

Zmluvný systém a rekodifikácia Občianskeho zákonníka

Contractual system and Recodification of the Civil Code

Dokazovanie v civilnom procese

Discovery in Civil Proceedings

Sekcia občianskeho práva Civil Law Session

Garant sekcie/ Scholastic Referee:

doc. JUDr. Svetlana Ficová, CSc.

doc. JUDr. Ľubomír Fogaš, CSc.

Recenzenti / Reviewers of papers:

doc. JUDr. Ľubomír Fogaš, CSc.

doc. JUDr. Marek Števček, PhD.

OBSAH / CONTENT

PROCESNOPRÁVNE ASPEKTY PRÁVA NA INFORMAČNÉ SEBARUČENIE A PRÁVA BYŤ ZABUDNUTÝ Daniela Čičkánová	248
POJEM A PODSTATA SÚKROMNOPRÁVNEHO VYMÁHANIA SÚŤAŽNÉHO PRÁVA Lenka Dufalová	263
SYSTEMATICKÉ ČLENENIE PRÁVNEJ ÚPRAVY ZMLUVNÉHO PRÁVA VO VYBRANÝCH PRÁVNÝCH PORIADKOCH AKO INŠPIRAČNÝ ZDROJ PRI TVORBE NOVÉHO SLOVENSKEHO OBČIANSKEHO ZÁKONNÍKA Denisa Dulaková Jakúbeková	269
DÔSLEDKY ODROČENIA POJEDNÁVANIA LEN ZA ÚČELOM VYHLÁSENIA ROZSUDKU NA MOŽNOSŤ VZNIKU NOVÝCH SKUTOČNOSTÍ ALEBO DŮKAZOV Svetlana Ficová.....	276
‘RESTRICTIONS IN CARRYING OUT THE EVIDENCE OF WITNESS TESTIMONY’ Anna Franusz.....	281
AKTIVNÍ ROLE SOUDU PŘI ZJIŠŤOVÁNÍ SKUTKOVÉHO STAVU V CIVILNÍM SPORU Marek Juráš	286
ZNALECKÝ POSUDEK JAKO DŮKAZNÍ PROSTŘEDEK A JEHO HODNOCENÍ SOUDEM V RÁMCI CIVLNÍHO SOUDNÍHO ŘÍZENÍ Ingrid Kovářová Kochová	296
THE CONTRACT OF CARE UNTIL DEATH IN CROATIAN LAW AND FUTURE SERBIAN LAW Novak Krstić	306
REKODIFIKAČNÉ ÚVAHY VO VZŤAHU K ZMLUVE O DIELO Martin Kurčík	313
ZIŠŤOVANIE NAJLEPŠIEHO ZÁUJMU DIEŤAŤA V RODINNOPRÁVNÝCH VECIACH Petronela Luprichová	319
AKO KVALIFIKOVAŤ NEDODRŽANIE POVINNOSTI, KTORÚ PREDSEDOVI SENÁTU ALEBO SAMOSUDCOVI USTANOVUJE §118 ODS. 2 O.S.P.? Hana Magurová.....	326
UPLATŇOVANIE PRENESENÉHO DŮKAZNÉHO BREMENA V PRÍPADOCH DISKRIMINÁCIE Zuzana Magurová	331
PRELIMINARY EVIDENCE IN THE HUNGARIAN CIVIL PROCEDURAL LAW Judít Molnár.....	340
DŮKAZNÁ NÚDZA A PRÁVO NA SPRAVODLIVÝ PROCES Peter Molnár.....	345
DEDIČSKÁ ZMLUVA A REKODIFIKÁCIA OBČIANSKEHO ZÁKONNÍKA Jana Muránska.....	355
INŠTITÚT SVĚŘENSKÝCH FONDŮ V NOVOM ČESKOM OBČIANSKOM ZÁKONNÍKU AKO ZDROJ INŠPIRÁCIE PRE TVORCOV NOVÉHO SLOVENSKEHO OBČIANSKEHO ZÁKONNÍKA Mária Nemcová	361

SHIFTING THE BURDEN OF PROOF IN CIVIL CASES – ONE MAN’S LOSS IS ANOTHER’S GAIN?

Anna Nyilas370

VICARIOUS LIABILITY UNDER CONTRACT AND TORT LAW AND THE RECODIFICATION OF CIVIL CODES BY EXAMPLE OF AUSTRIA, SLOVAKIA AND CZECH REPUBLIC

Eva Ondreasova375

MALOLETÍ V PROCESE DOKAZOVANIA V OBČIANSKOM SÚDNOM KONANÍ

Romana Smyčková387

PROCESNÍ VÝVOJ POVINNOSTI TVRDIT A PROKAZOVAT

Karel Svododa.....394

PRÁVO STAVBY JEHO VZNIK A MODIFIKÁCIA NA ZÁKLADE ZMLUVY

Juraj Takáč.....398

HOW INVENTIVE IS INNOVATION? – THE NEED FOR PRECISELY MEASURING THE INVENTIVE STEP OF AN INVENTION

Joanna Lidia Uchańska405

PROCESNOPRÁVNE ASPEKTY PRÁVA NA INFORMAČNÉ SEBARUČENIE A PRÁVA BYŤ ZABUDNUTÝ¹

Daniela Čičkánová

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstract: The article introduces the right to informational self – determination and right to be forgotten. It analyses substantive legal aspects of both rights and continues with studies of the selected issues of procedural law in the context of aforementioned rights. The contribution also contains a brief presentation of international, European and national legal amendments of these rights. The last part of the paper belongs to the particularities of new kind of evidence (SMS, mails, blogs ...) and its application to the Slovak legal system.

Abstrakt: Článok vo svojom úvode predstavuje právo na informačné sebaurčenie a právo byť zabudnutý. Vybrané otázky procesnoprávných aspektov oboch práv nadväzujú na ich hmotnoprávnu charakteristiku. V texte je súčasne analyzovaná legislatívna úprava oboch práv na medzinárodnej, európskej a národnej úrovni. V záverečnej časti článku sa autorka zaoberá aplikáciou nových dôkazných prostriedkov (SMS, maily, blogy ...) na súdne konanie v Slovenskej republike.

Key words: right to informational self – determination, right to be forgotten, on line privacy rights, data protection, Google, evidence, SMS, e - mail

Kľúčové slová: právo na informačné sebaurčenie, právo byť zabudnutý, on line ochrana súkromia, ochrana osobných údajov, Google, dôkazy, SMS, e - mail

1 ÚVOD

V modernom zmysle pojem súkromie a súčasne aj jeho hranice zrejme ako prví definovali americkí sudcovia S. D. Warren a L. D. Brandeis vo svojom článku „Právo na súkromie“ v odbornom časopise Harvard Law Review v roku 1890, a to ako „právo byť sám“.²

Napriek skutočnosti, že základný koncept ochrany súkromia sa nezmenil, výrazne sa zmenili podmienky, v ktorých svoje súkromie ochraňujeme a rovnako sa zmenila hodnota osobných údajov patriacim jednotlivým subjektom. Príčinou týchto zmien je rozvoj vedy a techniky, ktorého dôsledkom je globalizácia, akej ľudstvo vo svojej histórii ešte nebolo nútené čeliť. Uvedenú problematiku je potrebné skúmať v teoretickej aj praktickej rovine, keďže úzko súvisí s novodobým a moderným konceptom vzdelávania v oblasti právnej vedy.

V nadväznosti na vyššie uvedené skutočnosti vzniká nová generácia internetových práv, pričom medzi najmodernejšie *lex specialis* práva na súkromie, ktoré reflektujú dnešný rozvoj vedy a techniky, patria nepochybne právo na informačné sebaurčenie a právo byť zabudnutý. Obe práva je možné aplikovať aj mimo svetovej webovej siete, v tomto článku sa však budeme zaoberať predovšetkým hrozbami pre ochranu súkromia užívateľov internetových služieb.

¹ „Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave realizuje projekt spolufinancovaný Európskou úniou z Európskeho sociálneho fondu v rámci operačného programu Vzdelávanie. Názov projektu: Cudzojazyčný magisterský študijný program „Law of European Integration and Globalization“, ITMS kód Projektu: 26140230010. - Moderné vzdelávanie pre vedomostnú spoločnosť/Projekt je spolufinancovaný zo zdrojov Európskej únie.“

² WARREN, S. D., BRANDEIS, L. D.: The Right to Privacy. Harvard Law Review, číslo IV, 1890, č.: 5.

2 PRÁVO NA INFORMAČNÉ SEBAURČENIE

2.1 Úvod do práva na informačné sebaurčenie

Právo na informačné sebaurčenie garantuje každej ľudskej bytosti právo na ochranu pred neoprávneným zhromažďovaním, zverejňovaním alebo iným zneužívaním osobných údajov. Uvedené právo predstavuje právo každého jednotlivca rozhodnúť sa, v akom rozsahu, kde, ako a s kým bude zdieľať svoje osobné údaje. V dôsledku rozvoja vedy a techniky nadobúda aplikácia predmetného práva stále dôležitejšie postavenie v našom právnom systéme. Existencia uvedeného práva súvisí navyše aj s mimoriadne aktuálnymi a citlivými témami, medzi ktoré patrí napr. biomedicína. V súlade s vyššie uvedeným sa však v tomto článku budeme zaoberať zmyslom práva na informačné sebaurčenie v internetovom prostredí.

Termín „právo na informačné sebaurčenie“ pochádza z významného rozhodnutia nemeckého Ústavného súdu z roku 1983. Súdne konanie v tejto právnej veci vyvolalo schválenie zákona o sčítaní ľudu v Spolkovej republike Nemecko. V súlade so sporným zákonom štát o všetkých obyvateľoch zhromažďoval údaje, medzi ktoré patrilo meno a priezvisko, telefónne číslo, dátum narodenia, pohlavie, osobný stav, občianstvo či vierovyznanie obyvateľov. Informácie získané počas sčítania ľudu mohli byť následne podľa predmetného zákona odovzdané a porovnávané s informáciami nachádzajúcimi sa v národných registroch. V nadväznosti na tieto skutočnosti mohli byť konkrétne osobné údaje kombinované s daňovými údajmi, údajmi o príjmoch a mnohými ďalšími. Informácie, ktoré by kombináciou rôznych databáz štát o svojich občanoch získal, by navyše výrazne presahovali osobné údaje, s ktorých odovzdaním štátu majiteľa osobných údajov skutočne súhlasili.³ Štát si tak legálnou cestou vytvoril prostredie, v ktorom mohol kombináciou jednotlivých údajov odhaliť kompletný profil svojich obyvateľov. Z dôvodu dôkladného prepojenia všetkých osobných údajov vzniesli nemeckí občania množstvo sťažností. Na ich základe Ústavný súd rozhodol, že zákon o sčítaní ľudu je neplatný z dôvodu výrazného narušenia súkromia jednotlivcov, ktoré predstavuje hrozbu autokratického štátu a vytvoril tak jedno z najdôležitejších práv novodobej histórie práva.

V predmetnom judikáte jeho tvorcovia v predstihu pred inými národnými právnymi systémami uviedli: „... v kontexte moderného prenosu dát patrí ochrana jednotlivca proti neobmedzenému zhromažďovaniu, uchovaniu, používaniu a odhaľovaniu osobných údajov medzi všeobecné súkromné ústavné práva jednotlivcov (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*). Uvedená základná skupina práv garantuje každému jednotlivcovi možnosť determinovať okolnosti odhaľovania jeho osobných údajov. Rozsah tohto práva na informačné sebaurčenie (*informationelles Selbstbestimmungsrecht*) je limitovaný len v prípade prevahy verejného záujmu.“

Právo na informačné sebaurčenie bezpochyby patrí medzi tie základné ľudské práva a slobody, ktoré dotvárajú osobnostnú sféru jednotlivca a jeho individuálnu integritu ako absolútne nutnú podmienku dôstojnej existencie človeka a jeho rozvoja.⁴ Napriek skutočnosti, že v slovenskej právnej praxi právo na informačné sebaurčenie zatiaľ nenašlo výraznejšie uplatnenie, vyššie uvedený judikát definitívne zaradil právo na informačné sebaurčenie medzi jedno z najdôležitejších práv ochraňujúcich súkromie jednotlivcov.

Je však nutné poznamenať, že nemecká judikatúra sa neuspokojila iba s vytvorením a klasifikáciou práva na informačné sebaurčenie. V roku 2008 svetovú právnu obec nemecký Ústavný súd prekvapil opäť, keď prelomovým judikátom definoval „právo na on – line súkromie“. Základným princípom predmetného práva je myšlienka, v súlade s ktorou je legitímne, aby majitelia osobných počítačov mali právo dôverovať informačným technológiám, ktoré využívajú.⁵

³ TIKK, E., MIKIVER, M.: Applicability of the Census Case in Estonian Personal Data Protection Law, *Juridica International*, XI 2006, s. 102 – 110.

⁴ ČENTÉŠ, J.: *Odpočúvanie – procesnoprávne a hmotnoprávne aspekty*. Bratislava: C.H. Beck, 2013, s. 27. Docent Čentéš patrí v Slovenskej republike k prvým odborníkom, ktorí priniesli právo na informačné sebaurčenie do odbornej právnickej literatúry a analyzovali existenciu predmetného práva v podmienkach slovenskej legislatívy.

⁵ Precedens bol dôsledkom súdneho konania, ktorého otázkou bolo, či je vláda oprávnená na dialku skúmať hardwary občanov. Rozhodnutie súdu teda vymedzilo hranice, v rakom rozsahu môže vláda legitímne sledovať svojich občanov prostredníctvom ich počítačových zariadení, mailov a podobne. Základné informácie napr. v Spiegel Online International: *The World from Berlin: Germany's New Right to Online Privacy*, dostupné on line: www.spiegel.de/international/germany/the-world-from-berlin-germany-s-new-right-to-online-privacy-a-538378.html

S ohľadom na zaradenie práva na informačné sebaurčenie do systému práva je z dôvodu jeho globálnej aplikácie zaujímavé podotknúť, že v Spojených štátoch amerických je právo na informačné sebaurčenie odlišované od práva na sùkromie. Kým právo na sùkromie je v súlade s vyššie uvedeným vnímané ako právo byť sám, právo na informačné sebaurčenie znamená výlučne právo jednotlivca rozhodnúť sa, aké informácie o svojej osobe a za akých okolností bude zverejňovať vo svojom okolí.⁶ V našom právnom systéme je však logické zaradiť predmetné právo ako *lex specialis* práva na ochranu sùkromia.

V rámci diskusie o vzťahu práva na informačné sebaurčenie ku právu na ochranu osobných údajov sa prikláňame k názoru docenta Čentéša, ktorý uvádza, že právo na ochranu osobných údajov patrí medzi zložky práva na informačné sebaurčenie. Ďalšou zložkou uvedeného práva je napr. právo na ochranu listového tajomstva či ochranu pred prenasledovaním. Právo na informačné sebaurčenie je teda širším pojmom ako právo na ochranu osobných údajov, keďže k zásahu do práva na informačné sebaurčenie môže dôjsť aj bez priameho zásahu do práva na ochranu osobných údajov, a to vtedy, ak je porušené aspoň jedno z práv tvoriacich jeho zložky.⁷

Z vyššie uvedených informácií teda vyplýva, že právo na informačné sebaurčenie zohráva popri tradičnom vymedzení sùkromia v jeho priestorovej dimenzii (ochrana obydľia v širšom slova zmysle) a v súvislosti s autonómnou existenciou a verejnou mocou podstatnú úlohu pri nerušenej tvorbe sociálnych vzťahov jednotlivcov (v manželstve, v rodine, v spoločnosti), pričom súčasne poskytuje určitú garanciu sebaurčenia v zmysle zásadného rozhodovania individuálnej osobnosti o sebe samej.⁸

Obsah predmetného práva sa vzhľadom na dynamický rozvoj vedy, techniky a najmä v dôsledku rastúcej hodnoty zhromažďovaných osobných údajov do dnešnej doby definitívne nestabilizoval. Je však možné ho aspoň čiastočne definovať, a to najmä na základe existujúcej judikatúry Európskeho súdu ľudských práv, ktorá poskytuje o zmysle práva na informačné sebaurčenie podstatne rozsiahlejšie množstvo informácií ako jeho národná, ale i európska či dokonca medzinárodná právna úprava.

V súlade s odbornou literatúrou môžeme judikatúru Európskeho súdu pre ľudské práva v oblasti práva na informačné sebaurčenie na základe extenzívneho výkladu pojmu „sùkromie“ obsiahnutého v článku 8 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd rozdeliť do nasledujúcich kategórií:

- zhromažďovanie osobných údajov klientov osobami sùkromného práva s osobitnou zákonnou povinnosťou mlčanlivosti,
- zhromažďovanie a úschova údajov s cieľom zabezpečenia národnej bezpečnosti,
- právo na prístup k údajom o vlastnej osobe,
- zachytávanie a využívanie obrazových, zvukových a iných záznamov.⁹

Zhromažďovanie osobných údajov klientov osobami sùkromného práva s osobitnou zákonnou povinnosťou mlčanlivosti je problematika týkajúca sa najmä lekárov a advokátov. Mimoriadne citlivé je však hlavne lekárske tajomstvo, ktoré požíva ochranu vo väčšom rozsahu ako množstvo iných práv. Zaujímavé je jeho postavenie napr. z hľadiska práva na spravodlivý súdny proces, ktorého súčasťou je v kontinentálnom systéme práva kontradiktórnosť konania. Napríklad aj v prípade lekárskeho tajomstva Európsky súd pre ľudské práva judikoval potrebu vyhodnotenia proporcionality porušenia tohto práva jedného účastníka konania k účelu ochrany práv a slobôd druhého účastníka (účastníkov) konania.

