísneho normativizmu, ktorý sa prejavuje prístupom „čo nie je v zákone napísané, neexistuje“ a ktorý sa darí prelamovať len veľmi pomaly. Ideál

1 V nekódexových úpravách by prambula možno pôsobila ako anachronizmus.

právneho pozitivizmu prejavujúci sa vierou v písané právo bol ideálom 19. storočia, no dnes, ako bolo konštatované, je tento ideál mŕtvý.²

Kráľ je mŕtvý, nech žije kráľ. Novým kráľom je v prenesenom význame slova nové nazeranie na právny pozitivizmus a bezbrehý normativizmus a ich nahradenie renesanciou prirodzeno-právnych princípov, samozrejme, v postmoderne modifikovanej alternatíve, v ktorej opieranie sa o princípy, na ktorých je právny poriadok či právne odvetvie vybudované má esenciálny význam. Rígídna právna úprava musí podliehať korekciám aj nenormatívneho charakteru, najčastejšie v oblasti judikatúry, keď nástup nových princípov (napríklad v oblasti ochrany spotrebiteľa) neraz musí viesť k derogácii normatívneho textu, napriek jeho normatívnosti a napriek (často) nenormatívnej povahe základných princípov. Najtypickejším príkladom je európske právo, ktorého základné princípy boli vyvedené judikatúrou Európskeho súdneho dvora (teraz Súdneho dvora EÚ) bez zreteľa na prípadné normatívne podoby európskeho práva.

So zreteľom na uvedené je očividné, že je potrebné, priam nevyhnutné sa touto otázkou seriózne zaoberať, a pri rešpektovaní spomínaného atavizmu tam, kde základné princípy nie sú normatívne vyjadrené, alebo sú vyjadrené len inherentne, stroho a atomizovane, korigovať nežiaduci stav neexistencie normatívneho vyjadrenia základných ideí kódexových právnych úprav.

Žiaľ, práve toto je typické pre celú sféru občianskeho práva, kde ucelené vnímanie toho, čo je nosným princípom a prizmou, cez ktorú je nevyhnutné nazerať, aplikovať a interpretovať právne vzťahy vznikajúce na tom úseku sociálnych vzťahov, ktoré sú upravené práve normami občianskeho práva, normatívne absentuje. Doktrinálne, a oklieštene aj judikatúrne je však ucelené inštrumentárium právnych princípov pochopiteľne k dispozícii, no i tu zo zotrvačnosti ostávame v zákopoch tradičného vnímania toho, čo je občianske právo hmotné, čo je občianske právo procesné, kde je možná analógia, kde už nie, a čo

2 Eliáš, K.: Bez chyby je jen Bible. Právní rádce 3/2013, s. 20.

je doménou súkromného a čo už verejného práva. Veľmi inštruktívne sa to dá demonštrovať práve pri problematike princípov či zásad, ktorých moderné chápanie bytostne uniká zo zovretia načrtnutého tradicionalizmu. A práve stručnému rozboru, či skôr náčrtu týchto smerov, venujem ostávajúcu časť príspevku.

Spoločné princípy občianskeho práva?

Tradičné delenie právneho poriadku na sféru verejného a súkromného práva je dnes už prekonané. Axiologicky, hodnotovo nie je ešte ustálené, či je to dobre, alebo zle. Konštatujme holý fakt – dnes verejnoprávne predpisy stále častejšie modifikujú súkromnoprávne inštitúty, a to aj inštitúty veľmi tradičné a staré. Posledným príkladom je skutočnosť, že premlčanie čoby stelesnenie esencie súkromného práva, bolo modifikované zákonom o ochrane spotrebiteľa, ktorého právne normy sú prevalentne verejnoprávneho charakteru (na premlčanie v spotrebiteľských veciach súd prihliadne ex officio – nepriama novela Občianskeho zákonníka zákonom o ochrane spotrebiteľa).

Napriek tomuto trendu, alebo azda ešte lepšie, práve preň, sú úvahy o istých spoločných princípoch hmotného a procesného práva občianskeho legitimizované. Mnohé súkromnoprávne predpisy obsahujú verejnoprávne (najčastejšie procesné) normy a vice versa.

Predovšetkým v spomínanej rovine spotrebiteľského práva sa rozdiely medzi tradicionalistickým vnímaním práva súkromného a verejného stierajú natolko, že spotrebiteľské právo je vnímané ako právo „obojaké“, tvorí akési spojivo medzi právom verejným a súkromným, medzi právom hmotným a procesným. Funkčné väzby systému spotrebiteľského práva nevyhnutne vyžadujú komplementárnu ingerenciu inštitútov oboch systémov, kombináciu súkromnoprávnej i verejnoprávnej ochrany, ktorých premostenie predstavuje predovšetkým súdna prax, determinovaná zákonnými, judikatúrnymi a „princíповými“ odkazmi a príkazmi. A na začiatku celého tohto inštrumentária stojí

princíp ochrany slabšej strany v právnych vzťahoch – uvedomme si, že v predpisoch súkromného práva je vyjadrený len implicitne, podobne ako mnohé iné princípy, no ich výraznú funkcionálnu „cítiť“ v mnohých inštitútoch hmotné i procesného práva. Inak povedané, princíp ochrany slabšej strany má funkčné, inštitucionálne prejavy v práve hmotnom i procesnom.

Je vôbec namieste otázka, či ide o princíp práva hmotného alebo procesného? Domnievame sa, že nie. Ide o princíp, ktorý sa dostáva veľmi blízko systému ústavných zásad, ktoré by mali platiť pre celú sféru právneho poriadku. Jeho prejavy sú však normatívne pokryté najmä predpismi práva občianskeho – a to hmotné i procesného. Je to princíp, ktorý je spoločným princípom občianskeho práva. Slabšou stranou bude totižto strana tak vo sfére súkromnoprávných vzťahov (kde bude subjektom právneho, najmä zmluvné a deliktneho vzťahu), ako vo sfére procesných vzťahov (kde bude účastníkom konania, ktorého „slabosť“ musí súd kompenzovať mimo tradičného vnímania sporu a jeho princípov, predovšetkým mimo rámca prejednávacieho princípu).

Rúcanie tradičných väzieb medzi právom hmotným a procesným, predovšetkým v oblasti neprekročiteľnosti línie „sféry vplyvu“, je vlastné viacerým moderným právnym úpravám, či ak chceme, kodifikáciám. Ako inštruktívny príklad poslúži ostatná európska kodifikácia súkromného práva, nový český Občiansky zákonník.³ Ten rúca mnohé dogmy, vyvoláva mnohé aj kontroverzné reakcie, no na podporu nami skúmaných tvrdení ja naozaj priam ukázkovo inštruktívny.

Predovšetkým kodifikácia je podporená úvodnými ustanoveniami, ktoré predstavujú normatívnu podobu inštrumentária základných občianskoprávných princípov, čo je uvedené i v rubrike prvej hlavy prvej časti NOZ.⁴ NOZ tu obsahuje typické súkromnoprávne princí-

3 Občiansky zákonník, zákon č. 89/2012 Sb., ďalej len NOZ.

4 Je pritom bez zreteľa, že je použitý pojem „základní zásady“, nie „základní principy“ – denotát oboch pojmov považujeme za totožný, ako sme už uviedli v úvode príspevku.

py, ako sú ochrana života, zdravia, cti, dôstojnosti a súkromia, či princíp poctivého konania v právnom styku a pod., no i princípy, ktoré nie sú vôbec kategoricky a bezrozporne zaraditeľné do sféry vplyvu súkromného práva. Tak napríklad princíp uvedený v ust. § 3 ods. 1 NOZ, teda že „súkromé právo chráni dôstojnosť a slobodu človeka i jeho prirodzené právo brániť sa o vlastnú šťastie a šťastie jeho rodiny alebo ľudí jemu blízkých takovým spôsobom, jenž neposobí bezdovodne újmu druhým“. Nie je i verejné (v tomto prípade procesné) právo us pôsobene na ochranu dôstojnosti a slobody človeka?

Skúsme spolu podstúpiť taký malý myšlienkový experiment. Keby takáto veta bola obsiahnutá ako princíp v procesnom predpise, bolo by nám to cudzie? Pôsobila by veta „procesné právo chráni dôstojnosť a slobodu človeka“ v procesnom predpise cudzoročno, ako že tam „nepatrí“? Domnievame sa, že nie. Tak ako nepôsobí cudzoročno v hmotnoprávnom predpise. Tento princíp rovnako patrí imanentne celému právnemu poriadku, radí sa až k ústavnoprávnym princípom, v českom NOZ je len deklaratórnym vyjadrením, akým smerom sa bude nová právna úprava uberať a ako, so zreteľom na čo, sa má vykladať a v praxi aplikovať.

Takýchto prípadov spoločných princípov práva (občianskeho, no možno práva ako celku) je viacero. Povedzme princíp, ktorý je v NOZ obsiahnutý v ust. § 2 ods. 2, že „nikto sa nesmie dovoľávať slov právneho predpisu proti jeho zmyslu“ je veľmi užitočnou zbraňou proti zhora načrtnutému normativisticko-pozitivistickému prístupu (niektorých) právno-aplikačných orgánov. Ide nepochybne o princíp, ktorý by mal platiť v práve hmotnom i v práve procesnom. Význam jeho normatívneho zakotvenia je nedozerný, obrovský. Gramatický výklad zákona je veľmi, veľmi často najnesprávnejším spôsobom výkladu, no paradoxne možno výkladom voleným najčastejšie. Už dlhodobejšie pritom možno sledovať snahy o korekcie tohto prístupu predovšetkým zo strany najvyšších súdnych autorít (najmä niektoré nálezy českého ústavného súdu sú v tomto smere viac než poučné), no predsa len normatívne zakotvenie tohto princípu znamená programové pri-

hlásenia sa k teleologickému výkladu zákona, k renesancii prirodzeno-právnych princípov, orientáciu na „človeka“ v právnych vzťahoch.

Význam tohto je naozaj obrovský – jedine tak totiž možno v dnešnom obrovskom legislatívnom optimizme udržať kódex bez výraznejších zmien, a pritom dosiahnuť cieľ, aby právna úprava bez zmeny normatívneho textu dokázala saturovať potreby doby. Rastie tu význam judikatúry, a výkladu zákona vôbec. V tomto smere je prelomovým, a možno najinštruktívnejším „hmotno-procesným“ prepojením bazálnych princípov ustanovenie § 13 NOZ:

„Každý, kto sa domáha právnej ochrany, môže dôvodne očakávať, že jeho právny prípad bude rozhodnutý obdobne ako iný právny prípad, ktorý už bol rozhodnutý a ktorý sa s jeho právnym prípadom zhoduje v podstatných znakoch; ak bol právny prípad rozhodnutý inak, má každý, kto sa domáha právnej ochrany, právo na presvedčivé vysvetlenie dôvodu tejto odchýlky.“

Existencia hmotnoprávneho vyjadrenia tohto princípu je legitimovaná ochranou súkromných práv jednotlivcov, no pritom je viac ako evidentné, že sa tento princíp podstatným spôsobom týka súdnej judikatúry, náležitostí odôvodnenia súdnych rozhodnutí, a to už ani nehovoriac o programovom prihlásení sa ku kvázi precedenčným účinkom súdnej ochrany subjektívnych práv. Podstatným spôsobom sa v dôsledku „hmotnoprávneho“ princípu (v zmysle, že je tento princíp vyjadrený v hmotnoprávnom predpise) mení nazeranie na prekážku právoplatne rozhodnutej veci a na subjektívne hranice materiálnej stránky záväznosti právoplatného súdneho rozhodnutia! A znova tu ide o programové, hoci nepriame a implicitné prihlásenie sa k štrasburskej judikatúre, a to v hmotnoprávnom predpise.

Ešte raz náš myšlienkový experiment – pôsobila by zhora uvedená veta v procesnom predpise cudzorodo? Skôr naopak, v duchu oného „tradicionalistického“ nazerania na dichotómiu verejného a súkromného práva, pôsobí cudzorodo skôr v predpise hmotnoprávnom – no to len na prvý pohľad.

Právo na predvídateľnosť súdnej ochrany subjektívnych práv je

samo konštruované ako absolútne subjektívne právo. Ide o typický znak prelínania právnych úprav, a vôbec zmyslu procesného a hmotného práva. Ide teda o spoločný princíp práva občianskeho, ktorého normatívna podoba môže byť in concreto obsiahnutá v hmotnoprávnom či procesnoprávnom predpise, ba dokonca v duchu zásady „superfluum non nocet“ by sa pokojne mohla nachádzať i v obidvoch kódexoch, podstatné je, že je normatívne vyjadrená, čím sa stáva (aspoň dúfajme, že minimálne v Českej republike sa stane) uholným kameňom zmeny vo vnímaní v nej determinovaných inštitútov.

Takýchto prípadov a príkladov by sme nepochybne mohli nájsť viac, pričom naozaj nejde o svojvoľné a zmysluprázdne hľadanie „zjednotenej teórie všetkého“, po ktorej tak baží povedzme fyzika. Ide o reštart vo vnímaní práva ako nástroja spravodlivosti – dokonca takto vznešene sa dá ukončiť príspevok, ktorého skromnou ambíciou bolo poukázať na niektoré, možno nášmu mysleniu skryté idey, ktoré však vždy boli imanentnou súčasťou výbavy moderného práva, a možno nielen moderného. Možno je načase sa na onen svet skrytých ideí roz-pamätať...

Resumé

Príspevok je krátkou glosou do diskusie o povahe princípov a zásad v občianskom práve. Argumentačne vychádza z premisy, že určité idey, princípy, majú natolko axiomatickú povahu, že sú symptomatické nielen izolovane pre hmotné či procesné právo, ale možno uvažovať o istom spoločnom menovateli a vytvoriť tak inštrumentárium spoločných princípov občianskeho práva.

DEDENIE ZO ZÁKONA PODĽA NÁUKY IMRICHA KELEMENA

ADRIANA ŠVECOVÁ

Abstrakt: Príspevok¹ sa zameriava na skutočne letmé, platonické entreé do civilistickej náuky jedného z najvýznamnejších uhorských civilistov predkodifikačného obdobia Imricha Kelemena (1744 – 1819), pôsobiaceho na pešťianskej právnickej fakulte. Stal sa bezprecedentne vedúcou osobnosťou uhorského všeobecného súkromného práva na prelome 18. a 19. storočia. V jeho zásadnom diele *Institutiones iuris hungarici privati* z roku 1814 v troch knihách rozvinul celý systém uhorského súkromného práva, vrátane procesného práva (nerozlišujúceho ešte civilný a trestný proces). Uvedené, vo viacerých smeroch veľmi hodnotné a na Slovensku dodnes v právnej histórii neverifikované dielo, ktoré v Kelemenovom podaní vycibrenej právnej lingvistiky predstavilo celý korpus súdobej právnej civilistiky, zostalo *de facto* neprekonanou civilistickou syntézou až do kodifikačných prác nad prvým občianskych zákonníkom (s výnimkou diela I. Franka), do prvých tiež obsirnejších elaborátov a komentárov uhorskej dualistickej civilistiky. Až tá totiž kreovala moderné občianske právo, no v danom odvetví súkromného práva stavala (v duchu historicko-právnej školy) predovšetkým na dedičstve novovekej civilistiky, a teda i na Kelemenovom odkaze. Ako príklad jeho brilantného syntetického a analytického racia sme si dovolili predstaviť v krátkej skici jeho náuku o uhorskom dedičskom práve *ab intestato*, ktorého východiskovú matériu tvorilo *decretum generale* uhorského súkromného práva – *Opus Tripartitum*, t. j. písaného obyčajového krajinského (šľachtického) práva, skonfrontovaného a novelizovaného s novovekým zákonodarstvom do začiatku 19. storočia.

Kľúčové slová: právna obyčaj, dedičské právo, Imrich Kelemen, dedenie zo zákona (intestátne dedenie, *ab intestato*), kontinuita práva, dedič, dedičské skupiny, dedenie potomkov, dedenie predkov, dedenie bočných príbuzných, zásada *materna maternis/paterna paternis*, zdedený (aviticitný) majetok, nadobudnutý majetok.

1 Príspevok je výsledkom riešenia grantového projektu KEGA č. 003TTU-4/2012 „Formácia podnikateľských schopností študentov spojená s reformnou optimalizáciou výučby dejín štátu, prameňov práva a právnych inštitútov“.

1. *Curuculum vitae* Imricha Kelemena alebo tradičné historické expoé k životu a dielu

Imrich Kelemen sa narodil v roku 1744 v Tárnoku (dnešná Maďarská republika). Pôvodne sa stal v roku 1766 členom Spoločnosti Ježišovej a vyučoval na košickom kolégiu teológiu, no keď reholu v roku 1773 pápež Klement XIV. rozpustil, po štúdiách na Trnavskej univerzite skončil právnickú fakultu s vyznamenaním Márie Terézie. V prvých rokoch právnickej a pedagogickej kariéry pôsobil v Rábe (od 1776) a neskôr aj v Páfkostolí a na ďalších akadémiách v dnešnom Maďarsku. V roku 1785 získal doktorát z právnych vied. V roku 1793 ho peštianska univerzita pozvala prednášať na právnickú fakultu a katedru súkromného práva na miesto prof. Nittrayho, ktorý odišiel do dôchodku. V roku 1796 bol zvolený za dekana právnickej fakulty, kde pôsobil dva roky, následne ešte v roku 1807. Dvakrát bol zvolený aj za rektora univerzity v rokoch 1799 – 1800 a 1809 – 1810. Na právnickej fakulte v Pešti pôsobil až do 30. novembra 1817, keď odišiel do dôchodku ako kráľovský radca, sudca žúp Baranya, Zala a Záhreb. Zomrel o dva roky neskôr, 26. marca 1819 v Pešti.

Jeho veľkú erudíciu naznačuje už aj skutočnosť, že kým mnohí jeho kolegovia prednášali z predpísaných učebníc, on uhorské súkromné právo prednášal z vlastných poznámok.²

Jeho hlavným dielom sú *Inštitúty uhorského súkromného práva* (*Institutiones iuris privati hungarici, quas nobilis Juventutis Hungariae conscripsit Emericus Kelemen. Pest, 1814*), ktoré vydal v posledných rokoch života, po 40 rokoch profesorského pôsobenia. Prestavujú trojzväzkové dielo celej matérie všeobecného súkromného práva, vrátane

2 Spracované podľa kol. aut.: *Jogi professzorok emlékezete. A Pázmány Péter Tudományegyetem jogi kari szeminariumainak emlékhéten*. Budapest 1935, s. 24 – 30. Dostupné na internete: <http://mek.oszk.hu/07200/07218/07218.pdf>
<http://majt.elte.hu/Tanszkek/Majt/Magyar%20JogtorteNET/magyarazatok/kelemenimre.htm> (navštívené dňa 1. 5. 2014).

uhorského procesného práva (III. kniha), ktoré výrazným spôsobom rezonovalo v právnej vede a praxi (aj u laikov) prvej polovice 19. storočia.

Dielo venoval „uhorskej mládeži, dychtiacej po zákone“ (*törvényt szomjúhozó magyar ifjúságnak*), ktorá – ako uvádza v predslove – musí poznať zákon ako základ všetkej slobody, spravodlivosti, mravnosti a cti. Dlho požadovanú syntézu súkromného uhorského práva verejnosť privítala s veľkým potešením a uspokojením, a jeho značný úspech potvrdila aj skutočnosť, že 3000. exemplár prvého vydania sa vypredal za krátky čas, a v roku 1818 autor pripravil druhé vydanie (*Budae. Typis Regiae Scientiarium Univer. Hungaricae, 1818*). Kelemena výrazný úspech diela a vďačné slová kráľovského dobrozdania, ktoré dielo Inštitútov nazvali „*Opus insigni doctrinae apparatus, accommoda item juventuti methodo, et perspicitate conscriptum*“, povzbudili k tomu, aby v I. zväzku druhého vydania publikoval dejiny uhorského súkromného práva (*Historia iuris hungarici privati, documentis, ac testimoniis illustrata*), ktoré však nedosahujú taký význam ako Inštitúty.³ Uhorské právne dejiny Kelemen chápe ako súčasť politických dejín, ako sled panovania jednotlivých uhorských kráľov, pričom reflektuje len ich zákonodarstvo. V poznámkach potom uvádza roky panovania uhorských panovníkov, sumarizuje hlavné politické dejiny a obsah vydaných zákonov.⁴ Avšak skúmaním jednotlivých otázok dejín práva

3 Inštitúty boli preložené v roku 1822 do maďarského jazyka pod názvom *Magyar hazai polgári magános törvényről írtt tanítások, amelyeket néhai Kelemen Imre, császári és királyi apostoli felség tanácsosának, és közönségesen negyvennégy esztendőökig törvényt tanító professornak, minden dítséreteket felülhaladó halhatatlan munkája szerint magyar nyelven készített és kiadott Czövek István. Pesten 1822*. Explicitne z podkladu Kelemenových Inštitútov vychádzal J. Jung pri vydaní súdovej laickej nemecky písanej právnickej príručky: *Darstellung des ungarischen Privatrechtes*. Wien: B. Th. Bauer, 1818.

4 K jeho historicko-právneho názoru na povahu a význam právnych dejín v tomto súvisi s jeho dogmatickým názorom na povahu uhorského súkromného práva pozri: ŠVECOVÁ, A.: Zamyslenie sa nad otáznymi zmenami vo výučbe dejín práva na Slovensku. In: *Reformná optimalizácia výučby dejín štátu a práva*

sa zaoberá len zriedka, nevenuje pozornosť ani dejinám jednotlivých inštitúcií. Jeho náhľad na právnu históriu je apriórnym nazeraním na právo predstaviteľa historicko-právnej školy, ktorý sa opiera o axiomatický základ vtedajšieho pozitívneho uhorského súkromného práva, stojaceho na stáročiami vytvorenej právnej obyčaji a Tripartite ako platného práva, a preto z uvedeného pozitívneho dôvodu *de lege lata* je potrebné poznať históriu práva, v ktorej nachádza súdobý právnik priamy zdroj poznania pozitívneho práva.⁵

Z jeho života a diela vyplýva aj nasledujúci hodnotiaci výrok, že sa preukázal ako právnik so samostatným myslením a neskonale širokou erudíciou, z ktorého „*názorov plynie hlboká múdrosť života stráveného v práve*“.⁶ Učil, že zákony sú diamantovými ozdobami, spájajúcimi silu občanov k dosiahnutiu verejného blaha a ktoré sú najpevnejšími stĺpmi spoločnosti (pozri predslov vydania Inštitútov z roku 1848). Hlboké právnické myslenie je u neho spojené tiež s veľkým vzťahom k vlasti.

Inštitúty sú prvou učebnicovou syntézou uhorského súkromného a procesného práva. Materiú všeobecného súkromného práva nám predkladá I. Kelemen podľa Gaiovho trojdelenia, napríklad v časti o osobách vysvetľuje snúbenecký pomer a manželstvo, avšak majetkové právo manželov a dedičské právo zaraďuje do druhej časti o veciach/majetku a tretia časť je venovaná procesnému právu.

Opiera sa o materiálnoprávny základ uhorského všeobecného súkromného práva, ktorý predstavovali právna obyčaj a z nej vychádza-

– nové výzvy pre 21. storočie: (zborník príspevkov z on-line vedeckej konferencie) Trnava 1. jún 2012. Mosný, P., Laclavíková, M. (eds.), Wydawnictwo i drukarnia Towarzystwa Słowaków w Polsce, 2012, s. 57 – 66.

5 Kelemen uvádza, že „*doteraz sa nič také v uhorskom práve nevykonalo, čo by vzhľadom na svoj pôvod pretrvalo od svojho počiatku, ... preto je potrebné so všetkou zručnosťou a talentom udržiavať v pamäti všetko, čo vzniklo zo súdnej praxe*“. Citované podľa KELEMEN, J.: *Historia iuris Hungarici privati*. Budae: Typis regiae scientiarum univer. Hungaricae, 1818, s. 1.

6 *Jogi professzorok emlékezete. A Pázmány Péter Tudományegyetem jogi kari szeminariumainak emlékhéten*, s. 26.

júca zbierka *Tripartitum*. Na *Tripartitum* a na jeho základe rozvinutú súdnu prax poukazuje I. Kelemen mnohými odkazmi, no jeho obsah tvorivo veľakrát rozvíja a prepája s novovekým, novším aj starším uhorským zákonodarstvom, ktorého poznanie je jeho hlavnou silnou stránkou. Okrem spomenutých zdrojov sa v poznámkach nachádzajú aj dodatky ku *Corpus Iuris Hungarici*, články tavernického práva (*Regulae iuris, Articuli Tavernicales, etc.*), ale vzhľadom na predchádzajúce v menšom rozsahu.

Silu alebo preferenciu právnej obyčaje dokumentuje priamo argumentami z *Tripartita* a vo svojej dobe uznáva jej dejinami verifikovanú derogáciu *contra legem* (*derogativa, quia tam legem, quam consuetudinem anteriorem sibi oppositam tollit, per subsequentem, quoad sibi opponuntur tollitur*).⁷ Avšak pri pôvode šľachtického stavu sa nestotožňuje s *Tripartitum*, ale prikláňa sa skôr k názorom J. Praya a A. F. Kollára, ktorí odvodzujú pôvod a postavenie šľachty zo župnej služobníckej a rytierskej vrstvy (Inštitúty I. zv., § 162: „*Adamus Franciscus Kollarius et Georgius Prayus, viri in antiquisatibus regni nostri versatissimi, ex vetustis monumentis, ipsoque primaevio regni systemae eruerunt nobilitatis Hungaricae origo*“).

Originárne vykladá aj manželské právo. Hovorí o nepodmieneňom (*pura, si nulla limitatio apponatur*) a podmienenom (*conditionata, restricta, si conditio, tempus, modus adnectatur, a cujus eventu obligatio pacti dependeat*) manželstve (Inštitúty I zv., § 238, 242), v zhode so súčasným pozitívnym právom vysvetľuje právo na jeho uzavretie, pričom nesúhlasí s takými manželskými prekážkami, ktoré sú v rozpore s podstatou manželstva a ktoré sú už v rozpore s novovekou osvietenou morálkou. Pri prekážkach pri uzavretí manželstva v osobitnej

7 „Všeobecne má obyčaj taký istý účinok, silu ako zákon, zaväzuje teda svojím vnútorným aj vonkajším účinkom a to konkrétne ... derogatívnym, keď tak zákonu ako aj skoršej obyčaji odporuje, a neskoršia obyčaj ich ruší.“ Citované podľa LACLAVÍKOVÁ, M. – ŠVECOVÁ, A.: *Pramene práva na území Slovenska II. (1790 – 1918)*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2012, s. 41.

skupine hovorí iste o súdobých „prekážkach“ – v súlade s morálnym chápaním/náboženskou vierou vtedajšej doby (*impedimenta impedita*, Inštitúty I. zv., § 243). Napríklad pri prekážkach: „*sacratum tempus*“ a „*vetitum*“ (kňazský zákaz) je síce samotný úkon uzavretia manželstva zakázaný, ale prekážka absolútne vylučuje uzavretie manželstva, a takto uzavreté manželstvo napriek vyššie spomenutým prekážkam existuje. Druhá skupina „*impedimenta dirimentia*“ (Inštitúty I zv., § 244) obsahuje prekážky uzavretia manželstva, ktoré absolútne alebo relatívne vylučujú jeho uzavretie. Ich veľká časť (napr. zákaz uzavretia manželstva medzi kresťanmi a pohanmi, slobodnými osobami a sluhami) však už v čase pôsobenia I. Kelemenova bola neznáma, resp. spoločensky neúčinná.

Kelemenovo dielo však nie je zďaleka také rozsiahle, ako dielo I. Franka, vytvorené o 30 rokov neskôr.⁸ I. Kelemen pri vysvetľovaní jednotlivých právnych otázok sa zaoberá i procesnoprávnymi otázkami, ktoré sa dotýkajú aktuálnej právnej otázky/inštitúty; naopak I. Frank celý procesný poriadok vysvetľuje vo svojom druhom zväzku s názvom „*De iurium persecutione*“.

Čo sa týka metódy spracovania Inštitútov, sám vyhlasuje v úvode, že nebude nasledovať dovtedy všeobecne sledovanú systematiku Heinnecciusa, ktorý „*zvykol všetko uvádzať v určitých pravidlách a z ktorých potom s veľkou námahou odvodil jednotlivé tézy*“ (*omnia ad certa axioma reducere, tum ex iis operose propositiones singulas elicere consuevit*). Uvedené predsavzatie sa mu však veľmi nepodarilo realizovať, keďže sám je často náchylný k tomu, aby skúmanie každej novej tézy/inštitúty inicioval presnou/značne rigoróznou definíciou. V ďalších nad-

8 I. Frank je príkladne autorom: *Specimen elucubrandarum institutionum iuris civilis hungarici* (1820), *Náčrt právneho myslenia (Észjog vázlat, z čias pôsobenia v Košiciach)*, *Principia iuris civilis hungarici* (1829), *Zákon o štátnej správe v Uhorsku (Közgazság Törvénye a Magyarhonban, 1845)*. Posledne menovaná práca predstavuje 5-zväzkové dielo o uhorskom súkromnom práve zásadného charakteru a obsahu podobne ako Kelemenove Inštitúty. V roku 1847 vydal ešte rozpravu *o avitците a premlčani (Ösiség és elévülésről)*.

väzujúcich statiach rozvíja tému/inštitút v jeho podstatných znakoch (dovolí si ich aj historicko-právne rozvinúť v poznámkach) a prihliada osobitne aj na procesné ustanovenia k nej/nemu sa viažucemu.

Skutočnosť, že v Inštitútoch cituje I. Kelemen len minimálne zahraničné vedecké diela, je čiastočne povzbudivá vo vzťahu k poznaniu originárnej uhorskej právnej vedy, pričom v jeho právnej argumentácii môžeme spoznať vývoj uhorskej právnej náuky po Tripartite do začiatku 19. storočia, preto svojím dielom bezprecedentne zavŕšil jednu etapu vývoja uhorskej právnej vedy, vychádzajúcej z obyčajového práva a Tripartita a na jeho dielo následne od približne druhého decénia 19. storočia nadviazal ďalší významný uhorský civilista Ignác Frank (1788 – 1850).

2. Význam histórie práva pre civilné právo v predkodifikačnom období

Doba, keď pôsobil I. Kelemen, t. j. koniec 18. a začiatok 19. storočia, sa vyznačovala významnou premenou právneho myslenia, pretože sa začínalo meniť aj právne prostredie, vedúce k nastolovaniu myšlienky kodifikácie súkromného práva⁹ a materiálnej zmeny súkromného práva.¹⁰ V uhorských pomeroch sa preto kánonicky rešpektovaná triáda

9 Ku kodifikačným pokusom uhorského súkromného práva pozri naposledy: LACLAVÍKOVÁ, M. – ŠVECOVÁ, A.: Premena uhorského súkromného práva v prvej polovici 19. storočia a jej vyjadrenie v Bratislavskej marcovej ústave. In: *Proměny soukromého práva. Sborník příspěvků z konference ke 200. výročí vydání ABGB*. Vojáček, L., Tauchen, J., Schelle, K. (eds.), Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 211 – 222.

10 Súkromné právo (*ius civile*) sa chápalo v širšom zmysle, zahŕňalo všetky odvetvia práva, v ktorých sa realizovali práva občanov. I. Frank ho definoval: „Právo, ktoré užíva ľud, sa nazýva občianske – civilné alebo pozitívne právo.“ Citované podľa LACLAVÍKOVÁ, M. – ŠVECOVÁ, A.: *Pramene práva na území Slovenska II. (1790-1918)*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2012, s. 21.

dominujúcich prameňov súkromného práva *consuetudo – lex – usus fori* začala oslabovať v prospech primarity všeobecného a výlučného zákona v predkladaných prvých návrhoch kódexov.¹¹ Aj sám Kelemen prispel k zásadnej polemike existujúceho systému prameňov práva a jeho reforme, no keďže patril k zástancom historicko-právnej školy, obhajoval historicky sformovaný systém aj hierarchiu prameňov práva.¹²

Ak teda sledujeme vývoj vedy uhorského práva od Tripartita do I. Kelemena, korpus všeobecného súkromného práva zaznamenával len veľmi postupné a vlastne až do roku 1848 viac-menej kozmetické zmeny. Preto minulý pohľad právnikov aj pedagógov na právnických fakultách a akadémiách vychádzal z tradicionalistickej koncepcie, v ktorom sa výskum dejín práva zameriaval na deskripciu štátoprávnych a inštitucionálnych zmien v časovom kontinuu a celý systém uhorského práva týkajúci sa občanov (*cives*), nazývaný *ius civile* (všeobecné súkromné právo), zostával stále živým a pozitívnym právom, nie právnou históriou ako samostatnou historickou vednou disciplínou. Predmetom reálneho historicko-právneho výskumu (vlastne trvale až dodnes) zostávali dejiny štátu, resp. verejného práva (zasadeného do kontextu politických dejín) a jeho podstatne dynamických, revolučných zmien, pričom deliaca čiara medzi všeobecnou, politickou históriou bola málo zreteľná.¹³

11 Ide o návrh z roku 1795 (*Projectum legum civilium*). Pozri bližšie úvod do I. kapitoly Uhorská právna veda a materiálne pramene práva (od konca 18. storočia do začiatku 20. storočia). In: *ibidem*, s. 19 – 21, tiež s. 129 – 133.

12 Pozri bližšie *ibidem*, s. 23 – 25, 31 – 37, 40 – 42, 45 – 46.

13 Vo verejnoprávných a politických dejinách sa využívala a stále využíva tradícia antického (tukydidovského) aj L. von Rankeho dejepisectva a jeho základných predstáv:

- 1) historický výklad popisuje skutočných jedincov a deje na základe mnohovrstevných prameňov, ktoré dokladajú prejudikované pravdivé skutočnosti;
- 2) hlavnou úlohou historika je odhaliť zámery konajúcich a pomocou pevne stanovených historických metód sa má dosiahnuť súlad medzi poznaním a objektívnou skutočnosťou. Ide o naplnenie úlohy historiografie dopátrať sa k pravde podľa L. von Rankeho známej paradigmy: „*Wie es ist eigentlich gewesen*“;

Uhorské všeobecné súkromné právo (aj podľa náuky I. Kelemena) sa naopak považovalo za nemenné, až rigidné, i preto sa vlastne jeho výklad viazal vždy na výklad pozitívnej úpravy, ukotvanej a vytvorenej v dávnej minulosti. Uvedené platí jednoznačne v uhorskej súdobej pramenovede pre historicitu uhorskej právne obyčaje, Tripartita i rozhodnutí súdnej praxe, pri obhajobe ich trvalej platnosti a stálosti ešte aj v 2. polovici 19. storočia, resp. začiatkom 20. storočia. Uvedenú dogmu možno dokumentovať veľmi rozšíreným názorom I. Kelemena na dejiny uhorského súkromného práva začiatkom 19.

3) historické deje sa skúmajú kontinuálne v premenách času (lineárny čas a diachrónny prístup), pričom sa historický výklad podáva ako naratívne dejepisectvo (staršie udalosti predchádzajú mladším). Podľa IGGERS, G.: *Dejepisectví ve 20. století*. Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 2002, s. 12. Klasický von Rankeho historizmus je možné použiť tiež aj pre dejiny súkromnoprávných odvetví, osobitne pre štúdium právnej praxe.

Uvedený deskriptívny prístup naplňa znaky tzv. historických právnických dejín, ktoré podľa nášho názoru budú mať svoje stále miesto vo všeobecnej histórii a tiež v právnej histórii, a môžu sa kombinovať s posunom v historickom bádaní 20. storočia – k tzv. **analytickému prístupu k dejinám**, sústredenému na sociálne štruktúry a procesy, **a medzi nimi zohráva právo ako spoločenský fenomén nezanedbateľné miesto**. Tu sa môžu rozvinúť nové metodologické prístupy – napríklad štrukturalizmus (obdoba štrukturalnej analýzy), textualizmus (popierajúci objektívne poznanie historického kontextu zo samotných textových prameňov), nového historizmus (rekonštrukcia historického kontextu zo samotného textu v konfrontácii s historickou realitou, poznávanou cez iné pramene – neprávnické, archeologické, umelecké a pod.), kontextualizmus (právo a jeho inštitúty zasadené, kontextualizované vo svojej dobe, ide o prístup, keď právo je produktom daného systému, časopriestoru). V právnej histórii našiel svoje miesto a ako preferovaný vedecký smer sa konštituoval nový historizmus (kde sa skúma konflikt alebo zhoda law in books & law in action/case law a pod., t. j. historické (nielen právne) pramene sa znovu skúmajú cez obsah samotného prameňa, v ktorom sa hľadá širší kontext). K tomu pozri napríklad posledne GÁBRIŠ, T.: Medzi právnickými a historickými právnymi dejinami. In: *Historické právne systémy a integrácia Európy. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie Právo ako zjednocovateľ Európy – veda a prax*, Bratislava: Právnická fakulta Univerzity Komenského, 2011, s. 64.

storočia. Podľa neho uhorské právo, tak ako väčšina všetkých iných normatívnych systémov, nadobudlo svoju súčasnú podobu a obsah rôznymi zmenami zachovajúc svoj prvotný historický pôvod. Preto sa konštituoval výklad – história uhorského práva – o zmenách práva, ako aj o zásadných udalostiach, ktoré sa týkali jeho pôvodu aj vývoja.¹⁴ I. Kelemen v úvode II. vydania *Inštitútov uhorského súkromného práva* podal aj význam dejín uhorského práva. V ňom poukazuje na pojem dejín (histórie) práva: „*tak ako iné vedy aj naše právo sa rozvinulo a nadobudlo svoju súčasnú podobu rôznymi zmenami od svojich počiatkov, a história práva sa vyvinula ako veda, ktorá sleduje tieto zmeny pamäti-hodných udalostí o pôvode, vývoji, skutočnostiach a zmenách v práve. Jej znakmi sú: pravdivosť, ktorá neskĺzne do rozprávok (poviedok, bájok); selektívnosť, aby sama história bola prospešná pre ľudské správanie/ko-*

14 Kelemenov názov sa oprel o jeden z dôvodov vydania *decretum generale* uhorského práva *Opus Tripartita*, ktoré v predhovore uvádza, že „*doteraz sa nič také v uhorskom práve nevykonalo, čo by vzhľadom na svoj pôvod pretrvalo od svojho počiatku, alebo by vzniklo rozhodnutím (panovníka), alebo by bolo posilnené stálymi obyčajami a ich užívaním (aut origine duiturnum, aut sanctione stabile, aut perenni usu ac observantia roboratum)...*, preto je potrebné so všetkou zručnosťou a talentom udržiavať v pamäti všetko, čo vzniklo zo súdnej praxe (*ad hoc accedit, quod ea omnia, quae vel forensibus in causis emergunt, ... memoria tenere supra hominis captum, facultatemque videtur existere*)“. Citované podľa KELEMEN, I.: *Historia iuris Hungarici privati*. Budaë: Typis regiae scientiarum univer. Hungaricae, 1818, s. 1. Z uvedeného vyplýva, že nielen autor, ale aj panovník stáby potenciálny zákonodarca a objednávatel' zozbierania uhorského obyčajového krajinského práva v období 16. storočia mali priamy úmysel konzervovať vtedy platné právo pre budúcnosť. Nepriamym úmyslom bolo vytvoriť pre históriu prameň poznania uhorského práva, ktoré za I. Kelemena znamenalo ešte nielen stály zdroj pozitívneho práva, ale aj prameň dávnej a staroslávnej histórie uhorského práva. Ešte raz teda zdôrazním, že na históriu práva sa vtedy hľadelo bez dešpektu ako na pomocnú vedu pozitívneho práva a jej praktický význam sa odvodzoval z antického významu všeobecnej histórie (Tullius) – ako svedok minulosti, svetlo pravdy, základ pamäti, učiteľka života, posol dávnej minulosti („*testis temporum, lux veritatis, vita memoriae, magistra vitae, nuntia vetustatis*“). Pozri bližšie KELEMEN, I.: *Historia iuris Hungarici privati*, s. 1. Tam pozri s. 6 – 18 k prameňom a prvým syntézam uhorských dejín práva pochádzajúcich zväčša z 18. storočia.

nanie; poriadok ako hlavný prostriedok jasnosti/zrozumiteľnosti práva. Najlepším (prístupom k právu, pozn. aut.) je chronologický náhľad“.¹⁵ Dodáva tiež, že jej užitočnosť je v historickom poznávaní sily a účinku zákonov, nielen v poznávaní ich znenia. Jej hlavnými zdrojmi zostali predovšetkým všeobecná história (*historia politica regni Hungariae*), po druhé snemové a župné nariadenia, štýl, úvody a závery kráľovských dekrétov, kráľovské privilégia, patenty a iné dokumenty.¹⁶

Pri uvedenej koncepcii išlo o použitie viacerých prístupov a historických metód: predovšetkým sa postupovalo diachrónne (časovo) – zachytávajúc a skúmajúc historicky a lineárne chápaný výklad s využitím najčastejších metód deskripcie, analýzy i syntézy. Uvedený prístup sa mohol zároveň kombinovať s porovnávacou metódou synchronného prístupu, opierajúc výskum o totožný časový substrát viacerých výskumných oblastí – krajín, štátov alebo regiónov, prípadne právnych kultúr, ktoré boli podrobené právno-historickej komparácii. Uvedený prístup v druhej polovici 19. storočia nabral na svojom význame a intenzite, i kvôli jasnej stratifikácii a oddeleniu jednotlivých právnych odvetví (najmä v súvisi so základným delením na verejné a súkromné¹⁷). Výskum sa preto opieral o záujem syntézy všetkých súvislostí práva ako uceleného právneho systému a celospoločenského normatívneho regulatívu. Zároveň však bádanie dávalo vždy priestor deskriptívnym a rozprávacím (naratívnym) dejinám a oba prístupy

15 KELEMEN, I.: *Historia iuris Hungarici privati*, s. 2 – 3.

16 *Ibidem*, s. 1 – 2.

17 V odkaze na názor I. Kelemena: „Nikto múdry nebude mať pochybnosti, že náš národ vo svojej sociálnej štruktúre sa člení na tých, ktorí vládnu a tých, ktorí poslúchajú, z čoho vyplýva, že naše právo má dvojitý pôvod: verejný a súkromný. Tento prvý spočíva v súbore zákonov, ktoré upravujú vzájomné práva a povinnosti pánov (šľachty, t. j. tých, čo vládnu) a poddaných; a toho sa týkajú tieto práva: kráľovskej Výsosti (kráľa), uhorských stavov, miest, (súdnych) tribunálov a pod. Avšak druhé právo (súkromné) sa vzťahuje na práva a povinnosti jednotlivcov, ba dokonca predstavuje istý pomer moci a podriadenosti alebo sa zaoberá iba mojím a tvojím.“ Citované podľa LACLAVÍKOVÁ, M. – ŠVECOVÁ, A.: *Pramene práva na území Slovenska II. (1790 – 1918)*, s. 23.

(synchronný aj diachrónny) koexistovali v uvedenom období začiatku 19. storočia až prakticky dodnes.¹⁸

Oba prístupy pre všeobecné súkromné právo poskytovali vhodnú anabázu na praktické využitie historických poznatkov aj na historický výklad (hermeneutiku) pozitívneho práva v praxi. Iste boli limitované na oblasť historickej argumentácie pri tvorbe práva a jeho prameňov, osobitne sa týmto prístupom hľadal pôvodný úmysel zákonodarcu. V druhom slede sa pri aplikácii historického výkladu – najmä pre obyčajové právo – umožňovalo flexibilne posúdiť dané pravidlo správania sa na pozitívny prípad a subsumovať ho pod pôvodnú právnu normu (obyčajovú, zákonnú, štatutárnu, *usus fori* a pod.).¹⁹

3. Dedenie zo zákona podľa I. Kelemena v diele *Institutiones iuris hungarici privati*

V II. knihe sa zaoberal autor vecami (*de rebus*), nadväzujúc na I. knihu o osobách (*de personis*). Dedičské právo zaradil v II. knihe do viacerých hláv. Výklad oboch delačných dôvodov: závetu a zákona rozdelil do samostatných hláv (XII. dedenia zo závetu, XIII. dedenie zo zákona). V XIV. hlave písal o inštitúte fideikomisu (nazvanom aj ako osobitné dedenie – *extraordinaria successio*), ktorý mohol byť zria-

18 Odkaz na GÁBRIŠ, T. – KOLÁRIK, J.: Chronologický alebo retrospektívny výklad práva? K možnostiam výučby právnych dejín. In *Acta iuridica Sladkoviciensia II. Právnické štúdie*. Sládkovičovo, 2011, s. 57 – 66.

19 Postavenie právnej histórie v období pôsobenia I. Kelemena deklaroval minulý význam a aplikáciu samotnej histórie (podľa súčasných kritérií tak všeobecnej aj právnej histórie), ako významnej pomocnej vedy pre pozitívne právo, t. j. všeobecné súkromné právo (*ius civilis hungarici, ius privatum*). Nečudo, že sa našlo pre ňu miesto v právnickej výučbe ako jej integrálna súčasť, ako aj jej opodstatnenie v právnej praxi. Z tohto vychádzal samostatný status právnej histórie v zmysle propedeutickej deskriptívnej disciplíny na konci 19. storočia s kontinuitou v 20. storočí.

dený tak zo zmluvy, ako aj zo závetu a určoval podľa slobodného rozhodnutia zriaďovateľa nástupnícky poriadok pevne určenej majetkovej podstaty, rozsah nakladania s ňou a všeobecný zákaz jej scudzenia.

Úvodné poznámky XIII. hlavy, označenej *de successione ab intestato*, vychádzali zo základu rodinného práva a vysvetľovali jednotlivé stupne a formy príbuznosti, legitímne formy vzniku príbuzenstva (pokrvné alebo zákonom prípustné a dovolené). Systematiku predmetnej XIII. hlavy I. Kelemen štruktúroval podľa pôvodných, zákonných dedičských skupín:

- 1) dedenie potomkov;
- 2) dedenie predkov;
- 3) dedenie bočných príbuzných;
- 4) dedenie manželov;
- 5) dedenie fisku²⁰.