Otázka zhromažďovania a úschovy osobných dát s cieľom zabezpečenia národnej bezpečnosti má dva základné rozmery. Prvým je posudzovanie legitímnosti zásahu do ochrany práva na informačné sebaurčenie vo vzťahu k nadnárodným organizáciám, medzi ktoré patrí napr. NATO. Druhým je vzťah štátov a ich výlučne vlastnej potreby zhromažďovania a úschovy osobných dát jednotlivcov.

⁶ WESTIN, A., 1970 citované v: KRUPAT, E.: People in Cities: The Urban Environment and Its Effects. Cambridge University Press, 1994. ISBN 0–521–26544-4, s. 111.

⁷ ČENTÉŠ, J.: Odpočúvanie – procesnoprávne a hmotnoprávne aspekty. Bratislava: C.H. Beck, 2013, s. 29.

⁸ Rozhodnutie Ústavného súdu Českej republiky, sp. zn.: Pl. ÚS 24/10

⁹ SVÁK, J., CIBULKA, L.: Ústavné právo Slovenskej republiky. Osobitná časť. 3. vydanie. Žilina: EURO KÓDEX, 2009. 1072 strán. ISBN 978-80-89363-33-9. V publikácii sa nachádza bližšia špecifikácia jednotlivých kategórií, ktorá je v článku len stručne naznačená.

Právo na prístup k údajom o vlastnej osobe tvorí špecifickú kategóriu práva na informačné sebaurčenie. Zrejme najznámejším a často citovaným rozhodnutím Európskeho súdu pre ľudské práva, na ktoré pomerne často nadväzujú prakticky všetky európske vnútroštátne súdy, je prípad vo veci Gaskin proti Spojenému kráľovstvu z roku 1989.¹⁰ Gaskin vyrastal v náhradnej rodinnej výchove vo viacerých rodinách a po dosiahnutí plnoletosti sa pokúšal v snahe spoznať sám seba a pochopiť svoje detstvo získať informácie o všetkých týchto rodinách. Prístup k týmto dátam mu bol zamietnutý vzhľadom na skutočnosť, že informácie v spisoch boli dôverného charakteru a nebolo ich možné zverejniť bez súhlasu osôb, ktorých údaje obsahovali. Európsky súd pre ľudské práva deklaroval porušenie článku 8 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd, pretože v uvedenom prípade neexistoval žiadny procesný postup, ktorý by umožňoval nezávislému orgánu situáciu posúdiť a rozhodnúť o sprístupnení spisu v prípadoch, kedy nie je napr. možné osobu, ktorá má súhlas poskytnúť nájsť, resp. ak takáto osoba neodôvodnene odmieta potrebný súhlas udeliť. V danej problematike tak došlo k vytvoreniu významného precedensu zaoberajúceho sa rovnováhou medzi právom osoby získať o sebe informácie dôležité pre svoj vlastný rozvoj a právami osôb, ktorých osobné údaje sú poskytované.

Medzi najaktuálnejšie a najmladšie časti práva na informačné sebaurčenie patrí zachytávanie a využívanie obrazových, zvukových a iných záznamov. Daná problematika sa stále rozširuje, pričom momentálne je možné judikatúru, ktorá sa ňou zaoberá, rozčleniť na dve základné podkapitoly, a to uvedené ľudské právo vo vzťahoch vertikálnych, ako napr. umiestnenie kamier vo väzniciach a vo vzťahoch horizontálnych, t.j. medzi jednotlivými subjektmi bez participácie štátnej moci, napr. predaj databáz obsahujúcich údaje o kontaktoch a záujmoch klientov medzi obchodnými spoločnosťami či namontovanie kamier v obchodných centrách a podobne.

Najväčšou hrozbou práva na informačné sebaurčenie je však absolútne legislatívne neupravené užívanie sociálnych sietí, v dôsledku čoho je do klasifikácie práva na informačné sebaurčenie potrebné zaradiť aj publikovanie, zhromažďovanie a úschova osobných údajov publikovaných na internete alebo zhromažďovaných prostredníctvom internetu. Zdieľanie, nahrávanie a najmä skladovanie osobných údajov, ktoré o sebe zverejňujú užívatelia sociálnych sietí alebo ich o nich zverejňujú tretie subjekty, sú odôvodňované tým, že užívatelia odsúhlasia podmienky sociálnej siete alebo ich konkludentne akceptujú. Na podobnom princípe ešte nedávno fungovali aj rôzne spotrebiteľské podvody mimo sociálnych sietí (zbiery referátov, tipovanie hokejových zápasov), pričom im začala verejná moc z dôvodu nutnosti ochrany podvádzaných spotrebiteľov autoritatívne zamedzovať. V praktickej oblasti by bolo možné toto správanie spotrebiteľov v bežnom živote analyzovať jednoducho: nečítame – podpíšeme – čudujeme sa. Zmluvy, na základe ktorých sa spotrebiteľia dostávali do neľahkých životných situácií, mali pritom často len niekoľko strán, pričom spotrebiteľia ani tieto nečítali alebo nerozumeli (a nesnažili sa bližšie porozumieť) podmienkam, pod ktoré sa podpísali, resp. „odklikli“ súhlas s nimi.

Aj v našej legislatíve teda existujú základy ochrany práva na informačné sebaurčenie v internetovom prostredí, sú však značne obmedzené a neaplikujú sa napr. na užívanie sociálnych sietí. Nie je teda legitímnou požiadavkou, aby štát obdobne ako spotrebiteľov chránil svojich občanov aj pri využívaní sociálnych sietí, najmä pokiaľ si uvedomíme, že podmienky užívania napr. najvyužívanejšej a najznámejšej sociálnej siete v Európe Facebook majú viac ako 9 000 slov (t.j. približne 33 normostrán)? Pokiaľ by sa totiž aj našiel užívateľ, ktorý si všetky informácie prečítal, z veľkej časti odborných alebo jednoducho len vágnych pojmov nič konkrétne nevyvodí. Slovenská ani európska legislatíva však užívateľov sociálnych sietí v tejto oblasti neochraňuje a realita ochrany súkromia, a špeciálne práva na informačné sebaurčenie, je tak od právnych ideálov značne vzdialená.¹¹

2.2 Legislatívna úprava práva na informačné sebaurčenie

V súlade s vyššie uvedeným nepovažujeme za potrebné striktné rozlišovať právo na súkromie a právo na informačné sebaurčenie, ale systematicky ho zaraďujeme ako *lex specialis* práva na ochranu súkromia. Z tohto dôvodu právo na informačné sebaurčenie všeobecne garantujú medzinárodné a európske dokumenty upravujúce právo na ochranu súkromia. Medzi najvýznamnejšie môže nepochybne zaradiť Dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd, ktorý vo svojom článku 8 výslovne deklaruje právo na rešpektovanie súkromného

¹⁰ Gaskin v. Spojené kráľovstvo. Sťažnosť č. 10454/83.

¹¹ STABEN, J.: Consent Under Pressure and the Right to Informational Self-Determination. Published by Martin Pleiss on 17. December 2012.

a rodinného života. Rovnako dôležitá je Listina základných práv a slobôd (článok 10), ktorá bola do právneho poriadku Slovenskej republiky zavedená ústavným zákonom č. 23/1991 Zb. či Charta základných práv Európskej únie (článok 7 a 8) alebo ďalšie nadnárodné dokumenty, medzi ktoré patrí Medzinárodný pakt o občianskych a politických právach (článok 17). Medzinárodné mu transportu osobných údajov sa venovala aj Organizácia pre hospodársku spoluprácu a rozvoj, ktorá za účelom tejto regulácie vydala Smernicu o ochrane súkromia a cezhraničnom toku osobných údajov.

Členské štáty Rady Európy však vytvorili konkrétnejší dohovor, a to Dohovor o ochrane jednotlivcov pri automatizovanom spracovaní osobných údajov z roku 1981 (ďalej ako „Dohovor“). Účelom predmetného Dohovoru je v súlade s článkom 1 zabezpečiť na území každej zmluvnej strany rešpektovanie práv a základných slobôd každého jednotlivca, najmä práva na súkromie pri automatizovanom spracovaní¹² osobných údajov¹³, a to bez ohľadu na štátnu príslušnosť alebo miesto pobytu dotknutého subjektu.¹⁴

V rámci Európskej únie považujeme v tejto oblasti za dôležitú smernicu č. 95/46/EHS o ochrane fyzických osôb pri spracovaní osobných údajov a voľnom pohybe týchto údajov zo dňa 24.10.1995 (ďalej ako „Smernica o ochrane FO“). Účelom smernice má byť zosilnenie práv obsiahnutých v Dohovore, pričom zásady ochrany Smernice o ochrane FO sa musia v celom rozsahu vzťahovať na spracovanie osobných údajov každou osobou, činnosti ktorej upravuje právo spoločenstva. Spracovanie údajov vykonávané fyzickou osobou pri uskutočňovaní aktivít, ktoré sú výlučne osobného alebo domáceho charakteru, ako je korešpondencia a udržiavanie zoznamov adries, sú z pôsobnosti Smernice o ochrane FO vylúčené. Smernica o ochrane FO teda priamo deklaruje garanciu práva na informačné sebaurčenie občanom členských štátov Európskej únie, avšak prevažne iba vo vertikálnych vzťahoch.

V článku 7, oddiel II s názvom „Kritériá na uzákonenie spracovania údajov“ konštituuje Smernica o ochrane FO minimálne štandardy, ktoré musia členské štáty dodržať v prípade spracovania osobných údajov. Obmedzeniami, ktoré Smernica o ochrane FO vytvára pre prácu subjektov, ktoré spracúvajú osobné údaje tretích osôb, je čiastočne uzákonené právo na informačné sebaurčenie. Medzi povinnosti členských štátov patrí zabezpečiť, aby bolo možné osobné údaje fyzických osôb spracovať výlučne pokiaľ:

- dotknutá osoba poskytla svoj súhlas jednoznačne,
- spracovanie je nevyhnutné pre realizáciu zmluvy, zainteresovanou stranou je ktorej dotknutá osoba alebo aby sa vykonali opatrenia, o ktoré dotknutá osoba požiadala pred uzatvorením zmluvy,
- spracovanie je nevyhnutné na uskutočnenie právneho záväzku, ktorého subjektom je kontrolór¹⁵,
- spracovanie je nevyhnutné, aby sa ochránili životné záujmy dotknutej osoby,
- spracovanie je nevyhnutné na splnenie úlohy vykonávanej vo verejnom záujme alebo na základe oficiálneho poverenia zverného kontrolórovi alebo tretej strane, ktorej sa údaje odhalia alebo
- spracovanie je nevyhnutné pre účely legítimných záujmov, ktoré plní kontrolór alebo tretia strana, ktorej sú údaje odhalené, pokiaľ záujmy dotknutej osoby týkajúce sa základných práv a slobôd neprevažujú na záujmom na spracovaní údajov¹⁶.

¹² Automatizované spracovanie údajov je v súlade s Dohovorom vykonávané automatizovanými prostriedkami: uchovávanie údajov, vykonávanie logických alebo aritmetických operácií s týmito údajmi, ich zmeny, výmaz, vyhľadanie alebo šírenie.

¹³ Osobnými údajmi sa podľa Dohovoru rozumejú všetky informácie, ktoré sa vzťahujú na nejakého identifikovaného alebo indentifikovateľného jednotlivca

¹⁴ Ďalší dohovor Rady Európy, ktorý sa parciálne dotýka predmetnej tematiky je Dohovor o prístupe k úradným dokumentom zo dňa 18.06.2009.

¹⁵ Pojem "kontrolór" znamená v súlade s článkom 1, ods. 2 písm. d) Smernice o ochrane FO fyzickú alebo právnickú osobu, verejný orgán, agentúru alebo akýkoľvek iný orgán, ktorý sám, alebo v spojení s inými, určí účely a prostriedky spracovania osobných údajov; tam, kde sú účely a prostriedky spracovania stanovené vnútroštátnymi zákonmi a nariadeniami, alebo zákonmi a nariadeniami spoločenstva, ten, kto spracovanie riadi, alebo konkrétne kritéria pre jeho menovanie, môžu byť navrhnuté na základe vnútroštátneho práva alebo práva spoločenstva

¹⁶ „V súlade s touto smernicou členské štáty chránia základné práva a slobody fyzických osôb, a najmä ich právo na súkromie v súvislosti so spracovaním osobných údajov.“

Ďalším významným legislatívnym dokumentom Európskej únie v oblasti práva na informačné sebaurčenie je smernica č. 2002/58/ES zaoberajúca sa spracovávaním osobných údajov a ochranou súkromia v sektore elektronických komunikácií zo dňa 12.07.2002 (ďalej ako „Smernica o súkromí a elektronických komunikáciách“). Smernica o ochrane FO sa uplatňuje na neverejné komunikačné služby. Smernica o súkromí a elektronických komunikáciách sa vzťahuje na spracúvanie osobných údajov v súvislosti s poskytovaním verejne dostupných elektronických komunikačných služieb vo verejných komunikačných sieťach v EÚ vrátane verejných komunikačných sietí, ktoré podporujú zariadenia na zber údajov a ich identifikáciu. Smernica o súkromí a elektronických komunikáciách už v ods. 38 Preambuly deklaruje právo na informačné sebaurčenie, keď uvádza, že právo na súkromie fyzických osôb a legitímny záujem právnických osôb¹⁷ si vyžadujú, aby mohli účastníci určiť, či ich osobné údaje budú zverejnené v zozname a v prípade pozitívnej odpovede identifikáciu predmetných údajov.

Európska únia napriek vyššie uvedenému svoje legislatívne zámery v oblasti ochrany súkromia obsahujúceho právo na informačné sebaurčenie zatiaľ stále nenaplnila. Doterajšia úprava nemôže obstať najmä v prostredí internetu, ktorý umožnil porušovanie práva na informačné sebaurčenie v globálnych rozmeroch. Európska komisia v nadväznosti na tieto skutočnosti predstavila viac ako 100 – stranový návrh Európskeho parlamentu a Rady na úpravu ochrany fyzických osôb vo vzťahu k prenosu osobných údajov a k voľnému pohybu týchto údajov zo dňa 25.01.2012 (ďalej ako „Návrh“), ktorého špecifiká predstavíme v ďalších kapitolách tohto článku.

Európska legislatíva však obsahuje značné množstvo nedostatkov, ktoré zabraňujú reálnej vymožitelnosti práva na informačné sebaurčenie najmä prostredníctvom internetu. Medzi základné otázky môžeme zaradiť nasledujúce skutočnosti:

- prevažná časť internetových služieb je poskytovaná v/zo USA, pričom na tieto služby sa nevzťahuje európska legislatíva,
- užívatelia v Európe majú možnosť výlučne poskytnúť, resp. odkliknúť „súhlas“ s politikou a podmienkami užívania internetových služieb, pretože iná alternatíva ani neexistuje, keďže svetový trh ovláda v podstate menšie množstvo takmer monopolných poskytovateľov najpoužívanejších internetových služieb,
- užívatelia internetu sa spoliehajú pre prípad porušenia ich práva na informačné sebaurčenie na ex post ochranu namiesto prevencie pred takýmto porušovaním,¹⁸
- koncept ochrany informačného sebaurčenia je najmä v oblasti internetu ešte nie je dostatočne vyprofilovaný, pričom doteraz explicitne nezachytil všetky konštantne a súčasne dynamicky vznikajúce nebezpečenstvá hroziace užívateľom internetu.

Napriek vyššie uvedeným skutočnostiam, a teda progresívnemu charakteru práva na informačné sebaurčenie, je už toto právo obsiahnuté priamo v zákone č. 460/1992 Zb. Ústava Slovenskej republiky (ďalej ako „Ústava“). Ústava ako základný prameň právneho poriadku Slovenskej republiky upravuje v treťom odseku článku 19 právo na ochranu pred neoprávneným zhromažďovaním, zverejňovaním alebo iným zneužívaním údajov o svojej osobe, t.j. právo na informačné sebaurčenie.¹⁹

Okrem vyššie uvedených dokumentov čiastočne garantuje právo na informačné sebaurčenie zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (ďalej ako „Občiansky zákonník“) a predovšetkým zákon č. 122/2013 Z. z. o ochrane osobných údajov a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej ako „Zákon o ochrane osobných údajov“), opäť však len veľmi všeobecnou úpravou.

Predmetný Zákon o ochrane osobných údajov upravuje ochranu práv fyzických osôb (výhradne fyzických osôb) pri spracúvaní osobných údajov. Spracúvanie je pritom definované ako vykonávanie operácií alebo súboru operácií s osobnými údajmi, najmä ich získavanie, zhromažďovanie, šírenie, zaznamenávanie, usporadúvanie, prepracúvanie alebo zmena, vyhľadávanie, prehládanie, preskupovanie, kombinovanie, premiestňovanie, využívanie, uchovávanie, blokovanie, likvidácia, ich cezhraničný prenos, poskytovanie, sprístupňovanie alebo zverejňovanie. Zákon o ochrane osobných údajov sa však nevzťahuje na tie osobné údaje,

¹⁷ Smernica o súkromí a elektronických komunikáciách na rozdiel od Smernice o ochrane FO upravuje už aj právo právnických osôb na informačné sebaurčenie.

¹⁸ FISCHER-HÜBNER, S., HOOFNAGLE, CH., KRONTIRIS, I., RANNENBERG, K., WAIDNER, M.: Online Privacy: Towards Informational Self-Determination on the Internet. Manifesto from Dagstuhl Perspectives Workshop 11061, 2011.