Pri výklade postupoval deduktívne: na úvod rozvinul všeobecné poznámky k zákonnému dedeniu a pôvode (§ 189), pokúsil sa o jeho definíciu a rozdelenie (§ 190, 191). Pri jednotlivých dedičských skupinách opätovne začal výklad všeobecnými a špecifickými poznámkami o pôvode dedenia danej dedičskej skupiny a následne rozvinul všeobecné pravidlá (prípadne výnimky) zadaného dedenia. Diferenciačnými kritériami sa stali podľa uhorského práva buď stupeň a druh príbuznosti, alebo druh a pôvod majetku. I. Kelemen síce rešpektoval stavovské rozdelenie spoločnosti, ale dané dielo koncipoval ako univerzálny výklad zhodne s už prevládajúcim „trendom“: stierať rozdiely v stavovskej príslušnosti a vytvoriť jednotný systém práva, postavenom na civilnoprávnej všeobecnosti a rovnoprávnosti všetkých občanov Uhorska.

Inštitúty boli teda vytvorené ako univerzálna právnická syntéza so záväznosťou pre všetkých obyvateľov bez rozdielu spoločenského a právneho statusu, hoci Uhorsko ešte bolo viazané feudálnym sta-

20 V uvedenej časti nerozviadol výklad o dedení kráľovského fisku z titulu odúmrtie, iba ho v § 190 deklaroval.

vovským systémom. Keďže dielo sa *de facto* opiera o Tripartitum ako kodifikáciu krajinského šľachtického práva, novoveká právna veda vytvorila na základe Tripartita konštrukt podmienenej negatívnej subsumpcie a pôsobnosti krajinského šľachtického práva na mestské (prípadne aj na ostatné partikulárne práva),²¹ čo sa vzťahovalo viac-menej len na mestské právo: *mešťania okrem svojich privilégii vo všetkých veciach a činoch sú podriadení zákonom a obyčajom Uhorska*.²² Uhorská veda si to však vyložila v pozitívnom a rozširujúcom zmysle aplikácie krajinského práva na mestské, čím sa bezprostredne zblížovalo mestské a šľachtické právo. Nepriamo sa týmto spôsobom budovali materiálne základy jednotného právneho poriadku bez rozdielov stavovskej príslušnosti. Napríklad mešťana sa týkali právne normy Tripartita vo veci majetkov vo všeobecnosti alebo osobitne iba normy o zdedených majetkoch, o prvotnom nadobúdateľovi, o majetku nadobudnutom inak ako kráľovskou donáciou. So šľachtickým právom sa zhodovali zákonné dedičské skupiny pre mešťanov a poddaných. Naopak vo formálnej stránke zriadenia úkonov *mortis causa* sa zachovávali partikulárne úpravy jednotlivých stavov alebo privilegovaných teritórií a skupín obyvateľstva. Kontinuovali taktiež špeciálne právne normy dedenia jednotlivých členov katolíckej cirkvi (prípadne ďalších štátom uznaných).²³ Možno preto tvrdiť, že uhorská právna veda už na konci 18. storočia dospela do štádia myšlienky budovania jednotného systému súkromného práva na báze zblížovania najmä krajinského a meštianskeho súkromného práva, len v uvedenom období ešte neprišli do štádia platnej legislatívy, čomu zásadne odporoval ešte uplatňovaný personálny alebo teritoriálny právny partikularizmus, odstránený až v revolúcii z roku 1848/49 a v následnom právnom vývoji.

21 ŠVECOVÁ, A.: *Trnavské meštianske závetý (1700 – 1871)*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2014, s. 63 – 64.

22 Citovane podľa NÁNASY, B.: *Testamentom a magyar országi törvények szerént*. Pesten: nyomt. Trattner Matyás, 1798, s. 306.

23 *Ibidem*, s. 307.

I. Kelemen odkázal v uvedenej hlave na spoločný európsky pôvod tohto dedičského titulu, vychádzajúceho z prirodzeného práva, kladúc jeho počiatky do vzniku Uhorského kráľovstva (odkaz na zákony Štefana I. a Ondreja II., Trip. I/čl. 40, 41, 47 a 67) a z princípu subsidiarity jeho uplatnenia preferovaním dedenia zo závetu (uplatniac testamentárnu slobodu) a nie dedenia pevne, obyčajou určenej dedičskej sústavy zákonných dedičov (§ 190²⁴). Dôrazne však pripomenul rímsko-právnu tradíciu priznať dedičovi totožné postavenie poručiťela v zmysle univerzálnej majetkovej sukcesie, pričom však uhorské právo nezdôrazňovalo tak výrazne dištinkciu univerzálna verzus singulárna sukcesia, ale s obomi počítalo (§ 190, bod 3). *Institutio haeredis* sa stala síce zhodne s rímsko-právnym chápaním súčasťou uhorského práva v závetnom dedení už v stredoveku, no s prijatím zák. čl. XXVII/1715 sa umožnilo dedenie celej pozostalosti aj cestou určenia odkazov (t. j. individuálne aktívnych častí z dedičstva v prospech odkazovníkov), čím sa mohla aktívna pozostalosť dedič²⁵ čisto v prospech odkazov (legátov) a tzv. „rozdarovať“ v prospech tretích osôb prostredníctvom singulárnej sukcesie určených odkazov. Týmto smerom, rešpektujúc uvedené uhorské tradície, uvažovali následne aj tvorcovia DSP (1861) a najmä autori prvého všeobecného občianskeho zákonníka na sklonku 19. storočia, ktorí sa zhodli na všeobecnom odmietnutí rozlišovať univerzálnu a singulárnu sukcesiu, keď totiž v súdobom uhorskom dedičskom práve sa nevytváral umelo rozdiel medzi nadobudnutím dedičstva a nadobudnutím odkazu, na ktorom stálo klasické rímske právo. Dôvodom bola etika a účel dedenia v Uhorsku, keď podľa vtedajšieho chápania ustanovenie dediča (*institutio haeredis*) a zriadenie odkazu znamenalo synonymicky zanechanie majetku pre prípad smr-

24 Odkaz na príslušné state Kelemenových Inštitútov.

25 Ani v závetnej praxi, kde sa inštitút odkazov realizoval, sa neužíval špeciálny termín zanechať odkaz, ale slovesá *lego*, *vermachten*, *poruczat* sa používajú pre celú pozostalosť, ako aj pre jednotlivý odkaz, a ktoré možno všeobecne prekladať ako synonymicky chápané porúčať/zanechať.

ti, a ktoré sa neodlišovalo vo všeobecnej hlavnej myšlienke (nadobudnúť istý majetok po smrti poručiteľa), skôr v bližšom právnom význame – titule nadobudnutia, obsahu nadobudnutia určeného majetku (buď plnohodnotného vlastníckeho práva, alebo len obmedzeného užívacieho práva k určenému majetku).²⁶ Uvedeným názorom sa preto posilňoval a vlastne len potvrdil majetkový/vecno-právny význam dedičského práva (menej už jeho osobno-právny), veď napokon sám I. Kelemen zaradil dedičské právo do II. knihy o veciach. Jeho definícia zákonného dedenia, smerujúca originárne na majetkovoprávny záujem, sa *in stricto sensu* naň koncentrovala v znení: „*ius certis personis competens haereditatem a defuncto ... ordinata serie servata apprehendi, possidendi ac vindicandi*“ (§ 190). Kelemen tiež upozornil na niektoré užívacie/požívacie práva viazané so smrťou, akým bolo vdovské právo (§ 207) a navyše uhorské, rovnako rímske právo poznalo inštitút dedičskej substitúcie, prípadne aj fideikomisu (hlava XIV II. knihy), ktoré reálne obmedzili dediča/odkazovníka v nakladaní z dedičstvom.

Definovaný právny stav podľa súdobého uhorského práva v následnom Kelemenovom komentári jednoznačne stavia zákonné dedenie do pozície subsidiárneho dedičského titulu, určuje pevnú dedičskú sústavu zákonných dedičov, medzi ktorými sa preferujú potomkovia, chránia sa rodové/zdedené (aviticitné) majetky a zachováva sa spravodlivosť v dedení zdedeného majetku v prospech pôvodnej rodiny (dedenie predkov a bočných príbuzných podľa zásady *paterne paternis/materna maternis*) a osobitne sa konštituuje vzájomné manželské dedenie a chránia sa práva vdovy.

V krátkosti možno ešte uviesť, že I. Kelemen odkazoval na viaceré (nie však všetky) základné zásady uhorského zákonného dedenia, ktoré podržalo a naďalej zachováva aj súčasné dedičské právo SR v Občianskom zákonníku (zák. č. 40/1964 Zb. v znení neskorších predpisov):

²⁶ Indokolás a magyar általános polgári törvénykönyv tervezetéhez. ötödik kötet öröklési jog. Budapest Grill Károly cs. és kir. udv. könyvkereskedése. 1902, s. 3.

- 1) delačný princíp;
- 2) prednosť dedenia zo závetu pred dedením zo zákona;
- 3) reprezentácie;
- 3) akrescencie;
- 4) dedenie podľa hláv v totožnej dedičskej skupine a podľa kmeňov v rozličných dedičských skupinách;
- 5) vyrovnanie koakvizície v pomere 1:1;
- 6) dedenia fisku z titulu odúmrte.

Pôvodné uhorské právo zachovalo v dedení zo zákona nasledujúce zásady a inštitúty:

- 7) nerovnocenné dedičskoprávne postavenie nemanželských a nelegitímnych potomkov, synov a dcér v zdedených majetkoch
- 8) *paterna paternis/materna maternis* pri dedení II. a III. dedičskej skupiny v zdedenom majetku;
- 9) zvýhodnený dedičský nárok vdovy;
- 10) špecifický systém dedičského práva klerikov vo vzťahu k zákonnému aj závetnému dedeniu.

Uvedené feudálne inštitúty a zásady (v bode 7, 8, 9, 10) sa podarilo v neskoršom vývoji prekonať v prospech univerzality práva a zrovnoprávnenia znevýhodnených skupín (nelegitímnych nemanželských detí, postavenie žien v dedení aviticity/zdedeného majetku). V Kelemenových Inštitútoch však nájdeme ešte nerovnoprávne postavenie nelegitímnych nemanželských detí, ktorých zákonné dedičské nároky voči otcovi vôbec neexistovali a voči matke sa o nich len vágne diskutovalo (§ 197). Nekonštituoval sa ani zákonný nárok na tzv. povinný podiel (ale na druhej strane dedenie zdedeného majetku nepodliehalo testamentárnej slobode). Rovnako v náznačkoví uvediem, že šľachtické ženy boli vylúčené z priameho dedenia aviticity (nárok len na *quarta puellaris*), nemohli si nárokovať ani polovicu spoločne nadobudnutého majetku, ktorý sa u šľachty ani *de iure* netvoril²⁷ (pripustená bola

27 V šľachtickom vlastníckom práve sa prezumovalo, že hlavným nadobúdateľom (*principalis acquisiteur*) je vždy muž/manžel.

ale možnosť jeho zmluvného určenia). Vdovy, nie vdovcov, naopak chránilo právo v dosť široko koncipovanom vdovskom práve a vdovskom dedení.

Naznačené východiská starého feudálneho uhorského (vo svojej podstate šľachtického dedenia zo zákona) sa viazali k obsahu I. časti Tripartita, ale uhorské zákonodarstvo aj uhorská právna veda, či súdna prax postupne, ale iba (po)čiatočne novelizovali a dopĺňali alebo inak povedané „modernizovali“ dedenie zo zákona smerom k novodobému právu platnému na Slovensku, t. j. k stavu podľa DSP platnému na Slovensku až do roku 1950. V zásade však až do roku 1848 platil stav zhodný s Tripartitom a partikulárnymi právami jednotlivých stavov.

V nasledujúcom texte už necháme prehovoriť samotného autora I. Kelemena, ktoré zásadné state uvedenej XIII. hlavy budem citovať.²⁸

XIII. hlava

O zákonnom dedení (*de successione ab intestato*)

§ 189

Úvod a pôvod zákonného dedenia

Pri dedení hovoríme aj o ďalšom druhu a to dedení ab intestato, ak poručiteľ neučinil žiadnu dispozíciu o svojich veciach, alebo tak nemohol či nechcel urobiť, alebo ak ju aj učinil, jeho vôľa zostala bez účinku, a preto jeho závet (testamentum) sa stal neplatným z dôvodu testamentárnej nespôsobilosti (nullum), nedodržania formálnych náležitostí (iniustum), alebo dedič dedičstvo neprijal (destitutum) a tak vec (dedičstvo) prenecháva

28 V predložennom preklade som sa snažila o zachovanie archaickosti a autenticity autorovho právnického jazykového a štylistického prejavu a o rešpektovanie, pokiaľ to bolo možné, pôvodných vetných formulácií, hoci na viacerých miestach som štylistickú stránku mierne upravila do podoby súčasného jazykového úzu, tak som napríklad pojem zomrelý (*defunctus*) preložila v pozitívno-právnom zmysle ako poručiteľ, predmet dedenia – dedičstvo (*haereditas*).

va na intestátne dedenie. Základ tohto dedenia pochádza priamo z prirodzeného práva, keď neexistuje žiadna konkrétna dispozícia poručiťela, pretože poručiťel už nemôže viac milovať a chrániť tých (najbližších), a z toho dôvodu má svoje veci zanechať tým, ktorí sú mu z prirodzenosti najbližší, a títo sa potom na základe tohto záväzku tešia odvodenému, fakultatívnemu právu nadobudnúť dedičstvo do svojho vlastníctva (*res sic relictas in dominium suum recipiendi*), čo je najprirrodzenejšie. Jeho počiatok, tak ako u všetkých národov, sa stabilizoval (určil) s prvými zákonmi nášho kráľovstva a zachoval sa dodnes.

§ 190

Čo je zákonné dedenie?

Zákonné dedenie je právo istej oprávnenej osoby nadobudnúť dedičstvo po poručiťelovi (a defuncto) zomrelom bez závetu zachovajúc mu právo ho prijať, vlastníť a nárokovať si ho.

- 1) Právo istej oprávnenej osoby znamená, že ak neexistuje žiadna dispozícia poručiťela, nestane sa majetok vecou nikoho, ale ihneď potom je určené, kto ho môže osobitne požadovať/nadobudnúť, o čom pojednáme nižšie.
- 2) Dedičstvo po poručiťelovi zomrelom bez závetu znamená, že závet nebol zriadený alebo jeho dôvod zanikol a tak dispozícia s vecami prechádza na zákon.
- 3) Zachovajúc právo znamená, že nie všetci, ktorých zákon povoláva dediť, dedia, ale existuje nasledujúci poriadok ich dedenia určený zákonom:
 - a) v prvom rade je dedenie potomkov;
 - b) ak tých niet, potom dedenie predkov;
 - c) ak tých niet, potom dedenie bočných príbuzných z titulu príbuznosti;
 - d) potom vzájomné dedenie manželov;
 - e) z toho vdove patrí osobitné vdovské právo, ktoré nie je vzájomné pre mužov;

- f) nakoniec dedí fiskus z titulu, akoby bol otcom všetkých (občanov, pozn. aut.).
- 4) Právo prijať, vlastníť a nárokovať si dedičstvo znamená totiž, že ak nikto nič nežiada, potom danej osobe (dedičovi, pozn. aut.) prináleží z autority zákona právo vec držať, užívať, požívať a ak by si ho niekto cudzí, neprajník alebo fiskus privlastnil, môže si súdne nárokovať dedičstvo späť.

§ 191

Všeobecné rozdelenie

Predtým, než by sme pristúpili k osvetleniu jednotlivých dedičských skupín, dedenie podlieha tomuto rozdeleniu:

- 1) univerzálna sukcesia, ak niekto nadobudne celé dedičstvo (*haereditatis*) a singulárna sukcesia, ak niekto nadobudne len jeho časť;
- 2) nadobudnuté z titulu vlastníctva (*proprietas*) alebo z titulu užívania (*usus fructus*), pretože v prvom prípade prechádza celé vlastníctvo, ktoré vlastnil poručiteľ, na sukcesora (dediča, *successorem transit*), alebo dedič nadobudne len dočasné užívacie právo k plodom dedičstva, a to právo vdovy na majetok manžela, ktoré preto nemôžeme nazývať pravým dedením;
- 3) bezprostredné a verejné dedenie, kde stupeň príbuznosti k poručiteľovi je bez pochybností. Dedenie je starobylé a ťažko dokázateľné (*obscura*), ak je stupeň príbuznosti medzi bočnými príbuznými veľmi vzdialený, a preto kde to zákon výslovne nariaďuje, musia byť títo príbuzní označení podľa mena.
- 4) Dedenie pochádzajúce z reálneho stavu (*via facti*) alebo zo zákona (*via iuris*). Ak je toto dedenie ihneď dostatočne známe, nie je potrebné ho nikomu dokazovať, no ak je ťažko dokázateľné, sotva niekedy bude možné dedičstvo zanechať bez dedenia.

Dedenie potomkov

§ 192

Všeobecné skupiny potomkov

Do prvej dedičskej skupiny radíme potomkov a nazývame ich *descendenti*, ktorými sú osoby zrodené z blízkeho alebo vzdialeného príbuzného, buď prirodzene alebo civilne a to synovia, dcéry, vnuci, vnučky a právnicki bez obmedzenia stupňa príbuznosti.²⁹ Potomkovia sa delia do istých skupín podľa nasledujúcich kritérií:

- 1) prirodzení alebo civilní potomkovia: tí, ktorí sú prirodzene zrodení a tiež sem zaraďujeme tých, ktorí napodobňujú týchto prirodzených potomkov – t. j. adoptívni potomkovia;
- 2) prirodzení, ktorí boli splodení z legitímneho zväzku (lôžka), no nie z pravého (tzv. putatívneho, domnelého) manželstva: ide o prirodzených ale nelegitímnych potomkov. Ak sa tento vzťah zhojí novou zmluvou, potom sa stanú legitímnymi potomkami (pozri II. knihu, § 270 a nasl.);
- 3) potomkovia buď z rovného alebo rozdielného manželstva, a teda sú si vzájomne plnorodými súrodencami, a tí, ktorí majú spoločného otca ale rozličné matky, sú polorodými súrodencami – *carnales*, a potom tí, ktorí majú spoločnú matku – *uterini*;
- 4) z dôvodu pohlavia: muži (*mares*) a ženy (*foemellae*);
- 5) z dôvodu stavu: laici, svetskí kňazi, alebo rádoví klerici a tí sa delia ešte na tých, ktorí majú spôsobilosť nadobúdať majetok a ktorí ju nemajú;
- 6) z dôvodu stupňa príbuznosti k poručiteľovi: prvého až posledného stupňa;
- 7) podľa pôvodu narodenia: narodení na prvom, druhom alebo poslednom stupni (*loco*).

²⁹ K nim sa priradili aj potomkovia narodení po smrti otca (*posthumi*, Trip. II/čl. 62).

§ 193

Právna úprava dedenia potomkov

1. Dedenie prirodzených legitímnych potomkov

Tu sa uplatňuje doktrína nerovnosti a rovnosti práva, ktorú treba bezpodmienečne zohľadniť a následne treba dodržať nasledujúce pravidlá:

- 1) v materských zdedených aj nadobudnutých majetkoch dedia obe pohlavia rovnakým spôsobom a rovným dielom, tieto pohlavia však nemôžu dediť („dôjsť“) po matke (výnimky sú stanovené len pre prípad praefekcie), keď v nadobúdacej listine nie je pre ženy uvedená doložka *utriusque sexus*;
- 2) v otcovských zdedených majetkoch (napríklad vzniknutých z fideikomisu, majoratu, senioratu alebo z im podobných) dedia vždy rovným dielom muži, dcéry dedia len v tých majetkoch, na ktoré sa vzťahuje dedenie obojeho pohlavia.³⁰
- 3) Ak sú všetci prvého stupňa príbuznosti, dedia podľa hláv a to rovným dielom, koľko je týchto osôb, čo možno znázorniť na nasledujúcej schéme: po otcovi Adamovi dedia traja synovia a to Peter, Pavol a Jakub a dedičstvo sa delí na tri rovnaké časti.
- 4) Ak existujú dediči rôzneho stupňa príbuznosti a tí si konkurujú v dedení; tí ktorí sú rovnakého stupňa, dedia podľa hláv, a tí ktorí sú rôzneho stupňa, dedia podľa kmeňov a to pravdaže podľa genealogických tabuliek. Toto dedenie možno určiť podľa schémy: Ak (syn) Peter zanechá synov Andreja a Jána, títo zomrelého Petra nasledujú v dedení po (otcovi) Adamovi a (synovia) Pavol a Jakub dedia rovnorodo podľa hláv a Andrej a Ján podľa princípu reprezentácie podľa kmeňov a to jednu tretinu z majetku Adama.
- 5) Ak všetci dedia podľa zásady reprezentácie, celé dedičstvo sa dedí podľa kmeňov, čo možno demonštrovať na nasledujúcom príklade: Ignác

30 Dcéry dedili z aviticity len tzv. *quartu puellaris*, vyplatenú v peniazoch z čistej hodnoty dedičstva.

dedí jednu tretinu, Štefan a Juraj a Šebastián jednu tretinu a Anton a Karol tiež poslednú jednu tretinu.

- 6) Potomkovia rovnakého otca (carnales) alebo matky (uterini) dedia rovným dielom, ak však ide o dedičov, ktorí majú len spoločného otca alebo spoločnú matku, dedia podľa zásady materna maternis a pater-na paternis. Tu treba vziať do úvahy, že matka je spoločná a otcovia sú rozliční. V tomto prípade sa majetok rozdelí to týchto dvoch tried – otcovský a materský a vzájomne sú tieto majetky oddelené. Dedenie možno znázorniť na nasledujúcej schéme: deti spoločného otca Ivana: Ladislav, Xavier a Alojz dedia rovným dielom, po matke Eve dedia len jej synovia: Ladislav a Xavier a po matke Aje len syn Alojz.
- 7) Ak pochádzajú potomkovia z rozličných manželstiev, a otec nadobudol s prvou manželkou istý majetok, ak však potom vydá mladšiu listinu a podľa nej disponuje v prospech novej manželky a detí s ňou splodených, dedenie je určené podľa mladšej listiny, no ak sa objaví niekto bližší, kto si nárokuje dedičstvo, sú deti splodené z druhou manželkou podľa zákona (cestou práva) z dedenia vylúčené (relegandi sunt).³¹

§ 194

- 8) Prvorodený sa teší istej prerogatíve stať sa správcom všetkých rodinných listín za podmienky, že má zdravú myseľ a nie je márnotrtník. Ako správca listín potom musí vykonávať isté úlohy:
- a) vydávať ženskému pohlaviu z týchto listín odpisy (tranzumpty);
 - b) poskytnúť tieto listiny mužom, ktorí ich budú skúmať;
 - c) brániť rodinu pred spormi o dedičnú delbu;
 - d) ako najstarší brat môže rozširovať aktíva aj po dedičnej delbe a chrániť práva ostatných spolubratov/kondivizionárov.³²

31 Zák. čl. XXXVI/1659.

32 Trip. II/čl. 42, zák. čl. XXVIII/1729. Kondivizionár čiže nedielny brat alebo člen rodinného nedielu bol spoluvlastník na rovnom ideálnom podiele zo spoločného majetku rodiny (predovšetkým aviticity).

- 9) Najmladší z rodu si môže ponechať rodičovský (otcovský) dom³³.
- 10) Ak ide o hnutelné veci, ktoré patria aj ženskému pohlaviu, prináležia všetky zbrane, knihy a pečate mužom³⁴.
- 11) Laici aj svetskí kňazi dostanú celé podiely³⁵ a členovia rádov „rozdrobené“ čiastky. Po prvé nie je pochybnosť, pretože o ich dedení hovoria rozličné zákony, no tieto osoby ani nemožno obmedziť v dedičskom práve, pretože sa tiež zaraďujú medzi kondivizionárov, však špeciálne sa na nich vzťahujú tieto ustanovenia:
- a) z aviticitných hnutelných aj nehnuteľných majetkov sa im oddelí nie viac ako jedna desatina, ktorá sa im má navyše vyplatiť v peniazoch a to nie viac ako 5.000 zl.³⁶
 - b) takisto ani rodina nemôže uvedenú sumu požadovať späť po smrti príbuzného klerika od príslušného rádu, ani akýkoľvek člen rádu od zomrelého brata, ale dedičské právo zostáva aj tomu najposlednejšiemu bočnému príbuznému.
 - c) Ak zomrie klerik pred večnými sľubmi, alebo sa vráti do svetského života, potom uvedená suma, ako aj všetci ostatné veci (ale z nich ničो môže byť určené ako náhrada na obživu a ošatenie) budú znovu určené pre dedenie celej rodiny a navrátiť sa znovunadobudne dedičské právo s bratmi.
 - d) z nadobudnutých otcovských majetkov však člen rádu nemôže zo zákona nič zdediť, keďže tu zákon mlčí a nič mu nikdy neurčil;
 - e) pretože člen rádu nemá mať účasť/nie je schopný byť účastný (z toho vyššie uvedeného dôvodu, pozn. aut.) na majetkových právach, preto nemá mať ani účasť na dedení zdedených i nadobudnutých majetkov (*avitaе quam acquisitaе*);³⁷

33 Trip. I/čl. 40, 41.

34 Trip. I/čl. 99 § 2.

35 Trip. II/čl. 44.

36 Zák. čl. LXXI/1715.

37 Osoba klerika sa stáva občiansky mŕtvou (*bürgerlich tod*) a z dedenia sa vylúčila na základe decízie KK. Ak člen rádu zomrie v kláštore, jeho majetok sa vracia súrodencom späť, ak ale vystúpi z rádu, vracia sa mu dedičské právo; nárok

- f) vstupom do rádu sa dostáva osoba pod obetu/stáva sa cirkvi zaslúbenou a odníma sa jej dedičské právo, a preto, keď sa zbaví jarma tohto sľubu a vráti sa do svetského života, vracia sa jej aj právo dedenia.

§ 195

Legitimovaní potomkovia

Pre legitimovaných potomkov o ich dedení zo zákona treba podať nasledujúce širšie objasnenie:

- 1) legitimované deti nasledujúcim manželstvom sa vyrovnajú v dedení deťom narodeným z legitímneho manželstva, a preto s nimi dedia vo všetkých majetkoch rovným dielom³⁸ (vylučujúc z dedenia fiskus a bočných príbuzných).
- 2) rozhodnutím kráľa môžu nadobudnúť dedičské právo a tým predísť v dedení fiskus, ak chýba zákonný legitímny dedič a táto legitimácia má kráľovský súhlas;
- 3) ak existujú zákonní dediči a ak by nesúhlasili (s dedením legitimovaných detí), bude legitimácia vo veci zdedených majetkov neúčinná, lebo legitimovaní dediči sa týmto protirečením poškodili a žalobou so strany zákonných dedičov sa oslabili ich dedičské nároky;
- 4) v nadobudnutých otcovských majetkoch, ktoré sa žiadajú v legitimácii, dedia spolu s legitímnymi potomkami rovným dielom, pretože táto žiadosť je rovnoprávna a nadobúdateľ má slobodu dispozície.
- 5) Táto žiadosť legitimovanej osoby voči legitímnym deťom nevytvára možnosť žiadneho dedičského práva v nadobudnutých majetkoch, pretože dosiaľ ani vo vlastnom záujme nemožno o nich disponovať, ani fiskus v tomto nemá žiadne právo radíť.

na dedenie ustanovila decízia KK v spore pátra Antona Reviczského voči jeho bratom z roku 1753. Citované podľa JUNG, J.: *Darstellung des ungarischen Privat-Rechtes*. II. Band, Wien: Bey V. Ph. Bauer, 1818, s. 139 – 140.

- 38 Ak nedošlo k dodatočnej legitimácii nemanželských detí, hľadalo sa na nich ako na nelegitímne deti, ktoré nemali dedičský nárok ani po otcovi, ani po matke (Trip. I/čl. 105, 106, 108).

- 6) Legitimácia priamo pápežom, ak konvaliduje dodatočne vznik manželstva pre deti narodené z takéhoto zväzku, nezvyšuje ani neznižuje šance na zákonné dedenie týchto detí alebo fisku, pretože pápež v dočasných veciach nemá žiadne právo v našom kráľovstve a aj nepriama legitimácia pápeža má tie isté účinky.

§ 196

Obyčajná legitimácia – adopcia

Vo veci adoptovaných detí, ktoré imitujú postavenie prirodzených potomkov treba vedieť:

- 1) vo všeobecnosti adopcia nezakladá pevné pokrvné puto, pretože adoptovaný je úplne vylúčený riadnymi (bočnými/tzv. rozšírenými) zákonnými dedičmi z dedenia aviticity;³⁹
- 2) v nadobudnutých majetkoch je s legitímnymi a prirodzenými potomkami rovnocenný, ak adopčná norma neurčuje inak, a preto ak by týchto riadnych dedičov nebolo, nadobudne adoptovaný celý nadobudnutý majetok, čo možno dosiahnuť aj adopciou závetom;
- 3) v donačných majetkoch vylučuje adoptovaný fiskus, ak tu existuje kráľovský súhlas, ak však neexistuje, ani súkromným právnym úkonom (adopciou) nemožno zrušiť (dedičské, pozn. aut.) práva sv. Koruny/fisku.
- 4) Adoptovaný dedí tiež po svojich prirodzených rodičoch podľa všeobecného zákona, pretože adopcia neumenšuje jeho práva (benefícia), ale ich kumuluje (zväčšuje), iba ak by bola trvale odvolaná.⁴⁰

³⁹ Pozri Trip. I/čl. 63, 66 a 120, ak adoptujúca osoba nezanechá žiadne legitímne deti, môže adoptant dediť aj zdedené majetky. V nadobudnutom majetku má rovnaké dedičské nároky s legitímnymi deťmi.

⁴⁰ Trip. I/čl. 40.

§ 197

Nelegitímni potomkovia

Nelegitímni potomkovia akéhokolvek stavu sú

- 1) vylúčení z dedenia po otcovi v zdedených aj nadobudnutých majetkoch v zákonom dedení, osobitne z týchto dôvodov:
 - a) *civilne/súkromnoprávne nie je možno určiť jednotlivých členov rodiny pre neistotu otcovstva a teda príslušnosť k danej rodine a tiež civilné práva rodiny nemožno slobodne užívať,*
 - b) *tiež ak niekto zomrie bez legitímnych potomkov, takmer vždy má ďalších zákonných dedičov, buď rodičov, alebo súrodencov alebo iných bočných príbuzných alebo manželku, a konečne fiskus, a preto nelegitímny potomok nesmie zmenšiť, ani inak narušiť ich dedičské práva;*
 - c) *zákon vylučujúco hovorí: za dedičov sa považujú len legitímni synovia (Trip. I/čl. 17 § 1) a o „incestných“, teda nelegitímnych nepriamo hovorí: „títo nesmú dediť po svojich rodičoch“. Inak však zákon jasne hovorí, že legitímni potomkovia v rodičovských majetkoch vždy dedia rovným dielom a teda nelegitímnych zákon a contrario vylučuje z dedenia;*
- 2) *ale pre dedenie po matke to tak úplne neplatí, a niektorým sa zdá byť dedenie po matke zmysluplným a preto bojujú za uznanie tohto dedenia z nasledujúcich dôvodov:*
 - a) *pretože nezdržanlivosťou sa viac u žien, než u mužov stáva z dôvodu cudzoložstva reálne nebezpečenstvo smrti pre tieto novonarodené ilegítimne deti;*
 - b) *obe pohlavia Werböczy vylučuje z dedenia pre ilegítimne deti.*

Nasleduje poznámka: Uhorský národ, najhorlivejší v počestných mravoch, vždy trestal neviazanosť života nielen u rodičov, ale opovrhoval aj takto narodeným deťatám akoby poznačeným poškvrnou potupného zrodenia a úplne ho vylúčil zo šľachtického stavu, rodinných práv, verejných úradov, hodností a remeselníckych spolkov. Buďte pozdravené, vy čisté hroby predkov! Ale tá bolesť, ktorú si dnes uvedomujete vaším cudným zrakom, padlí potomkovia, ktorí v ranej mladosti neváhate vymeniť Boha, svedomie, zdravie, dobrú povesť, sladkú nádej na potomstvo a všetko drahé a posvätné, za hanebnú vášeň!

Dedenie predkov

§ 198

Úvodné poznámky

Ak porúčiteľ nezanechá žiadnych potomkov, ktorí by dedili zo zákona, pretože rodičia, od ktorých dostávame život, výchovu a všetky ďalšie benefícia, nás najviac milujú, a ktorých chceme prežiť, sú hodní úcty, k nim sa dedenie obvykle vracia späť⁴¹,

a) a preto sa dedenie vzťahuje na ascendentov, pretože rodičia a deti sú zviazaní vzájomným vzťahom (koreláciou) a podľa toho majú rodičia rôzne vzťahy buď ako prirodzene legitímni, len legitímni, legitimovaní a nelegitímni, a podľa toho aj ascendenti dedia po svojich potomkoch zo zákona, ktorí tiež takto dedili po predkoch, alebo aspoň mohli zo zákona dediť. Je nevyhnutné však sledovať kvalitu zdedeného majetku po porúčiteľovi, či bol buď zdedený (avitica) alebo nadobudnutý (acquisita)? A ak bol zdedený, či pochádzal z vetvy otcovskej alebo materskej? A ak áno, či pochádzal z donácie alebo nie? K tomu sa viažu nasledujúce pravidlá.

§ 199

Pravidlá vzťahujúce sa na prirodzených a legitímnych predkov

V duchu citovaných zákonov a trvalého úzu nasleduje potom dedenie predkov prirodzených a legitímnych:

1) zdedený majetok sa vždy vracia do tej vetvy, z ktorej ho porúčiteľ nadobudol a to otcovský do otcovského a materský do materského, a to preto, aby, ak nebolo týchto predkov, nasledovalo dedenie bočných príbuzných týchto predkov a konečne dedenie fisku, a preto druhá vetva (napr. otcovský majetok voči materskej vetve) je vylúčená.

41 Trip. I/čl. 53 § 10.

- 2) *Bližší stupeň vylučuje vzdialenejší, v zdedených majetkoch však vždy v danej vetve, a v nadobudnutých majetkoch v oboch vetvách (t.j. otcovskej aj materskej). Starý otec z otcovskej vetvy je vzdialenejší, napríklad v zdedených majetkoch však starý otec vylučuje matku z dedenia zomrelého Alexandra, no v nadobudnutých majetkoch dedí Alexandra matka celé dedičstvo a vylučuje obe vetvy starých rodičov, t.j. starého otca aj starú matku.*
- 3) *V dedičstve nadobudnutých nedonačných majetkov predkovia prvého stupňa (rodičia) dedia podľa hláv, predkovia vzdialenejšieho stupňa podľa rodinnej vetvy, nie podľa kmeňov (in lineas non in stirpes) na základe zásady reprezentácie. Pozri nasledujúcu schému: Ak obaja rodičia (otec aj matka) zosnulého Alexandra žijú, dedia obaja rovnocenne po synovi, ak však obaja zomrú, a žijú len predkovia v otcovskej vetvy a to tak starý otec aj stará matka a v materskej vetve len starý otec, tento starý otec dostane toľko ako predchádzajúci starí rodičia z otcovskej línie.*
- 4) *V nadobudnutých donačných kráľovských alebo palatinálnych majetkoch nededia predkovia menej, než určuje donačná listina a keďže podľa obvyklej klauzuly v donačnej listine: darujem Tebe a tvojim dedičom a nasledovníkom (haeredibus et postaritatibus) dedia len potomkovia, nededia podľa nej aj rodičia a boční príbuzní.⁴²*

§ 200

Pri dedení ostatných predkov na základe vzájomného darovania (ex reciproca collatione) je určujúce:

- 1) *legitímni predkovia dedia len vtedy, ak im zákon dáva prednosť (favorem) v týchto majetkoch, ako napríklad:*
 - a) *ak sú legitimovaní nasledovným manželstvom, nadobudnú všetky donačné majetky (pozri § 199 bod 4);*

42 Tento majetok potom dedil kráľovský fiskus podľa Trip. I/čl. 50, zák. čl. XXVI/1715.

- b) prostredníctvom kráľa, ak participujú na zdedených majetkoch a v nadobudnutých nedonačných majetkoch dedia aj rodičia (§ 195);
 - c) avšak priama legitímácia pápežom zakladá vzťah, že deti neparticipujú na dedení a to platí vzájomne aj o rodičoch.
- 2) Ak zomrie len legitímny alebo adoptovaný, ak teda adoptovaný nadobudol niečo z majetkov adoptujúceho, vracia sa tento majetok adoptujúcemu/znovunadobudne ho adoptujúci naspäť, alebo ak je adoptujúci posledný z rodu, určí vzájomné dedenie so súhlasom kráľa dedenie otcovi adoptovanej osoby, pri adopciách dcér je to zriedkavé;
- a) v zdedených majetkoch dedia prirodzení a legitímni predkovia alebo boční príbuzní a ak ich niet, potom fiskus;
 - b) v nadobudnutých donačných majetkoch dedí tiež konečne fiskus (§ 199 bod 4);
 - c) v nedonačných majetkoch pre bližšiu príbuznosť ich predchádzajú v dedení rodičia, manželka, potom boční príbuzní a ak ich niet, potom dedí fiskus;
- 3) pretože nelegitímne deti sú vylúčené z dedenia rodičov, to platí aj recipročne (§ 197).

Dedenie bočných príbuzných

§ 201

Osobitný základ tohto dedenia

V zákonom dedení po potomkoch a predkoch nasledujú na treťom mieste boční príbuzní (*collaterales*), ktorými sú tie osoby, ktoré sme my síce nespľodili, ani sme nimi neboli splodení, ale ktorí s nami majú blízky príbuzenský pomer (vedú s nami totožný príbuzenský pomer, blízkosť – *ab eodem tamen communi propinguo stipite ortum ducunt*) a to v bočnej pokrvnej línii, ktorých máme milovať a ochraňovať a ktorými sú: bratia otca – *patrueles*, ale zákon za nich z osobitnej lásky určuje aj tie osoby, ktoré sú spríbuznené rôznym pokrvným potomstvom/zväzkom a bratským prí-

buzenstvom a aj príbuzenstvo sprostredkované manželstvom (copulative utramque intelligendo).

Nasleduje poznámka: Preto veru od počiatkov náš zákon vychádzal z tohto názoru, a aj v mladších dobách sa ten istý zachoval, no potom, čo bol prijatý v Uhorsku majoratus na základe zák. čl. IX/1687 a L/1723,⁴³ podľa ktorých v tomto poriadku majoratu nemá delba svoje miesto, ale dedí prvá, druhá až posledná vetva podľa určeného majorátu, pretože podľa zák. čl. XLVII/1723 brat po bratovi dedí majetky nadobudnuté spoločne pred dedičnou delbou a tiež nedonačné majetky, a preto staršie pravidlá dedenia vedľajšej, bočnej vetvy v prípade majoratu nemožno uplatniť. Je však treba zvážiť, že pokiaľ platia staršie pravidlá riadneho dedenia, je treba prispôsobiť tomuto dedeniu mladšie inštitúty, ktoré nepoznal ešte Werböczy, a preto platí: spoločenstvo krvi a práva tvorí/žičí vzájomnému dedeniu bočných príbuzných.

Avšak, aby z tohto príbuzenstva mohlo vzniknúť dedenie, je potrebné určiť nárok na dedenie rozličných osôb, vzťah k poručiteľovi a tiež k jeho majetkom.

§ 202

Pravidlá dedenia pre prirodzených a legitímnych bočných príbuzných

Zdedené majetky

Ak poručiteľ zanechá zdedené majetky,

- 1) *boční príbuzní dedia neobmedzene, a to tiež napr. v 20. či 30. stupni na základe pokrvnosti, a teda dedia majetky nadobudnuté aj pred delbou*

43 I. Kelemen tu myslel na novozavedený inštitút fideikomisu (nazvanom aj majoratus), ktorý vysvetlil v nasledujúcej XIV. hlave ako osobitný typ dedenia, ktorý ale nepovažoval za nový deláčny dôvod, len za osobitne určený nástupnícky poriadok pre určenú majetkovú podstatu. Jeho kategorizácia bola a zostala aj v ďalšom vývoji sporná. Pozri ŠVECOVÁ, A.: Fideikomis podľa zákonného a obyčajového uhorského práva až do jeho zániku v 1. ČSR. In: *Acta Universitatis Tyrnaviensis – Iuridica*. 7: ročenka Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave, Blaho, P., Švecová, A. (eds.), Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, s. 215 – 228.

aj po delbe a žiadny predpis toto právo vzájomného dedenia nemôže zmeniť.⁴⁴

- 2) Bližšia príbuzenská vetva (*divisione*) vylučuje vzdialenejšiu, totiž otcov brat a v jeho línii jeho potomkovia a tak ďalej, a to podľa určenej genealógie.
- 3) Rovnoprávni kondivizionári: nedielni bratia (a ak ide o majetky oboch pohlaví aj sestry) dedia podľa hláv rovným dielom a to do posledného stupňa a podľa zásady reprezentácie podľa kmeňov⁴⁵, ako možno vidieť na nasledujúcej schéme:
Po smrti otca poručiteľa Michala dedia jeho bratia: Martin, Kazimír, Barnabáš a Daniel, a ak zomrie Kazimír, jeho podiel sa delí na tri časti pre Alberta, Jonáša a Félixa.
- 4) Boční príbuzní z otcovskej (*carnales*) a materskej (*uterini*) vetvy podľa zásady *materna maternis* (*uterini*) a *paterna paternis* (*carnales*), ale *uterini* majú vzájomné dedičné (*devolutionem*) právo v materských majetkoch, pretože to vyplýva zo vzťahu krvi a práva (*nexus sanquinis et iuris procedit*).
- 5) Ak je príbuzenský vzťah veľmi vzdialený alebo starobilý, ale je ho možno manifestovať, potom sa dedičstvo nadobúda *via facti*. V pochybnostiach boční príbuzní sotva dedia, ale musia to spolu s fiskom alebo s iným vlastníkom majetkov odúmrtie vyriešiť v súdnom spore.

§ 203

Nadobudnuté majetky

V nadobudnutých majetkoch sa dodržiavajú nasledujúce pravidlá:

- 1) verejné kráľovské alebo palatinálne donačné majetky, nepripadnú kolaterálom inak, než že budú zapísaní v nadobúdacej listine alebo pôjde o nadobudnutie pred delbou alebo po nej, no staršie zákony (doplnené

⁴⁴ Trip. I/čl. 53.

⁴⁵ Musí však dôjsť k dedičnej delbe zdedených majetkov, inak súrodenci vzájomne nededia, pozri Trip. I/čl. 49, 50, zák. čl. CXVII/1659.

novšími) sú však sporné a fiskus tu má prednosť pred v donačnej listine nezapísanými bočnými príbuznými.

- 2) Nedonačné majetky nadobudnuté z plodov zdedeného majetku a nadobudnuté pred delbou (okrem manželky, ktorá má silnejšie právo) dedia boční príbuzní.

Nasleduje poznámka: Keďže podľa zák. čl. XLVII/1723 nebola vytvorená jasná hranica v dedení nadobudnutých majetkov medzi otcovými aj matkinými príbuznými alebo len medzi matkinými príbuznými, a hoci zák. čl. LIV/1655 je už trochu jasnejší, predsa však je/bude treba tieto zákony jasne interpretovať a to buď zákonodarcom alebo Kráľovskou Kúriou.

- 3) Po delbe však tieto majetky, nadobudnuté z plodov týchto zdedených majetkov, prechádzajú na kráľovský fiskus (dedí ich zo zákona – ab intestato fisco cedunt).
- 4) Majetky klerikov dedia boční príbuzní tak, ako je vyložené v § 178 a nasl.

§ 204

Legitimovaní boční príbuzní

- 1) Legitimovaní dedia vzájomne po sebe, a to toľko ako potomkovia, a tiež vstupujú do dedičnej delby, čo sme už uviedli vyššie.
- 2) Adoptovaní nedostanú od prirodzených a legitímnych detí adoptujúcej osoby nič, pretože nie sú s nimi v žiadnom príbuzenskom vzťahu, a ani nevznikol medzi nimi nárok na dedičnú delbu, ale ak niečo nadobudnú sami, to im pripadne cestou adopcie.

Nasleduje poznámka: Ak by istá časť zo zdedených majetkov so súhlasom legitímnych dedičov pripadla adoptovanému, jeho smrťou sa musí vrátiť do rodiny (z ktorej majetok pochádzal, nie pôvodnej rodine adoptovaného). Súhlas dedičov však nie je potrebný, ak táto časť dedičstva bola z pokrvného vzťahu „vyrvaná“. Môžeme tu argumentovať Trip. I/ čl. 69, ktoré hovorí, že perenálne fasie bez klauzuly: „žiadneho práva po smrti nadobúdateľa“ sa vracajú prvotnému nadobúdateľovi/pánovi.

- 3) A zaiste medzi nimi existuje vzťah krvi, buď samostatne alebo oddele-
ne, adoptovaní alebo prefekciou určení, hoci by aj v listine nebol jasne
vyjadrený súhlas kráľa, môžu vzájomne dediť po sebe, keď sa uskutoč-
nila materiálna separácia, ale nie dedičná delba majetkov.
- 4) Adoptovaní nesmú byť vylúčení z dedičstva po bočných príbuzných
posledných z rodu, pretože adopcia neumenšuje práva, ale naopak pri-
náša nové (zväčšuje ich).
- 5) Nelegitímní, pretože neparticipujú na majetkovom spoločenstve otcov-
ských majetkov, nededia po bočných príbuzných.

Vzájomné dedičské právo manželov a vdovské právo

§ 205

Úvodné poznámky

Manželia, hoci netvorí sice pokrvný ale manželský zväzok, tešia sa
vzájomnému dedičskému právu; isté práva mali už od počiatkov a ďalšie
boli prijaté len v súčasnosti. Od počiatkov manželka dedila po manželovi
konkrétne veci:

- a) nie však opačne, predsa však rodičia a boční príbuzní manžela mohli
žiadať isté veci, ak neexistovali žiadni potomkovia;
- b) paradoxne však už najstaršie právo priznávalo vzájomné dedičské
právo manželom.

Nasleduje poznámka: Aby sme mohli dobre a objektívne chápať povahu a objekt man-
želského dedenia, je treba rozlišovať:

- 1) práva na koakvizíciu, obvenenie a veno, a to tak, že prvé právo patrí
obom manželom a ostatné dve len manželke;
- 2) vdovské právo, ktoré patrí výhradne manželke, a to nie z titulu na-
dobudnutého vlastníckeho práva, ale ako dočasné požívacie právo
(ususfructus), t. j. právo na bývanie, zdržovanie sa a užívanie (Štefan
I., II/čl. 9);

- 3) vdovské dedenie, ktoré opätovne nadobudne len vdova, ktorá nadobudne knihy a z titulu zák. čl. IX/1687 ide o vzájomné dedičské právo: ak niet potomkov, dedí (vdova) všetky veci (de rebus suis decedat) zosnulého manžela, pričom objektom dedenia sú nadobudnuté zálohy a hnutelnosti zosnulého manžela.

Keďže neskorší zákon

- c) nepriznal pozostalému manželovi vzájomné dedičské právo, na druhej strane je však sporné, či môže manžel/lka požadovať sám celú pozostalosť, alebo či pozostalá manželka konkuruje v dedení predkom, bočným príbuzným a fisku.

§ 206

Zákony o manželskom dedení

Z predchádzajúceho výkladu sa odvodzujú nasledujúce pravidlá:

- 1) manželia v nadobudnutých zálohoch a hnutelnostiach vzájomne a úplne dedia po sebe, a to tak, že pozostalý manžel má prednosť pred predkami a bočnými príbuznými.⁴⁶
- 2) V dedení hnutelných zdedených vecí a tiež nehnuteľných zálohov majú prednosť pokrvní príbuzní (*familiae homines*) pred pozostalým manželom.

Nasleduje poznámka: Nemožno toto dedenie vzťahovať na všetky hnutelné veci akejkoľvek matérie, druhu a špecifikácie a teda aj na zdedené veci, ktoré zdedí vdova a podobne aj pozostalý manžel, ako hovorí Trip. I/čl. 98 a 99 § 3 a zák. čl. IX/1687. Ak však dôkladne tento problém skúmame, je pravdou, že všetky citované zákony hovoria o nadobudnutých majetkoch, ktoré prejdú dedením z poručiteľa na pozostalého manžela, ak ten zomrie bez závetu alebo inej fasie, ale pre ktoré zákony umožňujú slobodnú dispozíciu, pretože ich možno zaradiť medzi nadobudnuté majetky.

- 3) Pozostalý manžel predchádza v dedení fisku (pri dedení po deficientevi) vo všetkých zdedených veciach, ktoré sa nadobudli zmiešanou do-

⁴⁶ Zák. čl. XI/1687, zák. čl. XXVI/1715.

náciou a vo všetkých ostatných (nadobudnutých) veciach, v ktorých má poručiteľ slobodnú dispozíciu.⁴⁷

- 4) V nehnuteľných nadobudnutých veciach titulom akejkoľvek perenálnej fasie nevzniká manželské dedičské právo, ale z titulu príbuzenského pomeru sú preferovaní v dedení predkovia, boční príbuzní a fiskus, nie však
 - a) ak bola manželka zapísaná v nadobúdacej listine ako spolunadobúdatelka (coacquistrix) a vtedy nadobúda polovicu z titulu koakvizície, druhú polovicu nadobudne z titulu dedenia (alteram vero partem successionis titulo obtineret);
 - b) v meštianskom a poddanskom dedení sa majetok chápe ako koakvizícia a v ňom má pozostalá manželka dedičské právo;⁴⁸
- 5) tomuto dedičskému právu sa tešia len manželia, ktorí vstúpili do platného manželstva pred očami cirkvi.

§ 207

Vdovské dedenie

Z dôvodu polutovaniahodného stavu vdov aj po zavedení vzájomného dedičského práva manželov zostali v platnosti niektoré staršie zákony, podľa ktorých vdovy dedia po manželoch, ale nie naopak. Na základe tohto však nemožno vyvodit' záver, aké práva treba rozlišovať medzi vdovskými právami a dedením, ale treba k tomu dodať nasledujúce:

- 1) obvykle manželka dedí manželovo oblečenie⁴⁹ a snubný prsteň ako znak pamiatky na manžela;
- 2) kone a koč, na ktorom sa manželia vozili;
- 3) určený počet koní, ak neprekračuje počet 40 kusov, zvyšok nadobudnú synovia;⁵⁰

47 Trip. I/čl. 46, 67, decízia KK z roku 1776: „vdova má dedičský nárok pred bočnými príbuznými v manželových zdedených majetkoch, s ktorými mal právo slobodnej dispozície“.

48 Trip. III/čl. 29.

49 Trip. I/čl. 99.

50 Trip. I/čl. 101.

- 4) jeden (tzv. *detský, pozn. aut.*) podiel z *hnuteľností a nadobudnutých zálohov spolu s potomkami*.⁵¹ Neskôršie sa k tomu pripojil nasledujúci názor, že v týchto veciach nie je manželka spolunadobúdateľkou, ale z titulu *koakvizície* treba rozlišovať onú *rovnocennú polovicu*, určenú zákonom (*ab intestato*).

§ 209

Dedičské spory – procesné ustanovenia (processus)

Ak nemožno nadobudnúť dedičstvo, je potrebné začať spor a tu treba dodať nasledujúce pravidlá súdneho sporu o:

- I) a *čisté dedičstvo, pri ktorom treba sledovať:*
- 1) ak vznikne spor toho, kto si *nárokuje dedičstvo, pretože sa ho zmocnil a drží ho niekto protiprávne (sine iure apprehendit et detinet)*.
 - 2) V žalobe treba prihliadnuť na nasledujúce zákony:
 - a) pri dedení potomkov na Trip. I/čl. 40, 41, 42, 53 a II/čl. 62 *ect.*;
 - b) pri dedení predkov na Trip. I/čl. 53;
 - c) pri dedení bočných príbuzných na Trip. I/čl. 47, 50, 67 a zák. čl. XLVII/1723;
 - d) pri dedení manžela na Trip. I/čl. 102, zák. čl. IX/1687, zák.čl. XVI/1715;
 - e) pri nárokoch vdovy na Trip. I/čl. 98, 99, 100, 101, 102.
 - 3) Richtár v mestách a sporoch mešťanov musí rozlišovať a rozlične súdiť, totiž,
 - a) ak sú majetky lokalizované v rozličných stoliciach, je sudcom *dištriktuálna súdna tabula*, do ktorej patria dané stolice, ak majetky patria do rozličných *dištriktuálnych súdnych tabúl*, tak tá *dištriktuálna tabula*, v ktorej sa nachádza „hlava“ (základ tohto majetku) a ak ho nemožno určiť, potom kde sa nachádza väčšia časť majetkov;
 - b) vo veci predmetu dedenia v jednej stolici je *spôsobilá sedria (forum*

⁵¹ Trip. I/čl. 99, 101, 102.

comitatense; ak ide o hodnotu sporu menšiu ako 200 zl. súdi slúžny, ak ide o hodnotu sporu medzi 200 až 3 000 zl., potom je príslušný súd podžupana s prísediacimi a ak ide o hodnotu sporu vyššiu ako 3 000 zl., len súd podžupana.

- 4) *Ak ide o žalobcov, treba si všimnúť základ sporného dedenia a tu treba ešte prihliadnúť na to, či ide o žalobcu: poručiteľovho potomka, predka ect.*
- 5) *Ak sa vec dotýka kvantity, kvality alebo predmetu dedenia a nedotýka sa žalovaného, ale aspoň žalobcovho dobra alebo bližšieho práva. Ak kvalita sa dotýka hnutelných vecí a z jej prirodzených znakov ju možno ľahko spochybníť („zakryť“), a pri podaní žaloby je možné žiadať/prikázať žalovanému výpoveď pod prísahu a v podobných žalobách poľahky vyniesť rozsudok.*
- 6) *Na spory o riadnom dedení sa neviažu žiadne trovy, priradujú sa k spoločnej mase ako plody, a je možná apelácia mimo vlastníctva.*

II. *Majúc právo (dominium) dedenia, ak sa násilne okupujú cudzie a nelegitímnym spôsobom bez akéhokoľvek právneho titulu nadobudnuté hnutelné alebo nehnuteľné veci, postupuje sa podľa zákonov o násilnostiach, ktoré sa aplikujú proti okupantom a spor sa nedokončí ako aj ďalšie násilnosti, ak náhodou do roka dediči nebudú chcieť svojpomocou (via facti) vyhnať okupantov.*

III. *Pri starobyloom dedení, pri ktorom je pochybný alebo vzdialený vzťah žalobcu k poručiteľovi ako poslednému z rodu, kde bude sotva možno dobre dokazovať tento vzťah na základe genealógie, ale preto medzi nimi (dedičmi, pozn. aut.) možno hovoriť o kvázi bratskom vzťahu kondivizionárov, čo možno vidieť najmä v bočnej línii, preto*

- 1) *dedičské právo sa podporuje na základe Trip. I/čl. 67 a zák. čl. XLVII/1723;*
- 2) *proti inému pokrvnému príbuznému, alebo aj proti príbuznému vzdialenejšieho stupňa a proti držiteľovi žalovanej veci;*
- 3) *cudzinec vždy, ale kognátsky príbuzný, ak sa ho dotýka vedľajší nárok, môže vstúpiť do sporu a to pred kráľovskou tabulou, resp. tabulou banátov.*

- 4) *Proti cudzincovi vo veci základu dedenia je potrebné, aby žalobca dokázal pokrvný vzťah a skoršiu dedičnú delbu, ak možno toto konanie spojiť, a preto*
 - a) *ak cudzinec má vzdialenejšie, dlhoveké vlastnícke právo, nemožno ho zmariť svedectvom silnejšieho práva;*
 - b) *ten istý zákon v tomto prípade nabáda k postupu ako pri vlastníckych právach pri vymretí všetkých potomkov a má sa postupovať podľa kráľovského práva (práva na odúmrt').*
5. *Pokrvný príbuzný proti pokrvnému príbuznému sa zadosťučiní, ak sa dokáže počiatok a priorita dedenia, ak pokrvní príbuzní nedokážu právo svojej rodiny (t.j. pokrvné príbuzenstvo), môžu sa pokonať medzi sebou ohľadne vyskytnuvších sa svedectiev a iných nejasností.*
6. *V sporoch o starobylosť dedičného nástupníctva a v iných nejasnostiach ohľadne komplikovaného dedenia nemožno rozhodnúť jednoznačne a preto apelácia vo veci práva/vlastníctva (dominium) je možná.*

Namiesto záveru

Imrich Kelemen sa zaradil medzi popredných znalcov, systematikov a syntetizátorov uhorského všeobecného súkromného práva v predrevolučnej a novodobej uhorskej právnej vede. Jeho doba a dieľo však ešte nepatrili k budovaniu súčasných základov právnej vedy (určite nie z podstaty súčasného právneho systému), no vytvorili jej v Uhorsku na to tie najvhodnejšie predpoklady. Zhodne s I. Francom stál I. Kelemen na pozíciách súdobého právneho pozitivizmu. Reprezentoval zároveň tradičnú uhorskú historicko-právnu školu a jej solídne obyčajovo-právne tradície. Preložené Kelemenove tézy odvodili podstatu uhorského zákonného dedenia z obyčajovo-právneho základu Tripartita a autor sa sám vo svojich komentároch od neho nevelmi oddialil, ale naopak nadviazal na už existujúce uhorské novoveké zákonodarstvo a kreatívne a didakticky pútavo ho predstavil a sumarizoval, veď napokon jeho snahou bolo v diele *Institutiones*

„len“ vyplniť absenciu súdobej syntézy pozitívneho práva. Jeho syntéza stavala na základoch súdobej spoločnosti a všeobecného súkromného práva – právnom partikularizme v nadväznosti na stavovské rozdelenie spoločnosti a práva (hoci ho natoľko v Inštitútoch už nezdôrazňoval), viazanosti dedičných majetkov a rodinnej súdržnosti, relatívne voľne chápanej testamentárnej slobode, ale tiež neopomenuteľných nárokov zákonných dedičov, pod ktorými uhorské právo započítavalo predovšetkým potomkov. Konzistentne s uvedenými právnymi základmi uhorské dedičské zákonné právo aplikovalo čiastočne aj rímsko-právnu „tradíciu“, resp. skôr terminológiu alebo istý právny základ viacerých inštitútov (napr. delačný princíp, nerovnaké postavenie žien a mužov v dedení, odkazy, koláciu, dedičská *quarta*, vdovské právo a dedenie) a hoci v období Kelemenovho pôsobenia stav právnej úpravy dospieval myšlienke celkovej premeny uhorského súkromného práva *pro futuro* (čo platilo dvojnásobne aj pre dedičské právo), v dedičskom zákonnom dedení sa ešte konzervovala pôvodná obyčajová právna úprava rozvinutá o čiastkové legislatívne akty/judikatúru. Pokiaľ vyzdvihnem aspoň dve protichodné hodnoty – chrániť zákonné nároky a postavenie zákonných dedičov (princíp familiarity) pri prechode práv a povinností poručiteľa, avšak pri zachovaní prijateľnej miery realizácie testamentárnej slobody (princíp individuality), obe uvedené hodnotovoprávne maximy rímskeho práva a taktiež hodnoty (familiarity a individuality) európskej novodobej tradície verifikovalo aj predložené dielo I. Kelemena.⁵²

52 A napokon nasledujúce dynamické obdobia 19. a 20. storočia ich taktiež neodmietli, no skôr hľadali mieru ich manifestácie práva a prípadne prevahy jednej na úkor druhej.

Zusammenfassung

Gesetzliche Erfolge nach der Lehre des Imrich Kelemen

Der Beitrag orientiert sich auf ein wirklich flüchtiges, platonisches Entree ins Werk eines der bedeutendsten ungarischen Zivilrechtler der Zeit vor der Kodifizierung, Imrich Kelemen (1744 – 1819), der an der Juristischen Fakultät in Budapest tätig war. Er wurde zweifellos zu einer führenden Persönlichkeit der ungarischen Zivilistik in der Zeit um die Wende des 18. und 19. Jahrhunderts. In seinem grundlegenden Werk *Institutiones iuris hungarici privati* aus dem Jahr 1814 hat er in drei Büchern das ganze System des ungarischen Privatrechts samt Prozessrecht entfaltet (man hat damals noch nicht zwischen Zivil- und Strafprozess unterschieden). Das angeführte, in mehrerer Hinsicht sehr wertvolle und in der slowakischen Rechtsgeschichte bisher nicht verifizierte Werk, das in Kelemens Darbietung einer ausgefeilten Rechtslinguistik das ganze Korpus der damaligen Zivilistik darstellte, blieb *de facto* bis zur Arbeit an der Kodifizierung eines ersten bürgerlichen Gesetzbuches eine unübertreffliche zivilistische Synthese (mit Ausnahme des Werkes von I. Frank), bis zu den ersten Thesen der umfangreicheren Elaborate und Kommentare der ungarischen dualistischen Zivilistik. Erst die hat nämlich das moderne Bürgerrecht gestaltet, jedoch baute sie im gegebenen Zweig des Privatrechts (im Geist der rechthistorischen Schule) vor allem auf dem Erbe der neuzeitlichen Zivilistik, also auch auf Kelemens Nachlass. Als Beispiel seiner brillanten synthetischen und analytischen Ratio haben wir uns die Freiheit genommen, in einer kurzen Skizze seine Lehre über das ungarische Erbrecht *ab instetato* vorzustellen, dessen Ausgangsmaterie *decretum generale* des ungarischen Privatrechts - *Opus Tripartitum* gebildet hat, d.h. eines in schriftlicher Form festgehaltenen ländlichen Gewohnheitsrechts (Adelsrechts), konfrontiert und novelisiert mit der neuzeitlichen Gesetzgebung bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts.

OTÁZNIKY NAD MIMORIADNYM DOVOLANÍM

LADISLAV TICHÝ

Abstrakt: Mimoriadne dovolanie má v slovenskom právnom poriadku už šestnásť rokov stabilné postavenie. Autor sa v článku stručne venuje histórii tohto mimoriadneho opravného prostriedku a z hľadiska praxe analyzuje aktuálnu právnu úpravu. Príspevok ďalej rozpracováva mimoriadne dovolanie z hľadiska Ústavného súdu Slovenskej republiky a Európskeho súdu pre ľudské práva, pričom poukazuje aj na skutočnosť, že obdobnými oprávneniami disponujú aj prokurátori, resp. štátni zástupcovia v niektorých iných krajinách Európy. Na základe skúseností autor ponúka svoju predstavu, aký účinok by malo zrušenie oprávnenia generálneho prokurátora na podanie mimoriadneho dovolania na ochranu práv a oprávnených záujmov fyzických osôb, právnických osôb a štátu v civilnom procese

Kľúčové slová: Občiansky súdny poriadok, mimoriadne opravné prostriedky, mimoriadne dovolanie, generálny prokurátor, prokuratúra, podnet, nezákonné rozhodnutie, dovolací súd, odklad vykonateľnosti, Európsky súd pre ľudské práva

1. Historické východiská

Mimoriadne dovolanie ako mimoriadny opravný prostriedok patrí do modernej právnej histórie a stále je súčasťou právneho poriadku Slovenskej republiky. Rozdelenie opravných prostriedkov na riadne a mimoriadne rozlišoval už Jozefínsky proces, pričom proti potvrdzujúcemu rozsudku odvolacieho súdu bola od roku 1833 prípustná mimoriadna revízia, ktorá bola označovaná aj pojmom mimoriadne dovolanie.¹ V roku 1918 recepčnou normou Československá republika prevzala nielen dovtedajšie rakúske právo, ale aj uhorské právo, pri-

1 Gešková, K.: Historický vývoj opravných prostriedkov v civilnom procese, Acta Facultas Juridicae Universitatis Comenianae Tomus XXVI, 2008

čom tento právny stav zotrval až do roku 1948, keď bol prijatý zákon o zľudovení súdництва, ktorým bola okrem iného do civilného procesu zavedená sťažnosť pre zachovanie zákona. Obdobný mimoriadny opravný prostriedok, t. j. sťažnosť pre porušenie zákona, mal do konca roku 1991 minister spravodlivosti a generálny prokurátor, ktorí boli oprávnení podať v trojročnej zákonnej lehote. Podanie sťažnosti záviselo od voľnej úvahy generálneho prokurátora, príp. ministra spravodlivosti, čo znamená, že sťažnosť mohla ale nemusela byť podaná. Toto oprávnenie bolo zrušené novelou zákona č. 519/1991 Zb., ktorou bol novelizovaný Občiansky súdny poriadok (ďalej len „OSP“) a bolo nahradené dovolaním, ktoré bol oprávnený podať iba účastník konania.

Táto novela znamenala, že riadne a mimoriadne opravné prostriedky boli zverené výhradne do dispozičnej sféry účastníkov konania s výnimkou oprávnenia prokurátora podľa § 35 OSP. V praxi sa však ukázalo, že účastník konania mal pomerne obmedzené možnosti použitia mimoriadnych opravných prostriedkov a veľakrát dochádzalo k nemožnosti zrušiť nezákonné rozhodnutie súdu. Preto bola prijatá novela OSP zákonom č. 232/1995 Z. z., ktorá v § 241a umožnila podať mimoriadny opravný prostriedok predsedovi Najvyššieho súdu SR, ministrovi spravodlivosti a generálnemu prokurátorovi.

Na rozdiel od dovolania podľa § 241 OSP, ktoré bolo možné podať iba proti druhostupňovému rozhodnutiu súdu, bolo možné podať dovolanie podľa § 241a OSP aj proti prvostupňovému rozhodnutiu súdu do šiestich mesiacov od právoplatnosti napádaného rozhodnutia. Prezident SR sa však obrátil na Ústavný súd SR s návrhom na začatie konania o vyslovenie nesúladu medzi znením §241a OSP s Ústavou SR. Ústavný súd nálezom z 10.9.1996 sp. zn. PL. ÚS 43/95 tomuto návrhu vyhovel.

Význam tohto nálezu však spočíva najmä v tom, že ústavný súd vymedzil možnosti použitia mimoriadneho opravného prostriedku, pričom skonštatoval, že takéto oprávnenie prichádza do úvahy len u generálneho prokurátora, pretože by sa to nepriečilo princípu delby moci a nezávislosti súdu a sudcov. Ústavný súd jednoznačne

odmietol, aby takéto oprávnenie mohol mať aj predseda najvyššieho súdu alebo minister spravodlivosti, pretože tí vykonávajú správu súdov a dochádzalo by k zásahu orgánu verejnej správy do nezávislého rozhodovania súdov, čo je v rozpore s princípom delby moci. Navyše u predsedu najvyššieho súdu by bolo takéto oprávnenie aj v rozpore s princípom sudcovskej nezávislosti, pretože by o ňom rozhodoval se-nát súdu, ktorý riadi.

2. Podmienky na podanie mimoriadneho dovolania

Ústavný súd vyslovil v tomto náleze, že predpokladom podania dovolania generálnym prokurátorom je

- podanie podnetu zo strany účastníka konania, t. j. zachovanie práva na súkromie,
- nezákonnosť rozhodnutia súdu,
- vymedzenie predmetu dovolania generálneho prokurátora ako pri účastníkovi konania,
- potreba chrániť záujem spoločnosti alebo práva právnických a fyzických osôb.

Ako ďalšiu podmienku ústavný súd uviedol skutočnosť, že takúto právnu ochranu by nebolo možné docieľiť inými právnymi prostriedkami. Ústavný súd trval zároveň aj na vylúčení voľnej úvahy generálneho prokurátora, či mimoriadne dovolanie podá, alebo nepodá v prípade, že sú podmienky na podanie dovolania splnené. Spomenutý nález Ústavného súdu SR sa stal legislatívnym východiskom pre prijatie §243e a nasl. novely OSP, ku ktorej došlo zákonom č. 169/1998 Z. z.

Zásadnou procesnou podmienkou na podanie mimoriadneho dovolania je teda podnet účastníka konania. Výnimku môžeme nájsť v § 35 ods. 1 a 2. OSP, ktorá umožňuje generálnemu prokurátorovi podať mimoriadne dovolanie aj bez podnetu. Podnet môže však podľa zákona podať nielen účastník konania, ale aj osoba dotknutá rozhodnutím súdu, príp. osoba poškodená rozhodnutím súdu. Identifikácia účast-

nika konania v praxi nespôsobuje problémy, na rozdiel od osoby dotknutej alebo osoby poškodenej. Vo výnimočných prípadoch sa súdy môžu vo svojich rozhodnutiach dotknúť práv aj iných osôb, ako sú účastníci konania, a vtedy môžeme hovoriť, že ide o osobu dotknutú alebo o osobu poškodenú. Podľa rozsudku Najvyššieho súdu SR sp. zn. MCdo 170/2002: „osobou dotknutou alebo osobou poškodenou rozhodnutím súdu v zmysle § 243e ods. 1 OSP sa rozumie taká osoba, ktorej práva a oprávnené záujmy boli rozhodnutím súdu poškodené alebo do práv a oprávnených záujmov, ktorej bolo rozhodnutím súdu nepriaznivo zasiahnuté.“

Podnet na podanie mimoriadneho dovolania by mal obsahovať základné náležitosti (§ 42 OSP), z ktorých je možné

- identifikovať účastníka konania, príp. inú osobu podávajúcu podnet (podávateľ podnetu)
- predmet sporu,
- ktoré rozhodnutie, príp. ktorú jeho časť považuje účastník za nezákonnú,
- zistiť, v čom vidí podávateľ podnetu nezákonnosť rozhodnutia.

Ak podnet na podanie mimoriadneho dovolania za podávateľa podnetu podáva jeho právny zástupca, je nutné doložiť aj písomné plnomocenstvo. V prípade, že podávateľ podnetu žiada odklad vykonateľnosti, je potrebné túto požiadavku náležite zdôvodniť.

Generálny prokurátor nie je viazaný obsahom podnetu, ale jeho rozsahom, nemôže teda napadnúť tú časť výroku súdneho rozhodnutia, ktorú nenapadá svojím podnetom účastník konania, osoba dotknutá alebo poškodená. Generálny prokurátor však nie je viazaný právnym názorom podávateľa podnetu, a teda predmet sporu a súdne konanie si samostatne právne vyhodnotí a mimoriadne dovolanie podľa toho odôvodní. Dôvody mimoriadneho dovolania môže meniť až do rozhodnutia dovolacieho súdu. V prípade, že podávateľ podnetu zoberie svoj podnet na mimoriadne dovolanie až do rozhodnutia dovolacieho súdu späť, generálny prokurátor zoberie späť podané mimoriadne dovolanie. Späťvzatím podnetu generálny prokurátor stráca

procesnú legitimitáciu a predchádza sa tým neoprávnenému zásahu do práva na súkromie.

Ďalšou podmienkou na podanie mimoriadneho dovolania je, aby si to vyžadovala ochrana práv a zákonom chránených záujmov fyzických a právnických osôb alebo štátu.

Mimoriadne dovolanie môže generálny prokurátor podať, keď sú kumulatívne splnené všetky uvedené podmienky, na dovolacom súde do jedného roka od právoplatnosti rozhodnutia súdu, pričom môže požiadať, aby najvyšší súd podľa § 243 OSP odložil vykonateľnosť napadnutého rozhodnutia. V roku 2008 získal generálny prokurátor diskutabilné oprávnenie podať mimoriadne dovolanie spoločne s návrhom na odklad vykonateľnosti. Pokiaľ súd návrh rozhodnutím nezamietne, nastáva odklad vykonateľnosti už doručením mimoriadneho dovolania dovolaciemu súdu. Takto vyvolané účinky odkladu vykonateľnosti zanikajú do jedného roka, ak dovolací súd nerozhodne o predĺžení lehoty.

Generálnemu prokurátorovi neprislúcha rozhodovať o tom, či bol alebo nebol porušený zákon, takéto zistenie môže konštatovať jedine súd. Na podanie mimoriadneho dovolania stačí, aby sa prokurátor domnieval, že došlo k porušeniu zákona a že si to vyžaduje ochrana práv a zákonom chránených záujmov podávateľa podnetu.

Generálny prokurátor má zložitejšiu situáciu pri vyhodnocovaní skutočnosti, či ochranu nie je možné dosiahnuť inými právnymi prostriedkami. Prax ukázala, že ani podanie dovolania alebo návrhu na obnovu konania nemusia byť samy osebe prekážkou na podanie mimoriadneho dovolania. Tu je podstatné, či sa dôvody podania mimoriadneho dovolania nekryjú s dôvodmi dovolania alebo obnovy konania. Treba uviesť, že táto časť, tzn. či použitie alebo nepoužitie iných riadnych alebo mimoriadnych opravných prostriedkov bráni podaniu mimoriadneho dovolania je pri vyhodnocovaní oprávnenosti jeho podania problematická, čo sa prejavuje v pomernej nejednotnosti rozhodovacej činnosti dovolacích senátov. Otázne je tu aj posudzovanie možnosti podávateľa podnetu brániť si svoje práva podaním samostatného návrhu na súd.

Dlho bolo mimoriadne dovolanie paradoxne takmer jediným možným opravným prostriedkom pri rozhodovaní súdov podľa zákona č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch. Mimoriadne dovolanie bolo možné podať aj proti rozhodnutiam súdov, ktoré rozhodujú v správnom súdnictve. Týmto oprávnením sa zaoberal aj Ústavný súd SR, ktorý v uznesení z 19.07.2000 sp. zn. PL.ÚS 57/99 nevyhovел návrhu najvyššieho súdu na vyslovenie nesúladu ustanovení § 243e, § 250j ods. 4, § 250s ods. 1 OSP s Ústavou SR s tým, že mimoriadne dovolanie nezasahuje do právomoci všeobecného súdu. Následne však novelou OSP zákonom č. 424/2003 Z. z., ktorou došlo k podstatným zmenám v správnom súdnictve, bolo od 1. 1. 2003 zrušené oprávnenie generálneho prokurátora podávať mimoriadne dovolanie vo veciach správneho súdnictva.

Mimoriadne dovolanie je potrebné náležite skutkovo a právne odôvodniť, avšak § 243ha OSP v znení platnom od novembra 2008 pripúšťa podanie mimoriadneho dovolania aj bez uvedenia dôvodov v prípade, že hrozí značná hospodárska škoda alebo iný vážny nenaopraviteľný následok. Aj v takomto prípade však musí byť mimoriadne odôvodnené, a to dodatočne, najneskôr do 60 dní od jeho podania, v opačnom prípade dovolací súd konanie zastaví.

Návrh na obnovu konania a takisto aj dovolanie účastníka konania podľa § 236 OSP sa spoplatňujú podľa zák. č. 71/1992 Zb. o súdnych poplatkoch v znení neskorších predpisov a o trovách konania sa rozhoduje v zmysle § 142 a nasl. OSP. Podnet na podanie mimoriadneho dovolania a ani samotné mimoriadne dovolanie však nepodliehajú spoplatneniu. Niektoré dovolacie senáty začali ukladať povinnosť nahrádzať trovy konania o mimoriadnom dovolaní generálnemu prokurátorovi. S cieľom odstrániť túto nejasnosť bol prijatý § 148a OSP, z ktorého vyplýva, že na náhradu trov konania je povinný ten, kto podal podnet na podanie mimoriadneho dovolania.

Mimoriadne dovolanie spolu s podnetom a zásadne aj so spisovým materiálom a inými prílohami doručí generálny prokurátor v potrebnom počte rovnopisov najvyššiemu súdu. Najvyšší súd ďalej doručí

každému z účastníkov konania rovnopis mimoriadneho dovolania na vyjadrenie. Týmto zároveň dochádza k overeniu, či podnet skutočne podal označovaný subjekt. Zákon neukladá povinnosť doručovať mimoriadne dovolanie osobám poškodeným alebo dotknutým a nedoručuje sa im ani rozhodnutie dovolacieho súdu. Generálny prokurátor ich však o podaní mimoriadneho dovolania a o spôsobe rozhodnutia dovolacieho súdu informuje.

Rozhodnutie súdu o mimoriadnom dovolaní dovolací súd doručuje generálnemu prokurátorovi a účastníkom konania.

3. Dôvody neprípustnosti mimoriadneho dovolania

Mimoriadne dovolanie je možné podať proti každému právoplatnému rozhodnutiu súdu, okrem rozhodnutí uvedených v § 243f ods. 2 OSP. Zákon teda určuje *expressis verbis*, v ktorých prípadoch nie je možné podať mimoriadne dovolanie. Ide o veci upravené zákonom o rodine okrem rozsudkov o obmedzení alebo pozbavení rodičovských práv a povinností, alebo o pozastavení ich výkonu, priznanie rodičovských práv alebo povinností maloletému rodičovi dieťaťa, určenie alebo zapretie rodičovstva, príp. osvojenie.

Tento mimoriadny opravný prostriedok nie je možné použiť ani pri rozhodnutiach, ktoré sa týkajú prerušenia, zastavenia alebo vedenia konania, a ani keď sa rozhoduje o podmienkach konania. Mimoriadne dovolanie nie je prípustné ani proti rozhodnutiam, ktorými sa rozhodlo o dovolaní alebo mimoriadnom dovolaní. Obdobne sú vyjadrené aj dôvody neprípustnosti dovolania.

Takisto aj dovolacie dôvody sú totožné pri dovolaní a mimoriadnom dovolaní. Na prvom mieste je potrebné povedať, že dovolanie je prípustné, ak došlo k porušeniu § 237 OSP, alebo ak je konanie postihnuté inou vadou. Za inú vadu je možné považovať, ak súd pri vykonávaní dokazovania nepostupoval v súlade s príslušnými ustanoveniami OSP, príp. ak odvolací súd pri svojom rozhodovaní vychá-

dzal z iného skutkového základu než súd prvého stupňa bez toho, aby vykonal dôkazy. Takisto je možné považovať za inú vadu aj to, ak je nepreskúmatelný pozmeňujúci rozsudok odvolacieho súdu. Dovolanie alebo mimoriadne dovolanie je možné ešte odôvodniť tým, že súd nesprávne právne posúdil vec. Môže ísť o omyl v aplikácii práva, keď súd použije nesprávny právny predpis alebo si právnu normu správne určenú nesprávne vyložil.

4. Účel mimoriadneho dovolania

Ústavný súd SR v uznesení z 10.07.2000 sp. zn. PL.ÚS 57/99 skonštatoval, že účel mimoriadneho dovolania spočíva v odstránení nezákonnosti, ktorej sa súd dopustil v konaní podľa OSP, pričom toto odstránenie nezákonnosti vyžaduje ochrana práv a zákonom chránených záujmov fyzických alebo právnických osôb alebo štátu. Tento účel mimoriadneho dovolania je v súlade s účelom občianskeho súdneho konania vyjadreného v § 1 OSP. Súčasne tento účel sleduje ochranu účastníka konania pred dôsledkami nespravodlivého procesu, ktoré trpí základnými procesnými pochybeniami a postupmi súdov znamenajúcimi až porušenie práva na súdnu ochranu. Tento záver podľa názoru ústavného súdu potvrdzujú dôvody mimoriadneho dovolania ustanovené v § 243f OSP. Na preukázanie pravdivosti týchto slov ústavného súdu môže podporne slúžiť aj už šestnásťročná existencia tohto mimoriadneho opravného prostriedku.

Od roku 1998 do konca roku 2012 bolo na prokuratúru doručených 21 904 podnetov na podanie mimoriadneho dovolania, pričom bolo podaných 2 201 mimoriadnych dovolaní. Z toho najvyšší súd doposiaľ vyhovel 1 276 mimoriadnym dovolaniam a 421 nevyhovel.

5. Pohľad do niektorých štátov Európskej únie

Slovenská republika nie je v práve kontinentálnej Európy až takou výnimkou v tom, že je generálny prokurátor oprávnený podať mimoriadny opravný prostriedok v sporovom alebo nesporovom konaní aj v prípade, keď nie je účastníkom konania. Aj v niektorých krajinách EÚ je na podanie opravného prostriedku oprávnená aj iná osoba ako účastník konania. Obdobnú situáciu, ako je v SR, vidíme aj v Poľsku, Maďarsku, Slovinsku, Francúzsku, Litve a v Českej republike. V spomenutých štátoch je pomerne silné postavenie generálneho prokurátora alebo štátneho zástupcu, pričom v Európe sú aj štáty, kde prokurátor vystupuje v občianskom súdnom konaní obmedzene, a to v Rakúsku, Nemecku a Taliansku. V niektorých štátoch môže opravné prostriedky podávať aj ombudsman.

Najširšie oprávnenia v občianskom súdnom konaní má zo spomenutých štátov generálny prokurátor v Poľsku. Je oprávnený podať odvolanie proti každému súdnemu rozhodnutiu, ktoré je možné odvolaním napadnúť. Navyše môže podať aj kasačné dovolanie pre nesprávne právne posúdenie veci, prípadne ak boli porušené procesné predpisy, ak tak už neurobil účastník konania. V Maďarsku môže generálny prokurátor podať návrh na obnovu konania, ak tak neurobil už účastník konania, a to aj bez toho, že by predtým vstúpil do samotného súdneho konania. Silné postavenie má aj prokurátor vo Francúzsku, je oprávnený o. i. podávať návrhy a opravné prostriedky vo veciach týkajúcich sa opatrovníctva, rodičovstva, manželstva, konkurzu alebo likvidácie, v prípade potreby ochrany verejného záujmu je oprávnený podať odvolanie aj po uplynutí zákonnej lehoty alebo sa obrátiť na kasačný súd s kasačnou sťažnosťou.²

2 Tieto poznatky boli získané osobnými návštevami autora na jednotlivých generálnych prokuratúrach a štátnych zastupiteľstvách a z prednášok francúzskych a nemeckých predstaviteľov o právnom systéme v ich štátoch ako aj z materiálov Ministerstva spravodlivosti SR, ktoré boli pripravované v súvislosti s rekodifiká-

6. Úvahy de lege ferenda o dovolaní

Práce rekodifikačnej komisie nad novým civilným právom procesným nasvedčujú, že s mimoriadnym dovolaním ako s inštitútom mimoriadneho opravného prostriedku sa v konaní pred súdmi počíta v obmedzenej miere pod názvom „dovolanie generálneho prokurátora“. O potrebe tohto inštitútu sa však stále vedú odborné diskusie v rekodifikačnej komisii pre nový civilný procesný poriadok. Isté postavenie v budúcnosti slovenského civilného procesu má z mimoriadnych opravných prostriedkov len obnova konania a dovolanie. Dôvody dovolania sú mierne rozšírené a takisto sa navrhuje upraviť presnejšie aj samotné konanie či už pred súdom prvého stupňa, alebo na dovolacom súde. V budúcnosti by mal byť prokurátor oprávnený podať dovolanie len v prípade, ak sa konanie začalo na jeho návrh, alebo pokiaľ do konania vstúpil, tzn. prokurátor musí byť účastníkom konania ešte pred právoplatným rozhodnutím vo veci samej. Takáto právna úprava na jednej strane podstatne viac zaťaží Najvyšší súd SR, a na druhej strane obmedzí možnosť účastníka konania brániť sa proti nezákonným súdnym rozhodnutiam.

Objavujú sa úvahy, že by mimoriadny opravný prostriedok bol oprávnený používať generálny prokurátor len v prípadoch, keď sú účastníkom súdneho konania štát, orgány verejnej moci, prípadne samosprávy a iné právnické osoby napojené na štátny rozpočet. Už za dnešnej právnej úpravy je veľmi diskutabilné použitie mimoriadneho dovolania generálnym prokurátorom v sporoch, kde účastníkom konania je prokuratúra. Nie je totiž možné hovoriť o rovnosti zbraní v zmysle čl. 6 ods. 1 Dohovoru o základných ľudských právach a slobodách a čl. 46 ods. 1 Ústavy SR, keď generálny prokurátor podá mi-

ciou občianskeho súdneho konania (Gešková K.: III. Mimoriadne dovolania) www.justice.gov.sk%2F_layouts%2Fdownload.aspx%3FSourceUrl%3D%2F-Dokumenty%2FOSP%2FHistoricka_komparacia.doc&ei=cZ6_U5uiGYq-S7Aa3-DoDQ&usg=AFQjCNGoGW5MYmCbXhW02Kuk0uSiCTWs5w&sig2=M6SHQIMaulViVajUyFjrgA&bvm=bv.70810081,d.bGE

moriadne dovolanie v spore, v ktorom generálna prokuratúra alebo ktorákoľvek iná prokuratúra bola účastníkom konania. Takýto mimoriadny opravný prostriedok totiž nie je umožnené použiť protistrane. Keďže generálnemu prokurátorovi v takomto postupe nebráni žiadne ustanovenie OSP, mala by mu v tom zabrániť profesionálna etika. Prax však ukazuje, že takáto prekážka nie je dostatočná a mala by sa stať súčasťou právneho poriadku. Mimoriadne dovolanie ako opravný prostriedok bol zverený generálnemu prokurátorovi v prvom rade s cieľom ochrániť práva fyzických a právnických osôb. Štát by tu mal byť, tak ako to vyplýva z čl. 149 Ústavy SR, až na poslednom mieste. Generálneho prokurátora má na prvom mieste zaujímať zákonnosť súdneho rozhodnutia a nie v prospech alebo neprospech koho bolo súdne rozhodnutie vydané.

Z uvedeného vyplýva, že je treba negatívne hodnotiť aj legislatívne úvahy, aby generálny prokurátor v novom civilnom procese mohol podávať mimoriadny opravný prostriedok len v prípadoch, keď sú účastníkom sporového konania štát, orgány verejnej moci, prípadne samosprávy a iné právnické osoby napojené na štátny rozpočet. Týmto by sa spreneveril svojmu ústavnému postaveniu a došlo by k nevídanému a neželanému posilneniu postavenia uvedených subjektov v súdnom konaní.

Z čl. 149 Ústavy SR vyplýva, že prokurátori majú vždy postupovať vo verejnom záujme (a to nielen pri podávaní mimoriadneho dovolania) a nie sa stavať jednostranne na ochranu a obranu záujmov ktoréhokoľvek účastníka konania, a to ani v tom prípade, keď je týmto účastníkom konania prokuratúra, orgán verejnej moci alebo Slovenská republika. Prokuratúre SR bola daná možnosť podávať návrhy, vstupovať do konania a podávať riadne a mimoriadne opravné prostriedky s cieľom plniť vyššie uvedené úlohy. V právnych veciach, v ktorých prokurátor vstupuje do konania, má byť nad vecou (PL. ÚS 43/95), neprikláňať sa na žiadnu stranu a snažiť sa predložiť súdu návrhy na dokazovanie, aj návrh vo veci samej takým spôsobom, aby bolo zabezpečené zákonné rozhodnutie.

7. Mimoriadne dovolanie nie je v rozpore s Dohovorom

Odporcovia mimoriadneho dovolania argumentujú rozhodovacou činnosťou Európskeho súdu pre ľudské práva (ďalej len „ESLP“). ESLP interpretuje čl. 6 Dohovoru (právo na spravodlivý proces) tak, že základným aspektom vlády práva je princíp právnej istoty, ktorý okrem iného vyžaduje, aby konečné rozhodnutia súdov neboli opätovne preskúmané. Právo na spravodlivý proces, v súlade s princípom *res iudicata*, zahŕňa požiadavku, aby bolo konečné súdne rozhodnutie nezmeniteľné. Táto interpretácia bola prijatá v prípade *BRUMARESCU v. RUMUNSKO* (Application no. 28342/95) a neskôr rozvíjaná v ďalších prípadoch.

ESLP však pripúšťa určité zásahy do konečných súdnych rozhodnutí, ako výnimku zo zásady právnej istoty a zo zásady *res iudicata*, ak je takýto zásah odôvodnený potrebou nápravy extrémnej chyby súdneho rozhodnutia.

Ďalej uvedené prípady sa týkajú civilných nárokov, o ktorých bolo rozhodnuté konečným rozsudkom, pričom konečný rozsudok bol následne zrušený rozhodnutím vyššieho súdu. ESLP v týchto prípadoch nezistil porušenie čl. 6 Dohovoru.

V prípade *PROTSENCO v. RUSKO* (Application no. 13151/04)³ v § 33 odôvodnenia rozhodnutia sa súd domnieval, že uvedené okolnosti boli vzhľadom na svoju povahu a význam také, že ospravedlňovali zrušenie konečného rozsudku; toto zrušenie nebolo nezlučiteľné s princípom právnej istoty.

V prípade *TISHKEVICH v. RUSKO* (Application no. 2202/05)⁴

3 *PROTSENCO v. RUSSIA* (Application no. 13151/04), § 33: The Court considers that the circumstances referred to were in their nature and significance such as to justify the squashing of the final judgment and this was not inconsistent with the principle of legal certainty.

4 *TISHKEVICH v. RUSSIA* (Application no. 2202/05), § 23: The Court reiterates that for the sake of legal certainty implicitly required by Article 6, final judgments should generally be left intact. They may be disturbed only to correct

v § 23 odôvodnenia rozhodnutia súd pripomína, že v záujme rešpektovania princípu právnej istoty, ktorý je implicitne vyjadrený v čl. 6, konečné rozsudky by mali vo všeobecnosti zostať nedotknuté. Zrušené môžu byť iba za účelom nápravy fundamentálnych chýb (pozri *Ryabykh v. Russia*, číslo 52854/99, § 51-52, ECHR 2003 – IX).

V prípade *ENSKAYA v. RUSKO* (Application no. 28730/03)⁵ v § 40 odôvodnenia rozhodnutia súd konštatuje, že vady vykonané obvodným a krajským súdom boli, vzhľadom na ich povahu a vplyv, postačujúce na to, aby odôvodnili opätovné otvorenie konania. Ponechanie takýchto vád bez nápravy by malo závažný vplyv na spravodlivosť, integritu a verejnú reputáciu súdneho procesu.

K otázke prípustnosti zásahu do konečných súdnych rozhodnutí je ďalej potrebné poukázať na Odporúčanie Výboru Ministrov Rady Európy CM/Rec (2012)11 schválené 19. septembra 2012 o úlohe prokurátorov v netrestnej oblasti (ďalej len „odporúčanie“). Odporúčanie ustanovuje normatívne limity pre výkon činností prokurátorov v netrestnej oblasti pre tie členské štáty Rady Európy, ktoré tieto činnosti vo svojom právnom poriadku majú. Možno povedať, že odporúčanie zovšeobecňuje judikatúru ESLP indikujúcu pravidlá (najmä pravidlá limitujúce rozsah oprávnení) pri výkone činností prokurátorov v netrestnej oblasti. Odporúčanie zovšeobecnilo interpretáciu ESLP pri preskúmaní konečného súdneho rozhodnutia na návrh prokurátora takto:

Článok 22 odporúčania:⁶ Za účelom dosiahnutia súladu s princíp-

fundamental defects (see *Ryabykh v. Russia*, no. 52854/99, § 51 – 52, ECHR 2003 – IX).

5 *LENSKAYA v. RUSSIA* (Application no. 28730/03), § 40: The Court observes that the errors committed by the District and Regional courts were sufficient in nature and effect to warrant the reopening the proceedings. Leaving such errors uncorrected would seriously affect the fairness, integrity and public reputation of judicial proceedings.

6 In order to comply with the principles of legal certainty and *res iudicata*, the grounds upon which a public prosecutor may seek a review of a final decision of

mi právnej istoty a *res iudicata*, dôvody, na základe ktorých môže prokurátor podať návrh na preskúmanie konečného rozhodnutia súdu, by mali byť obmedzené na výnimočné prípady a preskúmanie by malo byť vykonané v rozumnej lehote. Účastníci konania by mali byť informovaní a ak si to želajú, mali by sa zúčastniť na prieskumnom konaní.

Citované znenie článku 22 odporúčania potvrdzuje vyššie uvedení záver, že závažná extrémna vada súdneho rozhodnutia môže byť legitímnym dôvodom na podanie mimoriadneho dovolania v zmysle právnej úpravy Slovenskej republiky *de lege lata*.