¹⁹ Každý má právo na ochranu pred neoprávneným zhromažďovaním, zverejňovaním alebo iným zneužívaním údajov o svojej osobe.

ktoré fyzická osoba spracúva pre vlastnú potrebu v rámci výlučne osobných alebo domácich činností, najmä vedenie osobného adresára alebo korešpondencie, ktoré boli získané náhodne bez predchádzajúceho určenia účelu a prostriedkov spracúvania, bez zámeru ich ďalšieho spracúvania v usporiadanom systéme podľa osobitných kritérií a nie sú ďalej systematicky spracúvané. Predmetné zúženie pôsobnosti zákona jednoznačne ustanovuje, že tento zákon nie je možné aplikovať na všetky štandardné životné situácie v medziach občianskeho práva (napr. dve fyzické osoby). Rovnako máme za to, že vyššie uvedené pojmy sú nedostatočne definované a nejasné, v dôsledku čoho je možné zneužiť ich v praxi (napr. vlastná potreba, osobné činnosti, získané náhodne ...). Pozitívnu normou je však ustanovenie § 6 ods. 4 Zákona o ochrane osobných údajov, v zmysle ktorého je získavanie, zhromažďovanie a šírenie osobných údajov možné len na pôvodne určený účel. Prevádzkovateľ teda nemôže osobné údaje spracúvať na iný účel, ktorý je nezlučiteľný s pôvodným účelom spracúvania.

Komplexne je možné povedať, že v Slovenskej republike existujú aspoň vo vertikálnych vzťahoch dostatočné legislatívne základy práva na informačné sebaurčenie. Základným nedostatkom predmetného práva v právnom poriadku SR je momentálne najmä nedostatočná aplikácia a praktické využívanie tohto často porušovaného práva. Do dnešného dňa evidujeme len jedno súdne rozhodnutie, v ktorom sa sudcovia Ústavného súdu SR právom na informačné sebaurčenie zaoberali, pričom v okolitých krajinách bola už z dôvodu porušovania uvedeného práva často upravovaná legislatíva a viedlo sa množstvo úspešných súdnych sporov. Rovnako ako v týchto krajinách je však potrebné, aby základné náležitosti a význam tohto práva vyložila predovšetkým súdna moc.

3 PRÁVO BYŤ ZABUDNUTÝ

3.1 Úvod do práva byť zabudnutý

Donedávna nikto nespochyboval a dokonca bolo akceptované pravidlo: „Čo na internete raz publikuješ, nikdy skutočne neodstrániš,“ alebo jednoducho parafrázované: „Internet nezabúda.“ Je všeobecne známe, že pokiaľ raz uverejníte svoje osobné údaje či iné prejavy Vašej osobnosti na internete, nikdy už nebudete ich výlučnými vlastníkmi.

Dňa 22.01.2012 predniesla v Európskej komisii podpredsedníčka Európskej komisie pre spravodlivosť, základné práva a občianstvo Viviane Reding reč s názvom „Vytvorenie štandardov moderného práva na ochranu osobných údajov vo veku nových technológií“ (*Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age*).²⁰ V predmetnom prejave predstavila v rámci konceptu novodobej ochrany osobných údajov aj myšlienku zavedenia práva byť zabudnutý do únijskej legislatívy. Medzi odbornou verejnosťou vyvolala táto idea obrovský ohlas, ktorý však sprevádzala aj značná kritika.²¹ Pani Reding právo byť zabudnutý opísala ako právo jednotlivca odstrániť spracované alebo uložené osobné údaje v príslušnom systéme, tieto osobné údaje odstrániť z takéhoto systému, pokiaľ neexistuje prevažujúci legitímny záujem verejnosti na ich uskladnení.

Právo byť zabudnutý je o niekoľko desiatok rokov mladšie právo ako právo na informačné sebaurčenie. Odborná verejnosť však toto právo objavila a jeho obsah čiastočne definovala skôr, ako bol vyššie uvedený prejav prednesený. S týmto novovznikajúcim právom „bojuje“ v priebehu posledných rokov napr. spoločnosť Google, ktorej prax štáty postupne odmietajú ako rozpornú s ich systémom ochrany osobných údajov.²²

Právo na informačné sebaurčenie a právo byť zabudnutý sú vzťahovo zaujímavé späté. V aktuálnej odbornej literatúre sú považované za individuálne a odlišné práva, a to najmä v dôsledku toho, že právo byť zabudnutý ešte nestihlo byť z teoretického ani praktického hľadiska zaradené do svetového právneho systému. Pokiaľ však komparujeme účel oboch práv, zistíme nasledujúce skutočnosti:

- účelom práva na informačné sebaurčenie je ochrániť osobnosť pred zhromažďovaním, zverejňovaním a uchovávaním jej osobných údajov a iných prejavov osobnosti v rozsahu, spôsobom a subjektom, s ktorými táto osoba nesúhlasí, a teda ochrániť identitu osoby,

²⁰ Prejav je dostupný on line na http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_sk.htm.

²¹ Kritické prejavy označovali právo byť zabudnutý za najväčšiu hrozbu slobody prejavu.

²² Napr. C-131/12 Google Spain v Spanish Data Protection Authority (AEPD)

- účelom práva byť zabudnutý je ochrániť osobu pred publikovaním jej osobných údajov a iných prejavov osobnosti, ktoré sú prevažne na internete zverejnené alebo uchovávané, pričom táto osoba si praje ochrániť konkrétnu časť svojej identity a údaje odstrániť.

Zjednodušenie je možné povedať, že právo na informačné sebaurčenie deklaruje, že každý jednotlivec má právo určiť, aká časť jeho osobnej identity je odhalená. Právo byť zabudnutý zasa deklaruje právo jednotlivca odstrániť z internetu časť svojej identity, ktorej odhalenie si nepraje. Rozdielom medzi oboma právami je skutočnosť, že právo na informačné sebaurčenie ochraňuje pred neželaným odhalením identity osoby, čo však vyžaduje dlhodobé zhromažďovanie informácií o takejto osobe, pričom právo byť zabudnutý môže byť v plnom rozsahu porušené už zverejnením a po žiadosti dotknutej osoby permanentným neodstránením jednej individuálnej informácie o poškodenej osobe.

Môžeme tak prísť k záveru, že právo byť zabudnutý patrí do systému práva na ochranu súkromia. Dovoľujeme si však ponechať na úvahu čitateľa, či nie je vhodné systematicky zaradiť právo byť zabudnutý dokonca ako *lex specialis* práva na informačné sebaurčenie, keďže právo byť zabudnutý je podľa nášho názoru užším pojmom, ako právo na informačné sebaurčenie.

Právo byť zabudnutý môže byť v budúcnosti prekvapivo najužitočnejšie pre mladšie vekové skupiny. V čase, kedy sa začínajú intenzívne stretávať so sociálnymi sieťami, zabezpečujúcimi najväčšiu globalizáciu v šírení osobných údajov v dejinách ľudstva, ešte nemajú dostatočné množstvo skúseností s hodnotou ochrany svojho súkromia. Práve na sociálnych sieťach v dnešnej dobe majú príležitosť získať popularitu, ktorá sa v určitom veku môže v dôsledku rozvíjajúcej sa konzumnej kultúry zdať neoddeliteľnou súčasťou Maslowovej pyramídy.

Ako kontroverzný sa v tomto kontexte môže javiť napríklad jeden z prvých zákonov na svete zakotvujúcich právo byť zabudnutý. V Kalifornii v roku 2015 nadobudne účinnosť zákon, ktorého účelom je ochrániť deti a mládež pred ich detskou neskúsenosťou. Zákon je súčasťou tzv. novej americkej koncepcie ochrany osobných údajov „Nešpehujme deti“ (*Do Not Trac Kids Policy*). V súlade s predmetným zákonom sú všetci prevádzkovatelia internetových služieb povinní umožniť príslušným užívateľom odstrániť všetky údaje, ktoré títo užívatelia publikovali do veku 18 rokov, t.j. fotografie, komentáre, blogy alebo ďalšie formy publikovaných osobných údajov alebo iných prejavov osobnosti. Tieto údaje nesmú byť ďalej následne vyhľadateľné (napr. cez Google) ani zverejnené, ostanú však naďalej uložené na serveroch, prostredníctvom ktorých boli publikované.²³

Predmetný zákon predstavuje zaujímavú iniciatívu, aj keď v skutočnosti takmer všetky servery umožňujú svojim užívateľom zmazať informácie, ktoré zverejnili, takže v právnej teórii je zákon prelomovejší ako v praxi. Zákon však nerieši situáciu, kedy osobné informácie, prípadne vymyslené osobné informácie alebo dohady, publikujú o iných subjektoch tretie osoby.²⁴

Sporná je však práve otázka, či sa právo byť zabudnutý vzťahuje na všetky subjekty, ktoré publikujú osobné údaje (napr. videá, fotky či komentáre) o príslušnom jedincovi alebo oprávňuje len právo konkrétneho jedinca odstrániť údaje, ktoré počas svojho života o sebe uverejnil, a ktoré ďalej nechce sprístupňovať či už verejnosti alebo len časti svojho okolia. Pokiaľ by však toto právo znamenalo absolútnu kontrolu ľudí nad ich osobnými údajmi, ktoré sa nachádzajú na internete, ako by sa realizovalo? Veď internet získal popularitu okrem iného aj anonymitou, ktorú poskytuje tým, ktorí ju vyhľadávajú. V dôsledku uvedeného nie je vždy možné identifikovať osobu, ktorá osobné

²³ Politika ochrany osobných údajov v Spojených štátoch amerických nadobúda v dôsledku zvyšujúcej sa hodnoty osobných údajov značnú popularitu. Medzi ďalšie nové legálne pojmy, ktoré sa v právnom systéme štátu Kalifornia objavili, patrí „zákaz pornopomsty“ (*revenge porn*). V európskych podmienkach je predstava podobného zákona pomerne absurdná, v Kalifornii však zverejňovanie fotografií či videí odhalných bývalých partnerov nadobudlo obrovské rozmery, v dôsledku čoho bolo nutné upraviť túto oblasť legislatívne. Obete „porno pomsty“ po zverejnení ich fotografií alebo videí sa v závislosti od veku stali často šikanovanými, prenasledované rôznymi špecifickými osobami alebo stratili zamestnanie či rodinu. Viac informácií napr. prostredníctvom: GOODE, E.: Victims Pusch Laws to End Online Revenge Posts. The New Yor Times, 23.09.2013. Dostupné on line: www.nytimes.com/2013/09/24/us/victims-push-laws-to-end-online-revenge-posts.html?_r=1&.

²⁴ PETERSON, A.: Author of California Online Eraser Law: It's Not Always Easy to Find the Delete Button. The Washington Post, publikované dňa 25.09.2013. Dostupné on line prostredníctvom WWW.WASHINGTONPOST.COM/BLOGS/THE-SWITCH/WP/2013/09/25/AUTHOR-OF-CALIFORNIA-ONLINE-ERASER-LAW-ITS-NOT-ALWAYS-EASY-TO-FIND-THE-DELETE-BUTTON/.

údaje zverejnila. Navyiac, bez ohľadu na to, či svoje osobné údaje zverejní príslušná osoba alebo tretí subjekt, tisícky ďalších môžu tieto údaje zdieľať či uskladiť si ich vo svojich osobných počítačoch (kde ich už ochraňuje právo na on – line súkromie).

Rovnako existuje množstvo ďalších praktických otázok spájajúcich sa s novovzniknutým právom byť zabudnutý. Medzi tieto otázky patrí, či je dostatočné, pokiaľ osobné údaje nebudú ďalej vyhľadateľné ani sprístupnené, pokiaľ sú stále uložené na jednotlivých serveroch prevažne vo vlastníctve medzinárodných korporácií. Na druhej strane je však napr. z trestnoprávneho hľadiska vhodné, pokiaľ údaje o jednotlivých obyvateľoch nevymiznú úplne, keďže často môžu poskytnúť kompletný profil či ďalšie osobné údaje o konkrétnych osobách v prípade takéhoto dopytu z hľadiska verejného záujmu (čím by v prípade kombinácie týchto údajov bolo porušené súčasne aj právo na informačné sebaurčenie).

3.2 Legislatívna úprava práva byť zabudnutý

Vzhľadom na špecifický vzťah práva na informačné sebaurčenie a práva byť zabudnutý sa na právo byť zabudnutý vzťahujú prakticky všetky legislatívne dokumenty uvedené v odseku 2.2 tohto článku. Niektoré aspekty práva byť zabudnutý však nájdeme zakotvené v jednotlivých dokumentoch aj priamo.

V súlade s článkom 6 ods. 1 písm. e) Smernice o ochrane FO členské štáty zabezpečia, aby osobné údaje boli udržiavané vo forme, ktorá umožňuje identifikáciu osôb pracujúcich s údajmi, avšak výlučne počas obdobia, ktoré je nevyhnutné na účely, pre ktoré boli údaje zhromažďované alebo pre ktoré sú ďalej spracovávané. Členské štáty sú povinné stanoviť primerané bezpečnostné opatrenia pre osobné údaje uložené na dlhšie obdobia pre historické, štatistické alebo vedecké použitie. Napriek časovému obmedzeniu, na ktoré kladie predmetná smernica dôraz, sú však na internete v skutočnosti údaje uskladiňované prevažne na neobmedzený čas, pričom sú postupne kombinované a využívané na nespočetné množstvo účelov.

Rovnako je možné považovať za nedostatok predmetnej smernice, že podmienky uvedené v článku 7 sa nezaobierajú otázkou, čo ak sa osoba, ktorej údaje či iné osobné prejavy boli zverejnené, rozhodne vziať svoj súhlas späť.

Najrelevantnejšie ustanovenia Smernice o ochrane FO vo vzťahu k právu byť zabudnutý sa nachádzajú v článku 12 písm. b), v súlade s ktorým členské štáty zaručia dotknutej osobe právo získať od kontrolóra, pokiaľ je to vhodné, úpravu, vymazanie alebo zablokovanie údajov, ktorých spracovanie nezodpovedá ustanoveniam tejto smernice, najmä z dôvodu neúplného alebo nepresného charakteru údajov a v článku 14, ktorý umožňuje osobe, ktorej údaje sú spracúvané, vzniesť námietky proti spracovaniu osobných údajov. Námietky však je možné podať len v prípade, že sú založené na zásadných a legitímnych dôvodoch.²⁵

Vo vyššie uvedenom Návrhu Európskej komisie je však už právo byť zabudnutý načrtnuté v podstatne prepracovanejšom rozsahu. Subjekty sú oprávnené dokonca odvolať svoj súhlas so zberom či zverejnením osobných údajov. V bode 3.4.3.3, oddiel 3 s názvom „Náprava a zmazanie“ zakotvuje právo byť zabudnutý a právo na vymazanie osobných údajov a ich podmienky.

V slovenskej legislatíve sa taktiež nachádza čiastočná úprava práva byť zabudnutý, a to najmä v Zákone o ochrane osobných údajov. Podľa ustanovenia § 17 ods. 1 Zákona o ochrane osobných údajov je prevádzkovateľ²⁶ po splnení účelu spracúvania povinný bez zbytočného odkladu zabezpečiť likvidáciu osobných údajov. Následne predmetný právny predpis v ustanovení § 28 ods. 1 písm. g) oprávňuje fyzické osoby na základe písomnej žiadosti od prevádzkovateľa

²⁵ AMBROSE, M. L., AUSLOOS, J.: The Right to Be Forgotten Across the Pond. *Journal of Information Policy* 3 (2013): 1-23.

²⁶ Prevádzkovateľom je podľa legálnej definície v zmysle Zákona o ochrane osobných údajov každý, kto sám alebo spoločne s inými vymedzí účel spracúvania osobných údajov, určí podmienky ich spracúvania a spracúva osobné údaje vo vlastnom mene; ak účel, prípadne aj podmienky spracúvania osobných údajov ustanovuje zákon, priamo vykonateľný právne záväzný akt Európskej únie alebo medzinárodná zmluva, ktorou je Slovenská republika viazaná, prevádzkovateľom je ten, kto je na plnenie účelu spracúvania za prevádzkovateľa ustanovený alebo kto spĺňa zákonom, priamo vykonateľným právne záväzným aktom Európskej únie alebo medzinárodnou zmluvou, ktorou je Slovenská republika viazaná, ustanovené podmienky,

vyžadovať blokovanie²⁷ osobných údajov z dôvodu odvolania súhlasu pred uplynutím času jeho platnosti, ak prevádzkovateľ spracúva osobné údaje na základe súhlasu dotknutej osoby. Napriek skutočnosti, že v dôsledku odvolania súhlasu dotknutej osoby nemôže dôjsť priamo k likvidácii príslušných uskladených, zozbieraných a/alebo zverejnených osobných údajov, je možné hodnotiť ako pozitívnu úpravu, v súlade s ktorou sa predmetný subjekt domôže aspoň blokácie svojich osobných údajov.

4 VYMOŽITEĽNOSŤ PRÁVA NA INFORMAČNÉ SEBAURČENIE A PRÁVA BYŤ ZABUDNUTÝ

Právo na ochranu súkromia je zo všetkých najvšeobecnejšie a súčasne i najzávažnejšie pre každého civilizovaného jednotlivca. Preto je dôležité, aby štát, ktorý takéto práva svojim obyvateľom garantuje, nesklzol v praxi do výlučne teoretickej roviny ochrany práv zabezpečujúcich človeka ochranu súkromia, ale zabezpečil prostredníctvom kvalitnej legislatívnej úpravy aj reálnu vymožiteľnosť práva. Prostredníctvom vyššie uvedeného textu predstavujúceho podstatu práva na informačné sebaurčenie a práva byť zabudnutý sme naznačili viaceré nielen hmotnoprávne, ale aj procesnoprávne otázky vznikajúce v nadväznosti na nutnosť garantovať tieto práva.