8. Záver

Z dlhoročnej aplikácie mimoriadneho dovolania v činnosti súdov je vidieť, že mimoriadne dovolanie preukázalo svoju životaschopnosť a opodstatnenie. Je namieste skonštatovať, že uvedený mimoriadny opravný prostriedok, ktorý bol zavedený do OSP v roku 1998 sa ukázal ako efektívny a účinný prostriedok nápravy nezákonných rozhodnutí súdov a aj ako účinný prostriedok na zabezpečenie ochrany práv tých osôb, ktorých práva boli postupom alebo rozhodnutím súdu porušené. Takisto z počtu mimoriadnych dovolaní, ktorým najvyšší súd vyhovel, je zrejماً potreba existencie tohto mimoriadneho opravného prostriedku v slovenskom právnom prostredí. Zo štatistiky generálnej prokuratúry vyplýva, že zhruba v každej desiatej preskúmanej veci bolo podané mimoriadne dovolanie na Najvyšší súd SR. Z podaných mimoriadnych dovolaní bolo úspešných zhruba 75 %, čo tiež potvrdzuje oprávnenosť ďalšej existencie tohto inštitútu v novom civilnom procese. Často sa mimoriadnym dovolaním riešia závažné právne veci, ktoré môžu v prípade výkonu rozhodnutia nezákonných rozsud-

a court should be limited to exceptional cases and the review processed within a reasonable time-limit. The parties to the original proceedings should be informed and joined to the review proceedings, should they so wish.

kov zapríčiniť vznik škody, príp. ťažko odvrátiteľné následky fyzickým osobám, právnickým osobám alebo štátu. Navyše ani judikatúra ESLP absolútne nevylučuje použitie tohto mimoriadneho opravného prostriedku a považuje ho v určitej miere za prípustný. Potreba takéhoto opravného prostriedku vyplýva aj z krátkej komparácie opravných prostriedkov niektorých štátov Európskej únie, z ktorej vyplýva, že nie je až takým výnimočným zjavom, ak je prokurátor alebo generálny prokurátor oprávnený podávať opravné prostriedky.

Úplné vypustenie tohto mimoriadneho opravného prostriedku z civilného procesu môže znamenať krok späť pri ochrane práv a oprávnených záujmov fyzických a právnických osôb ale aj štátu v civilnom procese.

Zusammenfassung

Aus der langjährigen Anwendung der außerordentlichen Revision in der Gerichtstätigkeit ist zu sehen, dass die außerordentliche Revision ihre Lebensfähigkeit und auch die Rechtfertigung bewiesen hat. Man kann feststellen, dass dieses außerordentliche Rechtsmittel seit 1998 ein effektives Rechtsmittel der Korrektur der gesetzwidrigen Gerichtsentscheidungen ist. Auch aus der Zahl der außerordentlichen Revisionen, denen das Höchstgericht gerecht geworden ist, ist die Notwendigkeit der Existenz der außerordentlichen Revision deutlich. Die Statistik der slowakischen Generalstaatsanwaltschaft zeigt, dass zirka in jede zehnte geprüfte Sache wurde die außerordentliche Revision eingelegt. Aus den eingelegten außerordentlichen Revisionen ist zirka 70% erfolgreich und dies weist auch die Legitimität ihrer Existenz in dem neuen Zivilprozess nach. Oft behandelt eine außerordentliche Revision eine bedeutungsvolle Rechtssache, die im Fall der Rechtsvollstreckung im Lage ist einen Schadeneintritt oder schwer abwendbare Folgen den natürlichen und juristischen Personen oder dem Staat zu verursachen.

Nicht einmal die Rechtsprechung des EGMR schließt dieses außerordentliche Rechtsmittel absolut aus und betrachtet es im gewissen Masse zu zulässig. Das Erfordernis zu diesem außerordentlichen Rechtsmittel ergibt sich auch aus der kurzen Komparation der Rechtsmittel ausgewählten EU-Mitgliedstaaten, die gezeigt hat, dass auch in manchen anderen EU-Ländern eine Berechtigung des Staatsanwaltes oder Generalstaatsanwaltes zur Einlegung eines Rechtsmittels kein Sonderfall ist und zwar auch wenn er alleine kein Verhandlungsteilnehmer ist.

Komplete Auslassung dieses Rechtsmittels aus dem neuen slowakischen Zivilprozess konnte ein Schritt zurück in dem Schutz der Rechten und legitimen Interessen der natürlichen und juristischen Personen und des Staates bedeuten.

ODSTÚPENIE OD ZMLUVY ALEBO KAM AŽ SIAHA POTREBA SÚHLASU OBOCH (BÝVALÝCH) MANŽELOV?

MARTINA UHLIAROVÁ

Abstrakt: Príspevok poukazuje na možné, v niektorých prípadoch hraničné, situácie vznikajúce v súvislosti s odstúpením od zmluvy a vznikom, trvaním, zánikom manželstva a s ním súvisiaceho bezpodielového vlastníctva manželov. Príspevok podrobne analyzuje potrebu súhlasu oboch manželov pre prípad odstúpenia od zmluvy, *in concreto* kúpnej zmluvy o prevode vlastníckeho práva k veci, pričom neopomína ani aplikačnú rovinu, a poukazuje na procesné alternatívy k odstúpeniu od zmluvy v podobe žaloby o určenie vlastníckeho práva alebo návrhu na vydanie platobného rozkazu, ktorým sa navrhovateľ domáha zaplatenia pohľadávky z nezaplatenej kúpnej ceny.

Kľúčové slová: odstúpenie od zmluvy, bezpodielové spoluvlastníctvo manželov, kúpna zmluva, súhlas oboch manželov, relatívne neplatný právny úkon, žaloba, aktívna legitimácia

1. Úvod

Problematika odstúpenia od zmluvy ako aj jeho dôsledkov v spoločenských a právnych vzťahoch je už dlhé roky predmetom živej a rozsiahlej diskusie v odborných právnických kruhoch. Neustále sa však vynárajú nové otázky, ktorých „*bremeno zodpovedania*“ z veľkej časti zostáva na rozhodovacej praxi súdov. Cieľom príspevku nie je podrobná analýza odstúpenia od zmluvy či bezpodielového spoluvlastníctva manželov ako zásadných inštitútov hmotného práva, ale poukázať na aplikačné súvislosti. Vzhľadom na uvedené sa príspevok snaží zodpovedať na otázky: Je odstúpenie od zmluvy za trvania manželstva úkonom vyžadujúcim si súhlas druhého manžela? Čo v prípade, ak došlo k rozvodu manželstva, bývalí manželia ešte za trvania manžel-

stva uzatvorili kúpnu zmluvu ako predávajúci a následne iba jeden z bývalých manželov (predávajúcich) má záujem odstúpiť od zmluvy? Aké sú ďalšie možnosti manžela (predávajúceho) okrem odstúpenia od zmluvy?

Právna úprava odstúpenia od zmluvy je obsiahnutá vo všeobecných ustanoveniach zákona č. 40/1964 Zb. Občianskeho zákonníka v platnom znení (ďalej len „Občiansky zákonník“) o právnych úkonoch (§48 a §49),¹ o záväzkovom práve (§497, §517 zaoberajúci sa omeškaním ako formou odstúpenia od zmluvy), okrem iného aj v ustanoveniach obsahujúcich právnu úpravu kúpnej zmluvy (§588 a nasl. Občianskeho zákonníka). Do 01.07.2011 Občiansky zákonník obsahoval aj osobitnú právnu úpravu odstúpenia od zmluvy v prípade spotrebiteľských zmlúv v ust. §59.² Odstúpenie od zmluvy je jednak sankciou v prípade porušenia kúpnej zmluvy (vo forme omeškania, vadného plnenia, nemožného plnenia) a jednak možnosťou, na ktorej sa dohodnú zmluvné strany.³ V zmysle §48 ods. 1 a 2 OZ je odstúpe-

-
- 1 Ust. §48 je súčasťou Občianskeho zákonníka bez zmeny alebo doplnenia, už od účinnosti jeho pôvodného znenia, t.j. od 1. apríla 1964. Napriek absencii akejkoľvek novelizácie relevantných ustanovení, ktorá by mohla vyvolať dojem bezchybnej právnej regulácie, sa aj v súvislosti s odstúpením od zmluvy vynárajú niektoré problematické aspekty ako otázka vzťahu odstúpenia od zmluvy a zrušenia zmluvy, otázka premlčania, vplyv odstúpenia od zmluvy na vlastnícke právo tretích osôb a pod. *Pozri napríklad* MAREK, K. v článku: Poznámky k vlastníckemu právu v prípade odstúpení od smluvy. *Justičná revue*, 58, 2006; SPÁČIL, J.: Odstoupení od smluvy a vlastnícke právo třetí osoby. *Právní rozhledy*, 2006, č. 18; MIKEŠ, J. – ŠVESTKA, J.: Význam odstoupení od smluvy o převodu nemovitosti pro vlastnictví třetí osoby. In: *Právní rozhledy*, 2007, č. 9; NOVOTNÝ, M., GYARFÁŠ, J.: K následkom odstúpenia od zmluvy o prevode nehnuteľností. In: *Justičná revue*, 62, 2010, č. 3, SPÁČIL, J.: Promlčení práva odstoupit od smluvy. In: *Právní rozhledy*, 2007, č. 11.
 - 2 Novela Občianskeho zákonníka z. č. 161/2011 Z. z. o ochrane spotrebiteľa pri poskytovaní niektorých služieb cestovného ruchu a o zmene a doplnení niektorých zákonov.
 - 3 Z dôsledného rozlišovania odstúpenia od zmluvy na základe dohody zmluvných strán a odstúpenia pre porušenie zmluvných povinností vychádza aj Legislatívny

nie od platnej zmluvy jednostranným právnym úkonom, na základe ktorého sa zmluva zrušuje, a tak prestáva byť právnou skutočnosťou, keďže s ňou právo nespája vznik, zmenu alebo zánik práv a povinností jednotlivých subjektov, a to *ex tunc*. Formulácia „zmluva sa zrušuje“ znamená, že zmluva, od ktorej niektorá zo zmluvných strán odstúpila, nevyvoláva právne účinky a hľadá sa na ňu akoby nebola uzavretá.⁴

V prípade odstúpenia od kúpnej zmluvy, keď na strane predávajúcich vystupujú obidvaja manželia a predmetom zmluvy je prevod vlastníckeho práva k veci patriacej do BSM (pozn.: príspevok pracuje s alternatívami ako vzácny obraz, nehnuteľnosť), môžu vzniknúť nasledujúce situácie:

- k odstúpeniu od zmluvy dôjde za trvania manželstva a existencie BSM;
- k odstúpeniu od zmluvy dôjde po zrušení manželstva rozvodom ale pred vyrovnaním BSM;
- k odstúpeniu od zmluvy dôjde po zrušení manželstva rozvodom a vyrovnaní BSM.

Poukázanie na uvedené situácie nevyhnutne vedie k posúdeniu otázky potreby súhlasu oboch manželov, respektíve bývalých manželov, v prípade odstúpenia od zmluvy vzhľadom na relatívnu neplatnosť tohto právneho úkonu v zmysle ust. § 40a Občianskeho zákonníka.

zámer kodifikácie súkromného práva LAZAR, J.: Návrh Legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva. Bratislava: Ministerstvo spravodlivosti, 2008.

4 SEDLAČKO, F.: Vlastnícke právo dobromyseľného nadobúdateľa po odstúpení od zmluvy medzi jednotlivými právnymi predchodcami. Justičná revue, 59, 2007, č. 12, s. 1627.

2. Odstúpenie od zmluvy a bezpodielové spoluvlastníctvo manželov (BSM)

2.1. Odstúpenie od zmluvy za trvania manželstva

Východiskovým ustanovením Občianskeho zákonníka v súvislosti s odstúpením od zmluvy za trvania manželstva je ust. § 145 ods. 1, v zmysle ktorého bežné veci týkajúce sa spoločných vecí môže vybavovať každý z manželov. V ostatných veciach je potrebný súhlas oboch manželov; inak je právny úkon neplatný. Predaj veci, napr. vzácneho obrazu alebo nehnuteľnosti, patriacej do BSM, bez ďalšieho nie je „*bežnou vecou*“ v zmysle citovaného ustanovenia, a teda je spojený s potrebou udelenia súhlasu oboch manželov. Uvedené jednoznačne deklaruje aj dostupná judikatúra súdov.⁵ Logickým výkladom dospejeme k názoru, že pokiaľ predaj vzácneho obrazu alebo nehnuteľnosti patriacej do BSM nie je bežnou vecou, ani odstúpenie od kúpnej zmluvy, predmetom ktorej je jej predaj, počas trvania manželstva nemôže byť bežnou vecou. Absencia súhlasu druhého z manželov v zmysle § 40a Občianskeho zákonníka spôsobuje relatívnu neplatnosť odstúpenia od kúpnej zmluvy ako právneho úkonu. Uvedený názor podporuje aj rozhodovacia prax súdov, ktorá nepovažuje za bežnú vec ani právne úkony týkajúce sa nadobúdania, výmeny a predaja nehnuteľností a iných hodnotných vecí, ktorým odstúpenie od zmluvy je.⁶

V súvislosti s právnou úpravou BSM a odstúpenia od zmluvy je ďalej potrebné pozastaviť sa pri pojmoch „*právny úkon týkajúci sa spo-*

5 Pozri napríklad rozhodnutie NS SR sp.zn. 2Cdo 50/2000 (ASPI ID CY 698): „*Predaj spoločnej nehnuteľnej veci nie je bežnou vecou, ktorú môže v zmysle ust. §145 ods. 1 OZ vybavovať každý z manželov. Preto ak jeden z manželov uzavrie kúpnu zmluvu o predaji nehnuteľnosti bez súhlasu druhého manžela, je takýto právny úkon považovaný za platný len do času, keď druhý manžel sa jeho neplatnosti dovoľá (§40a OZ), pričom dovolať sa musí voči všetkým účastníkom právneho úkonu.*“

6 VOJČÍK, P. a kol.: Občiansky zákonník, Stručný komentár. Druhé, doplnené a prepracované vydanie. Bratislava: Iura Edition, 2009, s. 361.

ločných vecí“ a „právny úkon týkajúci sa vecí mimo sféry bezpodielového spoluvlastníctva manželov“. Právnym úkonom týkajúcim sa spoločnej veci treba rozumieť každý úkon, ktorý sa týka obsahu vlastníckeho práva ku konkrétnej veci patriacej do BSM. Len z takéhoto úkonu sú obaja manželia zaviazaní spoločne a nerozdielne.⁷ V tomto smere odstúpenie od kúpnej zmluvy nie je právnym úkonom týkajúcim sa spoločnej veci, pretože predmetná vec je vo vlastníctve tretej osoby. Vylúčiac tento pojem ako relevantný z hľadiska odstúpenia od kúpnej zmluvy za trvania manželstva, odstúpenie od zmluvy predstavuje právny úkon týkajúci sa vecí mimo sféry BSM, keď manželia (predávajúci z kúpnej zmluvy) konajú samostatne, ak na platnosť úkonov nie je potrebný súhlas druhého manžela. Občiansky zákonník však v tomto smere neobsahuje relevantné ustanovenie, ktoré by jednoznačne riešilo potrebu súhlasu oboch manželov. Opätovne sa teda musíme obrátiť na aplikačnú prax, ktorá, ako bolo vyššie uvedené, nepovažuje za bežnú vec ani právny úkon týkajúci sa nadobúdania, výmeny a predaja nehnuteľností a iných hodnotných vecí, ktorým odstúpenie od kúpnej zmluvy o prevode vlastníckeho práva k veci – hodnotného obrazu či nehnuteľnosti, je.

Určitú protiargumentáciu k vyššie uvedenému by sme mohli nájsť použitím *analogie legis*, kedy jeden z manželov uzavrie zmluvu o pôžičke bez súhlasu druhého manžela za trvania manželstva. Súhlas druhého z manželov je v tomto smere irelevantný, pretože uzavretím zmluvy o pôžičke nejde o inú ako bežnú vec týkajúcu sa spoločných vecí v zmysle §145 ods.1 Občianskeho zákonníka, ale o právny úkon mimo sféry BSM, z ktorého je zaviazaný každý manžel sám. Predmetom BSM sa stávajú až peniaze, ktoré nadobudol jeden z manželov na základe zmluvy o pôžičke. Uvedené celkom jednoznačne deklaruje aj existujúca judikatúra, napríklad Uznesenie NS ČR sp. zn. 29 Odo 162/2005 z 30.08.2005.⁸ Domnievame sa, že argumentom, ktorý uve-

7 Tamže, s. 363.

8 Uznesenie NS ČR sp. zn. 29 Odo 162/2005 z 30.08.2005: „Ak si

denú analógiu vylučuje, je jednak povaha právneho úkonu, ktorý sa týka hodnotného obrazu alebo nehnuteľnosti, a jednak sú to účinky odstúpenia od zmluvy podľa Občianskeho zákonníka, a to, že sa zmluva od počiatku zrušuje (účinky *ex tunc*). Na vec sa hľadí tak, akoby nikdy nebola mimo režimu BSM, a teda vždy sa na ňu vzťahoval „režim súhlasu“ podľa ust. § 145 ods. 1 Občianskeho zákonníka.

2.2. Odstúpenie od zmluvy a zrušenie manželstva rozvodom

BSM zásadne zaniká zánikom manželstva (výnimočne aj za trvania manželstva).⁹ V zmysle ust. §22 a nasl. zákona č. 36/2005 Z. z. o rodine v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZR“) k zrušeniu manželstva dochádza rozvodom.¹⁰

Zrušenie manželstva rozvodom je nevyhnutne spojené s jeho vyrovnaním, pričom v prípade rozvedených manželov je dohoda o vyrovnaní BSM predstavuje najjednoduchší a najefektívnejší spôsob vyrovnania BSM.¹¹ Občiansky zákonník aj tu, obdobne ako v iných majetkových otázkach, kladie do popredia dohodu,¹² na ktorú sa budú

požičiava jeden z manželov od iného občana alebo organizácie peniaze a v zmluve o pôžičke vystupuje ako dlžník, zo zmluvy o pôžičke je zaviazaný a oprávnený len ten z manželov, ktorý ju ako dlžník uzavrel a na jej platnosť netreba súhlas druhého z manželov v zmysle §145 Občianskeho zákonníka, keď sa netýka spoločných vecí.“

9 LAZAR, J. a kol.: Občianske právo hmotné 1. Bratislava: Iura Edition, 2010, s. 467.

10 V zmysle ust. §23 ods. 1 ZR: „Súd môže manželstvo na návrh niektorého z manželov rozviesť, ak sú vzťahy medzi manželmi tak vážne narušené a trvalo rozvrátené, že manželstvo nemôže plniť svoj účel a od manželov nemožno očakávať obnovenie manželského spoluzitia.“

11 K vyporiadaniu BSM dochádza v zmysle ust. § 149 ods. 3 Občianskeho zákonníka rozhodnutím súdu, na základe návrhu jedného z manželov alebo po uplynutí trojročnej lehoty od jeho zániku zo zákona v zmysle ust. § 149 ods. 4 Občianskeho zákonníka.

12 Zákon nestanovuje obligatórnosť písomnej dohody manželov. Túto si vynútila právna úprava v zákone č. 165/1992 Z. z. o zápise vlastníckych a iných vecných práv k nehnuteľnostiam (katastrálny zákon) v znení neskorších predpisov, a síce v prípade dohôd o vyrovnaní BSM, ktorých predmetom je nehnuteľnosť.

aplikovať ustanovenia §34 – §50 všeobecne o právnych úkonoch.¹³ Ako bolo vyššie uvedené, v súvislosti s odstúpením od zmluvy a zaniknutím manželstva môžu vzniknúť dve situácie, pokiaľ ide o „*načasovanie*“ odstúpenia od zmluvy, odstúpenie od zmluvy pred alebo po vyrovnaní BSM.

Ako uvádza prof. Lazar, Občiansky zákonník výslovne neupravuje, ako riešiť majetkové vzťahy medzi manželmi týkajúce sa zaniknutého alebo dosiaľ nevyrovnaného BSM.¹⁴ Pre tieto prípady je potrebné vychádzať z ust. §853 Občianskeho zákonníka, podľa ktorého občianskoprávne vzťahy, pokiaľ nie sú osobitne upravené ani Občianskym zákonníkom ani iným zákonom, sa spravujú ustanoveniami Občianskeho zákonníka, ktoré upravujú vzťahy obsahom a účelom im najbližšie. Uvedenými ustanoveniami sú ust. § 143 a nasl. Občianskeho zákonníka o BSM. Nadväzujúc na uvedené sa vzhľadom na argumentáciu vyššie uvedenú do okamihu vyrovnania BSM na odstúpenie od zmluvy vyžaduje súhlas druhého z manželov.

Áká je však situácia v prípade odstúpenia od zmluvy uzatvorenej počas manželstva, za predpokladu, že zaniknuté BSM bolo vyrovnané? Do akej miery je potrebné zvážiť skutočnosť, že odstúpením od zmluvy sa na uzavretú kúpnu zmluvu hľadí tak, akoby nebola uzavretá, a teda vec sa tak opätovne dostáva do režimu BSM?

V tomto smere zastávame názor, že by bolo v rozpore s princípom ochrany vlastníckeho práva viazať možnosť odstúpenia od kúpnej zmluvy uzatvorenej za trvania manželstva na súhlas bývalého manžela aj po jeho zániku a vyrovnaní, a to aj napriek skutočnosti, že by sa táto vec dostala vzhľadom na účinky odstúpenia do režimu BSM. Jeden z manželov by tak mohol v dôsledku narušených vzťahov po zrušení manželstva rozvodom zostať so „*zviazanými rukami*“ vzhľadom na neudelenie sú-

13 GRABAN, A.: Vybrané problémy bezpodielového spoluvlastníctva manželov. In: Bulletin slovenskej advokácie, č. 6/2004, s. 39.

14 LAZAR, J. a kol.: Občianske právo hmotné 1. Bratislava: Iura Edition, 2010, s. 469.

hlasu bývalého manžela a relatívnu neplatnosť právneho úkonu. Navyše ide o vec, ktorá už do režimu BSM nepatrí. Rovnako si myslíme, že ak by k odstúpeniu došlo po viac ako 3 rokoch od zániku BSM, aplikoval by sa postup v zmysle ust. § 149 ods. 4 Občianskeho zákonníka a bývalí manželia by nadobudli vec do podielového spoluvlastníctva.

Vyriešiac uvedené narážame na ďalší problematický aspekt, a to prax okresných úradov, katastrálny odbor, pokiaľ ide o odstúpenie od zmluvy, ktorej predmetom je nehnuteľnosť, ktoré pre „obnovenie“ vlastníckeho práva nejednotne požadujú dohodu účastníkov, rozsudok o určení vlastníckeho práva (§ 80 písm. c.) zákona č. 99/1963 Z. z. Občianskeho súdneho poriadku v znení neskorších predpisov (ďalej len „Občiansky súdny poriadok“) alebo jednostranný právny úkon, t. j. odstúpenie od zmluvy nejednotne zapisujú vkladom alebo záznamom do katastra nehnuteľností.¹⁵

2.3. Odstúpenie od zmluvy verzus procesnoprávne možnosti jedného z manželov

Na rozdiel od hmotnoprávnych otázok je procesnoprávna teória a predovšetkým aplikačná prax v tomto smere jednoznačnejšia.

15 Uvedme napríklad Rozsudok NS SR 8Sžo/4/2008: „...preto odstúpenie od kúpnej zmluvy predávajúcim nie je samo o sebe dôvodom pre obnovenie jeho vlastníckeho práva k prevádzaným nehnuteľnostiam v katastri nehnuteľností. Konštitutívne (právo tvorné) účinky vkladu do katastra nehnuteľností môžu byť odstránené buď tak, že pre predávajúceho bude jeho vlastnícke právo spätne vložené do katastra nehnuteľností na základe dohody podľa § 28 katastrálneho zákona alebo § 34 citovaného zákona na základe rozsudku súdu vydaného v konaní o žalobe požadujúcej určenie vlastníckeho práva...“ Opačne, Rozsudok NS SR sp. zn. 6Sžo/229/2010 zo dňa 20.7.2011 konštatuje, že platným odstúpením od zmluvy o prevode vlastníctva k nehnuteľnosti zanikajú tak obligačno-právne, ako aj vecno-právne účinky zmluvy. V dôsledku tejto skutočnosti má správa katastra vykonať zápis tohto právneho úkonu do katastra nehnuteľností záznamom podľa § 34 katastrálneho zákona. Ide o rozsudok, o ktorý sa začalo opierať množstvo správ katastra (pozn. v súčasnosti okresný úrad, katastrálny odbor).

V zmysle dostupnej judikatúry právo domáhať sa ochrany vlastníckeho práva bez súhlasu druhého spoluvlastníka (v našom prípade bezpodielového) je možné tak pri žalobách na plnenie, pri zapieracích žalobách, ako aj pri určovacích žalobách (pozn. bývalý manžel by bol sám aktívne legitimovaný na podanie žaloby na určenie vlastníckeho práva, t. j. nejde o nerozlučné procesné spoločenstvo v zmysle ust. § 91 ods. 2 Občianskeho súdneho poriadku). Uvedené sa vzťahuje aj na prípady, keď BSM zaniklo, avšak nedošlo k jeho vyrovnaniu. Dôvodom je skutočnosť, že každému spoluvlastníkovi patrí právo k celej veci, obmedzené len rovnakým právom druhého spoluvlastníka. V prípade, že sa bezpodielový spoluvlastník (manžel, bývalý manžel do vyrovnania BSM) domáha ochrany vlastníckeho práva k veci patriacej do BSM, nijakým spôsobom tým druhého spoluvlastníka neobmedzuje, naopak bráni spoločný majetok voči zásahom tretích osôb.¹⁶ V zmysle ust. § 853 Občianskeho zákonníka je potom nevyhnutné analogicky priznať právo na ochranu veci v BSM každému z manželov aj v období, keď už BSM síce zaniklo, avšak ešte nebolo vyrovnané, respektíve nedošlo k zákonnému vyrovnaniu v zmysle ust. § 149 ods. 4 Občianskeho zákonníka.¹⁷ Dostupná judikatúra poukazuje na skutočnosť, že pri posudzovaní, či a ktorý z manželov (bývalých manželov) je oprávnený podať žalobu o určenie vlastníckeho práva v zmysle ust. §80 c) Občianskeho súdneho poriadku v prípade, že uplatňuje právo na ochranu veci patriacej do BSM, je nutné rešpektovať, že nejde o použitie ust. § 145 Občianskeho zákonníka, keďže podanie žaloby nie je právnym úkonom v zmysle ust. § 34 Občianskeho zákonníka, a teda ani v zmysle ust. § 145 Občianskeho zákonníka. Ide len o procesný úkon, ktorým sa začína občianske súdne konanie.

16 Porovnaj Rozsudok NS ČR, sp. zn. 22 Cdo/4208/2008 zo dňa 17.9.2009 dostupný na: <http://www.epravo.cz/top/soudni-rozhodnuti/sjm-a-zaloba-o-vydani-neopravnene-zadrzovane-veci-59519.html>

17 Porovnaj napríklad Rozhodnutie 3 Cz/61/88 (ASPI ID CY 698).

V súvislosti s odstúpením od kúpnej zmluvy pre nezaplatenie kúpnej ceny, t. j. pre porušenie zmluvy zo strany kupujúceho zaplatiť kúpnu cenu riadne a včas v zmysle ust. § 588 a nasl. Občianskeho zákonníka, je nevyhnutné poukázať na vznik pohľadávky na zaplatenie kúpnej ceny, ktorá vzhľadom na súčasnú právnu úpravu BSM v § 143 Občianskeho zákonníka nie je predmetom BSM; predmetom BSM sú finančné prostriedky získané za predaj nehnuteľnosti, resp. hodnotného obrazu. V tejto súvislosti je potrebné dodať, že pokiaľ finančné prostriedky získané ako kúpna cena z kúpnej zmluvy v zmysle dohody o vyrovnaní BSM nadobudol len jeden z manželov, by bola ingerencia druhého z manželov v podobe (ne)súhlasu neprimeraná. V prípade nezaplatenia kúpnej ceny v zmysle ustanovení Občianskeho súdneho poriadku prichádza do úvahy aplikácia ust. § 172 a nasl. Občianskeho súdneho poriadku, a síce podanie návrhu na vydanie platobného rozkazu kvôli existencii pohľadávky vyplývajúcej z nezaplatenej kúpnej ceny. Rovnako v tomto prípade nie je potrebné riešiť otázku súhlasu bývalého manžela, a to ani v prípade existujúceho manželstva, zaniknutého ale nevyrovnaného manželstva, ani v prípade, že manželstvo zaniklo a bolo vyrovnané. Vydanie platobného rozkazu je však v zmysle ust. §174 Občianskeho súdneho poriadku spojené s právom odporcu na podanie odporu. V prípade, že je odpor podaný včas a je odôvodnený, spôsobí zrušenie vydaného platobného rozkazu a nariadenie pojednávania.

3. Záver

Odstúpenie od zmluvy je pomerne jednoznačný a navonok bezproblémový inštitút súkromného práva. Navonok jednoznačná je aj právna úprava BSM, otázka jeho rozsahu a obsahu. Judikatúra súdov rovnako jednoznačne rieši aj otázku „*bežnosti vecí*“ a potreby súhlasu druhého manžela pre prípad prevodu vlastníckeho práva ku hodnotnej hnutelnej veci, hodnotného obrazu alebo nehnuteľnosti. Príspe-

voľ poukazuje na situácie, keď vzhľadom na zánik manželstva, zánik BSM a jeho vyrovnanie absentuje právna úprava, ktorá by jednoznačne riešila otázku potreby súhlasu druhého z manželov a s ňou súvisiacu relatívnu neplatnosť odstúpenia od zmluvy ako právneho úkonu po zániku manželstva. Na rozdiel od hmotného práva, procesné právo poskytuje pomerne „bezbolestnejšiu“ alternatívu k odstúpeniu od zmluvy, a síce podanie návrhu na vydanie platobného rozkazu a žaloby o určenie vlastníckeho práva, keď nie je potrebné zaoberať sa otázkou „spoluúčasti“ oboch manželov, resp. bývalých manželov, pretože ide o procesný úkon, ktorý nepatrí do rámca ust. § 145 Občianskeho zákonníka a nie je právnym úkonom v zmysle ust. § 34 Občianskeho zákonníka. Napriek týmto alternatívam však ide o situáciu, ktorá je časovo náročná vzhľadom na vysokú pravdepodobnosť súdneho sporu a legislatívne „nedotiahnutá“, a to zrejme práve kvôli existencii dvoch na prvý pohľad jednoznačných všeobecných ustanovení o odstúpení od zmluvy.

Summary

The right to withdrawal is a relatively straightforward and apparently smooth institute of Private Law. Outwardly, also the legislation dealing with the common property of spouses, the question of its scope and content seem to be unambiguous issue. The case law equally clearly resolves the issue of „ordinariness of things“ and need of consent of the other spouse in case of a transfer of ownership of valuable movable, such as valuable painting, or real estate. The paper refers to situations where the relevant legislation about the issue of appropriate consent of the other spouse and the associated relative nullity of withdrawal as legal action after the dissolution of marriage absents. Unlike substantive law, procedural law provides relatively “painless” option to right to withdrawal; namely the application for a payment order or action for property rights when it is not necessary to address the issue

of „*complicity*“ of both spouses, respectively former spouses. The payment order is a procedural act, which does not fall within the scope of the art. 145 of the Civil Code and is not a legal action under art. § 34 of the Civil Code. Despite these alternatives, the current situation is time consuming due to the high probability of law suit and legislative „*ragged*“. This might be the result of existence of two at first sight distinct general provisions on the right to withdrawal.

DER SCHUTZ DER MENSCHLICHEN PERSÖNLICHKEIT IN DEM NEUEN UNGARISCHEN ZIVILGESETZBUCH

LAJOS VÉKÁS

Unser verehrter Jubilar, Doyen der slowakischen Privatrechtswissenschaft arbeitet seit langen Jahren erfolgreich an der Herausarbeitung des Slowakischen Bürgerlichen Gesetzbuches. Dieser Aufsatz über eine wichtige Neuerung im neuen ungarischen Zivilgesetzbuch ist dem Rechtsgelehrten, Vorsitzenden der slowakischen Kodifikationskommission und guten Freund des Verfassers gewidmet.

I. Das neue Zivilgesetzbuch

Das ungarische Parlament hat am 11. Februar 2013 das Gesetz Nr. V. von 2013 über das neue Zivilgesetzbuch (im Folgenden: nZGB) verabschiedet. Dieses Gesetzbuch regelt ab 15. März 2014 die Rechtsverhältnisse der Bürger und ihrer Organisationen untereinander.¹

II. Über die Reichweite und Struktur des Gesetzbuches

1. Das nZGB geht davon aus, dass das Gesetzbuch inhaltlich über den Regelungsbereich des früheren Kodexes hinausgehen und

1 Siehe dazu vom Verfasser: O novom maďarskom Občianskom Zákonníku. Právny Obzor 96 (2013) 313-325.

den größtmöglichen Bereich des Zivilrechts abdecken soll. So wurde das *Familienrecht* (welches im sozialistischen Rechtssystem aus dem Privatrecht herausgenommen und in einem selbstständigen Gesetz geregelt worden war) wieder in das nZGB eingearbeitet; ebenso wurde das *materielle Gesellschaftsrecht* im Kodex integriert; auch die in Sondergesetzen gebliebenen Rechtsgebiete wie das Urheberrecht und das Patentrecht wurden eng an das nZGB angeknüpft. Dieses Konzept verfolgt das Ziel, dass die *Vorteile einer Gesamtkodifikation* auf möglichst vielen Gebieten des Zivilrechts zur Geltung kommen. Diese Vorteile sind aus der Erfahrung mit klassischen Gesetzbüchern bekannt und etwa wie folgt zusammenzufassen:

- Durchsetzung einheitlicher Grundsätze,
- methodische Homogenität,
- einheitlicher Aufbau von den allgemeinen zu den besonderen Vorschriften,
- die Vermeidung der Wiederholung von Normen,
- Abkürzungen mit Verweisungen u. ä.

Die Erweiterung des Regelungsbereichs hatte zur redaktionellen Folge, dass das nZGB aus Büchern besteht, die miteinander inhaltlich abgestimmt und den *allgemeinen Prinzipien* des ganzen Gesetzbuches untergeordnet sind. Die Unterteilung in einzelne Bücher ermöglichte es, sowohl die integrierende Rolle des einheitlichen Gesetzbuches zu nutzen als auch die Besonderheiten der zu integrierenden Rechtsmaterie (z. B. die des Familienrechts) zu berücksichtigen. Selbstverständlich musste dafür Sorge getragen werden, dass die früheren eigenständigen Sondergesetze (wie das Familienrechtsgesetz) nicht einfach in ein eigenes Buch des nZGB (zusammenhangslos) eingefügt werden. Der Vorteil einer richtigen Kodifikation (und nicht einer bloßen Kompilation) kommt nur dann zum Tragen, wenn jede Rechtsnorm auf demselben Grad der jeweils *erforderlichen Abstraktionsstufe* erscheint. Zum Beispiel: bei den Vorschriften über die Rechtsgeschäfte diejenige Normen, die sich auf alle Rechtsgeschäfte beziehen; bei den gemeinsamen Vorschriften über Verträge alle Normen, die für

sämtliche Verträge gelten; im Rahmen der Regeln zu den einzelnen Vertragstypen die Abweichungen für die jeweiligen Verträge usw. Ausnahmenvorschriften waren beispielsweise für Rechtsgeschäfte im Kindschaftsrecht oder für Eheverträge im Ehegüterrecht zu schaffen. Ähnlich erfährt das Testament als einseitiges Rechtsgeschäft eine besondere Regelung im Erbrecht.

2. Das nZGB enthält *keinen Allgemeinen Teil* im Sinne des deutschen BGB. Die Abstraktheit dieser Lösung ist für den Gesetzgeber in Ungarn immer fremd geblieben. Bereits der allererste umfangreiche Entwurf von 1900, der sonst unter dem starken Einfluss des BGB stand, hat einen Allgemeinen Teil mit der Begründung abgelehnt, dieser mache die Struktur des Gesetzbuches unnötig kompliziert. Es wurde beispielsweise betont, dass diejenigen einseitigen Rechtsgeschäfte, die in der Praxis eine wichtige Rolle spielen, wie etwa die letztwilligen Verfügungen, ohnehin mit eigenständigen Normen geregelt werden sollten.² Sowohl die späteren Entwürfe als auch das nZGB selbst haben sich diese Meinung zu Eigen gemacht und sind eher der Systematik des schweizerischen ZGB gefolgt.

3. Dementsprechend wird der Kodex mit *einleitenden Bestimmungen* eingeführt (Buch 1), die den Zweck des Gesetzes bestimmen und Prinzipien festlegen wie etwa Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs. Den einleitenden Bestimmungen folgen dann in traditioneller Reihenfolge die einzelnen Bücher über den Mensch als Rechtssubjekt, die Juristischen Personen, das Familienrecht, das Sachenrecht, das Schuldrecht und schließlich über das Erbrecht.

2 Gusztáv Szász-Schwarz: Az általános rész elhagyásának indokolása (Begründung zur Nichtaufnahme eines Allgemeinen Teils im Entwurf für ein ABGB), in: A magyar általános Polgári Törvénykönyv tervezetét előkészítő állandó bizottság jegyzőkönyvei. Franklin-társulat: Budapest 1897, 38 – 40.

Das zweite Buch regelt den *Mensch als Rechtssubjekt*, mit den herkömmlichen Themen, wie Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit und der Persönlichkeitsschutz. Das dritte Buch ist dem Recht der *juristischen Personen* gewidmet. Dies enthält allgemeine Bestimmungen über die juristischen Personen und Regeln über den einzelnen juristischen Personen: den Verein, die Personen- und Kapitalgesellschaften sowie die Stiftung. Die allgemeinen Regeln über die juristischen Personen sind auch auf die in Spezialgesetzen geregelten juristischen Personen als *lex generalis* anwendbar.

Die sozialistische Rechtsideologie hat bei den *familiären Rechtsbeziehungen* deren persönlichen Charakter überbetont und sie deshalb in einem eigenständigen Familiengesetzbuch geregelt. Das nZGB integriert sie wieder in das Gesetzbuch (Buch 4), wie es in den Entwürfen der Vorkriegszeit immer der Fall war. Das Buch über das *Sachenrecht* (Buch 5) reguliert das Eigentum und die Sachenrechte im fremden Eigentum, darunter auch die dinglichen Kreditsicherheiten.

In dem umfangreichsten Buch 6 über die *Schuldverhältnisse* werden allgemeine Bestimmungen über alle Schuldverhältnisse vorangestellt, die sowohl bei vertraglichen als auch bei gesetzlichen Obligationen zum Zuge kommen. Dieser erste Teil des Sechsten Buches enthält u. a. die Verjährungsvorschriften (Eigentumsansprüche verjähren sich im ungarischen Recht nicht!), Regelungen über die Mehrparteienverhältnisse und die Erfüllung der Schuldverhältnisse. Die Normen des Vertragsrechts selbst sind in zwei Teile aufgegliedert worden. Die allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen gelten als *lex generalis* sowohl für die Vertragstypen im Besonderen Teil des Vertragsrechts als auch für atypische Verträge. Ferner finden sie entsprechende Anwendung für die einseitigen Rechtsgeschäfte sowie – mangels besonderer Regelung – für die familienrechtlichen, sachenrechtlichen und erbrechtlichen Verträge. Das allgemeine Wertpapierrecht, das Deliktsrecht und das Bereicherungsrecht befinden sich ebenso in diesem Buch.

Das Buch 7 reguliert das Erbrecht und das Buch 8 enthält die Schlussbestimmungen.

III. Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz

1. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Das nZGB schafft mithilfe einer *Generalklausel* (§2:42) ein allgemeines Persönlichkeitsrecht. Vom ungarischen Verfassungsgericht wurde 1990 der wesentliche Gehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wie folgt definiert: „Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein solches subsidiäres Grundrecht, auf das sich sowohl das Verfassungsgericht als auch die ordentlichen Gerichte zum Schutz der Autonomie des Einzelnen stützen können, wenn für den entsprechenden Tatbestand keines der konkreten (gesetzlich benannten) Grundrechte anwendbar ist.“³ Auf der Grundlage der Generalklausel im nZGB kann von den Gerichten jegliche Art von Persönlichkeitsrechten (seien sie gesetzlich eigens benannt oder nicht) gleichermaßen geschützt werden. Der Schutz lässt sich auch auf die in der Zukunft entstehenden neue Arten von Persönlichkeitsrechten automatisch erweitern. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird also durch die gerichtliche Praxis mit Inhalt erfüllt und daher wohl kontinuierlich in seinem Wesen bereichert.

Die das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzenden Handlungen können je nach ihrem Motiv, ihrer Absicht, ihrem Gewicht bzw. ihrer Folge vielfältig geartet und bewertet sein. Die Regelungen hinsichtlich einzelner Persönlichkeitsrechte stellen im nZGB lediglich eine *exemplifikatorische Aufzählung* dar (§2:43): Recht auf Schutz des Lebens, der Gesundheit und der körperlichen Unversehrtheit; Schutz gegen Diskriminierung; Recht auf den Guten Ruf und Ehre; Respektierung der Privatsphäre; Recht auf Namenstragung; Recht auf Schutz vor Bild- und Tonaufnahmen sowie Recht auf Privatgeheimnisse und der persönlichen Daten. Diese Vorschriften haben die Funktion, die in der Praxis herauskristallisierten und am häufigsten in Erscheinung

3 Beschluss des Verfassungsgerichts Nr. 8/1990. (IV.23.), ABH 1990, S. 42 (44 – 45).

tretenden Persönlichkeitsrechte bewusst zu machen. Mit dieser Struktur der Normen will das nZGB betonen, dass die Sanktionierung der Persönlichkeitsverletzungen grundsätzlich durch die Generalklausel über das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet wird.

Das ungarische Verfassungsgericht hat das im Grundgesetz angekernte *Recht auf die Würde des Menschen* als das Mutterrecht sämtlicher anderer verfassungsrechtlicher Grundrechte qualifiziert. Sie ist also schlechthin die Quelle selbst auch für alle benannten oder nicht benannten privatrechtlichen Persönlichkeitsrechte. Das nZGB benennt deshalb das Recht auf die Würde des Menschen nicht als eine besondere Art von Persönlichkeitsrecht, sondern als Ausgangspunkt des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes [§2:42 Abs. (2)]. Da auch juristische Personen persönliche Rechte haben, für die jedoch die Würde des Menschen und auch einige benannten Persönlichkeitsrechte nicht zustehen können, wendet das Gesetz die Regelung des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes *auf juristische Personen per analogiam* an [3:1. § (3)].

2. Die Sanktionen für den Schutz der menschlichen Persönlichkeit

a) Die Sanktionen gegen die Verletzung der Persönlichkeitsrechte sind teilweise *ethischer Natur*: Genugtuung als eine Art der Entschuldigung u. ä, teilweise *vermögensrechtlicher Natur*: Schadensersatz, Schmerzensgeld und die Entziehung des durch die Rechtsverletzung erlangten Vermögensvorteils. Das nZGB sichert hinsichtlich der Sanktionen eine Wahlmöglichkeit zu Gunsten der verletzten Person zu. Die in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzte Person kann als Teil ihres Selbstbestimmungsrechts frei darüber entscheiden, ob sie den Persönlichkeitsrechtsanspruch durchsetzt, und wenn ja, welche der vom Gesetz angebotenen Möglichkeiten sie als Sanktion für die Behebung der konkreten Verletzung für am besten geeignet hält. Die Sanktionen der Verletzung der Persönlichkeitsrechte sind personen-

gebunden; d.h. nur die geschädigte Person selbst kann diese in Anspruch nehmen. Je nach Charakter der Persönlichkeitsverletzung können einzelne oder parallel mehrere Sanktionen gegen den Schädiger angewandt werden. Das Sanktionssystem enthält sowohl *objektive* (verschuldensunabhängige) als auch *subjektive* (verschuldensabhängige) Rechtsfolgen. Die objektiven Sanktionen werden allein durch die Tatsache der Rechtsverletzung begründet, unabhängig davon, ob die verletzende Person die Verletzung zu vertreten hat oder nicht.

b) Die Ausübung von Persönlichkeitsrechten kann mitunter als Quelle für vermögensrechtliche Vorteile dienen, so dass die durch die Rechtsverletzung entstandene Verschiebung der Vermögensverhältnisse rückgängig gemacht werden muss. In den Fällen, in denen dem Schädiger ein Vermögensvorteil zu Lasten der verletzten Person entstanden ist, ist der *Entzug der Bereicherung* zu Gunsten der geschädigten Person recht und billig. Im nZGB wird dazu eine neue objektive Sanktion eingeführt. Demnach kann die verletzte Person die Überlassung des durch die Persönlichkeitsverletzung entstandenen Vermögensvorteils verlangen.⁴ Die *Überlassung des vermögensrechtlichen Vorteils* ist also zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands bestimmt und soll die Wertverschiebung rückgängig machen. Voraussetzung hierfür ist die unberechtigte Enteignung von Persönlichkeitswerten einer anderen Person und die Entstehung von ungerechtfertigten Vermögensvorteilen. Theoretisch wäre hier auch die Anwendung eines Bußgeldes zu öffentlichen Zwecken angebracht. Das nZGB bevorzugt jedoch die Verwendung einer privatrechtlichen Sanktion für die Korrektur von unbegründeten Vermögensverschiebungen in privatrechtlichen Verhältnissen. Sie verpflichtet deshalb

4 Diese Lösung wurde auch im deutschen Schrifttum vorgeschlagen; nach Vorarbeiten von *Peter Schlechtriem* in FS Hefermehl und *Horst-Peter Götting* (Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte. Mohr Siebeck: Tübingen 1995) siehe in konkreter Form bei *Claus-Wilhelm Canaris*: Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in FS Erwin Deutsch. Schmidt: Köln 1999, 85-109. Der BGH ist anderer Meinung: BGHZ 26, 349 (353f)

die verletzende Person für die Überlassung des vermögensrechtlichen Vorteils (die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung) der geschädigten Person. Durch die Anwendung der Regelungen der ungerechtfertigten Bereicherung wird diejenige Person (der Geschädigte nämlich) zur Anspruchsdurchsetzung berechtigt, die an der Reparatur das größte Interesse hat. Die Entziehung des durch die rechtswidrige Handlung erworbenen Vermögensvorteils (der Bereicherung) wird im geltenden ungarischen Recht bereits im Bereich des Schutzes des geistigen Eigentums ermöglicht.⁵ Der Verfasser eines urheberrechtlich geschützten Werkes kann beispielsweise bei Verletzung seiner Rechte neben anderen Sanktionen die Auskehrung der durch die Rechtsverletzung erlangten Bereicherung verlangen. Einen solchen Anspruch hat auch der Patentinhaber gegenüber der Person, die die patentrechtlich geschützte Erfindung unberechtigterweise verwendet.

c) Im Privatrecht bedeutet Schaden einen in Geld quantifizierbaren Vermögensnachteil. Der *immaterielle Schaden* kann betragsmäßig nicht bestimmt werden, folglich kann diese auch nicht ersetzt werden. In der Auffassung des nZGB geschieht zwar die Kompensierung von immateriellen Verletzungen durch Geld, ist aber dennoch kein Schadensersatz. Von einem immateriellen Schaden und einem immateriellen Schadensersatz zu sprechen ist nämlich ein begrifflicher Widerspruch.

Auf der Grundlage des alten ZGB von 1959 konnten die Gerichte nur unter Eingehung von Widersprüchen die Behebung von Verletzungen der Persönlichkeitsrechte im Rahmen des Schadensersatzrechts gewährleisten, weil das Schadensersatzrecht dem Grunde nach vermögensrechtlichen Charakter hat. Die gerichtliche Praxis erforderte als Bedingung zum Zuspruch von immateriellem Schadensersatz für die geschädigte Person den Nachweis eines auch nach außen erkennbaren Nachteils. Gemäß der Auffassung des ungarischen Obersten

⁵ Wie auch im deutschen Urheberrecht: § 97. UrhG.

Gerichtshofs konnte der Geschädigte immateriellen Schadensersatz dann (lies: nur dann) beanspruchen, wenn er beweisen konnte, dass er durch die rechtswidrige Handlung einen (anderswie nicht behebbaren) Nachteil erlitten hat.⁶ Diese Auffassung ließ außer Betracht, dass das gesellschaftliche Komfortgefühl, Lebensqualität, äußerliche Beurteilung einer Person auch auf eine Weise nachteilige Änderungen erfahren kann, dass die geschädigte Person dies ausschließlich als inneres Trauma, als mentalen, seelischen Eingriff erlebt, ohne dass dies mit jeglichen Kosten oder mit nach außen hin sichtbaren Schaden einherginge. Außerdem führte diese gerichtliche Auslegungspraxis in zahlreichen Fällen zu unlösbaren Beweisproblemen; und nicht zuletzt führte dies für die geschädigte Person zu weiteren seelischen Unannehmlichkeiten und gebar nicht selten eine erniedrigende Situation.

Das nZGB ermöglicht die finanzielle Kompensation der durch die Verletzung des Persönlichkeitsrechts entstandenen Nachteile unter Beachtung der Besonderheiten der Persönlichkeitsrechte. Diese Kompensation wird deshalb aus den Regelungen des Schadensersatzes herausgenommen und in den Bereich des Persönlichkeitsschutzes hinübergezogen. Es wird das *Schmerzensgeld* als subjektive Sanktion der Verletzung der Persönlichkeitsrechte eingeführt. Je nach den Umständen des Einzelfalls ist das Schmerzensgeld eine Rechtsfolge mit doppeltem Charakter. Einerseits entfaltet es eine ausgleichende Wirkung durch die Kompensation der durch die Rechtsverletzung entstandenen vermögensrechtlich nicht bestimmbar immateriellen (psychischen etc.) Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; andererseits ist es als geldmäßige Genugtuung eine privatrechtliche Strafe.

Die bedeutendste inhaltliche Änderung im Vergleich zum alten Recht besteht darin, dass für den Zuspruch von Schmerzensgeld nicht mehr der Beweis eines Nachteils der geschädigten Person vorausge-

6 z. B. Oberster Gerichtshof BH1996. 304., EBH2000. 300., EBH2000. 302., BH2010. 294.

setzt wird. Praktisch bedeutet dies, dass im nZGB eine Vermutung aufgestellt wird, wonach sämtliche Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Entstehung eines Nachteils auf der Seite der geschädigten Person mit sich bringen. Die geschädigte Person kann allerdings daran interessiert sein, die Höhe des Nachteils zu beweisen, da bei der Bestimmung der Höhe des Schmerzensgeldes das Gericht auch diesen Gesichtspunkt in Betracht ziehen kann. Die Bagatellfälle müssen sowieso außer Acht gelassen werden.

Ein Anspruch auf Schmerzensgeld kann sowohl von einer natürlichen als auch einer juristischen Person gestellt werden. Er ist – ähnlich zu den anderen Sanktionen der Persönlichkeitsverletzungen – personengebunden und kann daher nur von der geschädigten Person selbst gefordert werden. Der Anspruch des Schmerzensgeldes kann daher nicht auf andere Personen übertragen oder vererbt werden. Mit dem Schmerzensgeld will das nZGB die immaterielle Verletzung in einem einzigen (finanziellen) Akt kompensieren. Daher ist die in an vermögensrechtliche Nachteile gebundene Leibrente im Falle von Schmerzensgeld nicht anwendbar.

Die grundsätzliche Trennung des Schmerzensgeldes vom Schadensersatzrecht schließt nicht aus, dass für bestimmte Teilfragen die Regelungen über den Schadensersatz angewandt werden. Das nZGB nimmt diese Möglichkeit in Form von Verweisungen auf die Schadensersatznormen in Anspruch, und zwar in zwei wichtigen Problemkreisen: einerseits hinsichtlich der Bestimmung der verpflichteten Person, andererseits hinsichtlich der Art und Weise der Exkulpationsmöglichkeiten. Die Bestimmung der zur Zahlung des Schmerzensgeldes *verpflichteten Person* ist im Allgemeinen nicht problembehaftet, da diese und der Schädigende normalerweise dieselbe Person sind. Der Verweis auf die Anwendung der entsprechenden Bestimmungen der Schadensersatzregelungen ist jedoch für diejenigen Fälle notwendig, in denen die haftende Person nicht mit der die Rechtsverletzung begehenden Person identisch ist. In solchen Fällen ist nicht die Person zur Zahlung des Schmerzensgeldes verpflichtet, die die Rechtsverletzung

tatsächlich begangen hat, sondern diejenige Person, die von Gesetzes wegen für den Schaden haftet. Dies ist insbesondere der Fall bei der Gefährdungshaftung, wo der Verursacher und die haftende Person nicht unbedingt dieselbe Person sind. Das nZGB enthält auch bei der Beurteilung der *Exkulpationsmöglichkeiten* Verweise auf die Regelung der Schadensersatzhaftung. Dies bedeutet, dass die Exkulpation davon abhängt, ob die außervertragliche Persönlichkeitsverletzung nach dem normalen Haftungsmaßstab des Vertretenmüssens (Verschuldensprinzip) oder nach einem strengeren Maßstab, z.B. nach dem der Gefährdungshaftung geschieht. Erwähnung verdient, dass obwohl in den meisten Fällen in außervertraglicher Weise zur Verletzung von Persönlichkeitsrechten kommt, kann aber die Rechtsverletzung auch durch die unsachgemäße Erfüllung eines Vertrages geschehen (z.B. bei Verletzung von Reise- oder Personenbeförderungsverträgen).

Die Festsetzung der *Höhe des Schmerzensgeldes* liegt im richterlichen Ermessen. Sie wird vom Gericht mit Hinsicht auf sämtliche Umstände des jeweiligen Einzelfalls – insbesondere unter Berücksichtigung des Ausmaßes der Rechtsverletzung und der Auswirkung auf die geschädigte Person – festgestellt. Die billige Bemessung der Höhe muss sich zwangsläufig auf die persönlichen Umstände der geschädigten Person, seine öffentliche und privatrechtliche Lage, seinen Beruf sowie die Auswirkungen der Rechtsverletzung erstrecken. Falls die Verletzung des Persönlichkeitsrechts innerhalb des Haftungsmaßstabs des Verschuldensprinzips liegt, kann selbstverständlich auch das Ausmaß des Verschuldens den Betrag des Schmerzensgeldes beeinflussen. Die weiteren Gesichtspunkte der Beurteilung der Höhe des Schmerzensgeldes müssen von der richterlichen Praxis ausgearbeitet werden.

PRÁVO NA TELESNÚ INTEGRITU AKO SÚČASŤ OSOBNOSTNÉHO PRÁVA

ROBERT VLČEK

Napriek skutočnosti, že život a zdravie patria k najdôležitejším hodnotám v ľudskom živote, neexistuje kodifikované zdravotnícke právo, ale problematika zdravotníckeho práva je komplexom celého radu právnych predpisov rôznej právnej sily, ktorých základom sú medzinárodné zmluvy, ktorými je Slovenská republika viazaná, smernice Európskej Únie a Ústava Slovenskej republiky.

Aj medzinárodný štandard ľudských práv bezprostredne súvisiacich s zdravotníckym právom je však rozptýlený do komplexu všeobecných zmlúv a paktov o ľudských právach. Bezpochybné na tomto mieste je potrebné pripomenúť Medzinárodný pakt o občianskych a politických právach z roku 1966, Medzinárodný pakt o hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach z roku 1966 (oba sú publikované v Zbierke zákonov ako vyhláška Ministerstva zahraničných vecí č. 120/1976 Zb.) a Dohovor Rady Európy o ochrane ľudských práv a základných slobôd vrátane dodatkových protokolov (oznámenie Ministerstva zahraničných vecí č. 209/1992 Zb.). Najvýznamnejším medzinárodným dokumentom takéhoto charakteru za ostatné obdobie je Dohovor o ochrane ľudských práv a dôstojnosti človeka v súvislosti s aplikáciou biológie a medicíny – Dohovor o ľudských právach a biomedicíne, ktorého je Slovenská republika zmluvnou stranou (ďalej len „Dohovor o ľudských právach a biomedicíne“). Dohovor o ľudských právach a biomedicíne je publikovaný v Zbierke zákonov ako oznámenie Ministerstva zahraničných vecí SR č. 40/2000 Z. z. Slovenská republika je aj zmluvnou stranou dodatkového protokolu k tomuto dohovoru o zákaze

klonovania ľudských bytostí. Dodatkový protokol je publikovaný v Zbierke zákonov ako oznámenie Ministerstva zahraničných vecí SR č. 143/2001 Z. z.

Ďalším významným medzinárodným dokumentom, ktorý priamo zasahuje do problematiky ľudských práv v oblasti zdravotníctva, je Európska sociálna charta z roku 1961, ktorá bola v Slovenskej republike prijatá ako zákon č.329/1998 Z.z. Dohovor – Európska sociálna charta. Táto dohoda má rámcový charakter, a preto práva ňou zakotvené nie sú spravidla uplatniteľné priamo, avšak zahŕňa právo na ochranu zdravia, dostupnú lekársku pomoc a upravuje tiež zdravé pracovné podmienky.

Nepochybne do oblasti zdravotníckeho práva významne zasahujú aj niektoré právne predpisy občianskeho práva hmotného a procesného, trestného práva hmotného a procesného a správneho práva, ba čo viac, filozofia základných zákonov priamo upravujúcich oblastí, problematiku zdravotníckeho práva, je odvodená z rámcovej úpravy osobnostného práva fyzickej osoby zakotvenej v zákone č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov („OZ“), o ktorej je zmienka ďalej.

Základnými zákonmi, ktoré realizujú právo garantované článkom 40 Ústavy Slovenskej republiky a zasahujú do všetkých oblastí poskytovania zdravotnej starostlivosti sú:

1. zákon č. 576/2004 Z. z. o zdravotnej starostlivosti, službách súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti a o zmene a doplnení niektorých zákonov,
2. zákon č. 577/2004 Z. z. o rozsahu zdravotnej starostlivosti uhrádzanej na základe verejného zdravotného poistenia a o úhradách za služby súvisiace s poskytovaním zdravotnej starostlivosti,
3. zákon č. 578/2004 Z. z. o poskytovateľoch zdravotnej starostlivosti, zdravotníckych pracovníkoch, stavovských organizáciách v zdravotníctve a o zmene a doplnení niektorých zákonov,
4. zákon č. 579/2004 Z. z. o záchranej zdravotnej službe a o zmene a doplnení niektorých zákonov,

5. zákon č. 580/2004 Z. z. o zdravotnom poistení a o zmene a doplnení niektorých zákonov,
6. zákon č. 581/2004 Z. z. o zdravotných poisťovniach, dohľade nad zdravotnou starostlivosťou a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Zo zákonov upravujúcich osobitné oblasti poskytovania zdravotnej starostlivosti možno spomenúť zákon č.470/2005 Z. z. o pohrebníctve a o zmene a doplnení zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní v znení neskorších predpisov a zákon č. 66/1986 Zb. o umelom prerušení tehotenstva.

Pre zdravotnícke právo je charakteristické, že jeho problematiku upravuje aj množstvo podzákonných právnych predpisov vo forme rôznych vyhlášok, nariadení a odborných usmernení.

V týchto súvislostiach pokladáme za nutné zdôrazniť, že problematiku zdravotníckeho práva nie je možné jednoducho systematicky priradiť pod niektoré iné právne odvetvie. Bežný vzťah pacienta a lekára v rámci poskytovania zdravotnej starostlivosti, ako aj poskytovanie zdravotnej starostlivosti ako takej, informovaný súhlas pacienta, informačná povinnosť lekára, vedenie zdravotnej dokumentácie, mlčanlivosť zdravotníckych pracovníkov, povinnosť pacienta uhradiť zdravotnú starostlivosť, ktorá sa neuhrádza zo zdravotného poistenia, sú významnými občianskoprávnymi prvkami v medicínskom práve. Avšak problematika verejného zdravotného poistenia, posudzovanie dočasnej pracovnej neschopnosti a ochrana verejného zdravia zasahujú skôr do odvetvia správneho práva. O nepochybniteľnej úlohe trestného práva svedčí právna úprava niektorých trestných činov uvedených v tomto príspevku.

Právne základy všeobecného osobnostného práva, ktoré sú z historického hľadiska úzko spojené s myšlienkou ľudských a občianskych práv a slobôd vôbec, možno nájsť už v antickej filozofii, najmä v prácach sofistov a stoikov, ktorých základom je myšlienka rovnosti ľudí a napokon aj v Aristotelovej teórii spravodlivosti.

Rímska spoločnosť poskytovala ochranu pred neúctou (iniuria)

prejavenou k osobnosti iného, a to prostredníctvom žaloby pre urážku na cti (*actionis iniuriati*). Zákon dvanástich tabúl postihoval urážku na cti pevne stanovenými peňažnými pokutami.

Ustanovenia tohto zákona však upravovali len skutkovú urážku prejavenu voči inej osobe vzťahnutím ruky (*iniuria facti*). Novú situáciu vytvoril až prétorský edikt. Tzv. všeobecný edikt (*edictum generale*) zahŕňal okrem skutkovej urážky aj urážku slovnú (*iniuria verbis*), resp. urážku akýmkoľvek nepriamym skutkom. Okrem toho boli zavedené aj tzv. špeciálne edikty (napr. odčinenie verejnej nadávky, útoku na cudnosť žien a mladých ľudí, atď.). Prétorská prax vytvorila právny prostriedok ochrany osobnosti, oceňovaciu žalobu pre urážku na cti, ktorá umožňovala priznávať postihnutému peňažnú sumu podľa voľného uváženia postihnutého aj súdu, a to aj vtedy, ak ho nepostihla žiadna majetková ujma.

Iné hodnoty osobnosti človeka v tom čase neboli predmetom právnej ochrany, z čoho je zrejmé, že rímske právo inštitútovať všeobecného osobnostného práva nevytvorilo.

V období feudalizmu nové myšlienkové impulzy v súvislosti s hlbším rozvojom ľudských práv, teda aj rozvoja ochrany osobnosti fyzickej osoby, prinieslo kresťanstvo a renesancia. V tom období bola ochrana osobnosti fyzických osôb zabezpečovaná najmä trestným právom. Pokiaľ ide o niektoré čiastkové hodnoty osobnosti (napr. právo na česť a dôstojnosť), tie boli pôvodne chránené prostredníctvom svojpomocných prostriedkov ako krvná pomsta, súboj, výkupné a rôzne druhy pokút, ktoré mali represívnu funkciu, boli považované za určitú nápravu nemajetkovej ujmy a zvyčajne vylučovali uplatnenie iných nárokov. Poškodenie dôstojnosti žien znásilnením alebo únosom zahŕňalo okrem náhrady škody aj priznanie náhrady za nemajetkovú ujmu otcovi alebo manželovi.

Vznik a intenzívny rozvoj kapitalistických vzťahov spojený s rozsiahlym hospodárskym, vedeckým a technickým pokrokom znamenal výrazný medzník v rozvoji ochrany osobnosti fyzických osôb. Nielen nový spôsob výroby, ale najmä novo sa rozvíjajúce formy tovarovej

výmeny, vznikajúce ešte vnútri feudálnej spoločnosti, spôsobili vznik početnej triedy slobodných a aspoň formálne rovných výrobcov, ktorých by bolo možné zamestnávať na základe zmlúv uzavretých na princípe formálnej rovnosti.

V dôsledku rozvoja racionalizmu a osvietenstva v 17. a 18. storočí sa teoretickým základom vzniku modernej koncepcie všeobecného osobnostného práva stali prirodzeno-právne teórie, ktoré na rozdiel od feudálneho práva poukazovali na systém prirodzených práv človeka, kde okrem práva na vlastníctvo bolo zahrnuté aj právo na slobodu a rovnosť.

Vplyv prirodzeno-právnych teórií sa zreteľne prejavil v kodifikácii rakúskeho Všeobecného občianskeho zákonníka (ABGB) z roku 1811, v ktorom podľa ustanovenia § 16 citovaného zákonníka každý má vrodené, už samým rozumom poznateľné práva, a teda ho treba pokladať za osobu. Práve z tohto ustanovenia, ktoré vychádza zo skutočnosti, že človek je subjektom prirodzených práv, ktoré zákony môžu iba uznať, prípadne za zákonom ustanovených podmienok v záujme iných aj obmedziť, začala časť vtedajšej rakúskej teórie vyvodzovať existenciu všeobecného osobnostného práva, z ktorého vyplývajú aj jednotlivé čiastkové osobnostné práva, pričom ich výpočet nebol považovaný za konečný.

Opačný názor zastávala historicko-právna škola na čele s F. Savignym, ktorá existenciu subjektívneho všeobecného práva či čiastkových osobnostných práv odmietala. Podľa predstaviteľov historicko-právnej školy ochrana osobnosti netvorila vôbec predmet úpravy občianskeho práva, lebo toto právne odvetvie má chrániť výlučne majetkové vzťahy. Vplyv historicko-právnej školy, ktorý okrem iného viedol aj k výraznému obmedzeniu satisfakcie za nemajetkovú ujmu, sa potom zreteľne prejavil najmä v nemeckom Občianskom Zákonníku (BGB) z roku 1896.2).

Široký rozvoj foriem tovarovej výmeny, konkurencie, vedy a techniky, redukcia sféry individuálneho riadenia výrobných prostriedkov, akumulácia a monopolizácia podnikania sú atribúty signifikantné pre

ďalší vývoj kapitalistickej spoločnosti, ktoré zákonite vytvárali predpoklady aj na sebarealizáciu osobnosti fyzických osôb. Zároveň však tieto nové spoločenské javy prinášali aj väčšiu možnosť rôznych priamych či nepriamych zásahov do telesnej a morálnej integrity fyzických osôb. Išlo najmä o zásahy do telesnej integrity osôb v dôsledku zavádzania nových metód liečenia a foriem zdravotnej starostlivosti, ďalej o možnosť zámény mena fyzických osôb v dôsledku rastúcej intenzifikácie vzťahov medzi ľuďmi, rozvoja tovarovej výroby a konkurencie a v dôsledku rozvoja tlače a iných hromadných oznamovacích prostriedkov o možnosť zásahu do cti, dôstojnosti a povesti fyzických osôb. Takisto väčšie možnosti zásahu do podoby a podobizne osôb priniesol rozvoj fotografie, neskôr filmu a televízie.

A navyše, pokračujúci pokrok vo vedeckých výskumoch v súvislosti s ľudským genómom síce poskytoval možnosť pozitívne ovplyvniť zníženie zdrojov závažných chorôb ľudstva, avšak zároveň mohol viesť k rozsiahlym zásahom do ľudskej osobnosti vrátane osobných údajov fyzických osôb.

V týchto nových spoločenských podmienkach sa začala prejavovať nedostatočnosť, a to pokiaľ ide o rozsah aj dosah obmedzeného pôsobenia trestnoprávných a správno-právných prostriedkov. Praktické potreby vtedajšej spoločnosti začali objektívne vyžadovať rozvoj komplexnejšej občianskoprávnej ochrany osobnosti osôb, v dôsledku čoho sa začala čoraz viac uplatňovať úloha všeobecného osobnostného práva a čiastkových osobnostných práv ako prvok integrálneho systému občianskeho práva.

Aj keď je celkom prirodzené, že vývoj občianskoprávnej úpravy osobnostných práv a ich ochrany prebiehal v súvislosti so špecifickými politickými, kultúrnymi a najmä sociálno-ekonomickými podmienkami každého štátu rôzne, základom občianskoprávnej úpravy týchto práv a ich ochrany sa stali v západných právnych poriadkoch ustanovenia inkorporované priamo do príslušných občianskych zákonníkov, prípadne do osobitných občianskoprávných predpisov, alebo takýto základ postupne vytvárala judikatúra.

Vo Francúzsku, kde základy práv a slobôd aj v súvislosti s osobnou integritou a osobným životom občanov položila Deklarácia ľudských a občianskych práv z roku 1789, bola ochrana osobnosti v rámci občianskeho práva poskytovaná od 19. storočia, a to najmä v rámci zodpovednosti za nedovolené zavinené správanie. Občiansky zákonník (Code Civil) z roku 1804 okrem úpravy práva na meno neobsahoval žiadnu špeciálnu úpravu jednotlivých čiastkových osobnostných práv. Za jednotný právny základ bola považovaná generálna zodpovednostná klauzula upravená v článku 1382, prípadne 1383 Občianskeho zákonníka, pričom sa z jednotlivých čiastkových osobnostných práv koncipovaných judikatúrou poskytovala ochrana telesnej integrity, menu, osobnej slobode, súkromiu, cti a dôstojnosti.

Prostriedkami právnej ochrany osobnosti občana boli žaloba na zdržanie sa činnosti, ktorej cieľom bolo dosiahnuť odstránenie existujúceho obmedzenia a žaloba na náhradu škody. Pokiaľ ide o náhradu nemajetkovej ujmy, ktorá sa v judikatúre presadzovala v širokom rozsahu, pripúšťala sa aj možnosť priznania tzv. symbollickej peňažnej náhrady ako zadostučinenia tam, kde je majetková ujma, ktorá vznikla na osobnosti fyzickej osoby, nepatrná. Určenie výšky náhrady nemajetkovej ujmy je vo Francúzku problémom aj v súčasnosti.

V podmienkach rozsiahleho rozvoja biomedicíny možno od roku 1988 pozorovať markantné snahy upraviť priamo v Code Civil právny režim ľudského tela. Výrazom týchto snáh je inkorporácia obsahu zákona č. 653/1994 regulujúceho predmetnú problematiku priamo do článkov 12 až 16 Code Civil.

V Nemecku sa idea osobnosti fyzických osôb a jej občianskoprávna ochrana presadzovala pomaly a veľmi postupne zásluhou súdnej judikatúry a vedy, pričom tento vývoj možno charakterizovať ako veľmi zložitý. Základom občianskoprávnej úpravy osobnosti fyzickej osoby a jej ochrany sa stal Nemecký občiansky zákonník z roku 1896, koncipovaný pod vplyvom historicko-právnej školy, aj napriek skutočnosti, že neobsahoval ucelenú ochranu osobnosti osôb, ani všeobecnú úpravu zodpo-

vednosti za zavinené spôsobenie majetkovej ujmy. Peňažná satisfakcia bola zavedená len pre prípady taxatívne vymedzené zákonom.

Z právnych prostriedkov ochrany osobnosti osôb judikatúra postupne pripustila žalobu na zdržanie sa činnosti a ďalšie právne prostriedky ako odvolanie neoprávneného výroku, vydanie ospravedlňujúceho vyhlásenia. K podstatnému obratu došlo prijatím ústavy NSR v roku 1949, ktorá okrem iného zakotvila aj právo na slobodný osobnostný rozvoj. Práve na základe tejto ústavnoprávnej úpravy existencia všeobecného osobnostného práva bola uznaná rozhodnutím Spolkového súdneho dvora zo dňa 25.4.1954, pričom predmetné rozhodnutie koncipovalo jednotlivé čiastkové osobnostné práva odvodzované od všeobecného osobnostného práva ako neuzavretý okruh, ktorý sa bude výkladom podľa okolností jednotlivých prípadov dopĺňovať. Rovnako tak nemecké súdy začali v praxi okrem uvedených prostriedkov ochrany osobnosti priznávať aj peňažné zadostučinenie. Zároveň je potrebné na tomto mieste pripomenúť, že už návrh občianskoprávnej ochrany osobnosti z roku 1959 zaradil osobnosť fyzickej osoby do právom chránených hodnôt a priznával dotknutej fyzickej osobe, pokiaľ to bolo odôvodnené okolnosťami prípadu, výslovne návrh na peňažné zadostučinenie.

V rakúskom práve bol inštitút osobnostných práv fyzických osôb uznávaný. Jeho účelom bolo zabezpečiť ochranu osôb v občianskoprávných vzťahoch, pričom išlo najmä o právo na život, právo na telesnú integritu, právo na slobodu, právo na občiansku česť, právo na vlastnú podobu, právo na tajomstvo osobnej sféry a podobne. Základom úpravy osobnostných práv v Rakúsku sa stalo už skôr spomenuté ustanovenie § 16 ABGB.

Z jednotlivých prostriedkov právnej ochrany osobnosti fyzických osôb je potrebné uviesť najmä žalobu na zdržanie, ktorú je možné uplatniť, pokiaľ dôjde určitým konkrétnym spôsobom k ohrozeniu osobnosti fyzickej osoby. Ďalším prostriedkom uvedenej právnej ochrany je odstraňovacia žaloba, pokiaľ odporca vyvolal stav ohrozenia alebo porušenia niektorého z osobnostných práv navrhovate-

la. Ani v jednom prípade sa nevyžaduje zavinenie odporcu. Takisto nebola vylúčená ani určovacia žaloba. Pokiaľ poškodenému vznikla zavineným protiprávnym zásahom do osobnostných práv aj škoda, pôvodca predmetného zásahu bol povinný nahradiť poškodenému aj takto vzniknutú škodu.

Posledným zo spomínaných kódexov je švajčiarsky Občiansky zákonník prijatý v roku 1907, ktorý ochranu osobnosti fyzickej osoby vo všeobecnej podobe zakotvil v článku 28. V ňom sa uvádza, že ten, koho právo bolo porušené, sa môže domáhať odstránenia účinkov takeého porušenia. Nárok na náhradu škody nevylučoval nárok na poskytnutie peňažného zadostučinenia. Vymedzenie jednotlivých čiastkových osobnostných práv fyzickej osoby prináležalo právnej vede a judikatúre.

Právnymi prostriedkami ochrany osobnosti boli zdržovacia a odstraňovacia žaloba, pričom v zákonom ustanovených prípadoch bolo možné priznať peňažné zadostučinenie, ktoré bolo viazané na veľmi závažné porušenie osobnostných práv fyzickej osoby a zavinenie pôvodcu protiprávneho zásahu. Osobitné prípady peňažného zadostučinenia sa predpokladali pri ujme na zdraví osoby a pri úmrtí osoby.

Pokiaľ ide o anglo-americký systém práva, ten všeobecné osobnostné právo neuznáva.

Vo Veľkej Británii je ochrana jednotlivých čiastkových osobnostných práv fyzickej osoby zabezpečovaná v rámci zodpovednosti, a to prostredníctvom špecifických žalôb (actions) založených na jednotlivých skutkových podstatách (napr. „battery“ – nedovolené porušenie telesnej integrity fyzickým násilím, „false imprisonment“ – nezákonné obmedzenie slobody, „assault“ – hrozba uplatnenia násilia). Veľmi prepracovaným inštitútom, ktorý má v anglickom práve výrazne špecifické postavenie, je žaloba pre urážku na cti a vážnosti (defamation). Predpokladom uplatnenia tohto inštitútu je skutočnosť, že urážka na cti alebo vážnosti je spôsobená verejne vykonaným tvrdením, ktoré je objektívne spôsobilé znížiť vážnosť druhej osoby. Urážka na cti môže mať dve formy, buď „libel“ – spôsobená zvyčajne písomne v trvajúcej

podobe alebo „slander“ – spôsobená zvyčajne slovom v dočasnej alebo prechodnej podobe.

V Spojených štátoch amerických platí v jednotlivých štátoch rôzne zákonodarstvo, preto aj ochrana osobnosti fyzických osôb je upravená rôzne. Rovnako ako v anglickom práve aj tu má veľký význam žaloba na ochranu cti a vážnosti, pričom peňažné zadostučinenie môže byť veľmi vysoké. Zvláštnosťou v histórii amerického práva je skutočnosť, že judikatúra i právna teória uznala ako prvé právo na súkromie (right of privacy), ktoré už v čase uznania bolo chápané moderne a široko.

Československá republika po svojom vzniku v roku 1918 prevzala právne predpisy platné na území bývalého Rakúska-Uhorska, a to tzv. recepčným zákonom č. 11/1918 Sb. Pre oblasť občianskeho práva v českých krajinách tak ostal v platnosti Všeobecný občiansky zákonník z roku 1811 a na území Slovenska platilo uhorské obyčajové právo. V rámci všeobecného osobnostného práva v čase pred druhou svetovou vojnou bolo výslovne chránené len právo na meno a podľa zákona č. 218/1926 Sb. o autorskom práve aj právo k podobizni, listom, denníkom a iným písomnostiam osobnej povahy. Pred neoprávnenými zásahmi tretích osôb, fyzických či právnických, bolo všeobecné osobnostné právo fyzických osôb chránené aj nepriamo, a to tak v rámci zodpovednosti za škodu, ako aj v rámci neplatnosti právnych úkonov.

Právny dualizmus, ktorý vznikol v oblasti občianskeho práva pri vzniku ČSR, trval do roku 1951, keď nadobudol účinnosť unifikovaný československý Občiansky zákonník č. 141/1950 Sb. Zároveň bol nahradený aj pôvodne platný autorský zákon novým autorským zákonom č. 115/1953 Sb. Avšak aj napriek tejto skutočnosti, v novej právnej úprave boli opäť upravené len niektoré z čiastkových osobnostných práv osoby, a to ochrana na meno fyzickej osoby, vrátane názvu organizácie v uvedenom Občianskom zákonníku a práva na osobné písomnosti a podobizeň v uvedenom autorskom zákone.

V súvislosti s touto stručnou charakteristikou historického vývoja je nevyhnutné poznamenať, že daný stav úpravy, aj keď veľmi okyp-tený, nezodpovedal potrebám demokratickej spoločnosti, ale zároveň

sa nevymykal z celkovej spoločenskej atmosféry päťdesiatych rokov, atmosféry totalitného komunistického režimu, charakteristického častým a závažným porušovaním základných práv a slobôd občanov vrátane osobnostných práv.

Pozitívnu zmenu v oblasti československého zákonodarstva pri-niesol až Občiansky zákonník z roku 1964. V ustanoveniach § 11 až 16 po prvý raz zakotvil generálnu úpravu všeobecného osobnostného práva ako jednotného práva a v jeho rámci úpravu jednotlivých čiastkových osobnostných práv fyzickej osoby vrátane jednotlivých prostriedkov ochrany majetkovej a nemajetkovej povahy.

Už v tom čase uvedený Občiansky zákonník vyšiel zo správneho teoretického východiska, že okrem majetkových vzťahov sú predmetom občianskeho práva aj práva osobnostné, pokiaľ sú ovládané zásadou rovnakého postavenia subjektov. Aj keď tento spôsob zákonodarného riešenia súvisel s účelovou a veľmi obmedzujúcou sa presadzujúcou tendenciou vo väčšine komunistických krajín východnej a strednej Európy, predsa sa uvedená občianskoprávna ochrana osobnosti nezačala v potrebnej miere premietáť do súdnej praxe a ani do vedomia ľudí a správania organizácií.

Po spoločenských zmenách v roku 1989 sa začala nová etapa v rozvoji právnej úpravy osobnostného práva fyzických osôb vrátane jeho ochrany, zodpovedajúca požiadavkám, ktoré sa stali aktuálne v podmienkach zásadnej politickej, ekonomickej, etickej a sociálnej transformácie našej spoločnosti. Pri presadzovaní základných princípov demokratickej spoločnosti išlo aj o potrebu prekonať doposiaľ platné predstavy o úlohe osobnosti fyzických osôb a ich ochrane v spoločnosti.

V tejto súvislosti je potrebné zdôrazniť, že niektoré otázky občianskoprávnej ochrany osobnosti fyzickej osoby, najmä vzťah všeobecnej občianskoprávnej úpravy ochrany osobnosti a osobitných úprav v oblasti zdravotnej starostlivosti a osobných údajov, Občiansky zákonník z roku 1964 neriešil vôbec.

Zásadným prelomom pre právnu úpravu ochrany osobnosti vo

všeobecnosti bolo prijatie Ústavy Slovenskej republiky v roku 1991 a Listiny základných práv a slobôd ako súčasť ústavného poriadku Slovenskej republiky, čím sa položil neodškriepiteľne solídny základ občianskoprávnej ochrany osobnosti fyzickej osoby. V tomto období následne začala rásť úloha všeobecných súdov a Ústavného súdu Slovenskej republiky a zároveň pod silnejúcim európskym vplyvom došlo aj k zdokonaľovaniu či tvorbe osobitných právnych úprav, ktoré dnes významným spôsobom dopĺňajú v rôznych oblastiach spoločenského života všeobecnú občianskoprávnu úpravu všeobecného osobnostného práva fyzickej osoby.

Osobnostné právo alebo právo späté s osobnosťou človeka je v právnej teórii i súdnej praxi chápané monisticky. Monistická koncepcia osobnostného práva je založená na existencii jednotného kmeňového osobnostného práva, z ktorého sú odvodené jednotlivé čiastkové osobnostné práva. Uvedené práva sú svojou povahou absolútnymi subjektívnymi občianskymi právami, ktoré pôsobia voči všetkým ostatným právnym subjektom s rovnakým právnym postavením. Takýmto čiastkovým osobnostným právom je aj právo na telesnú integritu, ktorého predmetom sú základné imateriálne hodnoty – život, zdravie, a tým aj telo.

V staroveku a stredoveku bolo ľudské telo považované za vec, a teda ako také mohlo byť predmetom právnych dispozícií ako ostatné veci. Zmenu v uvedenom nazeraní prinieslo až rozšírenie kresťanskej etiky, keď sa na ľudské telo hľadelo ako na *vec sui generis*, na ktorú už nie je možné aplikovať ustanovenia občianskeho práva, najmä však ustanovenia vecného práva. Absolútnym prelomom v takomto vývoji náhľadu na ľudské telo bolo ujasnenie si právnej povahy osobnosti fyzickej osoby, najmä právna úprava všeobecného osobnostného práva fyzickej osoby.

Telo človeka podľa teórie všeobecného osobnostného práva tvorí integrálnu súčasť osobnosti človeka ako právneho subjektu. Nejde teda iba o akýsi hmotný substrát osobnosti, ktorá by bola od takéhoto substrátu oddeliteľná, ale teda priamo o jej integrálnu súčasť. Osob-

nosť každej fyzickej osoby je vytváraná nielen zložkou sociálnou, psychicko-morálnou, ale aj fyzickou (telesnou). Ak teda má občianske právo v rámci všeobecného osobnostného práva chrániť osobnosť fyzickej osoby v plnom rozsahu, musí do ochrany zahŕňať aj sféru fyzickú (telesnú). Na základe uvedeného však, samozrejme, nie je možné konštatovať, že by bolo možné pojem „zdravie“ chápať zúžene len ako zdravie fyzické, ale práve naopak, musíme ho chápať ako komplex zdravia fyzického, psychického a sociálneho.

Zároveň je nutné poznamenať, že právo na telesnú integritu sa neobmedzuje výlučne na živé ľudské telo, jeho orgány, tkanivá a neživé veci s telom trvale spojené, ale aj na ochranu počatého, ale dosiaľ nenarodeného plodu a mŕtve telo a jeho jednotlivé časti. Aj keď o zásadnej názorovej jednotnosti sa dá hovoriť, len pokiaľ ide o živé ľudské telo v čase medzi narodením a smrťou, pričom praktický význam právnej úpravy nakladania s ľudským telom po smrti rastie najmä v súvislosti s rozvojom transplantácie tkanív a orgánov z mŕtvych osôb na živé.

Právo na telesnú integritu je neoddeliteľne späté s právnou subjektivitou fyzickej osoby, preto trvá po celý jej život a smrťou, teda zánikom právnej subjektivity, zaniká aj právo na telesnú integritu. Právo na telesnú integritu sa však v modifikovanej podobe vzťahuje aj na nascitura, ako aj na mŕtvu osobu.

Vzhľadom na to, že problematika práva na telesnú integritu nascitura je osobitne podrobne rozoberaná v inej časti práce, možno sa na tomto mieste obmedziť iba na konštatovanie, že keďže právo na telesnú integritu a jej ochranu je priamym výrazom právnej subjektivity a podľa § 7 ods. 1 OZ aj počaté dieťa, ak sa narodí živé, má spôsobilosť na práva a povinnosti, je nevyhnutné priznať právo na telesnú integritu a jej ochranu aj nasciturovi, pričom ako sa ukazuje, obsah a rozsah týchto práv je ťažko riešiteľnou otázkou.

Hoci právo na telesnú integritu smrťou zaniká, zároveň v tomto okamihu vzniká taxatívne určeným osobám ex lege subjektívne občianske právo určené na uplatňovanie ochrany osobnosti zomrelej osoby. Podľa § 15 OZ po smrti fyzickej osoby patrí uplatňovať právo

na ochranu jej osobnosti manželovi a deťom, a ak ich niet, jej rodičom. Takto vymedzené občianske právo treba kvalifikovať ako originálne vzniknuté osobnostné právo na občianskoprávnu ochranu osobnosti zomrelej fyzickej osoby. Mŕtve ľudské telo je integrálnou súčasťou osobnosti po celú dobu, pokiaľ sú telesné pozostatky človeka individualizovateľné.

Občianskoprávna úprava práva na telesnú integritu je zakotvená v Občianskom zákonníku č. 40/1964 Zb. v rámci časti nazvanej „Ochrana osobnosti“ upravenej v § 11 a nasl. OZ. Právo na telesnú integritu je výslovne vyjadrené v rámci generálnej klauzuly v § 11 OZ. Fyzická osoba má v zmysle uvedenej generálnej klauzuly právo na ochranu svojej osobnosti, najmä života a zdravia, občianskej cti a ľudskej dôstojnosti, ako aj súkromia, svojho mena a prejavov osobnej povahy. Práve imateriálne hodnoty života a zdravia, ako už bolo spomenuté, sú predmetom práva na telesnú integritu a jej nedotknuteľnosť.

Občiansky zákonník vymedzuje právo na telesnú integritu len rámcovo. Podrobnejšia úprava je obsiahnutá v osobitných zákonoch a iných predpisoch nižšej právnej sily. Práve podzákonná úprava a interné normatívne predpisy, ktoré neboli ani registrované v Zbierke zákonov, tvorili v minulosti dosť podstatnú časť právnej úpravy. V tejto súvislosti je však nevyhnutné podotknúť, že interné normatívne akty nepatria medzi všeobecne záväzné právne predpisy. Taktiež podzákonná úprava práv a povinností fyzických a právnických osôb vytvára minimálne neprehľadné právne prostredie. Napriek prijatiu zákona č. 576/2004 Z. z. o zdravotnej starostlivosti, službách súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o zdravotnej starostlivosti“), ktorý riešia mnohé otázky súvisiace s právom na telesnú integritu, ostáva ešte veľa aspektov práva na telesnú integritu, ktoré nie sú zákonom riešené buď vôbec, alebo sú upravené v takýchto nevyhovujúcich predpisoch nižšej právnej sily. Navyše sa vynára ďalší problém, ktorý sa týka platnosti uvedených predpisov. Uvedené právne predpisy boli totiž väčšinou vydané ako vykonávacie právne predpisy k zákonu č. 20/1966 Zb. o starostlivosti

o zdravie ľudu, ktorý bol zrušený zákonom o zdravotnej starostlivosti. Otázkou v tejto súvislosti je, či vykonávacie právne predpisy vydané na vykonanie skoršieho zákona môžu slúžiť na vykonanie neskoršieho zákona, ktorý abrogoval skorší zákon. V právnej teórii sa zastáva stanovisko, že takéto predpisy by ostali v platnosti iba vtedy, ak by neskorší zákon deklaroval platnosť a účinnosť uvedených vykonávacích právnych predpisov, pričom v opačnom prípade ich platnosť zaniká dňom účinnosti neskoršieho zákona, v tomto prípade zákona o zdravotnej starostlivosti. Pokiaľ sa prikloníme k takémuto záveru a zoberieme do úvahy fakt, že zdravotnícke zariadenia naďalej aplikujú tieto predpisy v presvedčení, že sú platné, ide o alarmujúci nedostatok slovenského právneho poriadku.

Z medzinárodných dokumentov, ktoré majú prednosť pred zákonmi Slovenskej republiky, je v súvislosti s problematikou práva na telesnú integritu potrebné spomenúť Medzinárodný pakt o občianskych a politických právach z roku 1966, Medzinárodný pakt o hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach z roku 1966 (obidva publikované v Zbierke zákonov ako vyhláška Ministerstva zahraničných vecí SR č. 120/1976 Zb.) a Dohovor Rady Európy o ochrane ľudských práv a základných slobôd vrátane dodatkových protokolov (oznámenie Ministerstva zahraničných vecí SR č. 209/1992 Zb.). Najvýznamnejším medzinárodným dokumentom takéhoto charakteru za ostatné obdobie je Dohovor o ochrane ľudských práv a dôstojnosti človeka v súvislosti s aplikáciou biológie a medicíny – Dohovor o ľudských právach a biomedicíne, ktorého je Slovenská republika zmluvnou stranou (ďalej len „Dohovor o ľudských právach a biomedicíne“). Dohovor o ľudských právach a biomedicíne je publikovaný v Zbierke zákonov ako oznámenie Ministerstva zahraničných vecí SR č. 40/2000 Z. z.. Slovenská republika je aj zmluvnou stranou dodatkového protokolu k tomuto dohovoru o zákaze klonovania ľudských bytostí. Dodatkový protokol je publikovaný v Zbierke zákonov ako oznámenie Ministerstva zahraničných vecí SR č. 143/2001 Z. z.

Tak ako všeobecné osobnostné právo aj obsah práva na telesnú in-

tegritu má zložku pozitívnu a negatívnu. Pozitívna zložka práva na telesnú integritu zabezpečuje subjektu užívacie a dispozičné právo. Negatívna zložka tohto práva znamená všeobecný zákaz neoprávnených (protiprávných) zásahov ostatných občianskoprávných subjektov do telesnej integrity fyzickej osoby, teda zabezpečuje telesnú integritu pred vonkajšími zásahmi. Zásahy do práva na telesnú integritu kvôli osobitným verejným záujmom obmedzujú vo väčšej miere negatívnu zložku práva na telesnú integritu, niektoré však zasahujú aj do zložky pozitívnej.

Aj právo na telesnú integritu ako súčasť všeobecného osobnostného práva je svojou povahou takisto subjektívnym občianskym právom, ktoré pôsobí voči všetkým ostatným právnym subjektom s rovnakým postavením, teda aj voči všetkým poskytovateľom zdravotnej starostlivosti, či už ide o štát, obec, právnickú osobu alebo fyzickú osobu, čo zodpovedá modernému chápaniu vzájomného vzťahu pacienta a poskytovateľa zdravotnej starostlivosti založenom na partnerstve. A práve rozvoj ľudských práv a slobôd, rast vzdelania, rozvoj vedeckej medicíny, starostlivosť a zodpovednosť každej fyzickej osoby za svoje zdravie boli tie spoločenské dôvody, ktoré viedli k premene paternalistického chápania vzťahu pacienta a poskytovateľa zdravotnej starostlivosti na vzťah partnerský.

Právo na telesnú integritu je v niektorých právnym poriadkom presne vymedzených prípadoch obmedzené kvôli osobitnému verejnému záujmu. Ten verejný záujem by bolo celkom všeobecne možno nazvať záujmom na zachovaní verejného zdravia. Právo na telesnú integritu je prelomené vertikálnymi administratívnoprávnymi prvkami. V tejto súvislosti je možné hovoriť o medziach práva fyzickej osoby disponovať telesnou integritou. Uvedené obmedzenia zasahujú do pozitívnej i negatívnej zložky práva na telesnú integritu. Vo všetkých prípadoch obmedzenia práva na telesnú integritu pri sledovaní verejného záujmu ide predovšetkým o zachovanie alebo obnovenie telesnej integrity danej osoby alebo iných osôb, teda o sledovanie rovnakého cieľa, aký je základom práva na telesnú integritu. Nemožno preto

hovorí o rozpore týchto obmedzení so subjektívnym právom fyzickej osoby na telesnú integritu.

Subjekt práva na telesnú integritu je v zmysle práve uvedeného povinný strpieť niektoré zásahy do telesnej integrity, ktoré umožňujú v osobitnom verejnom záujme právny poriadok. Obmedzenia sa prejavujú predovšetkým ako zásahy do negatívnej zložky práva na telesnú integritu, hoci je nimi, samozrejme, nevyhnutne dotknuté zároveň dispozičné právo ako súčasť pozitívnej zložky práva na telesnú integritu.

Pri niektorých zásahoch do práva na telesnú integritu je nevyhnutné spolupôsobenie subjektu práva. Vtedy právny poriadok ustanovuje povinnosť takejto súčinnosti (napr. pri povinnom očkovaní).

Osobitný verejný záujem v niektorých prípadoch vyžaduje, aby telesná integrita fyzickej osoby bola chránená aj proti jej vlastnej vôli, teda proti zásahom spôsobeným v rámci výkonu dispozičného práva tejto fyzickej osoby. Fyzická osoba nesmie svoje dispozičné právo v rámci práva na telesnú integritu používať alebo zneužívať spôsobom, ktorý je v rozpore s osobitným verejným záujmom. Uvedená zásada sa potom v právnom poriadku premieta do obmedzenia dispozičného práva takejto fyzickej osoby. Dôsledkom takéhoto dispozičného obmedzenia je v občianskoprávnej rovine neplatnosť právnych úkonov, ktorých predmetom je takáto dispozícia. V niektorých prípadoch je takéto konanie dokonca trestné. Ak bol predmetom neplatného úkonu súhlas subjektu práva so zásahom tretej osoby do telesnej integrity, má takáto neplatnosť za následok protiprávnosť takéhoto zásahu so všetkými právnymi dôsledkami, ktoré z toho pre tretiu osobu vyplývajú (najmä pokiaľ ide o zodpovednosť za škodu).