Rovnako v súlade s judikatúrou Európskeho súdu pre ľudské práva právo na ochranu súkromia, a teda aj právo na informačné sebaurčenie, nezaväzuje štáty výlučne na pasívne správanie, teda na rešpektovanie a zdržanie sa neoprávnených zásahov do týchto práv, ale naopak, je v ňom obsiahnutý aj pozitívny záväzok štátu chrániť ich dodržiavanie a zabezpečiť právne prostriedky, ktoré by znemožňovali ich porušovanie. Príslušným pozitívnym záväzkom je aj povinnosť zabezpečiť ochranu tohto práva.²⁸

V tejto časti si teda stručne dovoľujeme zhrnúť základné procesnoprávne komplikácie, ktoré je potrebné analyzovať, aby boli obe práva objektívne vymožiteľné. Prvou otázkou je, čoho sa poškodené subjekty môžu v súdnych konaniach na základe hmotného práva domáhať, pričom logickou úvahou dospejeme k nasledujúcim skutočnostiam:

- osoby, ktorých právo na informačné sebaurčenie bolo porušené, budú mať záujem domáhať sa likvidácie predovšetkým uložených, zozbieraných alebo zverejnených osobných údajov alebo iných prejavov osobnosti alebo opatrení umožňujúcich potenciálne ukladanie, zhromažďovanie alebo zverejňovanie ich údajov,
- osoby, ktorých právo byť zabudnutý bolo porušené, budú mať rovnako záujem domáhať sa likvidácie predovšetkým zverejnených osobných údajov alebo iných prejavov osobnosti.

Opakujeme, že domáhať sa ochrany podľa Zákona o ochrane osobných údajov môžu len fyzické osoby, avšak len v administratívnom konaní proti prevádzkovateľovi alebo sprostredkovateľovi osobných údajov.

Vzhľadom na skutočnosť, že naša, rovnako ako ani európska a medzinárodná právna prax nepripravila legislatívne podmienky na relevantné uplatňovanie týchto práv, pričom minimálne právo na informačné sebaurčenie je garantované priamo Ústavou SR, bolo by v danom prípade potrebné analogicky využiť ustanovenia Občianskeho zákonníka o ochrane osobnosti a v prípade garancie týchto práv aj právnickým osobám, ustanovenia Občianskeho zákonníka o ochrane dobrej povesti právnickej osoby.

V nadväznosti na uvedené by sa teda osoby poškodené na svojich právach v danej oblasti mali byť v súlade s ustanovením § 80 písm. b) zákona č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok (ďalej ako „OSP“) oprávnené domáhať:

- upustenia od neoprávnených zásahov,
- odstránenia následkov neoprávnených zásahov,
- primeraného zadostučinenia,
- nemajetkovej ujmy (najmä pri práve byť zabudnutý) a
- náhrady škody.

²⁷ Blokovanie osobných údajov je podľa Zákona o ochrane osobných údajov dočasné alebo trvalé pozastavenie spracúvania osobných údajov, počas ktorého možno vykonávať len tie operácie s osobnými údajmi, ktoré sú nevyhnutné na splnenie povinností uloženej predmetným zákonom.

²⁸ KRESÁK, P.: Ústavná ochrana práva na súkromie a jej význam pre zachovanie mlčanlivosti v právnických profesiách . V.: Ars Notaria. Ročník: 2008, č. 1, s. 11-19.

4.1 Pasívna legitímácia subjektov

Podstatne komplikovanejšou otázkou vo veci aplikácie predmetných práv je pasívna legitímácia. Jej náročnosť spočíva predovšetkým v tom, že subjekt porušujúci práva poškodenej osoby sa môže nachádzať prakticky kdekoľvek vo svete, pričom v danom prípade je vysoko pravdepodobné, že bude vystupovať anonymne, resp. pod prezývkou (*nick name*). Vzhľadom na skutočnosť, že podľa ustanovenia § 79 ods. 1 OSP je podstatnou náležitosťou návrhu na začatie konania meno, priezvisko, prípadne aj dátum narodenia a telefonický kontakt, bydlisko účastníkov, prípadne ich zástupcov, údaj o štátnom občianstve, bude podanie takéhoto návrhu často zmarené. Prevádzkovatelia internetových služieb totiž neposkytnú tretej osobe nedisponujúcej verejnou mocou údaje vedúce k identifikácii ich užívateľa, keďže nemôžu mať záruku, že osoba žiadajúca údaje užívateľa má skutočne záujem získať ich za účelom začatia súdneho konania a osobné údaje užívateľa nežiada z iných dôvodov.

Dnes však ešte nie je definitívne vyriešená ani otázka subjektu, ktorý má niesť zodpovednosť za zverejnené údaje a rovnako zodpovednosť za ich odstránenie. Bude to výlučne subjekt, ktorý údaje zverejnil? Alebo aj ten, ktorý údaje šíril ďalej? Alebo prevádzkovateľ webovej stránky, ktorá šírenie umožnila? Z dôvodu náročnosti identifikácie pasívne legitimovaného subjektu existuje tendencia, aby za odstránenie údajov boli zodpovední prevádzkovatelia internetových služieb. Pokiaľ by však boli za uverejnené údaje skutočne zodpovední, napr. v prípade práva byť zabudnutý by spoločnosti Facebook a Google museli odovzdať viac ako 2 % svojich ročných príjmov len za účelom nápravy poškodenia tohto práva, pokiaľ by nestíhali trvalo odstraňovať všetky informácie, ktoré o sebe užívateľa zverejnili a následne sa rozhodli odstrániť.²⁹

Právo na informačné sebaurčenie a rovnako právo byť zabudnutý aspoň v teoretickej rovine navyiac patria všetkým fyzickým aj právnickým osobám. Medzi tieto osoby patria aj verejne činné osoby, napr. politici. Z tohto dôvodu je pri súdnych konaniach navyiac potrebné prehodnotiť zodpovednosť a postavenie novinárov v súdnom konaní, vzhľadom na skutočnosť, že práve žurnalisti najčastejšie úmyselne zhromažďujú osobné údaje verejne známych osobností za účelom informovania verejnosti o ich osobnosti. Ide teda o priame porušenie oboch práv.

4.2 Vecná a miestna príslušnosť

OSP v aktuálnom znení neupravuje osobitnú miestnu príslušnosť vo veciach ochrany osobnosti a jej súkromia. V minulosti zákon č. 388/2011 Z. z. do ustanovenia § 88 ods. 1 písm. o) OSP zaviedol výlučnú miestnu príslušnosť vo veciach ochrany osobnosti tak, že namiesto všeobecného súdu odporcu bol príslušný súd, v ktorého obvode mal žalobca bydlisko. Uvedená príslušnosť bola neskôr zrušená.

Účelom existencie zákona č. 97/1963 Zb. o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom, je určiť, akým právnym poriadkom sa spravujú občianskoprávne obchodné, rodinné, pracovné a iné vzťahy s medzinárodným prvkom, upraviť právne postavenie cudzincov, ako aj ustanoviť postup slovenských justičných orgánov pri úprave týchto vzťahov a rozhodovanie o nich a tým napomáhať medzinárodnej spolupráci.

V nadväznosti na vyššie uvedené nevyriešené otázky spojené s identifikáciou účastníkov konania je však logické, že pokiaľ nie je možné určiť pasívne legitimovaný subjekt, nie je možné určiť ani to, prostredníctvom akej jurisdikcie a na akom súde je možné domáhať sa príslušného práva. Z tohto dôvodu by sme za účelom efektívnej vymožitelnosti predmetných práv navrhovali posilnenie súdnych kompetencií vo vzťahu k internetovým právam a súčasne určenie miestnej a vecnej príslušnosti a právomoci súdov v domicile navrhovateľa. Samozrejme, je nevyhnutné klásť akcent na skutočnosť, že nie je dostatočné upraviť základné procesnoprávne aspekty práva na informačné sebaurčenie a práva byť zabudnutý iba na národnej alebo európskej úrovni. V danej oblasti je teda v dôsledku globalizácie absolútne nevyhnutné určiť aspoň základy začatia konania medzinárodne v súlade so zásadami právnych a demokratických zriadení.

4.3 Procesnoprávne aspekty dokazovania

Primárnym špecifikom dokazovania v oblasti oboch práv je, že sa v prípade porušenia súkromia prostredníctvom internetových služieb budú najčastejšie aplikovať ako nová generácia

²⁹ FERENSTEIN, G.: On California's Bizarre Internet Eraser Law For Teenagers. TechCrunch, 24.09.2013. Dostupné on line prostredníctvom: <http://techcrunch.com/2013/09/24/on-californias-bizarre-internet-eraser-law-for-teenagers/>

„internetových práv“. Táto skutočnosť výrazne ovplyvní aj rozmanitosť a rozvoj aplikovaných dôkazných prostriedkov.

V sporovom konaní sa v Slovenskej republike uplatňuje prejednávacia zásada. Účastník má povinnosť tvrdenia a dôkaznú povinnosť. Následky spojené s ich nespĺnením v podobe vecne nepriaznivého rozhodnutia logicky nesie ten účastník konania, ktorý tieto povinnosti nespĺnil. Medzi povinnosťou tvrdenia a povinnosťou označiť dôkazy na preukázanie tvrdení je vzájomná väzba. Pokiaľ účastník konania nespĺní povinnosť tvrdenia, nemôže následne splniť ani povinnosť označiť na svoje tvrdenia dôkazy. Otázkou splnenia povinnosti tvrdenia a povinnosti označiť na preukázanie tvrdení dôkazy musí súd vždy riešiť so zreteľom na individuálne okolnosti prejednávanej veci.³⁰

V súlade s ustanovením § 125 Občianskeho súdneho poriadku môžu ako dôkaz slúžiť všetky prostriedky, ktorými možno zistiť stav veci, a to najmä výsluch svedkov, znalecký posudok, správy a vyjadrenia orgánov, fyzických osôb a právnických osôb, listiny, ohliadka a výsluch účastníkov. Pokiaľ nie je spôsob vykonania dôkazu predpísaný, určí ho súd.

V dnešnej praxi sa najčastejšie okrem svedectiev ako dôkazné prostriedky využívajú listinné dôkazy napríklad vo forme zmlúv, podpísaných listov. Práve listinné dôkazy umožňujú v značnom rozsahu spätne zrekonštruovať spornú situáciu. V súlade s judikatúrou majú však písomnosti dve základné náležitosti, ktorými sú písomná forma právneho úkonu a podpis konajúcich subjektov. Súd teda v dnešnej dobe v praxi stále považujú za platný len taký písomný prejav, ktorý je podpísaný.³¹

V nadväznosti na slovenskú legislatívu je teda nutné konštatovať, že za relevantné plnohodnotné „elektronické“ listinné dôkazy je možné považovať len dokumenty podpísané elektronickým podpisom, resp. zaručeným elektronickým podpisom. Rozdiel medzi týmito dvoma legálnymi pojmami je z praktického hľadiska pomerne bezvýznamný, keďže v oboch prípadoch je jednou z náležitostí existencia súkromného kľúča, ktorým je tajná informácia slúžiaca na vyhotovenie elektronického podpisu elektronického dokumentu alebo elektronickej pečate elektronického dokumentu.³² Takýto stav je v prípade vymožitelnosti práva na informačné sebaurčenie a práva byť zabudnutý absolútne nepraktický.

Stále častejšie však svoj priestor v súdnom konaní získavajú aj krátke textové správy SMS a elektronická e - mailová komunikácia. Vo veci ochrany predmetných práv však bude navyiac potrebné analyzovať aj dôkaznú silu prostriedkov, medzi ktoré patria blogy, videá, fotografie alebo jednoduché diskusie na sociálnych sieťach či rôznych portáloch. Kľúč k pochopeniu virtualizácie písomného právneho konania spočíva najmä v odkrytí skutočnej podstaty predmetných právnych úkonov, nie v skutočnosti, že ide o neďávno ešte neznámy dôkazný prostriedok.³³

Autentifikácia a dôvernosť uvedených dôkazov však nikdy nemôže byť úplná, v dôsledku čoho prostredníctvom týchto dôkazov nemusíme dosiahnuť objektívnu pravdu (rovnako ako nie je možné dosiahnuť objektívne dokonalú právnu normu). Práve z tohto dôvodu je však nutné za účelom ilustrácie skutkového stavu aplikovať na prípad všetky dostupné dôkazné prostriedky. Osobnosťou spájajúcou existujúce skutkové informácie do kompatibilného skutkového stavu môže byť, samozrejme, so záväznou platnosťou výlučne sudca.³⁴

V súlade s ustanovením § 153 ods. 1 OSP sudca rozhodne na základe skutkového stavu zisteného z vykonaných dôkazov, ako aj na základe skutočností, ktoré neboli medzi účastníkmi sporné, ak o nich alebo o ich pravdivosti nemá dôvodné a závažné pochybnosti. Predmetné

³⁰ Uznesenie Najvyššieho súdu SR, sp. zn. 5 Cdo 244/2011

³¹ Uznesenie Najvyššieho súdu Českej republiky, sp. zn. 30 Cdo 1230/2007

³² Zákon č. 215/2002 Z. z. o elektronickom podpise a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Súdna prax zatiaľ pojem „súkromný kľúč“ bližšie nevyložila. Nie je teda zrejmé, či sa zaň môže považovať napr. podpis na konci e – mailu, telefónne číslo, z ktorého bola správa odoslaná a pod.

³³ POLČÁK, R.: Dokazování elektronickými dokumenty. Publikované v: Dokazovanie v civilnom a trestnom konaní: Justičná akadémia Slovenskej republiky, 2012. S. 61 a nasl. ISBN 978-80-970207-4-3. Doktor Polčák vidí ako najväčšiu slabinu nového internetového práva nedostatočnú osobnosť a profesionálnu zodpovednosť sudcov za prijímanie nových doteraz nevyužívaných dôkazných prostriedkov.

³⁴ Napr. pokiaľ nájdeme počítač, z ktorého bolo kompromitujúce video odoslané na webovú stránku, môžeme s istotou tvrdiť, že za počítačom sedela osoba, ktorá bola označená ako žalovaný? Predmetnú skutočnosť bude nutné preukazovať v nadväznosti na ďalšie skutkové zistenia, ako prítomnosť žalovaného pri nakrútení videa, získanie videa od tretích subjektov, svedectvá, pokiaľ žalovaný informuje iné subjekty o tom, že video publikoval ...

ustanovenie konštituuje povinnosť súdu rozhodnúť v súlade so zásadou materiálnej pravdy. Odmietanie vyššie uvedených dôkazných prostriedkov je teda v rozpore s touto zásadou a zavádza zásadu objektívnej pravdy, ktorá je však počas súdneho konania len ideálnou kategóriou. V nadväznosti na uvedené je potrebné posudzovať tieto dôkazné prostriedky z dôvodu ich jednoduchého sfaľovania dôkladne, avšak a priori ich neodmietañ, práve naopak, hlbšie sa im venovať. Značným pozitívom predmetných dôkazných prostriedkov totiž je ich bezprostrednosť, a teda skutočnosť, že nemajú predpísanú formu a často zobrazujú skutočné pocity subjektu, ktorý je ich pôvodcom (napr. SMS). Zvláštnosťou v našom právnom poriadku však je, že tieto dôkazy sú považované za irelevantné často z dôvodu ich nedôveryhodnosti, nie z dôvodu porušovania súkromia a prejavov osobnosti ako napr. zvukové nahrávky rozhovorov fyzických osôb.

Čiastočnou výhodou Slovenskej republiky je skutočnosť, že predmetná problematika vznikla podstatne skôr v iných krajinách sveta a je teda možné čerpať už z existujúcich skúseností iných demokratických právnych systémov (najmä nemeckého a rakúskeho právneho systému, ktoré fungujú na rovnakých princípoch, pričom už mali priestor čiastočne sa vysporiadať s podobnými otázkami).

5 ZÁVER

Vivien Reding v ďalšom zo svojich prejavov z roku 2010 povedala: „Boh odpúšťa a Boh zabúda. Internet nie.“³⁵

Ochrana súkromia a slobodný rozvoj vedy a techniky patria nepochybne medzi najväčšie výzvy našej generácie. Internet je dnes všade a ovplyvňuje nás v takmer každej oblasti života. Žijeme v časoch kedy dôležitejšie, ako naše životopisy a motivačné listy je profesijný obraz, ktorý vytvorí prvých desať výsledkov v Googli po zadaní nášho mena. V USA spoločnosť Microsoft zistila, že až 70 % kandidátov na pracovné pozície bolo odmietnutých na základe internetového prieskumu o ich osobe. Dopad internetu a údajov, ktoré o sebe zverejníme my alebo tretie subjekty môžu mať teda najmä v prípade ich zozbierania a kombinácie nepredpokladané následky na život jednotlivých subjektov. Vzniká tak otázka: „Koho majetkom sú osobné údaje uverejnené na internete?“

Je nepochybné, že súdna prax bude musieť vyriešiť ešte značné množstvo otázok, ktoré v najbližších rokoch a desaťročiach spôsobí dynamický rozvoj vedy a techniky. Práve preto považujeme za potrebný vznik odbornej diskusie o jednoznačnejšej úprave práva na informačné sebaurčenie a rovnako formu a systém takejto úpravy. Spôsob, akým by bolo možné predmetné právo upraviť však vyžaduje komplexnú analýzu judikatúry i existujúcich právnych predpisov a súčasne cezhraničnú spoluprácu s krajinami (napr. Spolková republika Nemecko), ktoré nie je možné dostatočne precízne a kvalitne obsiahnuť v tomto príspevku, daná problematika však bude v budúcnosti systematicky a cielene rozobraná v rovnomennej dizertačnej práci.