Aj napriek skutočnosti, že problematika práva na telesnú integritu je široká, v dôsledku pokračujúceho rozvoja vedy a techniky a s tým spojenými možnosťami moderných a efektívnych medicínskych výkonov sa jej rozsah neustále rozširuje.

ZUM NUMERUS CLAUSUS DER SACHENRECHTE ALS BEGRENZUNG DER PRIVATAUTONOMIE

Eine rechtsvergleichende Skizze

ANDREAS WACKE

I. *Iura in re aliena*

„L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del «numero chiuso»“ lautet der Titel einer grundlegenden dogmengeschichtlichen Monographie des renommierten und vielseitigen neapolitanischen Gelehrten Vincenzo Giuffrè von 1992 mit 249 Druckseiten: das Auftauchen, Emporkommen oder die Entstehung der Rechte an fremder Sache und das Dogma der begrenzten Anzahl der Sachenrechte. Die Worte *iura in re aliena* bezeichnen die beschränkten dinglichen Rechte im allgemeinen zutreffend. Es sind „beschränkte“ dingliche Rechte, nicht etwa „beschränkt dingliche Rechte“; denn letztere gibt es nicht: Rechte sind entweder dinglich oder nicht dinglich. Es sind Eigentumssplitter in fremder Hand. Sie belasten die Sache, nicht das Eigentum. Mit einer Dereliktion des Eigentums hört nämlich ihre Existenz nicht auf. Rechte an fremder Sache sind also auch Rechte an niemandes Sache. Für diesen Sonderfall müsste man die Definition ergänzen und den Zusatz: *in re aliena aut in re nullius* (oder *in re derelicta*).

Gibt es beschränkte dingliche Rechte auch an *eigener* Sache? Die römischen Juristen konnten sie sich offenbar nicht vorstellen. Ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht erlosch im Falle seiner Vereinigung mit dem Eigentum (Konsolidation); desgleichen eine Servitut nach dem Grundsatz *Nulli res sua servit*, D. 8,2,26. An beweglichen Sachen ist dies prinzipiell noch heute so. Ausnahmsweise kann das beschränkte dingliche Recht trotz eines Zusammenfalls von dessen Inhaber mit

dem Eigentümer fortbestehen, wenn der Eigentümer am Fortbestand ein Interesse hat, §§ 1063, 1256 BGB. Ein solches Interesse besteht vor allem bei nur vorübergehender Subjektsvereinigung. Beerbt ein Nießbraucher oder ein Servitutberechtigter den Eigentümer, soll das Grundstück aber kraft eines Vermächtnisses eine andere Person bekommen, dann musste dem Legatar nach prätorischem Amtsrecht der nach *ius civile* erloschene Nießbrauch oder die untergegangene Servitut von Neuem bestellt werden. Bis zu der Neubestellung war aber ein Rangverlust zu befürchten. Heute erlöschen im Grundbuch eingetragene Rechte durch Subjektsvereinigung generell nicht, § 889 BGB. Nachrangige Rechte sollen nämlich nicht grundlos aufrücken. Eine Grundschuld kann der Eigentümer auch von vornherein zu eigenen Gunsten bestellen, § 1196 BGB. Auch die Bestellung anderer dinglicher Rechte an eigenem Grundstück wird man zulassen müssen, vor allem wenn sie vom Eigentum wegen einer beabsichtigten Veräußerung demnächst getrennt werden sollen.¹

Wegen der Konsolidation mit dem Eigentum werden beschränkte dingliche Rechte nur als vorübergehende Erscheinungen angesehen. Sie sind Abspaltungen vom Eigentum; mit ihrem Wegfall füllt sich das Eigentum wieder auf (es ist „elastisch“). Das Eigentum ist das umfassendste Recht an einer Sache. Zuweilen bezeichnet man es als das „stärkste“ Recht. Aber das Gegenteil ist richtig: es ist das schwächste, denn alle beschränkten dinglichen Rechte ihm gehen vor. Die *iura in re aliena* sind als dessen Belastungen vorrangig.

Beschränkte dingliche Rechte sind beispielsweise Nutzungsrechte, Sicherungsrechte, Verwertungsrechte. Sie können nicht nur an Sachen, sondern auch an unkörperlichen Gegenständen bestehen: ein Pfandrecht an einer Forderung, ein Nießbrauch an einem Vermögen. Auch die an einer körperlichen Sache bestehenden beschränkten dinglichen Rechte sind selber unkörperlich.

1 JÜRGEN KOHLER in: Münchener Kommentar zum BGB Band VI, Sachenrecht (6. Aufl. 2013) § 889 Randnummer 5.

II. Numerus clausus

Iura in re aliena ist der zusammenfassende Oberbegriff für bestimmte Sachenrechtstypen. Der Systematiker Gaius nennt in D. 9,4,30 und 39,2,19pr. einige von ihnen als Beispiele:² Pfandrecht, Nießbrauch und Erbbaurecht. Die beiden grundlegenden Fragmente bilden den historischen Ausgangspunkt. Ihre Aufzählung bei Gaius ist aber keine vollständige *divisio*, sondern bloß eine offene *partitio*.³ Unter *divisio* verstehen wir eine abschließende, restlos aufgehende Unterteilung; ihr Modell ist die (wie das Ziffernblatt einer Uhr) in zwölf Segmente geteilte Torte. Entsprechend unterteilten die Römer eine Erbschaft in zwölf Zwölftel. Das Modell einer *partitio* ist hingegen der Eisenbahnzug; einem solchen Zug lassen sich weitere Waggons anhängen. Im letzteren Sinne gab es außer den drei von Gaius erwähnten noch weitere Rechte an fremder Sache, etwa die Emphyteuse oder in Deutschland die Reallast. Ihre Anzahl ist aber nach herrschender kontinentaler *communis opinio* begrenzt.

Für den BGB-Gesetzgeber war der *numerus clausus* der dinglichen Rechte ein nicht näher begründungsbedürftiges Axiom.⁴ Die seit dem

2 D. 9,4,30: In noxalibus actionibus eorum qui bona fide absunt ius non corrumpitur, sed reversis defendendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius. „Bei Noxalklagen wird die Rechtslage der in gutem Glauben Abwesenden nicht beeinträchtigt; nach ihrer Rückkehr wird ihnen vielmehr nach Recht und Billigkeit die Befugnis zur Verteidigung eingeräumt, einerlei ob sie Eigentümer sind oder irgendein Recht an der Sache haben, wie ein Pfandgläubiger oder Nießbraucher.“ – Fast gleichlautend, bezogen auf die Sicherheitsleistung wegen des von einem Gebäude drohenden Schadens und am Schluss vermehrt um die Erwähnung des Erbbauberechtigten D. 39,2,19 pr.: Eorum, qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti ius non corrumpitur, sed reversis cavendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius.

3 Im Sinne von DIETER NÖRR, *Divisio und Partitio* (1972).

4 WOLFGANG WIEGAND, *Numerus clausus der dinglichen Rechte*. Zur Entste-

Mittelalter üppig wuchernden, mit dem Grundbesitz verbundenen Berechtigungen von unklarer Zwitterstellung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht hat die Pandektenrechtslehre überwunden. Dazu gehörte das vom Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 aufrecht erhaltene *ius ad rem*, das Vorzugsrecht des ersten Käufers beim Doppelverkauf derselben Sache an zwei Interessenten; dieses *ius ad rem* („Recht zur Sache“) war noch kein *ius in re* (Recht an der Sache). Der Wirtschaftsliberalismus des 19. Jahrhunderts erforderte im Interesse der Verkehrsfähigkeit eine Begrenzung drittwirkender Positionen auf einen überschaubaren Kreis. Zum Schutze der Erwerber sollten es möglichst wenige sein, und ihre Existenz musste erkennbar sein (Publizität). Unser Bundesgerichtshof hält am *numerus clausus* fest. Das *praeter legem* anerkannte Anwartschaftsrecht des Käufers unter Eigentumsvorbehalt ist nach dem BGH deshalb kein *aliud*, sondern als bedingte Vorstufe nur ein „wesengleiches Minus“ zum Volleigentum.⁵

Giuffrè bekämpft hingegen entschieden die Idee eines *numerus clausus* der *iura in re aliena*. Für diesen Grundsatz berufe man sich zu Unrecht auf das römische Recht. Seine Rezensenten Filippo Gallo und Matteo Marrone haben ihm jedoch widersprochen;⁶ zu seinen Kritikern gehört auch Alessandro Corbino.⁷ In Deutschland bestrei-

hung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas, in: G. Köbler (Hrsg.), Wege europäischer Rechtsgeschichte, Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag (Frankfurt/M. 1987) 623-643.

- 5 Bundesgerichtshof, Amtliche Sammlung (BGHZ) 28,21; Wieling, Sachenrecht (unten Fn.) § 17 III. Für den Fall des Todes des Verfügenden kannte Ulpian noch nicht ein Anwartschaftsrecht des bedingt Berechtigten: A. WACKE, Die Konstruktion des Anwartschaftsrechts aus bedingter Übereignung und der favor dotis bei Ulpian D. 23,2,9,1, in P. Pichonnaz (*et alii*, Hrsgg.), Spuren des römischen Rechts. Festschrift für B. Huwiler (Bern 2007) 651-674.
- 6 GALLO, Iura 43 (1992) 201-209; MARRONE, Labeo 39 (1993) 90 ff.
- 7 CORBINO, Il numero chiuso dei diritti reali e l'esperienza giuridica romana, in: W. Wolokiewicz/ M. Zablocka (éd.), Le droit romain et le monde contemporain, Mélanges H. Kupiszewski (Varsovie 1996) 105-116.

tet aber auch Hans Wieling – freilich auf einsamem Posten – die geschlossene Zahl beschränkter dinglicher Rechte.⁸ Zum Nachweis beschreibt Giuffrè detailliert deren Entstehung in der römischen Antike und ihr Fortleben in der Rezeptionsgeschichte, und Wieling erweitert die Aufzählung um zahlreiche neu entstandene Sachenrechtstypen. Das Postulat nach einer überschaubaren, begrenzten Anzahl der dinglichen Rechte hat nach Wieling der Gesetzgeber selber desavouiert.

Die Bezeichnungen Typenzwang und *numerus clausus* provozierten jedoch offenbar ein Missverständnis. *Numerus clausus* heißt nämlich nicht, dass der Katalog der dinglichen Rechte auf ewig (für alle Zeiten) unabänderlich festgeschrieben sei. Für neue, künftige Entwicklungen ist das Sachenrecht durchaus offen. *Numerus clausus* ist vielmehr zu verstehen als eine Begrenzung der Privatautonomie. Zur Kreation neuer Sachenrechtstypen sind Privatpersonen nun einmal nicht befugt. Mögen dingliche Rechte auch in noch so großer Zahl existieren, so ist für das Prinzip doch entscheidend der durch das *negativum* charakterisierte *modus constituendi*. Damit stellt sich die Frage nach der Kreativekompetenz für sie. Heute ist die Schaffung neuer Sachenrechte gemeinhin dem Gesetzgeber vorbehalten. Einer Anerkennung gewohnheitsrechtlich gewachsener neuer Typen wie des Anwartschaftsrechts durch die Rechtsprechung stünde aber nichts im Wege.⁹

In Rom hatte die Kreativekompetenz, also die Befugnis zum *iura condere*,¹⁰ in erster Linie der Prätor als *viva vox iuris civilis*. Am Beispiel des Erbbaurechts lässt sich dies gut beobachten. Mit der Verheißung eines Interdikts und einer *actio* zugunsten des Berechtigten wurde das Recht an der *superficies* ein dingliches und damit stärker als ein bloßer

8 HANS JOSEF WIELING, Numerus clausus der Sachenrechte? in: Jörn Eckert (Hrsg.), Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte, Hans Hattenhauer zum 8. Sept. 2001 (Heidelberg 2003) 557-570, zusammenfassend WIELING in seinem großen Lehrbuch „Sachenrecht“ Band I (2. Aufl. 2006) 25 f.

9 So zutreffend WIEGAND (Fn. 4) 641 f.

10 Vgl. Gaius 1,7 und (bezogen auf die *veteres*) 4,30.

(selbst ein langjähriger) Mietvertrag.¹¹ Geschützt war der Superfiziär auch bei einer Veräußerung des Grundstücks, und sein Erbbaurecht konnte der selber veräußern.

Die Römer unterschieden klar zwischen Schuldrecht und Sachenrecht, zwischen Kaufvertrag und Übereignung, zwischen *actiones in personam* und *actiones in rem*. Abmachungen zwischen Privatpersonen konnten keine Drittwirkung entfalten. Das zeigt sich bei der Veräußerung einer vermieteten Sache: Der mit dem Veräußerer abgeschlossene Mietvertrag gab dem Mieter gegenüber dem ihn vertreibenden Erwerber kein Recht zum Besitz. Der Veräußerer ließ sich jedoch üblicherweise vom Erwerber zusichern, dass er den Mieter während der bedungenen Mietzeit nicht vertreiben werde; denn bei einer vorzeitigen Vertreibung machte sich der Vermieter schadenersatzpflichtig. Heute tritt bei einer Grundstücks- oder Wohnungsmiete der Erwerber in den Mietvertrag ein. Dies ist das Hauptbeispiel der von Gerhard Dulckeit beschriebenen „Verdinglichung obligatorischer Rechte“. Trotzdem ist die Miete kein dingliches Recht. Der Mieter kann seine Rechte nicht ohne Zustimmung des Vermieters an andere abtreten. Nur falls der Mieter stirbt, können seine nahen Angehörigen, wenn sie mit ihm zusammenwohnten, den Mietvertrag fortsetzen. Ins Grundbuch eingetragen werden können bei uns auch langfristige Mietverträge nicht (anders in Österreich).

Typenfreiheit existierte in Rom nicht einmal im Obligationenrecht. Noch weniger hatten Privatleute die Freiheit zur Typenbildung im Sachenrecht. Die Starrheit eingebürgerter, vom prätorischen Edikt geschützter Vertragstypen wurde zwar aufgelockert durch die Anerkennung von Innominatkontrakten; unbenannte „Innominat-Sachenrechte“ aber gab es nicht, und sie gibt es auch heute nicht.

Die Anzahl der in einzelnen Ländern anerkannten Sachenrechtstypen ist unterschiedlich. Chile und Südafrika kennen kein Erbbaurecht.

11 D. 43,18,1pr. und § 3; OTTO LENEL, Das Edictum perpetuum (3. Aufl. Leipzig 1927) § 249.

recht. In Chile wird die Einführung eines Erbbaurechts wegen seiner evidenten Vorzüge vorgeschlagen. Die für den Baugrund vom Erbbauberechtigten zu zahlenden Zinsen sind im allgemeinen niedriger als die Finanzierungskosten für den Eigentumserwerb am Grundstück. Und die Wertsteigerungen des Grundstücks fallen dem Ausgeber des Erbbaurechts als dem Eigentümer zu. In Südafrika verneint man angesichts der dortigen Verdinglichung der Miete für ein Erbbaurecht das Bedürfnis. Aber trotz der Weite des Landes mit seiner geringen Bevölkerungsdichte gibt es in der Nähe von Ballungsgebieten weniger bemittelte Bauwillige, die den Kaufpreis für den Baugrund nicht leicht aufbringen können. Vor allem erhält ein Mieter nicht wie ein Erbbauberechtigter „Eigentum“ am Gebäude als einem wertvollen, belastbaren und veräußerlichen Vermögensgegenstand. Die Verselbständigung des Rechts am Bauwerk (abweichend vom Prinzip *Superficies solo cedit*) lässt sich veranschaulichen am Bild eines Schiffes, welches über dem Meeresboden schwimmt. Auch in der Slowakei hat man das Erbbaurecht neuerdings eingeführt; das entnehme ich einem instruktiven Bericht unseres Jubilars über die neueste Privatrechtsentwicklung in seinem Lande.¹²

Deutschland kennt keine Emphyteuse; hingegen kennt Deutschland anderswo unbekannte Typen wie die abstrakte Grundschuld (§§ 1191-1198 BGB) und die Reallast (§§ 1105-1112 BGB). Spanien kennt demgegenüber einzig die Sicherungshypothek. In der Schweiz gibt es die anderswo unbekannte Viehverschreibung, eine Mobiliarhypothek. Wo der eine oder der andere Sachenrechtstyp nicht anerkannt ist, können ihn private Vereinbarungen nicht schaffen. Sollte ihr Wille darauf gerichtet sein, wäre nur eine Konversion zu prüfen. Die in Italien zulässige Mobiliarhypothek an Kraftfahrzeugen kennen wir in Deutschland nicht. Wird ein derartig belastetes italienisches Fahrzeug in Deutschland veräußert, so ließe sich das Gläubigerrecht in ein Sicherungseigentum umdeuten.

12 JAN LAZAR, Über die Entwicklung des slowakischen Privatrechts, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2013, 789-811, hier Seite 2013.

Die Existenz eines *numerus clausus* lässt sich somit entgegen Giuffrè und Wieling nicht bestreiten. Richtig spricht Giuffrè von einem Dogma. Es ist ein Lehrsatz, genauer: ein durchgängiges Strukturprinzip unserer Rechtsordnung. Als Axiom bedarf dies keiner positiven Anordnung in einem Gesetz. Für das Gegenteil, einen *numerus apertus*, kann nur plädieren, wer nicht genau genug zwischen Schuldrecht und Sachenrecht unterscheidet. Abmachungen unter Privatleuten entfalten nun einmal grundsätzlich keine Drittwirkung. Darum wirkt auch ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot nicht gegen Dritte, sondern nur *inter partes*, § 137 BGB.¹³ Treuhänderisch gebundenes Sicherungseigentum kann deshalb der Treuhänder unter Verstoß gegen die Sicherungsabrede wirksam an einen Dritten veräußern. Für fiduziarische Rechtsgeschäfte ist charakteristisch die Vollrechtsübertragung mit bloß schuldrechtlich wirkender Innenbindung: Der Fiduziar „kann mehr als er darf“. Beim angloamerikanischen *trust* ist der Treugeber wohl besser geschützt. An der Verbreitung der dortigen Rechtsvorstellungen in der Welt sind die mächtigen dortigen Wirtschaftskräfte verständlicherweise sehr interessiert. In den Ländern Ostmitteleuropas, die nach dem Zusammenbruch ihrer kommunistischen Beherrschung wieder rechtsstaatliche Verhältnisse herzustellen hatten, haben viele Juristen berechtigte Vorbehalte gegenüber der hybriden Rechtsfigur des *trust*. Auch nach Deutschlands Wiedervereinigung wurden vor 1989 geschaffene Mischgebilde durch ein Sachenrechtsbereinigungsgesetz abgeschafft oder in traditionelle Rechtspositionen überführt.

Aus einem in angenehmer Harmonie verlaufenen persönlichen Gespräch mit Jan Lazar weiß ich, dass er genauso darüber denkt. Diese Übereinstimmung über die Grenzen hinweg ist zutiefst befriedigend. Darum ehrt es auch mich, dass ich ihm diese Gedankenskizze zu seinem achtzigsten Geburtstag widmen darf.

13 RÜDIGER LIEBS, Die unbeschränkte Verfügungsbefugnis, AcP 175 (1975) 1 ff.

III. In Spanien ein *numerus apertus*?

In Spanien gibt es aufgrund missverständlicher Vorschriften im dortigen Grundbuchrecht viele Befürworter eines *numerus apertus*.¹⁴ Ihre Ansicht kann sogar als die herrschende bezeichnet werden. Kritisiert wird sie jedoch unter anderen von meinem verehrten Madrider Freund José María Miquel. Miteinander haben wir öfters darüber gesprochen. Mein folgender Bericht stützt sich auf seine mir liebenswürdig übermittelten Angaben, wofür ich ihm herzlich danke.

Die von Miquel mit Recht kritisierte Ansicht stützt sich auf zwei Vorschriften des dortigen Registerrechts, nämlich auf Art. 2 der Ley Hipotecaria und auf Art. 7 des dazu ergangenen Reglamentos. Die Ley Hipotecaria (LH) regelt nicht nur das Hypothekenrecht, sondern das gesamte Registro de la Propiedad, entsprechend unserem Grundbuch. Eintragungsfähig sind nach Art. 2 der LH:

„1.º Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

2.º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbre y otros cualesquiera reales.”

Ins Deutsche übersetzt sind dies also:

1. Rechtsübertragende oder deklaratorische Titel bezüglich des Eigentums an Grundstücken und der sie belastenden dinglichen Rechte,
2. Titel in denen bestellt, anerkannt, übertragen, inhaltlich geändert oder zum Erlöschen gebracht werden: Rechte des Nießbrauchs,

14 Grundlegend (aber gemäßigt) der Aufsatz von DIEZ PICAZO, *Autonomía pivada y Derechos reales*, in: *Homenaje Roca Sastre II* (1976) 299-330; ihm zustimmend LACRUZ, *Elementos de Derecho civil III, Derechos reales* (2000) 15; einem *numerus apertus* zuneigend HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones* (1960, reimpression 1972) 46-49. Auch nach ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario I* (9. ed. 2008) 301 ff. gehe man nominell von einem *numerus apertus* aus, doch tendiere die Praxis eher zu einem *numerus clausus*.

des Gebrauchs, des Wohnens, der Emphyteuse, der Hypothek, des censo, der Dienstbarkeit und andere Rechte dinglicher Art.

Nach dem verallgemeinernden Ausdruck „y otros cualesquiera reales“ (und andere Rechte jedweder dinglicher Art) scheint der Gesetzgeber von einem *numerus apertus* auszugehen. Bestätigt wird diese Ansicht durch die Ausführungsvorschrift des Reglamento in Art. 7. Nach dieser Bestimmung sind eintragungsfähig nicht nur die in Art. 2 der LH ausdrücklich genannten Titel, sondern

„cualquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales“.

d. h. auf Deutsch: „alle anderen auf Rechte derselben Natur bezüglichen Titel, ebenso wie jeder Rechtsakt oder Vertrag von dinglicher Bedeutung, der, auch wenn er in der Rechtsordnung nicht namentlich benannt ist, die Befugnisse des Grundeigentums oder damit verknüpfter dinglicher Rechte mit gegenwärtiger oder künftiger Wirkung beschränkt“

Trotz dieser weitgreifenden Vorschrift kann eine Befugnis von Privatleuten zur Kreation neuer eintragungsfähiger dinglicher Rechte aber nicht anerkannt werden. Offen für künftige dingliche Rechte kann das Register nur sein, wenn diese von der objektiven Rechtsordnung (d. h. vom Gesetz oder vom Gewohnheitsrecht) anerkannt werden. Denn die Bestimmungen des Registerrechts können als bloße verfahrensrechtliche Ausführungsvorschriften des materiellen Rechts nicht weitergehen als dieses selbst, also der Ley Hipotecaria.

Die Dirección General de los Registros, die als oberstes Organ über Rekurse gegen Entscheidungen der Registratoren zu befinden hat, geht nominell von der These des *numerus apertus* aus; jedoch verfährt sie bei der Zulassung neuer Typen im Ergebnis restriktiv.

Im weiten Bereich der Servituten kennt das spanische Recht neben dem Nießbrauch, dem Gebrauchsrecht und dem Wohnrecht sowie

den Grunddienstbarkeiten auch Personalservituten. Für viele Servituten gab es schon im römischen Recht ausgeprägte Untertypen. Sie unterlagen allerdings etlichen Beschränkungen (etwa: *causa perpetua*, *vicinitas*). Diese Liste ist nicht beliebig erweiterungsfähig. Das Eigentum definiert nämlich Art. 348 des Código Civil als das Recht, eine Sache zu nutzen und über sie zu verfügen, ohne weitere Beschränkungen als von den Gesetzen vorgesehen. Daraus ist zu schließen, dass es keine weiteren rechtlichen Beschränkungen des Eigentums geben darf als die Gesetze es zulassen.

In einem illustrativen Fall hatte der Verkäufer eines Grundstückes, von dem es gerüchtweise hieß, darin sei ein Schatz vergraben, sich das Recht an eventuellen künftigen Schatzfunden vorbehalten. Dieser Vorbehalt wurde zunächst als Belastung des übertragenen Eigentums eingetragen, später jedoch – da kein dingliches Recht – vom Registrator wieder gelöscht. Nach einem Weiterverkauf entdeckte der Zweitkäufer bei Baumaßnahmen zahlreiche Goldmünzen. Eine wirksame Grundstücksbelastung läge vor, wenn sich ein Bergwerksunternehmen die Ausbeutung unterirdischer Bodenschätze vorbehalten würde.

Die Diskussion über ein so fundamentales Strukturprinzip der Privatrechtsordnung muss heute übergreifend aus europäischer Perspektive geführt werden. Wenn sich zahlreiche Länder an einen *numerus clausus* gebunden fühlen, geht es schwer an, wenn in einem Lande das Prinzip grundsätzlich in Zweifel gezogen wird.

DIE ENTWICKLUNG DES ÖSTERREICHISCHEN ERBRECHTS UND SEINE ZUKUNFTSPERSPEKTIVEN

RUDOLF WELSER

Mit Ján Lazar verbindet mich seit vielen Jahrzehnten eine enge Freundschaft. Seit langem ist er Doyen und Repräsentant des slowakischen Privatrechts. Ich widme ihm den folgenden Beitrag mit den herzlichsten Glückwünschen zum Geburtstag.

Abstract: Der Beitrag befasst sich mit der Entwicklung des österreichischen Erbrechts vom Inkrafttreten des ABGB bis zum heutigen Tag. Berücksichtigt werden sowohl das gesetzliche als auch das testamentarische Erbrecht. Beim gesetzlichen Erbrecht bilden das Ehegattenerbrecht und das Erbrecht bei unehelicher Verwandtschaft gewisse Schwerpunkte. Ebenso werden die Änderungen des Pflichtteilsrechts ausführlicher dargestellt. Der Beitrag schließt mit der Darstellung des Reformbedarfes und der Reformvorschläge.

Schlüsselwörter: Erbrechtsgeschichte, Novellen zum Erbrecht, Ehegatten-Erbrecht, Erbrecht unehelicher Verwandter, Erbrecht bei Adoption, Reformbedarf, Reformvorschläge.

1. Die Stabilität des Erbrechts

Trotz der Reformfreude des heutigen Gesetzgebers ist das Erbrecht eine Materie, die in den letzten 200 Jahren sehr stabil geblieben ist. Dies beruht im Wesentlichen darauf, dass das Erbrecht bisher kaum Gegenstand einer breiten politischen Auseinandersetzung war. Es ist in unserer Rechtsordnung im Großen und Ganzen anerkannt, Details interessieren die breite Öffentlichkeit wenig. Das Erbrecht stammt in seiner Gesamtheit natürlich aus dem ABGB in seiner ur-

sprünglichen Fassung des Jahres 1811. Allerdings haben sich im Laufe der letzten 200 Jahre eine Reihe wichtiger Änderungen ergeben, über die im Folgenden berichtet werden soll. Sie fanden hauptsächlich im 20. und 21. Jahrhundert statt. Im 19. Jahrhundert gab es keine grundlegenden erbrechtlichen Umbauten. Größere Eingriffe brachten erst die Teilnovellen am Anfang des 20. Jahrhunderts, auf die dann wieder jahrzehntelang Stillstand folgte. Die Reformen der Teilnovellen bestanden vor allem in der Neufestlegung der Erbrechtsgrenze, aber auch in ersten einschneidenden Reformen des Ehegattenerbrechts. Was die Reformen des späten 20. Jahrhunderts betrifft, so waren sie oft Konsequenzen aus familienrechtlichen Neuerungen, so dass sie fast als „Nebenerscheinungen“ bezeichnet werden könnten.¹

2. Die gesetzliche Erbfolge²

2.1. Neufestlegung der Erbrechtsgrenze

Nach der ursprünglichen Fassung des ABGB war das gesetzliche Erbrecht auf die ersten sechs Linien der ehelichen Verwandtschaft eingeschränkt, was durch die 1. TN geändert wurde. Danach setzt die Erbrechtsgrenze schon bei der vierten Linie an, wobei auch aus dieser nur die acht Urgroßeltern zur Erbfolge berufen sind, während deren Nachkommen kein gesetzliches Erbrecht mehr haben. Als Begründung für die engere Erbrechtsgrenze führte man an, dass es dem vermuteten Willen des Erblassers widerspreche, wenn so entfernte Verwandte zur Erbfolge berufen seien; ferner, dass die Familiengemeinschaft zugleich eine Art Vermögensgemeinschaft

1 Zu all dem genauer: *Welser*, Die Entwicklung des österreichischen Erbrechts, in FS 200 Jahre ABGB (2011) I 713.

2 Die folgende Darstellung orientiert sich weitgehend an *Welser*, FS 200 Jahre ABGB, s. FN 1.

darstelle, die heute nicht mehr so weit reiche. Trotz einiger Gegenstimmen einigte man sich schließlich auf diese Abschwächung der gesetzlichen Erbfolge. Man war sich dabei bewusst, dass nicht alle Verwandten gleichen Grades gleich behandelt würden, meinte aber dass die Gradesnähe nicht das Entscheidende im System des gesetzlichen Erbrechts sei. Die Erbrechtsgrenze der vierten Linie gilt noch heute.

2.2. Ehegattenerbrecht

Nach der Urfassung des ABGB gebührte den Ehegatten, wenn kein Erbberechtigter aus den sechs Linien der Verwandtenerbfolge aus Adoption, Legitimation oder unehelicher Verwandtschaft vorhanden war, der ganze Nachlass. Bei Vorhandensein von Verwandten in aufsteigender Linie erhielt der Ehegatte ein Viertel, neben Deszendenten hingegen nur ein Fruchtgenussrecht an einer Nachlassquote, deren Größe von der Anzahl der Kinder des Erblassers abhing. Über die Reform dieses Ehegattenerbrechts war man sich bald einig. Vielfach wurde gefordert, dass der überlebende Gatte nicht mehr erst nach dem entferntesten Verwandten zur gesamten Erbschaft berufen sein sollte, sondern dass ihm schon nach den Großeltern der ganze Nachlass gebühre. Im Übrigen wurden Abstufungen befürwortet. Der Ehegatte sollte neben den Kindern des Erblassers ein Viertel, neben Eltern und deren Nachkommen oder neben Großeltern die Hälfte, dazu noch neben Nachkommen vorverstorbenen Großeltern den auf diese entfallenden Teil erhalten. Diese Ziele hat die 1. TN zum ABGB verwirklicht, während ein Pflichtteilsrecht des Ehegatten damals noch abgelehnt wurde. Man sah in den Unterhaltsansprüchen ein Surrogat für das Fehlen des Pflichtteilsrechts.

Nach den Reformen der 1. TN gab es ein halbes Jahrhundert lang keine Änderungen des Ehegattenerbrechts. Neuerungen brachte erst das BG vom 15. 6. 1978, BGBl 1978/280, welches das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten erweitert hat, der nun neben der ersten Li-

nie zu einem Drittel des Nachlasses berufen wird, neben Eltern des Erblassers und deren Nachkommen oder neben seinen Großeltern zu zwei Dritteln. Im Übrigen ließ man § 757 ABGB aufrecht. Eine weitere Verbesserung des Ehegattenerbrechts geschah durch das Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004,³ nach welchem der Ehegatte nun nicht nur die Erbteile erhält, die sonst kraft Repräsentationsrechts auf die Nachkommen verstorbener Großelternteile entfielen, sondern auch jene, welche die Nachkommen vorverstorbenen Geschwister des Erblassers erhalten hätten.

Das gesetzliche Vorausvermächtnis des Ehegatten, das heute erhebliche Bedeutung hat, war dem ABGB in seiner ursprünglichen Fassung nicht bekannt. Es geht dabei nicht nur um eine Erhöhung des Wertes der Zuwendung, sondern auch um das Interesse des hinterbliebenen Ehegatten, möglichst im Besitze der Sachen zu bleiben, mit denen ihm ein persönliches Verhältnis aus der Zeit der ehelichen Gemeinschaft verbindet, also die „zum ehelichen Haushalte gehörenden beweglichen Sachen“. Die 1. TN hat in Anlehnung an das deutsche BGB diesen Bedürfnissen Rechnung getragen. Wesentlich umgestaltet wurde der Voraus zu Gunsten des Ehegatten durch das BGBl 1978/280 und das ErbRÄG 1989.⁴ Nach diesen Novellen, also nach § 758 ABGB in seiner neuen Fassung, gebührt dem Ehegatten, wenn er nicht rechtmäßig enterbt worden ist, als gesetzliches Vorausvermächtnis das Recht, in der Ehewohnung weiter zu wohnen. Es umfasst nun immer alle zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen, soweit sie zu dessen Fortführung im bisherigen Umfang erforderlich sind. Der wichtigste Punkt der Reformen des Voraus war wohl die Einführung des Wohnrechts. Der Erblasser kann überdies nun den Voraus nur noch durch eine rechtmäßige Enterbung entziehen, so dass er jetzt pflichtteilsähnlichen Charakter hat. Er ist vor allen anderen Vermächtnissen ungekürzt zu entrichten und genießt auch gegen-

3 BG vom 21.6.2004, BGBl 2004/58.

4 BG vom 29.12.1989, BGBl 1989/656.

über sonstigen Pflichtteilsansprüchen und den Unterhaltsansprüchen Vorrang (§ 783 ABGB).⁵

2.3. Unterhaltsansprüche

Die Reform des Jahres 1978 hat den bisherigen Anspruch des überlebenden Ehegatten auf Unterhalt (§ 796 ABGB) in leicht geänderter Form aufrecht erhalten. Der Gatte hat danach bis zu seiner Wiederverehelichung gegen die Erben einen Anspruch nach den Grundsätzen des § 94 ABGB, also wie bei bestehender Ehe. Der Erbe haftet hierfür bis zum Wert der Verlassenschaft. In den Anspruch ist allerdings alles einzurechnen, was der Ehegatte nach dem Erblasser durch vertragliche oder letztwillige Zuwendung, als gesetzlichen Erbteil, als Pflichtteil oder durch öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Leistung erhält, desgleichen eigenes Vermögen oder Erträge einer Erwerbstätigkeit, die von ihm nach den Umständen erwartet werden kann. Der geschiedene Ehegatte hat keinen Anspruch, ein rechtmäßig enterbter kann nur den notwendigen Unterhalt fordern (§ 795 ABGB). Wegen der gleichzeitigen Einführung eines Pflichtteils durch die Reform des Jahres 1978 tritt der Unterhaltsanspruch des Ehegatten neben das Pflichtteilsrecht, allerdings eben unter wechselseitiger Anrechnung: auf den Unterhalt gemäß § 796 ABGB, auf den Pflichtteil gemäß § 787 Abs 1 ABGB.

2.4. Erbrecht bei unehelicher Verwandtschaft

Das Erbrecht der unehelichen Kinder hat im Laufe der letzten Jahrzehnte eine bewegte Vergangenheit hinter sich. Nach dem ABGB hatten ursprünglich bei der gesetzlichen Erbfolge uneheliche Kinder nur im Verhältnis zur Mutter gleiche Rechte mit den ehelichen, während zum Nachlass des Vaters und der väterlichen Verwandten, der El-

5 Genauerer hiezu bei *Welsler* in *Rummel*³ § 758.

tern, Großeltern und der übrigen Verwandten der Mutter kein gesetzliches Erbrecht bestand. Umgekehrt hatte auch zu einem unehelichen Kind nur die Mutter ein gesetzliches Erbrecht, während der Vater alle Großeltern und anderen Verwandten davon ausgeschlossen waren. Schon die 3. TN hat diese „unerträglich harten Einschränkungen des Erbrechts“ auf die Person der Mutter beseitigt. Zwar wurde zur Vaterseite hin noch immer kein Erbrecht eingeführt, doch sollte sich das Erbrecht zumindest auf die „ganze“ Mutterseite beziehen, so dass sich auch uneheliche Geschwister, Kinder desselben Vaters und derselben Mutter, beerben konnten. Ebenso wurde den unehelichen Kindern zu ihren ehelich geborenen Geschwistern und umgekehrt ein Erbrecht eingeräumt.

In der Folge wurde das Erbrecht der unehelichen Kinder weiter modifiziert. Nach dem Gesetz über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes (UeKindG)⁶ bestand eine sehr komplizierte erbrechtliche Regelung, die dann durch das ErbRÄG 1989 abgelöst wurde, welches die volle Gleichstellung der unehelichen Verwandtschaft mit der ehelichen brachte.

2.5. Erbrecht bei Adoption

Gemäß § 755 ABGB in seiner ursprünglichen Fassung hatten Wahlkinder bei der gesetzlichen Erbfolge in das Vermögen des Annehmenden das gleiche Recht wie eheliche Kinder. In Rücksicht auf Verwandte des Annehmenden oder seines Ehegatten hatten sie kein Erbrecht, während sie das gesetzliche Erbrecht gegenüber ihren natürlichen Eltern und Verwandten behielten. 1960 wurde das Erbrecht bei Adoption durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechtes der Annahme an Kindesstatt neu gestaltet.⁷ Auch die Neuordnung ging davon aus, dass nach der Reform durch die Adoption zwischen dem

6 BG vom 30.10.1970, BGBl 1970/342.

7 BG vom 10.3.1960, BGBl 1960/58.

Annehmenden und seinen Nachkommen einerseits und dem Wahlkind und seinen bei der Annahme minderjährigen Nachkommen andererseits ein Verhältnis wie bei (ehelicher) Abstammung entsteht, so dass sich diese Personen auch wie eheliche Verwandte beerben. Trotz der Annahme an Kindesstatt bleibt aber das Erbrecht zwischen dem Wahlkind und seinen leiblichen Verwandten aufrecht. Allerdings gehen beim Tod des Wahlkindes die Wahleltern den leiblichen Eltern vor. Hat eine Person allein adoptiert, so hat sie vor dem entsprechenden leiblichen Elternteil Vorrang. Nach dem Adoptivkind gibt es in der Wahlparentel mangels Verwandtschaft keine dritte und vierte Linie, so dass insofern die natürliche Parentel zum Zug kommt.

2.6. Erbrecht eingetragener Partner

Nach einer langen Diskussion wurde im Jahre 2009 das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG)⁸ erlassen, das auch Vorschriften über „Eingetragene Partner im Erbrecht“ enthält. Nach § 537 a ABGB sind die für Ehegatten maßgebenden und auf das Eheerbrecht Bezug nehmenden Bestimmungen des Erbrechts auf eingetragene Partner sinngemäß anzuwenden. Es wird damit eine Gleichstellung der Partnerschaft mit der Ehe bezweckt, so dass nun die Partner auch erbrechtlich wie Ehegatten zu behandeln sind.

2.7. Heimfälligkeit (Kaduzität)

Schon nach der Urfassung des ABGB wurde eine Verlassenschaft zu einem erblosen Gut, wenn weder ein testamentarischer noch ein gesetzlicher Erbe zur Erbschaft berufen war. Diese „Heimfälligkeit“ wurde durch die 1. TN neu geregelt. Als Begründung wurde angeführt, dass das Heimfallsrecht nicht mehr durch fiskalische Interessen, sondern nur durch sozialpolitische Motive zu rechtfertigen sei.

8 BG vom 30.12.2009, BGBl I 2009/135.

Vom Text her gesehen, waren die Änderungen gering. § 760 ABGB lautet nun: „Wenn kein zur Erbfolge Berechtigter vorhanden ist, oder wenn niemand die Erbschaft erwirbt, fällt die Verlassenschaft als ein erbloses Gut dem Staate anheim“.

3. Letztwillige Verfügungen

3.1. Testamentsformen

Nach dem ABGB gibt es „private Testamentsformen“ und „öffentliche Testamentsformen“. Bei den „privaten Testamentsformen“ muss man wieder zwischen ordentlichen und außerordentlichen unterscheiden. Die ordentlichen Testamentsformen konnten bis vor kurzem entweder schriftlich oder mündlich sein. Bei den schriftlichen ist zwischen den eigenhändigen oder holographen und den fremdhändigen oder allographen zu unterscheiden. Bei den außerordentlichen privaten Testamentsformen gibt es erschwerende und erleichternde. Den privaten Formen stehen die öffentlichen gegenüber. Hier unterscheidet man die gerichtlichen Formen, die wiederum schriftlich oder mündlich sein können, und die notariellen Formen.

Die Einhaltung der gesetzlichen Form für die Gültigkeit des letzten Willens ist zwingend und unverzichtbar. Selbst bei klar und eindeutig erweisbarem Willen des Erblassers ist die Verfügung ungültig, wenn sie keiner gesetzlichen Form entspricht. Auf Einzelheiten zu den letztwilligen Verfügungen, zB. zur Tauglichkeit von Zeugen, zum Zeugen-Zusatz und zur Nuncupatio (Bestätigung, Bekräftigung) kann hier nicht eingegangen werden.

Das Testamentsrecht des ABGB wurde vorübergehend durch das deutsche Testamentsgesetz aufgehoben, jedoch 1947 durch das österreichische Testamentsrechtswiederherstellungsgesetz wieder in Kraft gesetzt.

Eine wesentliche Änderung ist im Jahre 2004 eingetreten, indem das mündliche Testament als ordentliche Testamentsform aufgehoben worden ist. Immer wieder hatte man dieser Testamentsform die Fälschungsanfälligkeit vorgeworfen. Es ließ sich nämlich ein letzter Wille allzu leicht konstruieren, wenn drei Personen bereit waren, an einer solchen Täuschung mitzuwirken. Das mündliche Testament ist nun nur noch als Nottestament gültig.

3.2. Das neue Nottestament

Seit dem Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004 gibt es ein allgemeines Nottestament. Danach kann der Erblasser in mündlicher oder schriftlicher Form unter Beiziehung von zwei Zeugen testieren. Die vorher allgemein bestehende mündliche Testamentsform ist also nur noch als Notform aufrecht geblieben. Die beiden Zeugen müssen gleichzeitig anwesend sein. Voraussetzung ist die unmittelbare Gefahr des Todes oder des Verlustes der Testierfähigkeit; ein bloß hohes – von Gebrechlichkeit begleitetes – Alter des Erblassers reicht für ein Nottestament nicht aus. Der Erblasser kann sich der Notform aber bereits dann bedienen, wenn bei ihm der durch objektive Umstände begründete Eindruck einer solchen Gefahrensituation entsteht. Ob der Erblasser von diesen objektiven Umständen tatsächlich Kenntnis hat, ist für die Beurteilung nicht relevant; ebensowenig muss eine wirkliche, nachweisbar reale Lebensgefahr bestehen. Die Gefahr muss aber für Dritte nachvollziehbar sein. Sie muss so beschaffen sein, dass es dem Erblasser nicht mehr möglich ist, seinen letzten Willen auf andere Weise zu errichten: Auch wenn man daher eine Notsituation annehmen kann, ist das Testament nicht gültig, wenn es dem Erblasser möglich gewesen wäre, in einer der ordentlichen Formen zu testieren. Ein gültig errichtetes Nottestament verliert drei Monate nach Wegfall der Gefahr seine Gültigkeit. Ob durch dieses Außerkrafttreten eine frühere letztwillige Verfügung wieder auflebt, ist strittig. Viele Tatbestandelemente des Nottesta-

ments sind unklar oder zweifelhaft, so dass diese Form, wenn irgendwie möglich, vermieden werden sollte.⁹

4. Pflichtteilsrecht

4.1. Erbteil oder Forderungsrecht

Für das ABGB war von Anfang an nicht ganz klar, ob das Pflichtteilsrecht ein vom Gesetz gewährtes kleineres Erbrecht oder nur ein auf Geld gerichtetes Forderungsrecht ist. Manche Paragraphen sahen den Pflichtteilsberechtigten zweifellos als gesetzlichen Zwangserben mit einer verkleinerten Quote an. Dies lassen heute noch die §§ 727, 729, 764 und 786 ABGB erkennen. Das Hofdekret JGS 844/781 hat dann klargestellt, dass der verkürzte Noterbe nur einen Anspruch auf Auszahlung des fehlenden Wertes in Geld hat, also nur Gläubiger ist.

4.2. Pflichtteil für Ehegatten

Die wichtigste Änderung im Pflichtteilsrecht seit Erlassung des ABGB ist wohl – neben der Einführung des Erb- und Pflichtteilsrechts in unehelichen Verhältnissen – die Einführung eines Pflichtteilsrechts für Ehegatten. Nach dem nunmehrigen § 765 ABGB¹⁰ gebührt als Pflichtteil dem Ehegatten die Hälfte dessen, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zufallen würde.

4.3. Pflichtteilsminderung

Eine der größten Besonderheiten des österreichischen Erb-

⁹ Dazu zB *Welser*, Ist das Nottestament riskant? GesRZ 2012, 63.

¹⁰ Fassung gem Art I Z 5 EheRÄndG, BG 15.6.1978, BGBl 1978/280.

rechts ist die durch das Erbrechtsänderungsgesetz 1989¹¹ eingeführte Pflichtteilsminderung, die damals eine erbrechtliche Novität erster Klasse darstellte. In einem gewissen Ausmaß war sie bei ihrer Einführung als Ausgleich dafür gedacht, dass die unehelichen Kinder erbrechtlich und damit auch pflichtteilsrechtlich den ehelichen gleichgestellt wurden. Dagegen war nämlich unter anderem gesagt worden, dass zu Lasten der Familie auch Personen einen Pflichtteil erhalten könnten, die mit dem Erblasser in keinerlei Beziehung standen und ihm vollkommen fremd waren. Die Pflichtteilsminderung (§ 773 a ABGB) ermöglicht es ihm, den Pflichtteil von Deszendenten und Aszendenten, nicht jedoch jenen des Ehegatten, herabzusetzen: „Standen der Erblasser und der Pflichtteilsberechtigte zu keiner Zeit in einem Naheverhältnis, wie es in der Familie zwischen solchen Verwandten gewöhnlich besteht, so kann der Erblasser den Pflichtteil auf die Hälfte mindern.“ Nach einer 2001¹² eingefügten Ergänzung (§ 773 a Abs 3 ABGB) verliert der Erblasser allerdings das Recht auf Pflichtteilsminderung, wenn er die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr mit dem Pflichtteilsberechtigten grundlos abgelehnt und so die Nahebeziehung vereitelt hat.

4.4. Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen

Der Bereich der Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen ist viel zu kompliziert, um hier dargestellt zu werden. Allerdings gibt es für diesen Problembereich umfassende Literatur.¹³ Jedenfalls war

11 BG vom 29.12.1989, BGBl 1989/656. Dazu ausführlich *Welser*, NZ 1990,137 und *Umlauf*, Pflichtteilsminderung nach § 773 a ABGB, NZ 1990, 143.

12 BG vom 29.12.2000, BGBl I 2000/135.

13 Nur beispielsweise: *Welser*, Zur Berücksichtigung von Schenkungen im Pflichtteilsrecht, FS Kralik 583; *Welser*, Vorschläge zur Neuregelung der Anrechnung beim Pflichtteil, NZ 1998, 40; *Welser*, Zur Reform der Anrechnung im Erbrecht, FS Jud 773; *Welser*, Anrechnung von Vorempfängen auf den Schenkungspflichtteil – Rechtslage und Reformbedarf, FS Torggler 1295, alle mwN.

schon vor der 3. TN allgemeine Ansicht, dass die Behandlung solcher Zuwendungen einer weiteren Regelung durch den Gesetzgeber bedürfe. Der Schutz des Pflichtteilsrechts müsse verstärkt werden, die neuen Bestimmungen sind mit zwingender Kraft auszustatten. Die dann erfolgte Neuregelung der Schenkungsanrechnung gehört jedoch zu den missglücklichsten erbrechtlichen Bestimmungen. Die 3. TN hat so die bereits reformbedürftigen Anrechnungsregeln nicht verbessert, sondern durch die Einführung des § 785 ABGB und die Änderungen in § 787 Abs 2 ABGB die Anrechnungsproblematik verstärkt und noch unbefriedigendere Ergebnisse nach sich gezogen. Daher gehört eine durchdachte und umfassende Neuregelung des Anrechnungsrechts zu den dringendsten Anliegen einer Erbrechtsreform.

4.5. Erbunwürdigkeit und Enterbung

Ursprünglich lautete § 540 ABGB: „Wer den Erblasser, dessen Kinder, Eltern oder Gatten aus bösem Vorsatze an Ehre, Leib oder Vermögen auf solche Art verletzt oder zu verletzen gesucht hat, dass gegen ihn von Amts wegen oder auf Verlangen des Verletzten nach den Strafgesetzen verfahren werden kann, der ist so lange des Erbrechts unwürdig, als sich aus den Umständen nicht entnehmen lässt, dass ihm der Erblasser vergeben habe.“ Die 3. TN hat die Erbunwürdigkeit auf Verbrechen gegen den Erblasser selbst eingeschränkt, was aus heutiger Sicht ein Fehler war. Was vor der 3. TN an § 540 ABGB kritisiert wurde, vor allem die Einbeziehung der nahen Angehörigen in den geschützten Kreis, wird von der Lehre wieder seit langem gefordert. Andere Änderungen durch die 3. TN beziehen sich auf Erbunwürdigkeit und Repräsentation. Während früher die schuldlosen Nachkommen eines Erbunwürdigen oder eines gültig Enterbten, der den Erblasser überlebte, kein Erbrecht hatten, änderte die Novelle die §§ 541 und 780 ABGB im Sinne einer „formellen Repräsentation“. Seither erbt ein Nachkomme eines Erbunwürdigen über seinen un-

würdigen Vorfahren hinweg, auch wenn dieser den Erblasser überlebt. Weitere Änderungen des Erbnwürdigkeitsrechtes geschahen durch das BGBl 1974/496 und das ErbRÄG 1989. Der seit langem umstrittene § 543 ABGB über den Ausschluss von jeder Art des Erbrechts auf Grund letztwilliger Verfügung von Personen, welche des Ehebruchs oder der Blutschande gerichtlich geständig oder überwiesen sind,¹⁴ wurde entsprechend den Forderungen der Lehre durch das FamRÄG 2009 aufgehoben. Damit ist die sog. Inkapazität, die seit langem eine zweifelhafte Institution, zuletzt jedoch nur noch ein Anachronismus war, aufgehoben.

5. Andere Reformen

Die 3. TN hat § 551 ABGB über den Erbverzicht neu gefasst. Sie wollte damit alle Zweifel daran beseitigen, dass der Erbverzicht ein Vertrag zwischen dem Erblasser und einem potentiellen Erben ist. Ferner sollte die Formfreiheit beseitigt werden. Und schließlich wurde die Zweifelsregel aufgestellt, dass der Verzicht auch für die Nachkommen des Verzichtenden gilt.

Sonstige, im Laufe der Zeit durchgeführte Gesetzesänderungen brauchen hier nicht näher dargelegt zu werden. Zu ihnen gehört zB die Regelung der 3. TN, dass über die Vererblichkeit des Nacherbrechtes primär der letzte Wille des Erblassers entscheidet. Im Jahre 1939 hat das Gesetz über das Erlöschen der Familienfideikommisse und sonstiger gebundener Vermögen die §§ 618 – 645 ABGB aufgehoben.

14 Dazu *Welsch*, Die Sittenwidrigkeit des Testaments zugunsten des Ehebruchspartners, JBl 1973,1; *Welsch*, Die Reform des österreichischen Erbrechts (2009) 29.

6. Zukunftsperspektiven

6.1. 17. Österreichischer Juristentag

Heute stellt man allgemein einen etwas größeren Reformbedarf im Erbrecht fest. In den letzten Jahren hat sich eine ganze Reihe wissenschaftlicher Beiträge mit der Reform des Erbrechts befasst. Hierbei ging es zT um Vorschläge für eine Gesamtreform, zT nur um spezielle Fragen wie die Reform des Pflichtteilsrechts, vor allem des Anrechnungsrechts. Am ausführlichsten hat sich der 17. Österreichische Juristentag ausführlich mit der Reform des österreichischen Erbrechts befasst, wofür ein vom Verfasser dieses Beitrages erstelltes Gutachten die Grundlage bildete.¹⁵ Auf diese umfassende Arbeit muss hier verwiesen werden. Sie behandelt die einzelnen Reformbestrebungen, die erforderlichen Neuerungen im gesetzlichen und testamentarischen Erbrecht, Sonderfragen, wie das Verhältnis der Akkreszenz zur gesetzlichen Erbfolge, die Problematik von Erbrecht und Ehescheidung sowie die vertraglichen Zuwendungen auf den Todesfall. Der Schwerpunkt des Juristentages lag auf der Diskussion des Pflichtteilsrechtes, bei welcher es auch um dessen Abschaffung ging, die freilich überwiegend abgelehnt wurde. Im Mittelpunkt standen Reformwünsche aus der Praxis, der Frage nach der Verkleinerung des Pflichtteils sowie das Verhältnis von Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht. Unter dem Titel der „Abschwächung des Pflichtteilsrechtes“ wurden Vorschläge zur allgemeinen Pflichtteilsminderung und zur Stundung von Pflichtteilsansprüchen erörtert. Einen breiten Raum bildete auch hier das Thema „Anrechnung beim Pflichtteil“, das im Gutachten ausführlich dargestellt und in seinen Auswirkungen untersucht wurde. Für eine Neuregelung wurden ausführliche Neuregelungen erstatet.

¹⁵ Welser, Die Reform des österreichischen Erbrechts, Gutachten, Verhandlungen des 17. ÖJT Wien (2009).

Zum Bereich Pflichtteilsrecht und Anrechnung gehört auch das Verhältnis von Pflichtteilsrecht und Privatstiftung, das in letzter Zeit besonders aktuell geworden ist.¹⁶ Dem Juristentag wurden die vorhandenen Lösungsvorschläge samt ihrer Kritik und neue Regelungsmöglichkeiten vorgeschlagen.

6.2. Schwerpunktsetzung durch das Justizministerium

In einer Pressekonferenz Anfang dieses Jahres hat der Justizminister gewisse Schwerpunkte der Erbrechtsreform bekannt gegeben. Zu diesen gehört das schon erwähnte Anrechnungsrecht und hier wieder die Anrechnung beim Pflichtteil. Das Pflichtteilsrecht selbst steht außer Streit und wird nicht abgeschafft. Auch ein weiterer Punkt beschäftigt sich mit dem Pflichtteilsrecht, nämlich die Einführung einer Möglichkeit der Stundung des Pflichtteils. Dabei ist zu bemerken, dass von verschiedenen Seiten aus den Kreisen der Wirtschaft die Auffassung vertreten wurde, dass zum Schutz eines vererbten Unternehmens dem Erben Möglichkeiten zur Minderung des Pflichtteils gewährt werden sollten.¹⁷ Diese Ansicht hat sich freilich nicht durchgesetzt und wäre auch aus dem Blickwinkel der Gleichheit aller Erben und Pflichtteilsberechtigten nicht gerechtfertigt. Durchaus vertretbar sind jedoch Stundungen und Ratenzahlungen, um eine Vernichtung von Eigenheimen, Unternehmen oder anderer wirtschaftlicher Grundlagen des Erben zu verhindern.¹⁸ Eine solche Gefahr besteht besonders dann, wenn – wie derzeit – der Pflichtteil nach dem Tod des Erblassers sofort fällig ist. Im deutschen Pflichtteilsrecht gibt es

16 *Welser*, Erbrechtsreform 147; *Welser*, Privatstiftung und Reform des Pflichtteilsrechts, FS Straube (2009), 215; *Welser*, Widerrufsrecht, unbeschränktes Änderungsrecht und Schenkungsanrechnung bei der Privatstiftung, FS Aicher (2012) 865.

17 S. *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht (2006).

18 S. *Welser*, Erbrechtsreform 105ff; *Welser*, Ein eigenes Pflichtteilsrecht für Unternehmer? GesRZ 2008, 261.

solche Stundungen. Es bestünden auch keine Bedenken dagegen, mit der Stundung Ratenzahlungen zu bewilligen, die zB aus den Früchten des Nachlasses beglichen werden könnten. Damit der Pflichtteilsberechtigte nicht ganz oder zum Teil um seine Forderung gebracht wird, wäre die Möglichkeit einer Sicherheitsleistung vorzusehen. Zu überlegen wäre, ob auch der Erblasser selbst das Recht haben sollte, Stundungen anzuordnen oder nur dem Erben die Möglichkeit einzuräumen wäre, unter gewissen Voraussetzungen Stundung zu verlangen. Von der Einräumung eines Rechts an den Erblasser ist allerdings eher abzuraten. Zum einen, weil jede Erlaubnis an den Erblasser, in das Pflichtteilsrecht einzugreifen, die Gefahr einer Aufweichung der Pflichtteilsansprüche mit sich bringt. Der Erblasser selbst soll nicht über den Pflichtteil disponieren können, weil er solche Möglichkeiten dazu nützen könnte, ungeliebte Noterben zu benachteiligen. Zum anderen müsste auch eine Stundung durch den Erblasser von Gründen abhängig sein, deren Vorliegen vom Gericht überprüfbar ist. Dann wäre es aber gleich sinnvoller, die Stundungsanordnung allein dem Ermessen des Gerichtes zu überlassen. Wieweit das Bundesministerium sich an diese Grundsätze hält, ist freilich nicht abzusehen.

Eine weitere Problematik, die das Justizministerium aufgegriffen hat, ist, ob Pflegeleistungen, die dem Erblasser erbracht werden, eine erbrechtliche Begünstigung nach sich ziehen können.¹⁹ Eine entsprechende Regelung gab es schon bisher im deutschen BGB. § 2057 a BGB lautet: „Ein Abkömmling, der durch Mitarbeit im Haushalt, Beruf oder Geschäft des Erblassers während längerer Zeit, durch erhebliche Geldleistungen oder in anderer Weise in besonderem Maße dazu beigetragen hat, dass das Vermögen des Erblassers erhalten oder vermehrt wurde, kann bei der Auseinandersetzung eine Ausgleichung unter den Abkömmlingen verlangen, die mit ihm als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen. Dies gilt auch für einen Abkömmling, der unter Verzicht auf berufliches Einkommen den Erblasser während

¹⁹ Hiezu und zum Folgenden *Welser*, Erbrechtsreform 41.

längerer Zeit gepflegt hat.“ § 2057 a BGB will damit besondere Leistungen eines Abkömmlings an den Erblasser abgeltend, so dass dessen Schlechterstellung bei der Auseinandersetzung verhindert wird. Gegenstand sind Leistungen, die zu Lebzeiten des Erblassers unentgeltlich oder gegen unangemessen geringes Entgelt zur Vermehrung des Vermögens des Erblassers gemacht wurden.

Gegen eine solche „erbrechtliche Abgeltung“ von Pflegeleistungen bestehen allerdings gewisse Bedenken. Die Art ihrer Berücksichtigung überzeugt deshalb nicht, weil sie nur einen Teil des Problems erfasst: Es sind ja nicht nur gesetzliche Erben, die Pflegeleistungen erbringen, vielmehr kommt dafür ein relativ unbestimmter Personenkreis in Betracht. In vielen Fällen sind die pflegenden Personen mit dem Erblasser nicht einmal verwandt. Damit ist die Regelung auch auf den Lebensgefährten unanwendbar, der wahrscheinlich jene Person ist, die am ehesten eine solche Vergütung verdiente. Das Problem besteht allerdings darin, dass die Einführung einer von der Erbberechtigung ganz unabhängigen Entschädigungsleistung eigentlich nicht ins Erbrecht gehört und daher an anderer Stelle geregelt werden müsste. Man wird sehen, ob das Bundesministerium für Justiz diesen Bedenken Rechnung trägt.

Zur Diskussion steht offenbar noch immer ein gesetzliches Erbrecht für verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaften.²⁰ Während die Einführung eines gesetzlichen Erbrechts für gleichgeschlechtliche registrierte Partnerschaften bereits geschehen ist, ist das gesetzliche Erbrecht – und damit das Pflichtteilsrecht – für gleichgeschlechtliche Lebensgefährten noch sehr umstritten. Seine Einführung dürfte verschiedene Schwierigkeiten machen. Es erhebt sich vor allem die Frage, bei welcher Intensität und Dauer der Gemeinschaft ein Erbrecht begründet ist, wobei Existenz und Dauer der Gemeinschaft oft streitig sein werden. Daneben müsste für das gesetzliche Erbrecht (und das Pflichtteilsrecht) das erbrechtliche Verhältnis zu den Verwandten und

²⁰ Welser, Erbrechtsreform 38.

allfälligen Ehegatten des Erblassers geklärt werden, also die Frage, wer in solchen Fällen dem anderen vorgeht oder in welchem Verhältnis diese Personen zusammen mit einem „Lebenspartner“ am Nachlass zu beteiligen sind. Die Einführung eines Erbrechts für Lebensgefährten ist schwieriger als jene für gleichgeschlechtliche Partner, weil sich die Frage des Verhältnisses zur Ehe stellt. Das gleichzeitige Bestehen eines Erbrechts in beiden Rechtsverhältnissen (Ehe – eheähnliches Verhältnis) wird man ausschließen müssen. Im Übrigen fragte es sich, welche eherechtlichen Vorschriften für die Gemeinschaft gelten sollten. Eine gesetzliche Erbberechtigung wäre auch in diesem Fall nur bei Formalisierung der Gemeinschaft zu empfehlen, weil die bloße Anknüpfung an die Dauer oder das gemeinsame Wohnen zu große Unsicherheiten nach sich ziehen würde.

Zusammenfassung

Das österreichische Erbrecht war mehr als 100 Jahre relativ stabil. Änderungen bezogen sich vor allem auf die Erbrechtsgrenze, das Ehegattenerbrecht, das Erbrecht in unehelichen Rechtsverhältnissen, das Erbrecht bei Adoption und auf das Pflichtteilsrecht. Nun wird allerdings ein größerer Reformbedarf konstatiert. Es geht vor allem um das Anrechnungsrecht, um die Möglichkeit der Stundung von Pflichtteilsansprüchen, um die erbrechtliche Berücksichtigung vom Pflegeleitungen, die dem Erblasser erbracht wurden, sowie um ein Erbrecht für gleichgeschlechtliche Lebensgefährten.

SPORNÉ A NESPORNÉ ŘÍZENÍ V ČESKÉ REPUBLICE

ALENA WINTEROVÁ

Abstrakt: Článek pojednává v první a druhé části o tom, jak se v České republice od devadesátých let minulého století postupně zaváděly prvky sporného procesu do původně jednotného občanského soudního řádu. Šlo zejména o dvě věci: o posílení procesní odpovědnosti sporných stran v podobě důkazní povinnosti a důkazního břemene a dále o zavedení koncentrace, která zabrání sporným stranám protahovat řízení opožděnými návrhy.

Žádný z těchto nových prvků se však netýká nesporného řízení, např. úpravy péče o nezletilé děti, dědického řízení, řízení o omezení svéprávnosti a pod. Uvedená řízení ovládají jiné zásady a zejména zájem na řádném zjištění skutkového stavu. Proto nakonec postupné změny vyústily v přijetí nového zákona. Je to zákon č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních, který upravuje obecně nesporný proces a dále i jednotlivá nesporná řízení.

Dosavadní občanský soudní řád zůstal zachován pouze pro řešení sporů.

Třetí část článku je věnována zhodnocení přínosu nového zákona, který má přirozeně své pozitivní i své negativní stránky. Důležité však je, zda dobře poslouží justiční praxi.

I.

Právní úprava civilního soudního řízení, od nalézacího až po vykonávací (exekuční), patří v právním státu současné doby k základním právním odvětvím. Převážně jde o právní odvětví kodifikované. Na kodex procesního práva jsou kladeny velké nároky. Má upravit takové soudní řízení, které by beze zbytku odpovídalo požadavkům práva každého subjektu na spravedlivý proces (tak, jak je vymezuje zejména Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod a judikatura Evropského soudu pro lidská práva ve Štrasburku) a zároveň bylo rychlé, efektivní a co nejméně nákladné. To není snadný úkol.

Je možná příznačné, že v České republice máme již pět let nový trestní zákoník a před dvěma lety byl přijat nový občanský zákoník jako základní kodexy práva hmotného, avšak základní normy procesního práva, trestní řád a občanský soudní řád přežívají z šedesátých let minulého století.

Občanský soudní řád z roku 1963 (zák.č. 99/1963 Sb.) doposud platí v obou našich v obou našich státech. Avšak za více než dvacet let existence samostatné České republiky a samostatné Slovenské republiky se v důsledku četných novel přijímaných již nezávisle a rozdílně přece v řadě aspektů liší.

Nedávný vývoj civilního procesního práva v České republice přinesl jednu podstatnou, byť stále ještě dílčí změnu. Ta spočívá v tom, že byl vedle občanského soudního řádu (který v pozměněné podobě zůstává v platnosti) přijat nový procesní zákon, upravující odděleně řízení ve věcech nesporné povahy.

Na podzim roku 2013 byly poměrně urychleně přijaty dva obsáhlé zákony, a to zákon č. 292/2013 Sb. o zvláštních řízeních soudních (dále ZŘS) a zákon č. 293/2013 Sb., kterým se mění občanský soudní řád. Oba nabyly účinnosti dnem 1. ledna 2014, spolu s novým občanským zákoníkem. Nad těmito údaji, dříve než otázky věcné, vyvstane otázka časová. Zatímco novému občanskému zákoníku byly dopřány téměř dva roky legisvakance, procesní zákony dostaly k témuž účelu zhruba tři měsíce. To je málo a právní praxi to nemůže zprvu nepoznamenat, zvláště když ve stejné době nabývá účinnosti i řada jiných zákonů dotýkajících se soukromoprávní oblasti jako např. zákon o veřejných rejstřících, katastrální zákon aj.

Podstata uvedené změny v oblasti civilního procesu spočívá v rozdělení právní úpravy sporného a nesporného řízení do dvou paralelních zákonů. Občanský soudní řád je nadále věnován pouze spornému řízení. Zákon o zvláštních řízeních soudních upravuje řízení povahy nesporné, a to jak obecně, tak i jednotlivá nesporná řízení s jejich specifiky.

II.

V roce 1963, kdy byl přijat stále ještě platný občanský soudní řád, bylo občanské procesní právo založeno na požadavku jednotného řízení. Vedoucím principem byl princip materiální pravdy. Ten vyžadoval, aby se v řízení vždy dospělo ke zjištění skutečného stavu věci a neuznával proto žádnou diferenciaci řízení do té doby teoreticky i prakticky známou. Tímto novým přístupem bylo ovlivněno pojetí projednací zásady a kontradiktornosti procesu a posunuto směrem k zásadě vyšetřovací. Formálně sice platila projednací zásada, ale v deformované podobě, a hlavně: ve všech řízeních shodně. Důvody toho byly převážně ideologické.

Po přechodu od totality ke svobodné demokratické společnosti (a s nástupem svobodného podnikání a jeho důsledky v podobě četných obchodních sporů) začal být takový civilní proces nedostatečný, neefektivní a zejména pro majetkové spory jaksi „těsný“. Hned od počátku devadesátých let se mnoha novelizacemi do nalézacího procesu navrátily staronové prvky dřívějšího procesu sporného: jasněji byla formulována procesní odpovědnost stran sporu za shromáždění a dokázání rozhodného skutkového stavu v podobě povinnosti tvrzení spojené s břemenem tvrzení a zejména v podobě povinnosti důkazní spojené s břemenem důkazním. Znovu se v právní úpravě objevil institut rozsudku pro zmeškání, rozsudku pro uznání. Vedle intervence vedlejší (vedlejší účastenství) se objevuje i intervence hlavní jako potřebný procesní institut. Mění a upravují se opravné prostředky zejména za účelem posílení dispoziční zásady. Znovu se – byť v omezené míře – objevuje institut peněžní jistoty (kauce).

Od počátku nového století (zejména zákonem č. 30/2000 Sb., který je označován jako velká novela OSŘ) vstupuje do civilního řízení úprava koncentrace účastnických návrhů. Narůstající množství civilních sporů, přetížení soudů, průtahy v soudním řízení a také mnohdy nekázeň účastníků, obcházení a zneužívání práva vedou zákonodárce k různým zákonným řešením a také k právní úpravě koncentrace, kte-

rou chce účastníky (strany sporu) donutit k aktivní a včasné spolupráce. Konkrétní úprava se později několikrát změnila, ale základ zůstal: znamená povinnost tvrdit skutečnosti a nabídnout důkazy do určitého stádia procesu, s tím, že později už nebude soud k dalším tvrzením a dalším důkazům přihlížet a rozhodne bez ohledu na ně (určité výjimky z této přísnosti ovšem existují). Koncentrace je významným zásahem do struktury procesu, který tím má již blíže k tzv. formální než k materiální pravdě. Koncentrace ovlivňuje i opravné odvolací řízení, které se v důsledku zákazu novot (nových skutečností a důkazů) koncepčně mění z pokračování v řízení (v němž odvolací řízení tvoří s prvostupňovým řízením jeden celek) na pouhý přezkum již vydaného rozhodnutí v mezích odvolacího návrhu.

Všechny postupné změny civilního řízení svrchu uvedené (jejich výčet není vyčerpávající) se vždy a výslovně dotkly pouze sporného řízení a výslovně byly vylučovány z oblasti řízení nesporných. Poněkud absurdní situaci, vezmeme-li v úvahu, že občanský soudní řád vůbec sporné a nesporné řízení jako druhy procesu neuznával, vyřešil zákonodárce po svém. Vyvinul zvláštní výčtovou metodu, s jejíž pomocí v mnoha novelizačních zákonech rozlišil to, co v původním textu zákona nerozlišoval a dokonce celou svou koncepcí původně popíral. Jakkoli složité a z hlediska legislativní čistoty velmi pochybně, ale podařilo se docílit toho, že žádný z těchto procesních prvků se v řízení povahy nesporné nepoužil a právní praxe se tomu přizpůsobila.

Přijetí nového občanského zákoníku, zák. č. 89/2012 Sb. v České republice nutně vyžadovalo korespondující procesní úpravu a to nejlépe nový kodex procesního práva. O jeho potřebě se v České republice v odborných kruzích hovoří ostatně dávno, ještě před přijetím nového OZ. Avšak nedošlo k tomu. Nakonec tedy bylo zvoleno řešení výše už popsané: spolu s přizpůsobením procesního práva novému občanskému právu (přizpůsobením terminologickým i věcným) přistoupil zákonodárce k legislativnímu oddělení sporného a nesporného procesu do dvou zákonů.

III.

Zákon č. 292/2013 Sb. o zvláštních řízeních soudních obsahuje především obecnou část, v níž jsou upraveny odlišnosti nesporného řízení, které jsou zároveň všem nesporným řízením společné. Svým uspořádáním a přístupem se zde ZŘS vymezuje proti spornému řízení upravenému v občanském soudním řádu, sleduje jeho systematiku a především zdůrazňuje, že OSŘ se použije podpůrně (subsidiárně) pro řízení zde upravená, není-li v zákoně samém úprava speciální. A použije se dokonce i vedle (nejenom namísto) absentující speciální úpravy. Zároveň se v § 1 a 2 ZŘS stanoví, že výčet řízení zde upravených je taxativní a zákon ZŘS se použije jen a výhradně pro právní věci zde upravené. Těmito ustanoveními zákon nepochybně sledoval účel usnadnit soudcům a jiným uživatelům použití obou zákonů, nikoli je ztížit.

Rozsahem nevelká obecná část zákona upravuje věcnou a místní příslušnost ve zvláštních (nesporných) řízeních, účastenství včetně ingerence státního zastupitelství, zahájení řízení (pravidlem je zahájení bez návrhu). Dokazování se neomezuje na návrhy účastníků, nýbrž upřednostňuje zjištění všech rozhodných skutečností soudem. Zavádí se tzv. jiný soudní rok namísto přípravného jednání ve sporech, výslovně se vylučuje jakákoliv koncentrace účastnických návrhů, zákon řeší i náhradu nákladů řízení (nikoli podle úspěchu ve věci, ale podle okolností), stanoví jako základní formu rozhodnutí ve věci usnesení (nikoli rozsudek), upravuje specifika opravných prostředků a odvolání upravuje jako úplnou, nikoli neúplnou apelaci.

Zvláštní část zákona tvoří pět hlav. Prvé dvě hlavy zvláštní části pojednávají o řízení o některých převážně statusových otázkách fyzických a právnických osob, jako je řízení o svéprávnosti, o prohlášení člověka za nezvěstného a za mrtvého, detenční řízení, řízení ve statusových věcech právnických osob aj. Třetí hlava zvláštní části upravuje velmi rozsáhle řízení o pozůstalosti (dříve dědické) v souladu se všemi novinkami dědického práva v novém občanském zákoníku. Čtvrtá

hlava soustřeďuje další nesporná řízení převážně převzatá z OSŘ, bez jednotlicího prvku, jako je řízení o úschovách, umořování listin, řízení o soudním prodeji zástavy. Poslední, pátá hlava zvláštní části je nazvána Řízení ve věcech rodinně-právních. Upravuje postupně řízení ve věcech manželských a partnerských, ochranu proti domácímu násilí, řízení o určení a popření rodičovství, řízení o osvojení a péči soudu o nezletilé.

ZŘS neobsahuje řízení ve věcech obchodního rejstříku, které bylo až doposud obsaženo v OSŘ, tam však již rovněž toto řízení není. Řízení ve věcech obchodního rejstříku zůstává řízením soudním (ačkoli byla zvažována i jiná řešení), avšak pro jeho úpravu byla zvolena cesta samostatného zákona, která soustřeďuje všechny soudní rejstříky, a to: spolkový rejstřík, nadační rejstřík, rejstřík ústavů, rejstřík společenství vlastníků bytových jednotek, obchodní rejstřík a rejstřík obecně prospěšných společností (zákon č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob).

Nový zákon vyvolával už v době své rychlé přípravy četné kontroverze. Ty přirozeně pokračují i šest měsíců po jeho účinnosti, kdy zejména počáteční praxe s ním spojená přináší interpretační a aplikační problémy a také různá nepochopení. Jsme už příliš vzdáleni od r. 1950, kdy byl u nás zrušen spolu s civilním řádem soudním také zákon č. 100/1931 Sb. z. o základních ustanoveních řízení nesporného a praktičtí právníci neměli příležitost se s tímto základním dělením civilního procesu vyrovnat a ztotožnit. To bude nepochybně nějakou dobu trvat. Je také jisté, že obsáhlý nový zákon není bez chyb a nedostatků.

Ačkoli je přijaté řešení z hlediska teoretického správné a o legislativním oddělení sporného a nesporného řízení se již delší dobu diskutovalo bez jednoznačných negativních názorů, to vše ještě nezaručuje správnost jeho promítnutí do legislativní úpravy. Domnívám se, že dílčí nedostatky v úpravě jednotlivých řízení budou postupně odstraněny či zmírněny jednak judikaturou Nejvyššího soudu, nebo i dílčí novelizací. Závažnější nedostatky obecného rázu, systémové, ovšem

tak snadno odstranit nelze. Takové nedostatky resp. problémy nové úpravy zmíním dva: jednak je to otázka subsidiarity a za druhé pojetí hlavy páté zvláštní části ZŘS nazvané Řízení ve věcech rodinně-právních.

Subsidiární použití jiného zákona je v legislativě celkem běžnou záležitostí. Občanský soudní řád se postupně stal obecným procesním předpisem (mimo trestní oblast) v tom smyslu, že se jeho podpůrné užití stanoví nejen ve speciálních zákonech spadajících do odvětví civilního procesu (jako je například zákon o rozhodčím řízení, exekuční řád, insolvenční zákon aj.), ale i mimo tuto oblast (pro příklad možno uvést soudní řád správní upravující správní soudnictví, nebo daňový řád). Je proto přirozené, že OSŘ platí podpůrně i pro zákon o zvláštních řízeních soudních. Problém vidím v samotném podpůrném užití. Při poměrně podrobné úpravě ve zvláštním zákonu je vždy otázkou, co vlastně a v jaké šíři z jiného zákona v praxi použít. To dává možnosti velmi různé interpretace, což není pro aplikační praxi žádoucí. Zákon o zvláštních řízeních soudních je navíc poznamenán rozdílným přístupem a rozdílným pojetím různých autorů, jejichž texty nebyly z tohoto hlediska dostatečně koordinovány. Někde tak vzniká až trojitá možnost subsidiarity, což nemůže jasnosti právní úpravy přispět. Nejenže má zákon sám obecnou část, která se použije podpůrně, není-li ve zvláštní části stanoveno něco jiného, ale některé části mají dokonce vlastní obecnou část, pokud zahrnují více řízení (viz Obecná ustanovení detenčního řízení). Jiná řízení zase nerespektují obecnou část vůbec a upravují veškeré instituty samostatně (to platí zejména o řízení o pozůstalosti).

Zvláštním problémem z tohoto hlediska je řízení v některých věcech rodinně-právních (o tom viz dále). Podpůrné použití jiného zákona by si patrně vyžadovalo daleko přesnější vymezení, jinak se lze obávat spíše libovůle aplikujícího, než dodržení zákonného pravidla.

Druhý obecný problém spatřuji v otázce zařazení hlavy nazvané Řízení ve věcech rodinně-právních. Poměrně jasné kritérium, které vedlo k přijetí zvláštního zákona, to jest oddělení právní úpravy

sporných a nesporných řízení, zde zákonodárce opustil a tato hlava se vymkla z konceptu zákona tím, že sem zařazuje věci podle jejich hmotněprávního základu, nikoli podle charakteru řízení. Z toho, že většina věcí rodinného práva se řeší v řízení nesporném, nelze přece vyvozovat, že sem mají být zařazeny i věci svou hmotněprávní povahou rodinné, avšak procesně patřící podle převažujících hledisek do sporného řízení. To platí zejména o řízení o rozvod manželství. To je řízení sporné (nejde-li o rozvod po vzájemné dohodě). Zařazení jednoho řízení o rozvod manželství do zákona o zvláštních řízeních považují za dvojitou chybu. Jednak pro samo toto zařazení a za druhé proto, že nedošlo při této příležitosti k oddělené procesní úpravě rozvodu sporného a rozvodu po vzájemné dohodě. Takto je zase zákonodárce nucen samotnou povahou věci upravovat zde jednotlivé prvky sporu, zejména vyloučit vyšetřovací princip v obecné části zákona uplatněný, protože ten se skutečně na rozvod manželství uplatnit nedá. A to už je konstrukce na jeden zákon až příliš složitá.

Summary

Adversary and Non-adversary Civil Procedure in the Czech Republic

In its first and second part, the article discusses how elements of adversary procedure were gradually introduced into the hitherto uniform Code of Civil Procedure of the Czech Republic in the 1990's. There are two particular aspects: enhanced procedural responsibility of the parties in the form of obligation to produce evidence and to bear the burden of proof on one hand, and the concentration of proceedings which prevents parties from delaying the proceedings by making motions in the later stages of the process on the other.

Neither of the new elements pertains to non-adversary proceedings, such as custody and care of minor children, inheritance proceed-

ings and proceedings on limitation of legal capacity etc. These non-adversary proceedings are governed by different principles and namely by the principle to duly establish facts. Gradual changes finally led to a new piece of legislation, the Act 292/2013 Sb., on Special Judicial Proceedings, which regulates non-adversary proceedings in general terms as well as their individual types.

The Code of Civil Procedure continues to regulate and govern disputes.

The third part of the article discusses the benefits of the above-mentioned legislation which has its positives and negatives. Most important is, however, how well it will serve the judicial practice.

PRÁVNE ASPEKTY ZMIERU V ROZHODCOVSKOM KONANÍ

JOZEF ZÁMOŽÍK

Abstrakt: Zákon o rozhodcovskom konaní umožňuje, aby účastníci rozhodcovského konania skončili rozhodcovské konanie zmierom. Tento zmier možno zaznamenať formou rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach, ktorý vydáva rozhodcovský súd. Tento príspevok sa zaoberá práve teoretickými i praktickými právnymi aspektmi zmieru uzatvoreného v rozhodcovskom konaní a rozhodcovským rozsudkom, ktorý takýto zmier zaznamenáva – najmä jeho právnym režimom, formou, obsahom a účinkami.

Kľúčové slová: rozhodcovské konanie, zmierovacie konanie, zmier, rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach, rozhodcovský zmier

1. Úvod

Hoci odjakživa vznikajú spory v každej spoločnosti, právna regulácia systému ich riešenia je v povedomí právnikov i laikov často prakticky zredukovaná na jeden jediný spôsob – riešenie sporov súdnou cestou. Nehľadajú sa ďalšie efektívnejšie možnosti ich riešenia. Avšak viaceré kultúry vo svete považovali umenie dohodnúť sa za najvyššiu cnosť a súdne riešenie sporov za najextrémnejší prípad, ako ukončiť spor. Mnohí radšej svoj spor neriešili alebo súhlasili s neoprávnenými a neprimeranými požiadavkami druhej strany, len aby nemuseli postúpiť potupnú cestu na súd. Práve z týchto civilizácií (predovšetkým Amerika a Ázia) začali prúdiť poznatky o nových spôsoboch riešenia sporov.¹

1 POSPÍŠIL, L. J.: Etnologie práva: Teze ke studiu práva z mezikulturní perspektivy. Praha: SET OUT, 1997, s. 24n.

Mimosúdne riešenie sporov, okrem toho, že poskytuje možnosť civilizovanejšej formy riešenia sporov, predstavuje aj efektívnejší spôsob, ako spor vyriešiť. Mnohé mimosúdne postupy prinášajú nielen lacnejšiu a rýchlejšiu alternatívu k súdnemu konaniu, ale aj umožňujú všetkým stranám odísť zo sporu so vztýčenou hlavou. Zároveň nenarúšajú vzťahy medzi spornými stranami tak silno ako súdne predjednanie vecí, ktoré neraz robí zo strán „nepriateľov na život a na smrť“.²

Jedným z nenahraditeľných inštitútov Občianskeho súdneho poriadku³ pri mimosúdnom riešení sporov je inštitút zmieru a zmierovacieho konania. Strany, ktoré uzatvorili mimosúdnu dohodu, ktorou urovnávajú spor, ktorá sa označuje ako zmier, majú takto možnosť, aby takúto ich dohodu schválil súd. Súd schvaľuje zmier uznesením, ktoré má účinky právoplatného rozsudku súdu.

V teórii civilného práva procesného sa v zásade rozlišujú dva druhy zmieru, a to:

- a) tzv. prétorský zmier
- b) súdny zmier.⁴

Prétorský zmier je výsledkom zmierovacieho konania ako predbežného konania, v ktorom sa nerozvinie celá škála procesných úkonov, ktorú by vyžadovalo samotné sporové konanie. Súd sa v tomto konaní pokúsi o zmier, pričom používa na to vhodné prostriedky výchovného pôsobenia.

Na rozdiel od prétorského zmieru, súdny zmier súd schvaľuje až v priebehu samotného sporového konania.

V právnej teórii i praxi sa však môže zabudnúť a niekedy i zabúda

2 K riešeniu sporov v iných právnych kultúrach napr. DRGONEC, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky. Bratislava: Veda, 1991; HUNGR, P. – KALVODOVÁ, V.: Afroasijské právni kultúry. Vyd. 1. Brno: Masarykova univerzita, 2002.

3 Zákon č. 99/1963 Zb., Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej len „OSP“).

4 Porov. FICOVÁ, S., ŠTEVČEK, M. a kol.: Občianske súdne konanie. 1. vydanie. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 210n.

na ďalší druh zmieru a to zmier v rozhodcovskom konaní – tzv. rozhodcovský zmier.

2. Právna úprava zmieru v rozhodcovskom konaní

Zmier v rozhodcovskom konaní upravuje celkom stručné ustanovenie § 39 zákona č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní v znení neskorších predpisov (ďalej len „**ZRK**“). Toto ustanovenie je všeobecné a iba stručne reglementuje možnosť strán skončiť rozhodcovské konanie zmierom a tento zmier zaznamenať rozhodcovským rozsudkom (o dohodnutých podmienkach).

Zákonnodarca pri formulovaní tohto ustanovenia nenadväzuje na pôvodnú právnu úpravu ZRK z roku 1996, ale vychádza z čl. 30 Modelového zákona,⁵ ktorý v niektorých častiach aj doslovne preberá. Dokonca zavádza nový termín „rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach“, ktorý je takmer doslovným prekladom v Modelovom zákone použitého anglického výrazu „arbitral award on agreed terms“. Použitie nového výrazu však neovplyvňuje skutočnosť, že ide o rozhodcovské rozhodnutie, ktoré sa považuje za rozhodcovský rozsudok.

V rozhodcovskom konaní sa subsidiárne nepoužijú ustanovenia OSP o zmierovacom konaní (§ 67 – 69 OSP) a ani o zmieri (§ 99 OSP), keďže sú otázky zmieru vyčerpávajúco upravené v ZRK. To však nevylučuje, aby jedna alebo všetky zmluvné strany rozhodcovskej zmluvy kedykoľvek podali návrh na súd zmierovacie konanie a aby následne takýto zmier súd napriek rozhodcovskej zmluve schválil.

5 Modelový zákon UNCITRAL o medzinárodnej obchodnej arbitráži (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006), ďalej len „**Modelový zákon**“.

3. Rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach

Vyriešenie sporu medzi stranami vzájomnou dohodou môže byť prínosné všetkým účastníkom rozhodcovského konania, na rozdiel od autoritatívneho rozhodnutia sporu rozhodcovským súdom. Práve preto by sa mal rozhodcovský súd snažiť o zmierlivé vyriešenie sporu počas celého rozhodcovského konania napriek tomu, že táto povinnosť nie je v ZRK explicitne stanovená na rozdiel od napr. predchádzajúceho ZRK z roku 1996, ktorý ju v ustanovení § 19 ods. 2 výslovne stanovoval.

Keďže predmetom rozhodcovského konania môžu byť len právne veci, ktoré možno v konaní pred súdom môžu skončiť súdnym zmierom, všetky spory, ktoré sú riešené v rozhodcovskom konaní možno skončiť zmierom.

Zmier predstavuje akúkoľvek dohodu uzatvorenú účastníkmi v priebehu rozhodcovského konania, ktorou si upravujú vzájomné práva a povinnosti a ktorou sa urovnáva spor, ktorý sa rieši v rozhodcovskom konaní. Z hmotnoprávneho hľadiska spomedzi zmluvných typov touto dohodou môže byť napr. dohoda o urovnaní (pokonávka, *transactio*),⁶ dohoda o privatívnej novácii (*novatio*)⁷, dohoda o zrušení záväzku (*dissolutio*)⁸, dohoda o vzdaní sa práva alebo dohoda o odpustení dlhu⁹, alebo dohoda o započítaní (*compensatio*)^{10,11}. Zmierom môže byť aj dohoda, ktorá je výsledkom mediácie (dohoda o mediácii) uzatvorená podľa ustanovenia § 15 Zákona č. 420/2004

6 Ustanovenie § 587 Zákona č. 40/1964 Zb., Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „OZ“).

7 Ustanovenie § 570 OZ a nasl.

8 Ustanovenie § 572 ods. 2 OZ.

9 Ustanovenie § 574 ods. 1 OZ.

10 Ustanovenie § 581 ods. 4 OZ.

11 K jednotlivým zmluvným typom podrobne: LAZAR, J. a kol.: Občianske právo hmotné. Tretie doplnené a prepracované vydanie. 2. zväzok. Bratislava: IURA EDITION, 2006, s. 84n.

Z. z. o mediácii a o doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

Následkom uzatvorenia zmiery účastníkmi rozhodcovského konania je povinnosť rozhodcovského súdu zastaviť rozhodcovské konanie. V zmysle ustanovenia § 39 ods. 1 ZRK rozhodcovský súd musí zastaviť rozhodcovské konanie bez toho, aby žalobca – účastník rozhodcovského konania, vzal žalobu späť. Rozhodcovský súd rozhodcovské konanie zastavuje rozhodcovským uznesením.¹²

Podľa ZRK zmier rozhodcovský súd zaznamenáva formou rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach, na rozdiel od súdneho resp. prétorského zmiery, ktoré súd schvaľuje uznesením. Ide o jediný prípad, keď rozhodcovský súd vydáva rozhodcovský rozsudok, no nejde o autoritatívne rozhodnutie sporu rozhodcovským súdom.¹³

Ak sa uzatvorí zmier, rozhodcovský súd vydá rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach iba v prípade, ak ho o to účastníci rozhodcovského konania požiadajú. Ak žiadosti niet, rozhodcovský súd rozhodcovské konanie len zastaví. Aj v prípade žiadosti, rozhodcovský súd má iba možnosť, nie povinnosť, vydať rozhodcovský rozsudok, ktorým sa zaznamená uzavretý zmier. Vyplýva to z formulácie ustanovenia § 39 ods. 1 ZRK, podľa ktorej rozhodcovský súd „môže“ (nie musí) uzavretý zmier zaznamenať. Rozhodcovský súd teda nie vždy musí rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach vydať. Nevydá ho napr. v prípade, ak je podľa neho zmier je v rozpore so zákonom. Takisto ho nemusí vydať napr. ani v prípade, ak nebola rozhodcom zaplatená odmena za rozhodcovské konanie, alebo z rôznych iných dôvodov.

Z ustanovenia § 39 ods. 1 ZRK výslovne nevyplýva, že by sa vydaním rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach končilo rozhodcovské konanie (ako to napr. explicitne ustanovuje Modelový

12 Ustanovenie § 38 ods. 1 ZRK.

13 Ustanovenie § 33 ods. 1 písm. b) ZRK.

zákon). Gramatickým výkladom tak možno dospieť k paradoxnému záveru, že rozhodcovský súd by okrem vydania rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach mal vydať aj rozhodcovské uznesenie o zastavení rozhodcovského konania. Treba sa však skôr prikloniť k logickému záveru, že samotným vydaním rozhodcovského rozsudku rozhodcovské konanie končí a netreba vydávať žiadne ďalšie rozhodcovské uznesenie.

3.1 Právny režim a účinky rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach

Hoci rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach treba považovať za druh rozhodcovského rozsudku, nie všetky ustanovenia ZRK o rozhodcovskom rozsudku sa budú vzťahovať aj na rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach, ale iba tie, na ktoré odkazuje ZRK v ustanovení § 39 ods. 2 ZRK. Inak je to s účinkami týchto rozhodcovských rozhodnutí, pri ktorých platí zásada, že rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach má rovnaké účinky ako rozhodcovský rozsudok vo veci samej.¹⁴

ZRK stanovuje subsidiaritu ustanovení § 33, 34 a 36 ZRK na rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach, pričom sa tieto ustanovenia na neho vzťahujú „primerane“.¹⁵ Preto neprichádza do úvahy ich mechanická aplikácia na všetky aspekty tohto inštitútu, ale pri ich aplikácii treba zohľadniť zásady, na ktorých sú tieto ustanovenia postavené.¹⁶ Vzhľadom na významovú nejednoznačnosť primeraného použitia týchto ustanovení v aplikačno-právnej praxi sa zdá z hľadiska právnej istoty vhodné, aby rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach v čo najširšej miere vyhovoval týmto ustanoveniam.

Na rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach sa pri-

14 Ustanovenie druhej vety § 39 ods. 2 ZRK.

15 Ustanovenie prvej vety § 39 ods. 2 ZRK.

16 Porov. Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 20 Cdo 1592/2006, ze dne 26.4.2007.

merane nepoužije ustanovenie § 37 ZRK o preskúmaní rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach. Preto jeho preskúmanie iným rozhodcom (rozhodcami) neprichádza do úvahy. ZRK však pripúšťa, aby v prípade preskúmania iného rozhodcovského rozhodnutia bol v priebehu takéhoto konania vydaný rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach.¹⁷

Otázne je, či sa možno domáhať zrušenia rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach žalobou podľa ustanovenia § 40 a nasl. ZRK. Keďže ustanovenie § 40 ZRK nie je vo výpočte uvedenom v ustanovení § 39 ods. 2 ZRK, ktorý treba považovať za vyčerpávajúci, treba sa prikloniť k názoru, že rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach nemožno zrušiť na základe žaloby. Použitie ustanovení § 44 nasl. ZRK o uznaní a výkone rozhodcovských rozsudkov však prichádza do úvahy aj pri rozhodcovských rozsudkoch o dohodnutých podmienkach, aj keď ich použitie nie je vyslovene uvedené v taxatívnom výpočte ustanovenia § 39 ods. 2 ZRK. Ich použitie totiž prichádza do úvahy z dôvodu, že sa týkajú účinkov rozhodcovského rozsudku (vykonateľnosti), ktoré sú rovnaké aj pri rozhodcovských rozsudkoch o dohodnutých podmienkach.