Faktom však zostáva, že mnohé krajiny sa vo svojich národných právnych poriadkoch už vysporiadali so značnou časťou internetových hrozieb, v Slovenskej republike však na tému novodobej ochrany súkromia nevznikla zásadnejšia odborná diskusia. V nadväznosti na uvedené máme za to, že predmetná polemika je nevyhnutná a veríme, že s riešením vyššie načrtnutých situácií príde odborná obec skôr, ako zistíme v praxi všetky nedostatky našej aktuálnej legislatívnej úpravy.

Použitá literatúra:

AMBROSE, M. L., AUSLOOS, J.: The Right to Be Forgotten Across the Pond. *Journal of Information Policy* 3 (2013): 1-23.

ČENTĚŠ, J.: *Odpočúvanie – procesnoprávne a hmotnoprávne aspekty*. Bratislava: C.H. Beck, 2013, 272 s.

FERENSTEIN, G.: On California's Bizarre Internet Eraser Law For Teenagers. *TechCrunch*, 24.09.2013. Dostupné on line prostredníctvom: <http://techcrunch.com/2013/09/24/on-californias-bizarre-internet-eraser-law-for-teenagers/>

FISCHER-HÜBNER, S., HOFFNAGLE, CH., KRONTIRIS, I., RANNENBERG, K., WAIDNER, M.: *Online Privacy: Towards Informational Self-Determination on the Internet. Manifesto from Dagstuhl Perspectives Workshop 11061, 2011.*

³⁵ REDING, V.: *Privacy matters – Why the EU needs new personal data protection rules*. Dostupné prostredníctvom: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-700_en.htm

- GOODE, E.: Victims Push Laws to End Online Revenge Posts. The New York Times, 23.09.2013. Dostupné on line: www.nytimes.com/2013/09/24/us/victims-push-laws-to-end-online-revenge-posts.html?_r=1&
- KRESÁK, P.: Ústavná ochrana práva na súkromie a jej význam pre zachovanie mlčanlivosti v právnických profesiách . V.: Ars Notaria. Ročník: 2008, č. 1, s. 11-19.
- PETERSON, A.: Author of California Online Eraser Law: It's Not Always Easy to Find the Delete Button. The Washington Post, publikované dňa 25.09.2013. Dostupné on line prostredníctvom WWW.WASHINGTONPOST.COM/BLOGS/THE-SWITCH/WP/2013/09/25/AUTHOR-OF-CALIFORNIA-ONLINE-ERASER-LAW-ITS-NOT-ALWAYS-EASY-TO-FIND-THE-DELETE-BUTTON/.
- POLČÁK, R.: Dokazování elektronickými dokumenty. Publikované v: Dokazovanie v civilnom a trestnom konaní: Justičná akadémia Slovenskej republiky, 2012. S. 61 a nasl. ISBN 978-80-970207-4-3.
- REDING, V.: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age. Dostupné prostredníctvom: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_sk.htm
- REDING, V.: Privacy matters – Why the EU needs new personal data protection rules. Dostupné prostredníctvom: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-700_en.htm
- Spiegel Online International: The World from Berlin: Germany's New Right to Online Privacy, dostupné on line: www.spiegel.de/international/germany/the-world-from-berlin-germany-s-new-right-to-online-privacy-a-538378.html
- STABEN, J.: Consent Under Pressure and the Right to Informational Self-Determination. Published by Martin Pleiss on 17. December 2012.
- SVÁK, J., CIBULKA, Ľ.: Ústavné právo Slovenskej republiky. Osobitná časť. 3. vydanie. Žilina: EURO KÓDEX, 2009. 1072 strán. ISBN 978-80-89363-33-9.
- TIKK, E., MIKIVER, M.: Applicability of the Census Case in Estonian Personal Data Protection Law, Juridica International, XI 2006, s. 102 – 110.
- WARREN, S.D., BRANDEIS, L. D.: The Right to Privacy. Harvard Law Review, číslo IV, 1890, č.: 5.
- WESTIN, A., 1970 CITOVANÉ V: KRUPAT, E.: PEOPLE IN CITIES: THE URBAN ENVIRONMENT AND ITS EFFECTS. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 1994. ISBN 0-521-26544-4, S. 111.

Dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd

Listina základných práv a slobôd

Medzinárodný pakt o občianskych a politických právach

Smernica o ochrane súkromia a cezhraničnom toku osobných údajov

Dohovor o ochrane jednotlivcov pri automatizovanom spracovaní osobných údajov z roku 1981

Dohovor o prístupe k úradným dokumentom zo dňa 18.06.2009.

Charta základných práv Európskej únie

Návrh Európskeho parlamentu a Rady na úpravu ochrany fyzických osôb vo vzťahu k prenosu osobných údajov a k voľnému pohybu týchto údajov zo dňa 25.01.2012

Smernica č. 95/46/EHS o ochrane fyzických osôb pri spracovaní osobných údajov a voľnom pohybe týchto údajov zo dňa 24.10.1995

Smernica č. 2002/58/ES zaoberajúca sa spracovávaním osobných údajov a ochranou súkromia v sektore elektronických komunikácií zo dňa 12.07.2002

Zákon č. 460/1992 Zb. Ústava Slovenskej republiky

Ústavný zákon č. 23/1991 Zb.

Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník

Zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok

Zákon č. 122/2013 Z. Z. o ochrane osobných údajov a o zmene a doplnení niektorých zákonov

Zákon č. 97/1963 Zb. o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom

Zákon č. 388/2011 Z. Z.

Zákon č. 215/2002 Z. Z. o elektronickom podpise a o zmene a doplnení niektorých zákonov

Gaskin v. Spojené kráľovstvo. Sťažnosť č. 10454/83

C-131/12 Google Spain v Spanish Data Protection Authority (AEPD)

Uznesenie Najvyššieho súdu SR, sp. zn. 5 Cdo 244/2011

Rozhodnutie Ústavného súdu Českej republiky, sp. zn.: Pl. ÚS 24/10

Uznesenie Najvyššieho súdu Českej republiky, sp. zn. 30 Cdo 1230/2007

Kontaktné údaje:

Mgr. Daniela Čičkánová
daniela.cickanova@gmail.com
Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave
Šafárikovo nám. č. 6
P. O. BOX 313
810 00 Bratislava 1
Slovenská republika

POJEM A PODSTATA SÚKROMNOPRÁVNEHO VYMÁHANIA SÚŤAŽNÉHO PRÁVA¹

Lenka Dufalová

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstract: Article deals with the topic of private enforcement of competition law in the EU. Author focuses mainly on the definition of the term enforcement of competition law, private enforcement of competition law and its functions. It also seeks to highlight the fundamental differences between the functioning of the enforcement of competition law in the EU and the U.S. and points out reasons for different approaches to enforcement of competition law. Little attention is paid to the current legislation for damages resulting from a breach of competition rules in the Slovak legal order.

Abstrakt: Článok je venovaný problematike súkromnoprávneho vymáhania súťažného práva v EÚ. Autorka sa v článku zameriava najmä na vysvetlenie pojmu vymáhanie súťažného práva, súkromnoprávne vymáhanie/ presadzovanie súťažného práva a jeho funkcií. Snaží sa tiež poukázať na základné rozdiely medzi fungovaním presadzovania súťažného práva v EÚ a v USA a poukazuje na dôvody rôzneho prístupu k vymáhaniu súťažného práva. Okrajovo sa článok venuje aj súčasnej právnej úprave náhrady škody spôsobenej porušením súťažných pravidiel v slovenskom právnom poriadku.

Key words: competition law, enforcement of competition law, private enforcement of competition law, damages

Kľúčové slová: súťažné právo, vymáhanie súťažného práva, súkromnoprávne vymáhanie súťažného práva, náhrada škody

1 ÚVOD

Porušovanie pravidiel súťažného práva vedie nielen k deformovaniu samotnej hospodárskej súťaže, ale následkom takéhoto konania súťažiteľov je častokrát aj vznik škody, ktorá sa prejavuje v majetkovej sfére tak ostatných súťažiteľov, ako aj spotrebiteľov. Protisúťažné konanie je vzhľadom na jeho následky nežiaducim javom, ktorému je potrebné predovšetkým predchádzať. Pravidlá a nástroje ochrany hospodárskej súťaže by mali byť vytvárané tak, aby plnili najmä preventívnu funkciu. Dôraz kladený na prevenciu sa javí ako najúčelnejšie riešenie nielen z pohľadu ekonomického, ale aj z pohľadu pozície subjektov, ktoré sú protisúťažným konaním negatívne ovplyvnené. Prevencia je riešením lacnejším, ako následné odstraňovanie protiprávneho stavu, a reštitúciu stavu pred porušením spravidla možno tiež dosiahnuť len v obmedzenej miere. Ak preventívne pôsobenie nastavených pravidiel u konkrétneho subjektu zlyhá, úlohou práva je poskytnúť také spravodlivé riešenie vzniknutej situácie tak, aby prijaté opatrenia pôsobili odstrašujúco a preventívne nielen na subjekt porušujúci pravidlá, ale aj na iné subjekty zúčastnené na hospodárskej súťaži. Zároveň je nevyhnutné, aby bola subjektom, ktoré boli protisúťažným správaním dotknuté na svojich právach, poskytnutá kompenzácia za utrpenú ujmu.

Právny systém EÚ v súčasnosti preferuje za účelom vymáhania dodržiavania súťažných pravidiel prostriedky práva verejného. V tejto súvislosti sa možno stretnúť aj s pojmom administratívny prístup k súťažnému právu (*administrative approach*)² s cieľom poukázať na skutočnosť, že väčšina kompetencií a dostupných právnych prostriedkov v oblasti presadzovania³

¹ Tento príspevok vznikol za podpory Agentúry na podporu výskumu a vývoja, grantu č. APVV-0158-12 (Efektívnosť právnej úpravy ochrany hospodárskej súťaže v kontexte jej aplikácie v praxi) a Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave.

² BROUVER, M. US and EU Competition Policy on Abuse of Dominance in High Tech Industries. University of Amsterdam working paper, 2011, s. 2.

³ Pojmom presadzovanie súťažného práva a vymáhanie súťažného práva je v práci používané ako synonymum. Ide o preklad anglického pojmu *enforcement*.

súťažného práva patrí súťažným autoritám, či už národným alebo nadnárodným. Na druhej strane, na pôde EÚ je už niekoľko rokov rezonuje potreba posilnenia prostriedkov pre súkromnoprávne vymáhanie súťažného práva. Súkromnoprávne vymáhanie súťažného práva (*private enforcement*) predstavuje jeho občianskoprávny, resp. obchodnoprávny aspekt, a je teda tretím typom zodpovednosti za porušenie súťažného práva popri deliktálnej zodpovednosti, ktorú prešetrujú správne orgány v rámci správneho práva a popri trestnom postihu páchatelov, či už fyzických osôb alebo v krajinách, kde to trestné právo umožňuje, aj právnických osôb.⁴ Súkromnoprávne vymáhanie súťažného práva sa v súčasnosti spája najmä s právom na náhradu škody, ktorá bola subjektom spôsobená porušením súťažných pravidiel.

2 POJEM SÚKROMNOPRÁVNE VYMÁHANIE SÚŤAŽNÉHO PRÁVA

Pojem súkromnoprávne vymáhanie súťažného práva môže byť chápaný v širšom, aj v užšom zmysle. V širšom zmysle je súkromnoprávnym vymáhaním súťažného práva akékoľvek konanie súkromných subjektov za účelom presadenia súťažnej politiky štátu⁵, napríklad aj podanie podnetu súťažnej autorite o možnom porušovaní súťažného práva. V užšom zmysle, súkromnoprávnym vymáhaním súťažného práva je len také konanie, ktoré zahŕňa súdne spory, v ktorom súkromný subjekt vystupuje ako žalobca alebo protižalobca proti podnikom, ktorých konanie je v rozpore s pravidlami ochrany hospodárskej súťaže.⁶ Účelom súkromnoprávneho vymáhania súťažného práva je predovšetkým kompenzácia ujmy spôsobenej iným súťažiteľom, ako aj spotrebiteľom, ktorí ju utrpeli v dôsledku porušenia súťažných pravidiel. Možnosť vymáhať náhradu škody spôsobenú porušením súťažných pravidiel má tiež posilniť odstrašujúci účinok⁷ pravidiel hospodárskej súťaže a posilniť vymáhanie týchto pravidiel, najmä tam, kde nie je možné aplikovať prostriedky trestného práva.⁸ Súvisí to s rôznymi funkciami verejnoprávneho a súkromnoprávneho vymáhania súťažného práva – kým obe tieto formy majú viesť k ochrane súťaže a prevencii porušovania súťažných pravidiel, funkciou verejnoprávneho vymáhania súťažného práva je tiež potrestať subjekty porušujúce súťažné pravidlá, kým súkromnoprávne vymáhanie má kompenzovať ujmu subjektom, ktorí ju v dôsledku porušenia súťažných pravidiel konkrétnym subjektom porušili.

Pojem „private enforcement“ spravidla slúži na označenie nárokov na náhradu škody spôsobenej porušením súťažných pravidiel. Jeho použitie vychádza z jeho aplikácie v Spojených štátoch amerických, kde sa nástroje na presadzovanie súťažného práva už tradične delia na verejnoprávne a súkromnoprávne. Na rozdiel od situácie v Európe, v USA sú dominantným nástrojom presadzovania súťažných pravidiel prostriedky súkromného práva, najmä žaloby na náhradu škody spôsobenej porušením súťažných pravidiel. Ochrana hospodárskej súťaže má v USA dlhodobú históriu. Už koncom 19. st. boli prijaté jednotné pravidlá upravujúce právne následky porušenia pravidiel ochrany hospodárskej súťaže. *Sherman Act* z roku 1890, ktorý reguluje kartely a monopoly stanovuje, že trestom za porušenie stanovených pravidiel je jednak možnosť uloženia pokút a tiež možnosť trestného stíhania osôb porušujúcich súťažné právo. Pokiaľ ide o náhradu škody spôsobenej správaním súťažiteľa, legislatíva USA umožňuje dotknutým subjektom domáhať sa nielen skutočne utrpenej náhrady škody, ale možno požadovať jej trojnásobok. Náhrada škody tak neplní len kompenzačnú funkciu, ale aj funkciu represívnu. Cieľom takejto právnej úpravy je posilniť odstrašujúci efekt voči ostatným entitám pôsobiacim v hospodárskej súťaži, a tiež povzbudiť poškodených, aby sa domáhali svojich práv. Na druhej strane, je potrebné tiež uviesť, že právo EÚ umožňuje príslušnej súťažnej autorite uložiť omnoho vyššiu pokutu, ako môže byť uložená v USA podľa ustanovení *Sherman Act*, čím sa má naplniť práve spomínaná preventívna funkcia, bez potreby uloženia náhrady škody vyššej ako skutočne utrpenej. Aj *private*

⁴ STEINECKER, J. Úvod do problematiky súkromnoprávneho vymáhania súťažného práva. In: *Súkromnoprávne vymáhanie súťažného práva/Private Enforcement of Competition Law*. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie. Bratislava : Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2010, s. 7.

⁵ KOMNINOS, A.P. EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts. Oxford: Hart Pub, 2008, p. 1.

⁶ Bližšie k tomu: *Ibid.*

⁷ Z anglického *deterrence* – odstrašenie. V slovenskom práve sa skôr používa pojem preventívna funkcia. Bližšie k tomu DUFALOVÁ, L. Funkcie zodpovednosti za škodu. In: *HISTORIA ET THEORIA IURIS*, roč. 2, 2010, č. 4, s. 96.

⁸ Bližšie pozri: CARBONELLI, V. Private enforcement of EU Competition Law between public and private issues. In: *Int. J. Public Law and Policy*, 2011, s. 2.

enforcement môže prispieť k preventívnemu pôsobeniu pravidiel hospodárskej súťaže a tým k jej ochrane, a to tým, že ak budú poškodené subjekty motivované vynaložiť úsilie s cieľom domôcť sa svojich práv v súdnom konaní, tak prispejú tým k odhaľovaniu nekalosúťažných praktík. Rovnaký efekt má aj povinnosť nahradiť spôsobenú škodu, nakoľko vzhľadom na možný počet poškodených subjektov, celková výška náhrady škody nemusí byť zanedbateľná.