Hoci ZRK explicitne neuvádza, že na vydanie rozhodcovského rozsudku sa vzťahuje aj ustanovenie § 32 ZRK o rozhodovaní viacerými rozhodcami, treba sa prikloniť k názoru, že aj rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach je rozhodcovské rozhodnutie a v prípade, ak sa vydáva v rozhodcovskom konaní s viacerými rozhodcami, títo rozhodcovia rozhodujú v súlade s ustanovením § 32 ZRK. Hoci podľa dôvodovej správy rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach „*sa nevydáva na základe hlasovania rozhodcov*“, nie je zrejmé, akým iným spôsobom možno dospieť k rozhodnutiu, ak nie týmto postupom. Tento právny názor sa preto javí ako nesprávny.

Nepriamo použitie ustanovenia § 32 ZRK vyplýva z ustanovenia § 34 ods. 1 ZRK, ktoré vyžaduje, aby rozhodcovský rozsudok obsahoval

¹⁷ Ustanovenie § 37 ods. 3 ZRK.

val podpis väčšiny rozhodcov (pričom dôvod chýbajúceho podpisu treba uviesť). Ak by vydaniu rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach nepredchádzalo hlasovanie rozhodcov, neexistoval by procesný postup, ako dospieť k tomuto rozhodcovskému rozhodnutiu v rozhodcovskom konaní s viacerými rozhodcami. Použitie ustanovenia § 32 ZRK však nie je v rozpore ani s ustanovením § 39 ods. 2 ZRK, ktoré stanovuje taxatívny výpočet ustanovení ZRK, ktoré sa „primerane vzťahujú“ na rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach. Ustanovenie § 32 však neupravuje priamo rozhodcovské rozhodnutie, ale procesný postup tvorby rozhodcovského rozhodnutia. Nevzťahuje sa teda priamo na rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach, ale na proces jeho tvorby. Preto možno konštatovať, že ustanovenie § 32 sa použije aj pri vytváraní rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach.

3.1.1. Forma a obsah rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach

Forma a obsah rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach vyplýva predovšetkým z použitia ustanovenia § 34 ZRK aj na rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach. Rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach tak musí mať písomnú formu a musí obsahovať:

- a) označenie že ide o rozhodcovský rozsudok,¹⁸
- b) označenie rozhodcovského súdu,¹⁹
- c) mená a priezviská rozhodcov,²⁰
- d) označenie účastníkov rozhodcovského konania a ich zástupcov menom a priezviskom alebo obchodným menom, alebo názvom,²¹

18 Ustanovenie § 39 ods. 2 ZRK.

19 Ustanovenie § 34 ods. 2 písm. a) ZRK.

20 Ustanovenie § 34 ods. 2 písm. b) ZRK.

21 Ustanovenie § 34 ods. 2 písm. c) ZRK.

- e) miesto rozhodcovského konania,²²
- f) dátum vydania rozhodcovského rozsudku,²³
- g) výrokovú časť,²⁴
- h) poučenie o možnosti podať žalobu na súd o zrušenie rozhodcovského rozsudku,²⁵
- i) podpisy väčšiny rozhodcov, pričom dôvod chýbajúceho podpisu treba uviesť.²⁶

Výroková časť rozhodcovského rozsudku by mala obsahovať obsah zmiernu uzatvoreného účastníkmi rozhodcovského konania. Predovšetkým treba dbať na to, aby bol výrok určitý a zrozumiteľný. Ak sa v ňom ukladá povinnosť niečo plniť, treba vo výroku uviesť aj lehotu na toto plnenie. Výroková časť by mala obsahovať *„aj údaj o výške trov rozhodcovského konania a o tom, ktorý účastník rozhodcovského konania je povinný ich uhradiť, prípadne v akom pomere sa trovy medzi účastníkov rozhodcovského konania rozdeľujú“*.²⁷ Treba dbať, aby rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach bol v súlade s ustanovením § 33 ods. 2, ZRK, najmä aby sa vo výroku neukladala nikomu povinnosť, ktorá *„odporuje zákonu alebo ho obchádza, alebo sa prieči dobrým mravom“* alebo *„plnenie, ktoré je nemožné“*.

Keďže by rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach mal obsahovať aj poučenie o možnosti podať žalobu na súd o zrušenie rozhodcovského rozsudku, vzhľadom na skutočnosť, že rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach nemožno napadnúť žalobou o zrušenie rozhodcovského rozsudku, treba v poučení túto skutočnosť uviesť.

22 Ustanovenie § 34 ods. 2 písm. d) ZRK.

23 Ustanovenie § 34 ods. 1 písm. e) ZRK.

24 Ustanovenie § 34 ods. 2 písm. f) ZRK.

25 Ustanovenie § 34 ods. 2 písm. h) ZRK.

26 Ustanovenie § 34 ods. 1 ZRK.

27 Ustanovenie § 34 ods. 4 ZRK.

Rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach nemusí obsahovať odôvodnenie.²⁸

V prípade, ak by rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach obsahoval chyby v písaní, počítaní či iné zrejme nesprávnosti, rozhodcovský súd môže do 30 dní odo dňa jeho vydania tieto chyby, resp. nesprávnosti opraviť v zmysle ustanovenia § 36 ods. 1 ZRK. Obdobne rozhodcovský súd môže podať na žiadosť účastníka rozhodcovského konania podať výklad k určitej časti rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach v prípade, ak bola žiadosť podaná do 30 dní odo dňa jeho doručenia.²⁹

3.2. Účinky rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach

Právne účinky rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach sú rovnaké ako právne účinky akéhokolvek iného rozhodcovského rozsudku.³⁰ Keďže rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach nemožno preskúmať postupom podľa ustanovenia § 37 ZRK, rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach má pre účastníkov rozhodcovského konania rovnaké účinky ako právoplatný rozsudok súdu. Podmienkou jeho právoplatnosti je, aby bol doručený účastníkom rozhodcovského konania v súlade s ustanovením § 25 ZRK.

Pokiaľ z rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach vyplýva určitá povinnosť niečo plniť, po uplynutí lehoty na plnenie sa stáva vykonateľným exekučným titulom podľa ustanovenia § 41 ods. 2 písm. d) Zákona č. 233/1995 o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti (Exekučný poriadok) a o zmene a doplnení ďalších zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „EP“). Rozhodcovský súd

28 Ustanovenie § 34 ods. 2 písm. g) ZRK.

29 Ustanovenie § 36 ods. 2 ZRK.

30 Ustanovenie § 35 ZRK.

opatrí rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach potvrdením o vykonateľnosti.³¹

Rozhodcovský rozsudok o dohodnutých podmienkach je rozhodcovským rozhodnutím, na ktoré sa vzťahuje i tzv. Newyorský dohovor.³² K názoru, že môže byť uznaný a vykonaný v súlade s tzv. Newyorským dohovorom sa prikláňa i odborná literatúra, podľa ktorej „[d]ohody o urovnaní medzi stranami a zmiery, nemožno kvalifikovať ako rozhodnutia [rozhodcovské rozhodnutia, na ktoré sa vzťahuje Newyorský dohovor – pozn. prekl.], i keby boli zaznamenané v rozhodcovskom konaní, pokiaľ rozhodcovský súd nevydá rozhodnutie o súhlase na základe takého urovnania alebo pokiaľ ich ináč nekvalifikujú ako rozhodnutia podľa príslušného *lex arbitri*“.³³

Uznanie a výkon rozhodcovského rozsudku o dohodnutých podmienkach je vyslovene prípustné i podľa väčšiny viacerých bilaterálnych medzinárodných zmlúv o právnej pomoci, ako je napr. Zmluva medzi Československou republikou a Albánskou ľudovou republikou o právnej pomoci v občianskych, rodinných a trestných veciach,³⁴ Zmluva medzi Československou socialistickou republikou a Socialistickou federatívnou republikou Juhosláviou o úprave právnych vzťahov v občianskych, rodinných a trestných veciach,³⁵ Zmluva medzi Československou socialistickou republikou a Cyperskou republikou o právnej pomoci v občianskych a trestných veciach,³⁶ Zmluva medzi Slovenskou republikou a Českou republikou o právnej pomoci poskytovanej justičnými orgánmi a úprave niektorých právnych vzťahov

31 Ustanovenie § 42 ods. 2 EP.

32 Ustanovenie čl. I. Dohovoru o uznaní a výkone cudzích rozhodcovských rozhodnutí (vyhláška č. 74/1959 Zb.).

33 KRONKE, H. et al.: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, pp. 158 – 159.

34 Vyhláška č. 97/1960 Zb.

35 Vyhláška č. 207/1964 Zb.

36 Vyhláška č. 96/1983 Zb.

v občianskych a trestných veciach,³⁷ Zmluva medzi Československou socialistickou republikou a Maďarskou ľudovou republikou o právnej pomoci a úprave právnych vzťahov v občianskych, rodinných a trestných veciach,³⁸ Zmluva medzi Československou socialistickou republikou a Španielskom o právnej pomoci, uznaní a výkone rozhodnutí v občianskych veciach,³⁹ Úmluva medzi republikou Československou a Švýcarskem o uznaní výkonu soudních rozhodnutí.⁴⁰

Summary

Arbitration Act allows parties to arbitration to finish arbitration by settlement. This settlement can be recorded in the form of an arbitration award on agreed terms rendered by the arbitration court. Such arbitration award has the effect of a final judgment of the court. It cannot even be annulled by an action for setting aside of an arbitration award. Arbitral award on agreed terms, which recorded a settlement in arbitration is not only enforceable title under Execution rules, but it is also the basis for recognition and enforcement under the New York Convention, and numerous bilateral international treaties.

37 Oznámenie č. 193/1993 Z.z.

38 Oznámenie č. 63/1990 Zb.

39 Vyhláška č. 6/1989 Zb.

40 Oznámenie č. 23/1929 Sb.

ČESKÝ OBČANSKÝ ZÁKONÍK A MANŽELSKÉ PRÁVO MAJETKOVÉ

MICHAELA ZUKLÍNOVÁ (HENDRYCHOVÁ)

I. Namísto úvodu

Prvního ledna roku 2014 nabyl v České republice účinnosti zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. Je samozřejmé, že společensko-politická situace, tak diametrálně odlišná od počátku šedesátých let, přímo prodchnutých „budovatelským“ nadšením, vyvolala potřebu zásadní proměny soukromoprávní úpravy: vždyť právě tato oblast práva je rozhodná pro každodenní bytí člověka a provází jej celým životem. Je ale relevantní také pro osoby právnické, pro obchod a všechno, co s ním souvisí, a rovněž pro poměry s mezinárodním prvkem.

Nová kodifikace představuje kvalitativní zvrat ve všech ohledech, to je patrné již při prvním nahlédnutí do zákonného textu. Podstatné ale je, že vychází z odlišných kořenů než předchozí dva poválečné zákoníky občanského práva (1950 a 1964), řídí se jinými principy, sleduje rozdílné cíle, poskytuje ochranu statkům, hodnotám a společenským zařízením, dříve (alespoň z jistých hledisek) poněkud (i zcela) opomíjeným.

Je pravda, že původním záměrem bylo shrnout do jediného kodexu veškeré soukromé právo, zhruba tak, jak to udělali v Nizozemí. Nakonec ale, v důsledku vlivů různých politických stran a skupin, ale i zásluhou jistých významných osobností, občanský zákoník některé otázky neupravuje. Mezi takto „vynechané“ patří zejména statusové právo právnických osob obchodního typu¹, statusové právo stejnop-

1 Zákon č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích.

hlavních dvojic², soukromé poměry zaměstnanců a zaměstnavatelů³ a soukromoprávní otázky s cizím prvkem⁴. Do kodexu ale zase byly - třeba až na poslední chvíli - vtaženy některé dosud samostatné předpisy, zejména totiž zákon o vlastnictví bytů.

Na druhé straně, po stránce koncepční byla, anebo spíš je, původní nosná idea plně ctěna a uskutečněna: občanský zákoník je zákoníkem postaveným na principu autonomie vůle, úcty k volní svobodě člověka. Tento princip, zakotvený již v Ústavě ČR i v Listině základních práv a povinností⁵, je zde uveden nejen výslovně, hned v úvodním ustanovení (§ 1 odst. 2), ale jednotlivé právní instituty jsou pak upraveny právě se zřetelem k tomuto myšlenkovému východisku. Že jde především o celou oblast závazkového práva, je nábíledni.⁶

Svého druhu doplněk řečeného principu pak představuje řešení otázky neplatnosti právního jednání (dř. právního úkonu). Ze zásady *potius valeat actus quam pereat* vyplývá nejen nutnost dát přednost platnosti před neplatností⁷, stejně jako existenci před neexistencí (v obou případech roz. právního jednání)⁸, ale i tam, kde je sankce neplatnosti nezbytná, nijak se neplýtvá neplatností absolutní, ale naopak, stává se výjimečnou v poměru k relativní ne-

2 Zákon č. 115/2006 Sb, o registrovaném partnerství.

3 Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozd. předp.

4 Zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním.

5 Ústava ČR, zák. č. 1/1993 Sb., ve znění pozd. předp.; usn. předs. ČNR o vyhlášení listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku ČR, uveř. pod č. 2/1993 Sb., ve znění pozd. předp.: jedná se o zásadu „co není zakázáno, je dovoleno“.

6 Zajisté, že i v rámci obligačního práva nutně najdeme předpisy, které zmíněný princip pomíjejí. Je tomu tak v těch případech, kdy nerovné postavení stran závazku je třeba vyrovnat cestou právní podpory: to není možné zaříditi jinak než kogentní právní úpravou.

7 Výslovně srov. in § 574 OZ 2012.

8 Je třeba poznamenat, že tento princip je vlastní rovněž části zákoníku o věcných právech, kde i kogentní ustanovení jsou koncipována ve prospěch existence (něčeho či vzniku něčeho) spíš než zániku; obdobně v rodinném právu.

platnosti, která má místo všude tam, kde zákon chrání zájem toliko určité osoby.^{9, 10}

Významu nabývá rovněž zásada, která je v tržním demokratickém světě skutečně principiálně uznávána, totiž zásada stručně uváděná jako „*vigilantibus iura*“.¹¹ To předně znamená, že ten, komu svědčí právo, je povinen se starat, pečovat, řádně právo vykonávat, ať jde o to nezanedbat péči o své věci (a předejít tak jejich vydržení, ale i jiného nabytí nevlastníkem), žádat včas své dlužníky o plnění, včas pořídit pro případ své smrti¹², atd. ale také včas a řádně uplatnit právo u soudu (a předejít tak ztrátě nároku), atd. atd.

Ale tuto zásadu je nyní třeba vidět jako obecně platnou: kdo se stará, tomu je třeba pomoci, toho je třeba chránit, dát mu přednost! Každý sám za sebe se musí starat o své záležitosti, nepomůže mu už stát, s jehož pomocí toliko lidí dosud počítá, protože jsme si pocit, že „stát je povinen“, přinesli z kolektivistického režimu, a tento pocit je bohužel velmi silný.¹³ V tradiční demokracii by nikoho nic takového ani nenapadlo!

Prioritní předměty ochrany se změnily, zase tak, jak to odpovídá normálním, běžným, klasickým standardům. V první řadě je chráněna osobnost člověka, jakož i její jednotlivé stránky. Právní úprava je tu

9 Výslovně a návodně tak stanoví § 586 OZ 2012.

10 Dříve vedoucí zásada rovnosti není potlačena, ale počítá se s tím jako apriorní. Je ostatně dostatečně zakotvena v Ústavě ČR i v Listině základních práv a svobod. V OZ 2012 se promítá zejména ve spotřebitelském právu, ale rovněž všude tam, kdy je třeba právě rovnost stran, anebo osob (jako třeba v rodině) zajistit, podpořit a ochránit

11 Tato zásada zní takto: *Vigilantibus et non dormientibus iura subveniunt* (popř. *servat lex*), tj. právo (zákon) slouží bdělým, nikoli spícím.

12 .. tj. a nenechat, aby se zdravotní stav testujícího zhoršil až natolik, že má závěť bude shledána neplanou pro nezpůsobilost dotyčné osoby ...; stejně platí o dalších jednáních, která lze učinit na případ smrti nebo zhoršení zdravotního stavu (děti, pitvy, pohřeb atd.) ...

13 Sluší se poznamenat: netuším samozřejmě, jak je tomu ve Slovenské republice, ale v České republice to platí nepochybně.

mnohem košatější, detailnější. To se týká zejména ustanovení o zásahu do integrity člověka, ale i o osudu jeho těla po smrti.

Výrazná ochrana je dále poskytována rodině, především pak dětem a jejich biologickému vztahu k rodičům. Je srozumitelné, že civilní právo nemůže zasáhnout ani do oblasti sociálně-právní ochrany dětí, ani do sociální péče státu, pokud jde o finanční podporu rodiny, ale novými ustanoveními je zajištěna mnohem lépe než dřív ta stránka soukromá, rovina soukromoprávní. To se týká i majetkového práva manželskému, kterému je věnován pak další text, které je také uchopeno takovým způsobem, aby skýtalo všestranně příznivou ochranu nejen rodině jako celku a jejím jednotlivým členům, především dětem, ale i ochranu slabšímu članku manželského páru.

V nemalé míře je rovněž posílena ochrana vlastnictví jako společenského a právního institutu. Napříště by mělo být zřejmé, že právě svoboda vlastnictví, ba i nabývání do vlastnictví, je předpokladem svobody člověka. V tomto ohledu má významně napomoci nezávislé uplatňování předpisů občanského zákoníku a veřejnoprávních předpisů.¹⁴

Mluvím-li o zásadních východiscích nového kodexu civilního práva, musím konečně zmínit významnou roli poctivosti a dobré víry, totiž vlastně moderně řečeno – *férovosti* ve styku mezi osobami soukromého práva: předpokládaná férovost každého jednání, a zároveň odepření právní ochrany zjevnému zneužití práva.

Občanský zákoník 89/2012 nepožaduje pro sebe hodnocení slovy výhradně pochvalnými. Ostatně, mnohé z představ, a to i těch, které byly obsaženy ve věcném záměru z r. 2001, nebyly vůbec naplněny, někdy je výsledné řešení dokonce právě opačné. Mnozí si stěžují na

14 Jde kupř. o to, že je zajištěno, aby v rámci soukromého práva mohl vlastník domu s domem nakládat podle svého uvážení, že není napříště vázán rozhodnutím stavebního úřadu o tom, co je a co není tzv. nebytový prostor. Podobně jde o zakotvení soukromoprávní úpravy zdravotnických služeb poskytovaných osobami, na které se nevztahují předpisy zdravotního práva atd.

mnohé, mnohé by rádi viděli jinak. Jistě jsou místa, která si opravu zaslouží, ale také jiná, kterým mnohem spíš prospěje náležitý výklad, totiž výklad odpovídající smyslu zákoníku (srov. § 2). Já osobně vidím jako značně problematickou oblast věcných práv, která se nejvíc vzdálila želanému vzoru, kterým byl návrh čsl. občanského zákoníku z r. 1937: nová právní úprava převzala takřka doslova vzor zastaralý, dávno kritizovaný, odmítnutý, nikým v Evropě nenásledovaný, totiž text ABGB.¹⁵ Vadnost celé části kodexu lze ale napravit vskutku jen stěží.

II. Zlomky z majetkového práva manželského

1. „Majetkové právo manželské“ je nový pojem, nový právní institut, který vrací rodinné právo manželské do „klasického“ rámce rodinného práva, kdy se manželské právo, jako jedna ze základních částí rodinného práva, dělí na část osobního práva a část majetkového práva. Zatímco v první části se řeší především statusové otázky, tedy sňatek a rozvod, a dále pak vlastní život manželského páru (práva a povinnosti intimnější, právo zastupovat manžela atd. atp.), v části majetkové by mělo být vyřešeno všechno, co je manželům společné a má majetkový aspekt. Samozřejmě tedy také výživné a společné bydlení.¹⁶ U těchto otázek se zastavíme posléze, nyní věnujme svou pozornost společnému jmění manželů.

2. Začněme tím, co dovolilo významně „změnit pravidla“ o společném jmění manželů (SJM). Byl zaveden nový pojem „rodinná domácnost“.¹⁷ Jde v podstatě o označení prostoru, který slouží životu

15 Přičemž ABGB, jak známo, má kořeny mnohem, mnohem starší ... tím hůř!

16 V zahraničních právních úpravách je běžné, že do okruhu majetkového práva manželského jsou zahrnuty i nároky z pojistných smluv včetně důchodového zabezpečení.

17 Výraz „domácnost“ již není definován, ale používá se, a to v různých souvislostech, přičemž za technické termíny lze označit pojem „společná domácnost“ a „rodinná

rodiny, když rodinu tvoří vždy alespoň dva lidé, např. manželé nebo partneři, rodič a dítě¹⁸ atp. Rodinná domácnost s sebou přinesla různá prerogativa, související jak se stránkou osobní, tak i majetkovou. Jak známo, existoval do 31.12.2013 určitý majetkový soubor zvaný „obvyklé vybavení společné domácnosti“ (manželů), což byl majetek, který manželé měli nezbytně společný, který tu zůstával vždy, i když bylo společné jmění manželů zúženo na nejnižší možnou mez: totiž právě až k okruhu obvyklého vybavení společné domácnosti. Potřeba vždy zachovat právě tento majetkový soubor, který byl součástí SJM, znemožňovala, aby se manželé *dohodli na zrušení SJM* nebo aby o zrušení SJM rozhodl soud.¹⁹

Nový právní institut „obvyklé vybavení rodinné domácnosti“²⁰ zavedený civilním kodexem 2012 stojí *vně* souboru společného jmění manželů. Jeho právní povaha je zvláštní jednak tím, že není důležité, komu věci náležející do tohoto souboru patří (jednomu manželovi, oběma manželům, manželé mají věci v nájmu atp.), jednak tím, že s tímto majetkovým souborem nelze nijak disponovat²¹, a nelze disponovat ani s významnějšími majetkovými hodnotami z tohoto souboru

domácnost“. Pokud jde o domácnost, není pochyb o tom, že dnes ji tvoří určitý zvláštní soubor složek osobních a složek majetkových, ale popř. i určitý prostor (srov. následně v textu). „Domácnost“ je vždy provázena nějakým přívlastkem – osvojitele, pěstouna, poškozeného, a také nájemcova(!) apod. „Společná domácnost“ je výjimečný pojem, setkáme se s ním u zastoupení osobou žijící ve společné domácnosti (§ 49), a ve výčtu dědiců zákonné posloupnosti (§ 1636).

18 Přitom může jít o dítě jako potomka, o dítě svěřené do péče, o dítě v pěstounské péči atd. To je nerozhodné.

19 Za trvání manželství mohlo SJM zaniknout pouze ex lege, a to např. v případě, že trestní soud rozhodl o propadnutí majetku jednoho z manželů.

20 „Obvyklé“ je třeba odlišit od „základního“, totiž vybavení rodinné domácnosti (§ 1667), což je majetkový soubor, který případně pozůstalému manželovi, bez ohledu na to, zda je či není dědicem svého manžela.

21 V ustanovení § 718 odst. 3 se praví, že (manželskou) smlouvou nelze vyloučit ani změnit ustanovení o o.v.r.d., ledaže jeden z manželů opustil trvale domácnost a odmítá se vrátit.

bez souhlasu druhého manžela (§ 698),²² musí zůstat zachován, existuje-li manželství, a v podstatě hraje významnější roli jen v souvislosti s oddělením soužití manželů. Pro ten případ jsou dána zvláštní pravidla in favorem zájmu té části rodiny, v níž zůstaly žít nezletilé děti (§ 699).

Vynětí obvyklého vybavení rodinné domácnosti z rámce SJM umožnilo naprostou volnost, pokud jde o volbu z rejstříku možností manželských majetkových režimů. Základním sice zůstává zákonný režim, tedy režim společného jmění²³, ale je možné založit ujednáním manželů, anebo již dříve snoubenců, a stejně tak – později - rozhodnutím soudu jakýkoli jiný majetkový režim, počínaje rozšířením nebo zúžením zákonného rozsahu, ale také režim odložení vzniku společného jmění ke dni zániku manželství, a konečně i režim oddělených jmění manželů.²⁴

Důležité je, že právní důvody (tituly) ustavení režimů jsou zastupitelné, nahraditelné. Bylo-li např. rozhodnuto soudem o separaci, mohou manželé následně rozhodnutí soudu sami překonat svým ujednáním, totiž manželskou smlouvou.

Pro manželské i předmanželské smlouvy i nadále platí vysoká formálnost: je pro ně vyžadována forma veřejné listiny. Zákoník počítá s tím, že jak manželské smlouvy, tak rozhodnutí soudu týkající se manželského majetkového režimu budou zapsány do veřejného seznamu, pokud se tak manželé dohodnou, anebo se tak stane na jejich společnou žádost. Takový veřejný seznam ale nebyl dosud zřízen.

22 Omezení dispozice se ovšem týká i vlastních věcí manžela, čili i manžel, který zamýšlí disponovat některou svou věcí, která ale patří do o.v.r.d., potřebuje k tomu souhlas svého manžela, přičemž druhý manžel je chráněn sankcí relativní neplatnosti.

23 Tj. režim jiný než zákonný se uplatní jen tehdy, pokud se manželé popř. již snoubenci na něm spolu dohodnou, anebo pokud tak rozhodne soud. Podstatou společného vlastnictví jednotlivé věci je bezpodíl.

24 Pokud jde o uspořádání majetkových poměrů manželů pro případ smrti, považuje se manželská smlouva v rozhodné části za smlouvu dědickou, ledaže nemá její náležitosti (§ 718 odst. 3).

Pokud jde o rozsah zákonného jmění, změnila se právní úprava novelizovaného OZ 1964 jen nepříliš. Takto je manželům společné všechno, co je penězi ocenitelné, obecně obchodovatelné, a co nabylo alespoň jeden z nich za trvání manželství, pokud nejde o věci (hodnoty, statky) vyloučené výslovným ustanovením zákona.²⁵ Do SJM patří také majetková složka podílu manžela v obchodní korporaci. Mnohem přesněji je vymezen okruh dluhů, které patří do SJM (§ 710): co se týče dluhů, týkajících se výhradního majetku jednoho manžela, nese je ve svých poměrech dotýčný manžel, a to v rozsahu, který přesahuje zisk z tohoto majetku; také dluhy, které manžel převzal (vlastním jednáním), do SJM nepatří, ledaže dluh kontrahoval v souvislosti s obstaráváním každodenních a běžných potřeb rodiny.

Stejně jako se rozlišuje trojí právní důvod manželského majetkového režimu, rozlišuje se také správa společného jmění zákonná, smluvená a založená rozhodnutím soudu. Občanský zákoník nově nemluví o „obvyklé správě“, ale jen o „jednání v běžných záležitostech“, resp. takových, které nelze považovat za běžné. Novotou je také právní úprava nuceného souhlasu k jednání, které je potřebné v zájmu rodiny, resp. rodinného společenství, kdy souhlas manžela (za splnění určitých podmínek) může nahradit soud (§ 714). Také o smlouvách o správě, resp. rozhodnutí soudu o správě, se předpokládá, že budou registrovány v prve zmíněném registru.

Pro obsah modifikačních smluv jsou samozřejmě dána jistá omezení právě z důvodu potřebné, aspoň minimální ochrany existence rodinného společenství. Především je stanoven zásadní zákaz kontrahovat takový manželský majetkový režim, který by svými důsledky vyloučil schopnost manžela (jednoho z manželů) zabezpečovat rodinu

25 Okruh vyloučeného je do značné míry přenesen rovněž. Za připomínku stojí, že věci, které získal jeden z manželů bezúplatně, mohou vstoupit do společného jmění, pokud taková byla vůle auctora. Co se týká věcí nabytých v restitucích, nejsou už upraveny v části rodinné právo, ale jen ve společných a závěrečných ustanoveních (§ 3040), jako záležitost, která bude co nejdříve uzavřena.

(§ 719). Stejně tak se smluvní ujednání nesmí dotknout práv třetí osoby (zjevně zejména věřitele), ledaže by tato osoba ujednání – ve svúj neprospěch – souhlasně přijala. Pokud třetí osoba nesouhlasila, nebo dokonce ani nebyla na své stanovisko tázána, nemá ujednání manželů vůči ní právní účinky.

Zajímavé je, že OZ 2012 obsahuje pravidla týkající se účinnosti modifikující smlouvy. Jde o to, že zatímco dříve musela smlouva na být účinnosti výhradně en bloc, je nyní možné, aby se podle svého předmětu „rozpadla“, a tudíž její účinky nastaly pro různé předměty v rozdílný okamžik.²⁶ Skutečnost, že dosud nebyl zřízen veřejný rejstřík listin týkajících se manželských majetkových režimů, jakož i to, že z diskuse vzešlé rozhodnutí o fakultativnosti zápisů do takového rejstříku, způsobily, že zakomponované právní prvky, namířené k zajištění řádné informace třetích osob se staly redundantní.

Manželské majetkové režimy založené rozhodnutím soudu jsou známé již z doby BSM (dnes v § 724 násl.). Změny spočívají v tom, že soud nyní nemá povinnost na návrh manžela rozhodnout, že tedy i v tomto případě své rozhodnutí zvažuje, a dále pak v tom, že rozhodnutí soudu, stejně jako smlouva manželů či snoubenců může také soud zrušit společné jmění manželů v době trvání manželství, jinak řečeno, může založit režim separovaného jmění. Konečně novinku představuje i to, že mezi důvody, pro které soud zvažuje rozhodnutí o zásahu do SJM, jsou uvedeny i marnotratnost manžela, skutečnost, že manžel podstupuje soustavně nebo opakované nepřiměřená rizika, anebo to, že manželův věřitel požaduje zajištění své pohledávky v rozsahu přesahujícím hodnotu toho, co manžel – dlužník má jako výhradní vlastník.

Vhledem k tomu, že režim oddělených jmění je u nás naprostou novinkou, jsou i pro tento režim uvedena pravidla, byť jen základní (§ 729 násl.).

26 Takto jde-li o smlouvy týkající se nemovitých věcí, nabudou účinnosti – právě pokud jde o tyto věci – podle toho, kdy dojde ke vkladu smlouvy do katastru nemovitostí.

3. Rubrika „ochrana třetích osob“ (§ 731 násl.) by napovídala, že obsahem zdejších ustanovení je to, co je v ní uvedeno. Původně tomu mělo být tak, že zde byla obsažena právní úprava vyrovnávající zájem manžela se zájmem věřitele, za předpokladu, že v obou případech jde o zájem oprávněný. Dodatečným vložením jedné věty do zdejšího navrženého textu (ke kterémužto vložení došlo v době mezi závěrečným jednáním ústavněprávního výboru a hlasováním o návrhu v poslanecké sněmovně), se podoba zdejších ustanovení zásadně proměnila: na úkor manžela ve prospěch věřitelů.²⁷

4. Samostatnou problematiku představuje oblast vypořádání toho, co patří do SJM, popř. toho, co je vůbec manželům majetkově společné. To ovšem záleží zejména na tom, z jakého důvodu je třeba institutu vypořádání využít. Pokud jde o zánik manželství, musí být vypořádání provedeno vždy, ledaže – výjimečně - není co vypořádat. V případě, že manželství zaniklo smrtí, má zajisté k „vypořádání“ dojít dříve, než dojde k vypořádávání pozůstalostního jmění. Naproti tomu v případě, kdy manželství zaniklo rozvodem, bývá zpravidla věcí dohody manželů, jak se o vypořádání shodnou, popř. neshodnou - a budou žádat o pomoc soud. Neučiní-li do tří let od zániku manželství žádný z²⁸ takových projevů, dojde k vypořádání podle pravidel zákona (nevyvratitelná domněnka, § 741).

²⁷ Vložené odpovídajícího ustanovení také do občanského soudního řádu v části o výkonu rozhodnutí se zjevně vyšlo vstříc velkým věřitelům, kterým se nepodařilo prolobovat své zájmy a potřeby v řádném legislativním procesu. Bohužel ovšem došlo i k tomu, že dotyčné vložené ustanovení v OZ 2012 je v rozporu s jinými ustanoveními tohoto zákoníku, takže již jen z tohoto důvodu se klade otázka po relevanci dodatečně vložené věty.

²⁸ Obecná ustanovení o výživném jsou při nedostatku samostatné kapitoly o výživném, jako tomu bylo v zákoně o rodině, zařazena do oddílu, který ustanovuje o výživném mezi rodiči a dětmi, jako základním a nejdůležitějším vyživovacím právním poměru vůbec (§ 921 násl.).

Bude-li majetková práva a povinnosti manželů vypořádávat soud, stejně jako ve všech jiných případech vypořádání (trest propadnutí majetku, konkurs atd.), využije zákonem stanovená pravidla vypořádání, podle nichž musí víceméně povinně postupovat. Tady došlo k zásadní změně, jen pokud jde o posouzení hodnoty věcí, resp. peněz tak či onak vynaložených (§ 742)!

Při vypořádání toho, co ze SJM vystoupilo, a to při zužování SJM, při separaci společného jmění, v případě uzavření smlouvy o odložení vzniku SJM ke dni zániku společného jmění manželů v době, kdy manželství trvá, popř. i v jiné obdobné situaci, se vždy uplatní zmíněná pravidla (§ 736).

5. Do souboru předpisů majetkového práva manželského patří také pravidla o výživě mezi manžely a mezi rozvedenými manžely. Zatímco výživné mezi manžely svou podobu nijak nezměnilo, výživné rozvedeného manžela, resp. jeho právní úprava doznala podstatné proměny. Stručně řečeno, bylo stanoveno celkem jedenáct podmínek, zřetelů, hledisek či náležitostí, které je třeba splnit, resp. kterým je třeba vyhovět, aby bylo možné o výživném mezi rozvedenými manžely uvažovat.

Nejvýznamnější z nich je, že ex-manžel, který žádá výživné, svou neschopnost sám se uživit odůvodňuje v první řadě tím, že ona neschopnost byla způsobena jeho dřívějším manželstvím, péčí o manžela, o děti, o dům, byt, zahradu, a další majetek, ať společný, ať manželův (§ 760). Druhým hlavním zřetelem je pak sama spravedlivost (morální odůvodněnost) žádání výživného, jež je dána ohledem na věk a zdravotní stav, to v době rozvodu nebo v době skončení péče o společné dítě manželů. Konečně je třeba připomenout, že nikdy nepůjde o výživné svou výší srovnatelné s výživným manžela v manželství, ale jen o výživné v přiměřeném rozsahu (když ovšem možnost přiznání tzv. sankčního výživného po dobu tří let od rozvodu zůstala pro zcela výjimečné případy zachována, § 762).

6. V zemích tradičně demokratických je již delší dobu standardní, že zajištění bydlení rodiny v tzv. rodinné domácnosti je svou povahou, totiž pokud jde o majetkovou rovinu, zařaditelné do společného majetkového souboru, každopádně otázky bydlení rodiny, resp. manželů upravuje majetkové právo manželské.

OZ 2012 řeší jednak otázky související s bydlením manželů, jednak práva a povinnosti týkající se bydlení v souvislosti se zánikem manželství i opuštění rodinné domácnosti. Přitom pozorně reflektuje jednotlivé právní důvody, na jejichž základě mohou manželé bydlet. Zásadně se odlišuje bydlení na základě věcně právních titulů, které jsou upraveny v okamžiku, kdy svědčí jen jednomu z manželů (druhý manžel pak má právo bydlení), a bydlení na základě práva nájemního, popř. jiných obligačních titulů.²⁹ Ve všech případech se ale uplatňuje akcent na ochranu rodiny a důraz na ochranu nezletilého dítěte, popř. dítěte, které není schopno samo se živit.

Novinkou zcela zásadní povahy je uložení zvláštní povinnosti tomu z manželů, kterému náleží výhradní právo nakládat s prostorem rodinného bydlení (dům nebo byt): tento manžel se musí zdržet všeho a předejít všemu, co může bydlení rodiny nebo manžela znemožnit nebo ohrozit, zejména nesmí zcizit nebo jiným způsobem zamezit (zásadně omezit) bydlení rodiny, popř. manžela, ani zajistí adekvátní náhradní bydlení. Pokud tak přece jen učiní, má druhý manžel právo dovolat se neplatnosti takového ujednání s třetí osobou (§ 747).

Pro případ zániku manželství jsou pak – kazuisticky – upravena práva a povinnosti toho a onoho ex-manžela, a vyslovena – v každém ustanovení – obecná ochrana dobrých mravů, a zcela konkrétní ochrana všem takovým dětem, které nejsou schopny samy se živit (§ 766 násl.).³⁰

29 Na západ od našich hranic není pravidlo o společnému nájemním právu manželů obvyklé, proto nebylo snadné toto právo pro budoucno zachovat.

30 Zakotvují se různé možnosti ochrany: od zřízení věcného břemene bydlení až k peněžité náhradě za ztrátu práva.

7. Na závěr je třeba zmínit nově zavedený institut „rodinného závodu“, který je právním zařízením svým způsobem z evropského hlediska výjimečným.³¹ Má se ale za to, že i u nás může být velmi dobře využit nejen na zemědělských farmách, kde původně vznikl a pro které byl určen, ale i v hostinských provozech, hotelích, a jiných podnicích, kterým jsme si zvykli říkat „rodinné“. Jde o situace, kdy nějaký provoz patří jednomu členu rodiny, anebo manželům, a další členové rodiny, popř. i osoby sešvagřené, tak či onak participují na jeho fungování; přitom nejde jen o činnost ve prospěch provozu podniku, ale i o to, že někdo pracuje v domácnosti majitele dotyčného podniku. Tento institut může najít využití všude tam, kde pro pracovní aktivity zúčastněných osob není dána nějaká jiná relevantní, tj. rovněž ochranná, právní báze, to jest ani pracovní smlouva, ani nebylo založeno nějaké smluvní zařízení (typu spolku), ani nebyla ustavena právnická osoba (typu obchodní společnosti), prostě ve všech situacích, kdy zúčastněné osoby jsou bez adekvátní právní ochrany. Členové takového podniku se pak (ex lege) podílejí na všem, co provoz přinesl (zisky a přírůstky), a pro případ, že dojde k rozdělení rodinného závodu, se jim zakládá přednostní právo na nabytí podílu. Pro velikost takového podílu jsou rozhodné druh jejich práce a její množství. Takto založených práv se může člen společenství vzdát pouze osobním prohlášením ve vysoce formalizované podobě (§ 700 násl.).

III. Speciální pravidla proti domácím násilníkům

Mezi novinkami, které kodex civilního práva přinesl, je i zakotvení základních soukromoprávních pravidel, která chrání členy rodinného společenství před domácím násilím (§ 751 násl.).³²

31 Právní úprava rodinného závodu byla v podstatě převzata z italského Codice civile.

32 Jedná se o nezbytný a dlouho požadovaný pendant ustanovení policejního práva.

Ochrana se vztahuje nejen na manžele nebo na bývalé manžele, ale na každého, kdo s jejich souhlasem požívá dobrodiní života v jejich rodinném společenství.

O omezení násilníka rozhoduje soud: na dobu nejdéle šesti měsíců zakáže dotyčnému člověku bydlet tam, kde bydlí manžel, resp. manželé. Takto může soud rozhodnout i opakovaně, tedy vždy, kdy je toho zapotřebí.

úř. příjmením Hendrychová

ZOZNAM AUTOROV/AUTORENVERZEICHNIS

Univ.-Doz.Dr. CHRISTIAN ALUNARU,
Dekan, Rechtswissenschaftliche Fakultät der “Vasile Goldiș”
Universität in Arad, Rumänien

Prof. JUDr. HELENA BARANCOVÁ, DrSc.,
Katedra pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia,
Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, Dekanka

Prof. Dr. Dr.h.c.mult. JÜRGEN BASEDOW, LL.M. (Harvard Univ.),
Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht,
Professor an der Universität Hamburg

Prof. JUDr. JOZEF BEŇA, CSc.,
Katedra právnych dejín,
Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave

JUDr. Ing. MILAN BUDJAČ, PhD.,
Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky,
Katedra občianskeho a obchodného práva,
Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

Doc. JUDr. KRISTIÁN CSACH, PhD., LL.M.,
Katedra obchodného práva a hospodárskeho práva,
Právnická fakulta Univerzity P. J. Šafárika v Košiciach

JUDr. RÓBERT DOBROVODSKÝ, PhD., LL.M. (Tübingen),
Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky,
Katedra občianskeho a obchodného práva,
Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

Doc. JUDr. ANTON DULAK, PhD.,
Katedra občianskeho práva, Fakulta práva Janka Jesenského
Vysoká škola Danubius, Dekan, Sládkovičovo

JUDr. DENISA DULAKOVÁ JAKÚBEKOVÁ, PhD.,
Katedra občianskeho práva,
Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave

Prof. Dr. JUDr. KAREL ELIÁŠ,
Ústav státu a práva Akademie věd České republiky, Praha

Doc. JUDr. LUBOMÍR FOGAŠ, CSc.,
Katedra občianskeho práva,
Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave

Professor Dr. GÁBOR HAMZA,
Universitätsprofessor, ordentliches Mitglied der Ungarischen
Akademie der Wissenschaften, Eötvös-Loránd-Universität, Budapest

Prof. JUDr. JAN HURDÍK, DrSc.,
Katedra občianskeho práva,
Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno

Doc. JUDr. JÁN HUSÁR, CSc.,
Katedra obchodného práva a hospodárskeho práva,
Právnická fakulta Univerzity P. J. Šafárika v Košiciach

Doc. JUDr. MONIKA JURČOVÁ, PhD.,
Katedra občianskeho a obchodného práva,
Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

Doc. JUDr. KATARÍNA KIRSTOVÁ, CSc.,
Katedra občianskeho práva,
Právnická fakulta Univerzity P. J. Šafárika v Košiciach

JUDr. KAROL KOVÁCS,
prezident Notárskej komory Slovenskej republiky,
notár so sídlom v Šali

JUDr. GABRIELA KUBÍČKOVÁ, CSc.,
Katedra občianskeho práva,
Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave

Doc. JUDr. MIRIAM LACLAVÍKOVÁ, PhD.,
Katedra dejín práva,
Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

JUDr. MARKÉTA MILLEROVÁ, Ph.D., LL.M.,
advokátka, Praha

JUDr. PETER MURÍŇ, CSc.,
Katedra občianskeho práva,
Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave

JUDr. ZUZANA NEVOLNÁ, PhD.,
Katedra občianskeho a obchodného práva,
Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

Professor Dr. DUŠAN NIKOLIĆ,
Juristische Fakultät der Universität in Novi Sad, Serbien

JUDr. MARIANNA NOVOTNÁ, PhD.,
Katedra občianskeho a obchodného práva,
Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

Doc. JUDr. Mgr. ANDREA OLŠOVSKÁ, PhD.,
Katedra pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia,
Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

Dr.h.c. doc. JUDr. ALENA PAULIČKOVÁ, PhD.,
Vysoká škola Karla Engliše, Brno

Prof. dr. MARIJAN PAVČNIK,
ordentliches Mitglied der Slowenischen Akademie
der Wissenschaften und Kunst, Juristische Fakultät
der Universität Ljubljana, Slowenien

JUDr. PETRA PRÍBELSKÁ, PhD.,
sudkyňa Krajského súdu v Bratislave – správne kolégium

Doc. JUDr. SENTA RADVANOVÁ, CSc.,
Katedra občanského práva,
Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze

JUDr. NATÁLIA RICHTEROVÁ, CSc.,
Katedra občianskeho práva,
Právnická fakulta Univerzity P. J. Šafárika v Košiciach

Univ.-Prof. Dr. MARTIN SCHAUER,
Institut für Zivilrecht,
Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien

JUDr. Dr. MICHAELA STESSL,
DLA PIPER WEISS-TESSBACH Rechtsanwälte GmbH,
advokátka, Bratislava

Prof. Dr. JEVGENIJ ALEXEJEVIČ SUCHANOV,
Doktor der Rechtswissenschaften, Leiter des Lehrstuhls
für Zivilrecht der juristischen Fakultät der Moskauer Staatlichen
Lomonossow-Universität (MGU)

JUDr. ALEXANDER ŠKRINÁR, CSc.,
Katedra občianskeho a obchodného práva,
Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

Mgr. JOZEF ŠTEFANKO, LL.M.,
Katedra občianskeho a obchodného práva,
Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

Doc. JUDr. MAREK ŠTEVČEK, PhD.,
Fakulta práva Paneurópskej vysokej školy, Bratislava
Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave,
Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky

Doc. JUDr. PhDr. ADRIANA ŠVECOVÁ, PhD.,
Katedra dejín práva,
Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

JUDr. LADISLAV TICHÝ,
Generálna prokuratúra Slovenskej republiky

Mgr. MARTINA UHLIAROVÁ, PhD.,
Katedra občianskeho a obchodného práva,
Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

em. Professor Dr. Dr. h.c. mult. LAJOS VÉKÁS,
Eötvös-Loránd-Universität, Budapest

Prof. et doc. JUDr. ROBERT VLČEK, PhD., MPH,
Katedra právnych disciplín,
Vysoká škola zdravotníctva a sociálnej práce sv. Alžbety, Bratislava

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. ANDREAS WACKE LL.D.,
emeritierter Professor für Römisches Recht, Bürgerliches Recht,
Zivilprozessrecht, Institut für römisches Recht
der Universität zu Köln

em. o. Univ.-Prof. DDr. h.c. Dr. RUDOLF WELSER,
Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien

Prof. JUDr ALENA WINTEROVÁ, CSc.,
Katedra občanského práva,
Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze

JUDr. JOZEF ZÁMOŽÍK, PhD.,
Katedra občianskeho a obchodného práva,
Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

Doc. JUDr. MICHAELA ZUKLÍNOVÁ (HENDRYCHOVÁ), CSc.,
Katedra občanského práva,
Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze

Liber amicorum Ján Lazar

*Pocta profesorovi Jánovi Lazarovi
k 80. narodeninám*

Editori/Herausgeber

Doc. JUDr. Monika Jurčová, PhD.
JUDr. Róbert Dobrovodský, PhD., LL.M.
JUDr. Zuzana Nevolná, PhD.
Mgr. Jozef Štefanko, LL.M.

Zodpovedný redaktor Jozef Molitor
Grafická úprava a zalomenie Jana Janíková
Obálka Marek Petržalka

Pre Právnickú fakultu TU v Trnave vydalo
vydavateľstvo TYPUS UNIVERSITATIS TYRNAVENSIS,
spoločné pracovisko Trnavskej univerzity v Trnave
a VEDY, vydavateľstva Slovenskej akadémie vied, v roku 2014
ako 151. publikáciu.
Vytlačila VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied.

ISBN 978-80-8082-791-5
EAN 9788080827915