V rámci EÚ je zjednocujúcim prvkom v oblasti ochrany hospodárskej súťaže najmä ekonomická integrácia v podobe odstránenia bariér voľného obchodu a následného vytvorenia voľného trhu. Za účelom dosiahnutia tohto cieľa bolo potrebné predovšetkým vytvoriť jednotný a efektívny systém pravidiel regulujúcich oblasť súťažného práva. Právnu ochranu hospodárskej súťaže na úrovni komunitárneho práva nachádzame už od počiatkov európskej integrácie. Už rímske zmluvy stanovili dva základné piliere súťažnej politiky - zákaz kartelových dohôd a zákaz zneužitia dominantného postavenia. Porušenie zakotvených pravidiel už v zakladajúcich zmluvách je však riešené primárne v administratívnom konaní. Pokiaľ ide o náhradu spôsobenej škody, právo EÚ priamo nezakotvuje možnosť priznania tzv. *treble damages*, aj keď Európska únia vo svojej legislatíve v súvislosti s náhradou škody spôsobenou porušením súťažného práva⁹ zvažovala zavedenie represívnej náhrady škody. Po pripomení z toho strany členských štátov, však v následne vydanéj Bielej knihe (2008) Európska komisia uvádza, že na základe žaloby možno priznať len náhradu skutočne utrpenej škody, ktorá zahŕňa aj ušlý zisk. K tejto otázke sa vyjadril aj Európsky súdny dvor, a to vo veci *Manfredi*¹⁰ kde uvádza, že „v prípade neexistencie noriem Spoločenstva v tejto oblasti náleží vnútroštátnemu právnemu poriadku každého z členských štátov, aby stanovil kritériá umožňujúce určenie rozsahu náhrady škody spôsobenej kartelovou dohodou alebo postupom zakázanými článkom 81 ES¹¹ za predpokladu, že budú rešpektované zásady ekvivalencie a efektivity. Z toho dôvodu musí byť na jednej strane [...] možné v rámci žalôb založených na pravidlách hospodárskej súťaže Spoločenstva priznať osobitnú náhradu škody, akou je exemplárna či sankčná náhrada škody, ak sa takáto náhrada škody môže uplatniť v rámci vnútroštátnych žalôb[...]. Právo Spoločenstva nebráni tomu, aby vnútroštátne súdy dbali na to, aby ochrana práv zaručených právnym poriadkom Spoločenstva nemala za následok bezdôvodné obohatenie oprávnených osôb. [...] osoby, ktoré utrpeli ujmu, musia mať možnosť žiadať nielen náhradu skutočnej škody (*damnum emergens*), ale aj ušlý zisk (*lucrum cessans*), ako aj zaplatenie úrokov.“ Rozsudok určil len spodný limit rozsahu náhrady škody a potvrdil, že komunitárne právo nevyklučuje, aby náhrada škody bola vyššia, a zahŕňala tak i represívny prvok. Právo EÚ v spojitosti s narušením hospodárskej súťaže neumožňuje uloženie sankcii trestnoprávneho charakteru.

V odbornej literatúre sa možno často stretnúť s názorom, že odlišnosti v rámci pravidiel v USA a EÚ sú dané tým, že oba systémy ochrany hospodárskej súťaže sú zamerané na iný primárny cieľ, funkciu. Primárnou funkciou súťažného práva v USA je chrániť predovšetkým blahobyť, prosperitu spotrebiteľa (*consumer's welfare*), pod ktorým možno rozumieť produkciu rôznych druhov výrobkov za rozumnú cenu.¹² Menší dôraz sa kladie na ochranu hospodárskej súťaže ako takej, a teda jej spájanie s ochranou ostatných súťažiteľov.¹³ Súťažné právo v USA sa teda primárne zameriava na ochranu individuálnych záujmov. Výsledkom takéhoto zamerania je skutočnosť, že aj prostriedky na ochranu hospodárskej súťaže budú viac zamerané na individuálne nároky a práva spotrebiteľov, ktorí chránia predovšetkým svoje individuálne záujmy, a až následne a v nižšej intenzite budú pôsobiť prostriedky na ochranu súťaže vo forme pokút uložených subjektom narušujúcim súťaž. V EÚ je dôraz kladený najmä na ochranu súťaže, preferuje sa ochrana verejného záujmu. Aj ESD vo svojom rozhodnutí vo veci *Courage v Crehan* uvádza, že existencia práva na náhradu škody spôsobenej porušením hospodárskej súťaže existencie práva na náhradu škody "posilňuje fungovanie pravidiel hospodárskej súťaže a odrádza od dohôd alebo postupov, [...], ktoré môžu obmedziť alebo narušiť hospodársku súťaž. Z tohto pohľadu môžu žaloby o náhradu škody pred vnútroštátnymi súdmi podstatne prispieť k zachovaniu účinnej hospodárskej súťaže v Spoločenstve."

⁹ Európska komisia: Zelená kniha – Žaloby o náhradu škody pre porušenie antitrustových pravidiel. 2005.

¹⁰ C-298/04 *Manfredi vs. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* zo dňa 13.7.2006.

¹¹ Teraz článok 101 Zmluvy o fungovaní Európskej únie.

¹² FOX, E.M. US and EU Competition Law: A Comparison. In: GLOBAL COMPETITION POLICY, 1997, s. 340

¹³ KÖMNINOS, A. Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap? *Competition Law Review*, vol. 3 (1), 2006, s. 14.

3 FUNKCIE VYMÁHANIA SÚŤAŽNÉHO PRÁVA

Pri analýze funkcií vymáhania súťažného práva sa spravidla stretávame s vymedzením troch jeho základných funkcií.¹⁴ Ako primárna sa uvádza ochrana hospodárskej súťaže a zamedzenie porušovania jej pravidiel. Prostriedky na dosiahnutie tohto cieľa v podobe kompetencií Európskej komisie a orgánov hospodárskej súťaže členských štátov a vo forme verejnoprávnych sankcií stanovuje nariadenie 1/2003¹⁵ v podobe možnosti súťažných autorít ukladať pokuty a pravidelné penále. Mimo tohto nariadenia je to civilná sankcia vo forme práva požadovať náhradu škody spôsobenú protisúťažným konaním. Sekundárna fáza tejto funkcie nastupuje v momente, keď dochádza k porušeniu určených pravidiel a jej cieľom je ukončenie porušovania týchto pravidiel.

Druhou funkciou je funkcia kompenzačná. Pravidlá hospodárskej súťaže majú viesť k účinnej kompenzácii ujmy, ktorú utrpeli subjekty zúčastnené na hospodárskej súťaži protisúťažným konaním iného subjektu. Túto funkciu je možné dosiahnuť len v rámci súkromnoprávneho vymáhania súťažného práva, nakoľko EK a národné súťažné orgány nie sú oprávnené v rámci rozhodnutia o porušení súťažných pravidiel rozhodnúť zároveň aj o náhrade spôsobenej škody. Kompetencie v oblasti súkromnoprávneho vymáhania súťažného práva patria predovšetkým národným súdom, ktoré tak zohrávajú dôležitú úlohu v rámci uplatňovania pravidiel hospodárskej súťaže. Náhradu škody, ktorá vznikla porušením pravidiel EÚ v oblasti hospodárskej súťaže, nemožno dosiahnuť pomocou verejnoprávnych prostriedkov presadzovania súťažného práva. Európska komisia ani vnútroštátne orgány na ochranu hospodárskej súťaže nedisponujú kompetenciami pre vydanie rozhodnutia o povinnosti nahradiť škodu. Na úrovni EÚ tiež nie je konštituovaný systém súdov, ktoré by disponovali kompetenciami v oblasti súkromnoprávnych sporov, taktiež neexistujú ani jednotné procesné pravidlá pre ich prejednávanie, a ani hmotné zmluvné a deliktuálne právo na základe ktorého by rozhodovali. Vnútroštátne súdy tak budú rozhodovať podľa vnútroštátnych hmotných aj procesných pravidiel, následkom čoho je skutočnosť, že podmienky pre nároky spotrebiteľov sa budú rôzniť v jednotlivých členských štátoch. Táto situácia môže navyše poskytnúť konkurenčnú výhodu podnikom, ktoré porušili článok 101 alebo 102 Zmluvy o fungovaní Európskej únie, nemajú však sídlo alebo nevykonávajú činnosť v členskom štáte s legislatívou naklonenou osobám poškodeným ich protisúťažným konaním.¹⁶ Táto situácia významnou mierou sťažuje postavenie poškodených osôb, najmä v prípadoch, ak škoda vznikla porušením práva EÚ.

Tretou funkciou je funkcia represívna, ktorá má v sebe zahŕňať aj prvky generálnej aj špeciálnej prevencie či odstrašenia. Docielenie represívnej funkcie v podobe trestu pre porušujúci pravidlá možno dosiahnuť prostriedkami verejného práva. Pokiaľ ide o represívnu funkciu náhrady škody tak podľa pravidiel európskeho súťažného práva, možno v súčasnosti na základe žaloby možno priznať len náhradu skutočne utrpenej škody, ktorá zahŕňa aj ušlý zisk. Vnútroštátne pravidlá sa v tomto smeru môžu líšiť. Súkromnoprávne vymáhanie súťažného práva môže prispieť najmä k napĺňaniu preventívnej funkcie.

4 SÚČASNÝ PRÁVNY STAV V RÁMCI SÚKROMNOPRÁVNEHO VYMÁHANIA SÚŤAŽNÉHO PRÁVA

Súdy EÚ vo viacerých svojich rozhodnutiach konštatovali, že každý, kto utrpel škodu porušením článku 101 a 102 Zmluvy o fungovaní Európskej únie, má právo vymáhať náhradu tejto škody. Právo požadovať odškodnenie za utpenú škodu sa vzťahuje na všetky druhy osôb, ktoré boli poškodené porušením pravidiel upravujúcich hospodársku súťaž, a to bez ohľadu na to, či žaloby o náhradu škody nasledujú potom, čo orgán pre ochranu hospodárskej súťaže zistil porušenie pravidiel, alebo žaloby z takéhoto zistenia nevychádzajú.¹⁷

Súčasná právna úprava nielen na Slovensku, ale aj v EÚ, v procese presadzovania pravidiel súťažného práva a jeho následného vymáhania uprednostňuje jeho vymáhanie prostredníctvom orgánov verejnej moci, pred vymáhaním, ktoré by iniciovali súkromné osoby. Napriek tomu význam súkromnoprávneho vymáhania súťažného práva má rastúci význam. V súčasnosti prevláda názor,

¹⁴ LIANOS, I. GERADIN, D. (ed.) Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure, s. 230

¹⁵ NARIADENIE RADY (ES) č. 1/2003 zo 16. decembra 2002 o vykonávaní pravidiel hospodárskej súťaže stanovených v článkoch 81 a 82 Zmluvy.

¹⁶ Stanovisko Európskeho hospodárskeho a sociálneho výboru zo dňa 16.10.2013.

¹⁷ Napríklad Rozsudok Súdneho dvora z dňa 13. júla 2006 v spojených veciach C-295/04 až C-298/04 (Manfredi a ďalší), rozsudok Súdneho dvora z dňa 20. septembra 2001 vo veci C-453/99 (Courage v. Bernard Crehan).

že súkromnoprávne a verejnoprávne vymáhanie súťažného práva sa navzájom dopĺňajú. Vzťah *public a private enforcement* síce vymedzuje Nariadenie 1/2003, keď v bode 7 preambule uvádza, že „vnútroštátne sudy hrajú dôležitú úlohu pri uplatňovaní súťažných pravidiel Spoločenstva a ich úloha v tomto ohľade dopĺňa úlohu orgánov hospodárskej súťaže členských štátov“, avšak nezodpovedanou otázkou je, do akej miery sudy členských štátov túto úlohu naplňajú.

Na úrovni EÚ je už niekoľko rokov vyvíjaná aktivita smerujúca k zjednoteniu pravidiel upravujúcich vymáhanie náhrady škody spôsobenej porušením súťažných pravidiel. V roku 2005 bola publikovaná Zelená kniha o žalobách na náhradu škody pre porušenie antitrustových pravidiel ES, ktorú nasledovala tzv. Biela kniha v roku 2008. Oba tieto dokumenty boli vypracované s cieľom identifikovať prekážky, ktoré bránia účinnému súkromnoprávnemu vymáhaniu súťažného práva. Napriek týmto dlhotrvajúcim snahám však v súčasnosti nejestvuje na európskej úrovni jednotná právna úprava týkajúca sa uplatnenia nároku na náhradu škody, ktorá vznikla konaním v rozpore so súťažnými pravidlami. Každá členská krajina má vlastnú právnu úpravu náhrady takejto škody, podľa ktorej národné sudy postupujú. To že ide o významnú otázku potvrdzuje aj skutočnosť, že aj OECD sa v niekoľkých svojich dokumentoch¹⁸ venuje otázke nárokov na náhradu škody porušením súťažných pravidiel.

V slovenskom právnom poriadku nachádzame dva základné právne predpisy, ktoré upravujú ochranu hospodárskej súťaže a následky jej porušenia – zákon č. 136/2001 Z.z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov (zákon o ochrane hospodárskej súťaže) a zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov (obchodný zákonník). Oba právne predpisy poskytujú dotknutým subjektom niekoľko právnych nárokov, ktorých sa môžu domáhať v prípade, ak došlo k porušeniu hospodárskej súťaže¹⁹, avšak táto právna úprava prináša mnoho otázok. Jednou z týchto otázok je napríklad právo na náhradu škody v prípade porušenia ustanovení zákona o ochrane hospodárskej súťaže.

§ 42 uvedeného zákona hovorí o občianskoprávných sporoch z nedovoleného obmedzovania súťaže, kde však dotknutý osobám priznáva práva domáhať sa na súde, aby sa porušiteľ zdržal konania a odstránil protiprávny stav. O nároku na náhradu škody nehovorí nič. Podľa judikatúry európsky súdov tu právo na náhradu škody existuje, a teda bez ohľadu na skutočnosť, že spomínaný zákon tento nárok opomína, dotknutý subjekt sa práva na náhradu škody domáhať môže. V súčasnosti sú záväzkovo-právne vzťahy upravené v dvoch kódexoch súkromného práva, v ktorých je úprava náhrady škody postavená na diametrálne odlišných princípoch. Podľa ktorej právnej úpravy má dotknutý subjekt uplatňovať svoje nároky z náhrady škody? Ako vyplýva z dostupnej judikatúry aj z prieskumu, ktorý uskutočnil Protimonopolný úrad SR²⁰ ani odborná právna verejnosť sa v odpovedi na túto otázku nezhoduje.

Situácia v oblasti vnútroštátneho práva sa však v blízkej dobe môže výrazne zmeniť, nakoľko v júni 2013 vydala Európska komisia návrh smernice o niektorých pravidlách upravujúcich žaloby podávané na základe vnútroštátneho práva s cieľom získať náhradu škody utrpenej v dôsledku porušenia predpisov členských štátov a Európskej únie na ochranu hospodárskej súťaže. Návrh smernice uvádza, že hlavným cieľom predkladaného návrhu je optimalizovať interakciu medzi presadzovaním týchto pravidiel verejnoprávnymi prostriedkami a ich presadzovaním súkromnoprávnymi prostriedkami, ako aj zabezpečiť, aby Komisia a vnútroštátne orgány na ochranu hospodárskej súťaže mohli pokračovať v politike dôrazného presadzovania súťažného práva verejnoprávnymi prostriedkami, a zároveň aby osoby poškodené v dôsledku porušenia súťažného práva mali skutočnú možnosť získať náhradu nimi utrpenej škody. Cieľ zblíženia vnútroštátnych pravidiel sa neobmedzuje len na žaloby o náhradu škody vzniknutej v dôsledku porušenia pravidiel EÚ v oblasti hospodárskej súťaže, ale aj škody v dôsledku porušenia vnútroštátnych predpisov na ochranu hospodárskej súťaže, ak sa tieto predpisy uplatňujú súbežne popri uvedených pravidlách EÚ. Smernica však neupravuje pravidlá pre prípady, kedy sa na náhradu škody bude aplikovať výlučne národné právo.

Návrh smernice upravuje predovšetkým otázky, ktoré boli vyhodnotené ako najzávažnejšie prekážky v oblasti súkromnoprávneho presadzovania súťažného práva. Smernica upravuje najmä

¹⁸ Napr. OECD: Private Remedies, 2007.

¹⁹ § 42 zákona o ochrane hospodárskej súťaže, § 53-55 obchodného zákonníka.

²⁰ Protimonopolný úrad SR: Vyhodnotenie výsledkov verejnej diskusie o súkromnom vymáhaní súťažného práva, 2010.

sprístupňovanie dôkazov, účinky vnútroštátnych rozhodnutí, premlčacie lehoty a zakladá tiež solidárnu zodpovednosť podnikov, ktoré spoločným konaním porušili súťažné pravidlá. Členské štáty budú mať povinnosť transponovať smernicu do dvoch rokov odo dňa prijatia smernice. Smernica významným spôsobom

5 ZÁVER

Súkromnoprávne vymáhanie súťažného práva je momentálne často pertraktovaným pojmom spájaným so zabezpečením efektívnej ochrany hospodárskej súťaže prostredníctvom iných pravidiel, aké sa uplatňujú zo strany Európskej komisie a národných súťažných orgánov. Samotný pojem sa dnes spája výlučne s právom na náhradu škody, ktorú utrpeli subjekty zúčastnené na hospodárskej súťaži. Náhrada škody je jediným spôsobom, ako je možné kompenzovať ujmu spôsobenú iným súťažiteľom alebo spotrebiteľom porušením súťažných pravidiel. Nakoľko je v súčasnosti právna úprava na úrovni EÚ nepostačujúca a na úrovni národných legislatív značne rozdielna, je potrebné jej pravidlá upraviť tak, aby v oblasti vymáhania náhrady škody spôsobenej porušením súťažných pravidiel poskytli dotknutým subjektom také právne prostriedky, ktoré budú viesť k efektívnemu vymoženiu ich nárokov. Náhrada škody znamená uvedenie poškodeného do pozície, v ktorej by sa nachádzal, keby nedošlo k žiadnemu porušeniu pravidiel hospodárskej súťaže.

Použitá literatúra:

- BROUVER, M. US and EU Competition Policy on Abuse of Dominance in High Tech Industries. University of Amsterdam working paper, 2011.
- CARBONELLI, V. Private enforcement of EU Competition Law between public and private issues. In: Int. J. Public Law and Policy. 2011. Dostupné na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2186996
- DUFALOVÁ, L. Funkcie zodpovednosti za škodu. In: HISTORIA ET THEORIA IURIS, roč. 2, 2010, č. 4, s. 94-106. ISSN 1338-0133.
- FOX, E.M. US and EU Competition Law: A Comparison. In: Global Competition Policy, 1997. 601 s. ISBN 0881321664.
- KOMNINOS, A.P. EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts. Oxford: Hart Pub. 338 s. ISBN: 9781841137445.
- KOMNINOS, A. Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap? Competition Law Review, vol. 3 (1), 2006, s.5-26.
- LIANOS, I. GERADIN, D. (ed.) Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure. Edward Elgar, 2013. 627 s. ISBN: 9781848445536.
- STEINECKER, J. Úvod do problematiky súkromnoprávneho vymáhania súťažného práva. In Súkromnoprávne vymáhanie súťažného práva/Private Enforcement of Competition Law. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie. Bratislava : Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2010, 117 s. ISBN 9788071603023.

Kontaktné údaje:

Mgr. Lenka Dufalová, PhD.
lenka.dufalova@flaw.uniba.sk
Univerzita Komenského v Bratislave
Právnická fakulta
Šafárikovo nám. 6
810 01 Bratislava
Slovenská republika

SYSTEMATICKÉ ČLENENIE PRÁVNEJ ÚPRAVY ZMLUVNÉHO PRÁVA VO VYBRANÝCH PRÁVNÝCH PORIADKOCH AKO INŠPIRAČNÝ ZDROJ PRI TVORBE NOVÉHO SLOVENSKEHO OBČIANSKEHO ZÁKONNÍKA

Denisa Dulaková Jakúbeková

Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave

Abstract: The article offers information about the planned internal system of the contract law in the new Slovak Civil Code that is being prepared. The author's thoughts are inspired by the civil codes of several chosen states, especially by the new Czech Civil Code (act. no. 89/2012 Coll.), which is to become effective on 01.01.2014, and also by the Civil Codes of Austria (ABGB), Germany (BGB), France (Code Civil), Switzerland (ZGB), The Province of Quebec (CCQ), and the model document The Draft of Common Frame of Reference (DCFR). Lastly, the article formulates the conclusions de lege ferenda in the sphere of the internal system of contract law in the planned Civil Code of the Slovak Republic.

Abstrakt: Príspevok podáva informáciu o plánovanej systematike zmluvného záväzkového práva v pripravovanom novom Občianskom zákonníku v Slovenskej republike. Vo svojich úvahách sa necháva inšpirovať civilnými kódexami vybraných štátov, predovšetkým novým českým Občianskym zákonníkom (zák. č. 89/2012 Sb.), ktorý má nadobudnúť účinnosť od 01.01.2014, ďalej súkromnoprávnymi kódexami Rakúska (ABGB), Nemecka (BGB), Francúzska (Code Civil), Švajčiarska (ZGB), provincie Quebec (CCQ) a modelovým dokumentom Návrhom všeobecného referenčného rámca (DCFR). V závere formuluje závery de lege ferenda vo sfére vnútorného usporiadania zmluvných typov v pripravovanom Občianskom zákonníku.

Key words: contract, system of contract law, recodification, Civil Code, private law

Kľúčové slová: zmluva, systematika zmluvného práva, rekodifikácia, Občiansky zákonník, súkromné právo

„Výrobné a výmenné pomery sa uskutočňujú pomocou zmlúv ako právnych inštrumentov, a keďže tieto výrobné a výmenné vzťahy v danej spoločenskej a ekonomickej sústave sa vyznačujú určitou typičnosťou, typizujú sa aj právne prostriedky, pomocou ktorých sa uskutočňujú. Pokiaľ zákonodarca považuje určitý zmluvný typ za tak málo špecifický, že na jeho reguláciu postačí všeobecná úprava záväzkového práva, alebo že ide len o akýsi poddruh už upraveného zmluvného typu, môže zámerne úpravu jeho právnej formy vynechať.“¹

Rekodifikačná komisia, pracujúca na príprave nového slovenského Občianskeho zákonníka, v súčasnosti tvorí a postupne prerokováva paragrafové znenie jeho jednotlivých častí. K dnešnému dňu zatiaľ nebolo prerokované paragrafové znenie osobitnej časti zmluvného záväzkového práva, pri jej spracovaní však rekodifikačná komisia vychádza z legislatívneho zámeru nového Občianskeho zákonníka, ktorý schválila Vláda Slovenskej republiky v januári r. 2009. Vzhľadom na to, že tvorba zákona je stále v „tvorivom procese“, úvahy a dodatočné úpravy urobené v súvislosti so zmluvným záväzkovým právom, vrátane tých, ktoré sa dotýkajú vnútornej systematiky zmluvného práva, na ktorú sa orientuje tento príspevok, nemožno vylúčiť.

Pod **systematikou zmluvného záväzkového práva** rozumieme výber konkrétnych zmlúv, vrátane ich podtypov, ktoré majú byť predmetom právnej úpravy a ich usporiadanie do určitých kategórií a zároveň zoradenie týchto kategórií do logického systému. To všetko by malo vychádzať z dostupných právno-teoretických znalostí, z vlastných legislatívnych a ekonomických potrieb a v neposlednom rade aj zo snahy o racionálny prístup vo vzťahu k adresátovi tejto právnej normy,

¹Luby, Š. Výber z diela a myšlienok. Bratislava : IURA EDITION, 1998, s. 95.

s cieľom, aby sa stal pre neho Občiansky zákonník praktickým a zrozumiteľným právnym predpisom.

Pri tvorbe vnútornej systematiky zmluvného záväzkového práva je potrebné riešiť niekoľko závažných otázok, tou prvou je, **aké zmluvné typy má osobitná časť vôbec obsahovať**. Akademič Luby zastával názor, že sústavu zaväzovacích právnych dôvodov si vytvára každý zákonník osobitne, s ohľadom na vlastné legislatívne a ekonomické potreby, a teda že zmluvy, ktoré má zákonodarca upraviť ako typické, mu určuje hospodársky život.

V duchu Lubyho prístupu preto tvorcovia rekonštrukčnej komisie zostavili návrh zmluvného záväzkového práva tak, aby sa v ňom upravili najmä tie zmluvné typy, ktorých úpravu vyžadujú naše vlastné legislatívne a ekonomické potreby. V zásade sa počíta s tým, že v novom Občianskom zákonníku ostanú zachované **takmer** všetky doterajšie zmluvné záväzky, nakoľko ich úprava sa osvedčila a pridružila sa k nim:

a) zmluvné záväzky doteraz upravené v Obchodnom zákonníku, čím sa sleduje zvolená monistická koncepcia právnej úpravy súkromného práva a to tak, že pokiaľ bol istý zmluvný typ upravený duplicitne (napr. kúpna zmluva, zmluva o dielo, sprostredkovateľská zmluva), odchýlky, ktoré si **výslovne** vyžiada osobitný "obchodnoprávny režim" sa zohľadnia zapracovaním osobitných ustanovení nazvaných napr. "Osobitné obchodnoprávne ustanovenia" a pod.

b) nové alebo novšie zmluvné záväzky, ktorých úpravu si vyžiadala:

- **moderná doba** a s ňou súvisiaci častý výskyt týchto zmlúv v bežnom živote, napr. lízingová zmluva,

- alebo po nich volala potreba vyplniť isté **právne vákuum** spôsobené odlišným vnímaním práva a jeho funkcií do roku 1989, čo vytlačilo niektoré vzťahy pestované do roku 1950 v našej spoločnosti do úzadia (napr. v otázke zaopatrenia², árenda),

- alebo si ich úpravu vyžiadalo európske právo (time-sharingová zmluva, zmluva o organizovanom cestovaní – pri ktorých platí, že ide nie o celkom nové, skôr "novšie" zmluvné typy, ktorých právnú úpravu súčasný Občiansky zákonník pozná resp. poznal³, do úvahy prichádza zmluva o spotrebiteľskom úvere, s ktorou počíta legislatívny zámer a ktorá je aktuálne upravená v osobitnom právnom predpise⁴).

V súvislosti s potrebou právnej úpravy konkrétnych zmluvných záväzkov riešila komisia otázku, do akej miery má nová právna úprava reagovať na doslova všetky „novinky“, ktoré prinieslo otvorenie nášho štátu Európe a spoločnému, nielen európskemu trhu, napr. frenchizing. Pri spomenutom type zmlúv komisia zatiaľ dospela k záveru, že až do takejto hĺbky právna úprava nepokročí, a teda že právne vzťahy z týchto zmlúv budú vznikať na základe všeobecného ustanovenia o nepomenovaných zmluvách a ich právna úprava sa bude v prípade potreby riadiť použitím analógie.

Vyššie bolo naznačené, že v novom Občianskom zákonníku ostanú zachované nie všetky, ale **takmer** všetky doterajšie zmluvné záväzky, k určitým systematickým zmenám doterajšieho stavu by malo dôjsť napr. vo vzťahu k **verejnej súťaži**⁵, ktorej právna úprava sa presunie z osobitnej časti záväzkového práva do všeobecnej časti záväzkového práva, kde by mala byť

² Tripartitum, čl. 55: § 1: Rodičia ich (zúrivých a hlúpych synov) môžu nútiť na všetky čestné a spravodlivé veci Ale sú povinní postarať sa aj o ich ošatenie a obživu, § 2:, že spomedzi všetkých najstarší brat jasného rozumu je podobne ako otec povinný postarať sa o týchto zúrivcov a hlupákov.“)

Tripartitum, čl. 98: § 4: Ale ženu nemožno vyhnáť z bežného bydliska, domu a dvora jej manžela, okrem prípadu, keby tento dom bol hradom, ktorý jej neprepustili, ale manžel bol povinný pre ňu postaviť a odovzdať na účely bývania dom stojaci niekde mimo hradu.

§ 5: Toto neplatí v prípade tých, ktorí majú v držbe a vlastníctve veľa takých hradov, ktoré môžu slúžiť na bývanie, lebo v takomto prípade je možné určiť žene na bývanie aj hrad.“

³ Time-sharingovú zmluvu (spotrebiteľskú zmluvu o práve užívať budovu alebo jej časť v časových úsekoch) upravoval Občiansky zákonník do účinnosti osobitného zákona - zák. č. 161/2011 Z. z. o ochrane spotrebiteľa pri poskytovaní niektorých služieb cestovného ruchu a o zmene a doplnení niektorých zákonov, t. j. do 30.06.2011 – pozn. autor.

⁴ Zákon č. 129/2010 Z. z. o spotrebiteľských úveroch a o iných úveroch a pôžičkách pre spotrebiteľov a o zmene a doplnení niektorých zákonov

⁵ "Kto vyhlási neurčitým osobám súťaž (ďalej len "vyhlasovateľ") o najvhodnejšiu ponuku na uzavretie zmluvy (ďalej len „verejná súťaž“), robí tým výzvu na podávanie ponúk na uzavretie zmluvy (ďalej len "ponuka")."

upravená spolu s verejnou ponukou na uzavretie zmluvy⁶, čo je vzhľadom na všeobecný charakter tohto inštitútu logické, túto koncepciu má aj súčasný Obchodný zákonník a priklonili sa k nej aj tvorcovia nového českého Občianskeho zákonníka.

Celkom osobitnou kategóriou zmlúv, ktorej sa musela komisia venovať aj zo systematického hľadiska, sa stali **spotrebiteľské zmluvy**. Spotrebiteľská zmluva je v súčasnosti upravená vo všeobecnej časti Občianskeho zákonníka, čo bolo viackrát dôvodne kritizované. Nový Občiansky zákonník uvažuje nad úpravou spotrebiteľskej zmluvy v rámci záväzkového práva, ale nie v jeho časti o zmluvných záväzkoch, ale vo všeobecnej časti, nakoľko spotrebiteľská zmluva nie je samostatným zmluvným typom, ale inštitútom, ktorý má vo vzťahu ku konkrétnym zmluvným záväzkom všeobecnú povahu a ktorý dáva konkrétnym zmluvným typom osobitný charakter.

Ďalším dôležitým prvkom, ktorý vstúpil do práce rekodifikačnej komisie v súvislosti so zmluvnými záväzkami, bola kategorizácia vybraných zmluvných typov a následne vzájomné usporiadanie jednotlivých kategórií. Podľa legislatívneho zámeru by mali byť zmluvné záväzky upravené v druhej hlave piatej časti, pričom samotná kategorizácia záväzkov je daná názvami jednotlivých **dielov**, ktorých má byť **pätnásť**, ich konkrétny výpočet možno vidieť v legislatívnom zámere zverejnenom na stránke Ministerstva spravodlivosti SR.⁷

Ako už bolo spomenuté, nový slovenský občiansky zákonník je stále v „procese tvorby“ a teda v procese tvorby je aj jeho zmluvná záväzková časť. Jednotlivé kategórie zmlúv môžu byť teda trochu pozmenené, či už z hľadiska ich vnútornej štruktúry alebo z hľadiska ich vzájomného usporiadania. Tvorcovia mali v zásade niekoľko možností, akými sa mohli pri tvorbe vnútornej systematiky uberať:

1. Prevzali by v zásade doterajšiu systematiku, nakoľko by ju považovali za osvedčenú, tú by prípadne mierne **modifikovali** – napr. stanovením názvov jednotlivých kategórií tam, kde by to bolo vhodné a **doplnili** o nové či staronové typy zmlúv (viď vyššie),

2. Doterajšiu systematiku by nahradili inou, pričom sa mohli nechať ovplyvniť viacerými inšpiráciami:

a) predovšetkým zoskupením zmlúv do konkrétnych zmluvných kategórií podľa toho, k čomu konkrétne zmluva resp. zmluvná kategória smeruje, t. j. buď k „dare“, teda daniu určitej veci či už do vlastníctva prípadne aj do užívania (zmluvy o prevode vlastníctva, zmluvy o prenechaní veci do užívania) alebo k „facere“ (zmluvy na vykonanie určitej činnosti – najmä zmluva o diele, obstarávacie zmluvy atď.) a ktorú viac-menej sleduje väčšina civilno-právnych úprav, samozrejme, každá vo vlastnej verzii (k tomu pozri ďalší výklad), **alebo**

b) usporiadaním zmlúv podľa významu, ktorý sa im pripisuje a ktorý vo veľkej miere zohľadňuje mieru ich využiteľnosti v bežnom živote, ak by sme zmluvy hodnotili z tohto hľadiska, treba konštatovať, že vo väčšine právnych poriadkov sa preferujú zmluvy o prevode vlastníctva, za ktorými väčšinou nasledujú zmluvy o prenechaní veci na užívanie, ďalej zmluvy o zhotovení veci alebo o vykonaní určitej činnosti a ostatné zmluvy (viď napr. BGB, ZGB, quebecký Code Civil).

Nemecký občiansky zákonník (BGB) zaraďuje záväzkové právo do svojej druhej časti (Zweites Buch – Recht der Schuldverhältnisse).⁸ Právna úprava konkrétnych zmluvných typov je

⁶ „Prejav vôle, ktorý navrhovateľ určil viacerým osobám za účelom uzavretia zmluvy, je verejnou ponukou“

⁷ **1. diel: Zmluvy o prevode vlastníctva** - tvorený kúpnu, zámennou a darovacou zmluvou, **2. diel: Zmluva o diele** - upravujúca zmluvu o diele a jej podtypy, **3. diel: Pracovná zmluva a iné zmluvy o výkone práce**, **4. diel: Zmluvy o prenechaní veci na užívanie** - ktorá upravuje popri tradičnému nájmu aj árendu, lízing a timesharing, **5. diel: Zmluva o pôžičke a úvere**, **6. diel: Obstarávateľské zmluvy** - medzi ktoré patrí najmä príkazná zmluva a jej poddruhy, sprostredkovateľská zmluva, zmluva o obchodnom zastúpení a zmluva o kontrolnej činnosti, **7. diel: Prepravné zmluvy**, **8. diel: Bankové zmluvy**, **9. diel: Poistné zmluvy**, **10. diel: Licenčné zmluvy**, **11. diel: Zmluva o úschove a skladovaní**, **12. diel: Zoopatrovateľské zmluvy**, **13. diel: Zmluva o združení**, **14. diel: Stávky a hry**, **15. diel: Záväzky z jednostranných právnych úkonov** - a síce verejný prísľub a sľub odškodnenia

⁸ Systematika BGB je nasledovná: Prvá časť – Všeobecné ustanovenia (Allgemeiner Teil), Druhá časť – Záväzkové právo (Recht der Schuldverhältnisse), Tretia časť – Vecné právo (Sachenrecht), Štvrtá časť – Rodinné právo (Familienrecht), Piata časť – Dedičské právo (Erbrecht), k tomu pozri napr. Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz, Beurkundungsgesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Abzahlungsgesetz, Zweites

obsiahnutá v siedmom dieli (Siebenter Abschnitt: Einzelne Schuldverhältnisse. § 433 – 853). V rámci neho je na prvom mieste upravená **kúpa a zámena** (Kauf. Tauschung. § 433 – 515), za nimi nasleduje **darovanie** (Schenkung. § 516 – 534), t. j. ako prvé sú upravené tradičné scudzovacie zmluvy. Zmluvné typy pokračujú **nájomom a árendou** (Miete. Pacht. § 535 – 597), za ktorými nasleduje pôžička (Leihe. § 598 – 606), vypožička (Darlehen. § 607 – 610) a služobná zmluva (Dienstvertrag. § 611 – 630)⁹. Až za nimi pokračuje **zmluva o dielo a príbuzné zmluvy** (Werkvertrag und ähnliche Verträge. § 631 – 651m). Z uvedeného vyplýva, že prístup nemeckého civilného kódexu k vnútornej systematike právnej úpravy zmlúv, ktoré sú predmetom nášho skúmania, je oproti platnej slovenskej právnej úprave odlišný v tom, že za zmluvami o prevode vlastníctva nasledujú **zmluvy o prenechaní veci na užívanie inej osobe** a až za nimi zmluvy, predmetom ktorých je konanie (Dienstvertrag) a výsledok konania (Werkvertrag).

Vo **Švajčiarsku** je záväzkové právo upravené v piatej časti občianskeho zákonníka (ZGB)¹⁰ a platí pre celú oblasť súkromného práva, t. j. vrátane obchodných záväzkových vzťahov. Právnej úprave jednotlivých zmluvných typov je venovaná V. časť, 2. diel („Zweite Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse“). Ako prvá je upravená **kúpna a zámenná zmluva** (Kauf und Tausch, §§ 184 – 238), za ktorou nasleduje **darovanie** (Die Schenkung, §§ 239 - 252). Bezprostredne za darovaním je upravený **nájom** (Die Miete, §§ 253 – 304), **súčasťou ktorého je árenda** (Die Pacht, §§ 275 – 304).

Úprava jednotlivých zmluvných typov pokračuje **výpožičkou** (Die Leihe, §§ 305 – 318), ktorá pojíma aj zmluvu o pôžičke (Das Darlehen, §§ 312 – 318).

Pracovná zmluva, ako aj ďalšie formy vykonania práce, sú upravené pod marginálnou rubrikou „Pracovná zmluva“ (Die Arbeitsvertrag, §§ 319 – 393). Ich súčasťou je popri „tradičnej“ pracovnej zmluve aj zmluva o dielo (Der Werkvertrag, §§ 363 - 379). Vnútorňa štruktúra švajčiarskeho zmluvného práva má svojou štruktúrou pomerne blízko k nemeckému modelu.

Občiansky zákonník provincie Quebec (CCQ, Code Civil du Québec, Civil Code of Quebec) z roku 1991 (účinný od 01. januára 1994)¹¹ je uvádzaný pomerne často ako významný inšpiračný zdroj pre krajiny, v ktorých prebieha reforma súkromného práva a ktoré vo svojej budúcnosti počítajú s prijatím monistickej koncepcie súkromného práva.¹² Záväzkové právo je upravené v jeho piatej časti (knihe), konkrétne zmluvné záväzky sa nachádzajú v druhom dieli, nazvanom „**pomenované zmluvy**“ (Title Two – Nominate Contracts). Prvým zmluvným typom je **kúpa/predaj** (Sale, §§ 1708 - 1805), upravená v prvej kapitole, ktorej súčasťou je aj **osobitná úprava zmluvy o predaji nehnuteľností určených na bývanie** (Special Rules Regarding Sale of Residential Immovables, §§ 1785 - 1794) a právna úprava príbuzných zmlúv (§§ 1795 - 1805) vrátane **zámennej zmluvy** (Exchange, §§ 1795 – 1798). **Darovacia zmluva** je druhá v poradí (Gifts, §§ 1806 – 1841).

Wohnraumkündigungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz bearbeitet von Dr. Peter Bassenge, Prof. Dr. Uwe Diederichsen, Wolfgang Edenhofer, Helmut Heinrichs, Prof. Dr. Andreas Helderich, Prof. Dr. Hans Putzo, Prof. Dr. Heinz Thomas, 44., neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1985

⁹ Predmetom služobnej zmluvy (Dienstvertrag) je záväzok jednej strany vykonať v prospech druhej strany určitú dohovorenu službu, za čo sa jej druhá strana zaväzuje poskytnúť odplatu. Najznámejšou je pracovná zmluva (Arbeitsvertrag), ďalej medzi ne patria napr. zmluva o poskytnutí lekárskej starostlivosti uzatvorená s lekárom alebo s nemocničným zariadením (Arztvertrag/Krankenhausvertrag), zmluva uzatvorená s právnym zástupcom (Mandatsvertrag), s telekomunikačnou spoločnosťou (Telekommunikationsvertrag) či dokonca poisťňá zmluva (Versicherungsvertrag). Tento typ zmlúv sa líši od zmluvy o dielo (Werkvertrag) najmä v tom, že pri služobnej zmluve nie je plnenie viazané na výsledok, kým zmluva o dielo je zameraná na dosiahnutie dohovoreneho výsledku. K tomu pozri aj napr. <http://de.wikipedia.org/wiki/Dienstvertrag>

¹⁰ Švajčiarsky občiansky zákonník (ZGB) pôvodne obsahoval len štyri časti – 1. Osoby, 2. Rodinné právo, 3. Dedičské právo, 4. Vecné práva. Záväzkové právo sa doplnilo do novej - piatej časti dodatočne (220 - BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vid' <http://www.gesetze.ch/inh/inhsub220.htm>

¹¹ <http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=A1ARTA0001638>

¹² Lazar, J. a kol. Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva, Ministerstvo spravodlivosti SR, 2008, str. 19

V ďalšej úprave nachádzame zaujímavosť – za darovacou zmluvou totiž nasleduje **lízingová zmluva** (Leasing, §§ 1842 – 1850), ktorá sa však môže uzatvoriť len na obchodné účely.¹³

Za lízingovou zmluvou je upravená **nájomná zmluva** (Lease, §§ 1851 – 2000), ktorej **významná časť** je venovaná osobitným ustanoveniam o **nájme „obydlia“** (Lease of Dwellings, §§ 1892 – 2000) v zmysle „priestoru určeného na bývanie“. Jedným z osobitných druhov nájmu, ktorý súvisí so zabezpečením bývania a ktorý vyznieva pre naše právne vnímanie pomerne kuriózne, je **nájom pozemku určeného na inštaláciu „mobilného bývania“** (Lease of land intended for the installation of a mobile home, §§ 1996 – 2000).

Po nájomnej zmluve nasleduje „Affreightment“ (§§ 2001 – 2029), v preklade **zmluva o nájme lode**¹⁴, ďalej prepravné zmluvy (Carriage, §§ 2030 – 2084), za nimi pracovná zmluva (Contract of employment, §§ 2085 – 2097) a zmluva na uskutočnenie určitého výkonu alebo poskytnutie služby (Contract of enterprise or for services, §§ 2098 – 2129), ktoré možno chápať ako obdobu našej zmluvy o dielo v spojení s obstarávatelskými zmluvami.¹⁵ V poradí ďalším zmluvným typom je **mandátna zmluva** (Mandate, §§ 2130 – 2185), za ktorou nasledujú **zmluva o združení a spoločenská zmluva** (Contracts of partnership and of association, §§ 2186 – 2279), **zmluva o úschove** (Deposit, §§ 2280 – 2311) a **zmluva o pôžičke** (Loans, §§ 2312 - 2332). **Zmluva o pôžička** prístupuje k pôžičke buď ako „**k pôžičke na užívanie**“, v zmysle „našej“ zmluvy o výpožičke¹⁶ alebo ako **k bežnej pôžičke (simple loan)**, ktorou veriteľ prenecháva dlžníkovi určitú sumu peňazí alebo inú spotrebiteľnú vec a dlžník sa zaväzuje vrátiť veriteľovi inú vec toho istého druhu v rovnakom množstve a v rovnakej kvalite.¹⁷

¹³ § 1842: „Leasing is a contract by which a person, the lessor, puts movable property at the disposal of another person, the lessee, for a fixed term and in return for payment. The lessor acquires the property that is the subject of the leasing from a third person, at the demand and in accordance with the instructions of the lessee. Leasing may be entered into for business purposes only.“ **Preklad:** „Lízingová zmluva je zmluva, ktorou prenajímateľ prenecháva za odplatu nájomcovi hnutelnú vec, aby ju užíval. Prenajímateľ získa vec, ktorá je predmetom lízingovej zmluvy od tretej osoby na základe žiadosti a v súlade s pokynmi nájomcu. Lízingovú zmluvu je možné uzatvoriť len na obchodné účely.“

¹⁴ § 2001: „Affreightment is a contract by which a person, the lessor, for a price, also called freight, undertakes to place all or part of a ship at the disposal of another person, the charterer, for navigation. ...“ **Preklad:** „Zmluva o nájme lode je zmluva, ktorou sa prenajímateľ zaväzuje prenechať za odplatu, tzv. dopravné, do užívania inej osobe, nájomcovi, celú loď za účelom navigácie.“

¹⁵ § 2098: „A contract of enterprise or for services is a contract by which a person, the contractor or the provider of services, as the case may be, undertakes to carry out physical or intellectual work for another person, the client or to provide a service, for a price which the client binds himself to pay.“ **Preklad:** „Zmluva na uskutočnenie určitého výkonu alebo poskytnutie služby je zmluvou, ktorou sa jedna zmluvná strana, poskytovateľ, zaväzuje poskytnúť druhej zmluvnej strane, objednávateľovi, dohodnuté hmotné alebo duševné plnenie alebo pre neho vykonať určitú službu a objednávateľ sa mu zaväzuje zaplatiť.“

¹⁶ § 2312: „There are two kinds of loans: loan for use and simple loan.“ **Preklad:** § 2312: Poznáme dva druhy pôžičky: pôžička na užívanie a (bežnú) pôžičku. (V našom ponímaní by išlo o inštitúty výpožičky – loan for use a pôžičky – simple loan).

§ 2313: „Loan for use is a gratuitous contract by which a person, the lender, hands over property to another person, the borrower, for his use, under the obligation to return it to him after a certain time.“ **Preklad:** § 2313: Pôžička na užívanie je bezodplatná zmluva, ktorou veriteľ prenecháva dlžníkovi vec na užívanie a dlžník sa zaväzuje vrátiť veriteľovi po určitom čase tú istú vec.“

¹⁷ § 2314: „A simple loan is a contract by which the lender hands over a certain quantity of money or other property that is consumed by the use made of it, to the borrower, who binds himself to return a like quantity of the same kind and quality to the lender after a certain time.“ **Preklad:** „(Bežná) pôžička je zmluva, pri ktorej veriteľ prenecháva určitú sumu peňazí alebo inú vec, ktorá sa používaním spotrebúva, dlžníkovi, ktorý sa zaväzuje vrátiť veriteľovi po určitom čase vec toho istého druhu, v rovnakom množstve a kvalite.“

Právnu úpravu konkrétnych pomenovaných zmlúv uzatvárajú **zmluva o ručení** (Suretyship, §§ 2333 – 2366)¹⁸, **zmluva o poskytnutí renty** (Annuities, §§ 2367 – 2388), **poistná zmluva**, ktorá je spomedzi jednotlivých zmluvných typov obsahovo najrozsiahlejšia (Insurance, §§ 2389 – 2628), **stávka a hra** (Gaming and wagering, §§ 2629 – 2630), **dohoda o urovaní sporov** (Transaction, §§ 2631 – 2637)¹⁹ a **rozhodcovská zmluva** (Arbitration agreements, §§ 2638 – 2643).

c) zoradením zmluvných kategórií od „najjednoduchších foriem“ k zložitejším formám, pričom pod „jednoduchšou formou“ môžeme rozumieť napr. aj také zmluvy, pri ktorých sa nevyžaduje protiplnenie, k zmluvám, pri ktorých sa protiplnenie vyžaduje, niečo na spôsob rakúskeho ABGB. Štruktúra **rakúskeho Všeobecného občianskeho zákonníka (ABGB)** je v jeho časti venovanej zmluvám celkom osobitá. Vôbec prvým zmluvným typom je darovacia zmluva (§ 938 – 956), za ktorou nasledujú ďalšie tradičné scudzovacie zmluvy ako kúpna či zámenná zmluva, ale zmluva o úschove, zmluva o pôžičke, zmluva o zápožičke (výpožičke) a ustanovenia o tzv. splnomocnení a konaní v mene iného. Zámenná zmluva (§1045 – 1052) a kúpna zmluva sú upravené až následne (§1053 – 1089). Hneď za ne je zaradený **nájom** resp. „**Von Bestand-, Erbpacht- und Erbzinsverträgen**“ pojmajúci **nájom, árendu, tzv. dedičnú árendu a dedičný úrok** (§ 1090 a nasl.). Až po nich nasleduje právna úprava zmlúv zameraných na vykonanie určitej činnosti či zhotovenie diela (Von Verträgen über Dienstleistungen, § 1151 a nasl.), medzi ktoré patrí predovšetkým služobná zmluva a zmluva o dielo („Dienst und Werkvertrag“, § 1151 a nasl.).

alebo

d) kombináciou vyššie spomenutých modelov, ktorú možno ilustrovať napr. aj na novom českom Občianskom zákonníku, ten síce na prvé miesto zaradil kategóriu zmlúv o prevode vlastníctva, ktorú, ako sme uviedli vyššie, preferuje väčšina právnych úprav, v rámci nej však upravuje ako prvú jej „najjednoduchšiu verziu“, postavenú na pojmovom znaku bezodplatnosti – t. j. darovanie, podobne sa stavia aj k druhej zmluvnej kategórii – zmluvám o prenechaní veci na užívanie inému, v rámci ktorej je na prvom mieste upravená „najjednoduchšia“ výprosa a za ňou nasleduje rovnako bezodplatná výpožička, až za nimi nájom, pacht, pôžička a úver,

e) alebo sa mohli inšpirovať iným prístupom, pri ktorom nemožno použiť žiadne z vyššie uvedených výkladových pravidiel, ako príklad uvediem francúzsky Civil Code. Zmluvné záväzkové právo v podobe, ktorá je blízka našej domácej právnej úprave, francúzsky Code civil nepozná. Je zaradené do tretej časti kódexu nazvanej „**Spôsoby nadobudnutia vlastníctva**“, v rámci ktorej sa primárne upravuje **dedenie** (1. diel), za ktorým nasleduje **darovanie** medzi živými a pre prípad smrti (2. diel). Úprava pokračuje **záväzkami zo zmlúv a dohôd vo všeobecnosti** (3. diel), za nimi sú **mimozmluvné záväzky** (4. diel) a **predmanželské a manželské zmluvy** (5. diel). Právna úprava ďalších zmluvných typov začína **od 6. dielu** a ako sme už uviedli, darovanie v nej nenájdeme.

Ako sme už viackrát uviedli, návrh paragrafovaného znenia časti nového Občianskeho zákonníka o zmluvnom záväzkovom práve zatiaľ neprešla pripomienkovým konaním členov rekodifikačnej komisie, prípadné podnety, doplnenia či zmeny oproti legislatívnemu zámeru preto nie sú vylúčené, vzhľadom k tomu ich nateraz nie je možné verejne prezentovať.

Zoznam použitej literatúry:

Luby, Š. Výber z diela a myšlienok. Bratislava : IURA EDITION, 1998, s. 95

Lazar, J. a kol. Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva, Ministerstvo spravodlivosti SR, 2008, str. 19

¹⁸ § 2333: “Suretyship is a contract by which a person, the surety, binds himself towards the creditor, gratuitously or for remuneration, to perform the obligation of the debtor if he fails to fulfil it.” **Preklad:** “Ručenie je zmluva, ktorou sa ručiteľ zaväzuje veriteľovi, že splní veriteľovi za odplatu alebo bezodplatne, záväzok dlžníka, pokiaľ ho nespĺní sám dlžník.”

¹⁹ § 2631: „Transaction is a contract by which the parties prevent a future contestation, put an end to a lawsuit or settle difficulties arising in the execution of a judgment, by way of mutual concessions or reservations. A transaction is indivisible as to its object.“ **Preklad:** „Zmluvou o urovaní sporov zmluvné strany vzájomnými ústupkami alebo výhradami predchádzajú vzniku budúcich sporov, ukončujú súdny spor alebo urovnávajú ťažkosti, ktoré nastali pri výkone rozhodnutia.“

Kontaktné údaje:

JUDr. Denisa Dulaková Jakúbeková, PhD.
denisa.dulakova@1nas.sk
Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave
Šafárikovo nám. 6
P. O. BOX: 313
810 00 Bratislava 1
Slovenská republika

DÔSLEDKY ODROČENIA POJEDNÁVANIA LEN ZA ÚČELOM VYHLÁSENIA ROZSUDKU NA MOŽNOSŤ VZNIKU NOVÝCH SKUTOČNOSTÍ ALEBO DŮKAZOV

Svetlana Ficová

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstract: The article highlights the potential application problem, which occurs as a result of amendments of the certain provisions of the Civil Procedural Code without their consistency with other related provisions. As a result, it potentially may happen that the party finds new facts or evidence at the time between the issue of a resolution about termination of executing of evidence and the render of a judgment. The author analyzes the question whether these new facts and evidence could be a reason for appeal, if there is condition under current legislation that the judgement has to be issued in accordance with state of facts known at the time of its declaration. The literal grammatical interpretation would lead to a construction, which would disadvantage one party's conditions and constitutes even a denial of the right to a fair trial. Author therefore offers logical arguments of the current legislation on the possible interpretation of the relevant statutory provisions, as well as *de lege ferenda* proposals.

Abstrakt: Predmetom článku je poukázať na možný aplikačný problém, ktorý nastal v dôsledku novelizácií niektorých ustanovení Občianskeho súdneho poriadku bez ich zosúladenia s ostatnými súvisiacimi ustanoveniami. Tak môže nastať situácia, že účastník zistí novú skutočnosť alebo dôkaz v čase medzi vydaním uznesenia o skončení dokazovania a vyhlásením rozsudku. Autorka si kladie otázku, či môžu byť tieto nové skutočnosti a dôkazy dôvodom odvolania, ak je podľa platnej právnej úpravy pre rozsudok rozhodujúci stav až v čase jeho vyhlásenia. Uvedomuje si, že doslovný gramatický výklad by bol v neprospech účastníka a znamenal by až popretie práva na spravodlivý súdny proces. Preto ponúka logické argumenty z platnej právnej úpravy na možnú interpretáciu relevantných zákonných ustanovení, ako aj návrhy *de lege ferenda*.

Key words: executing of evidence, concentration principle, reasons for the appeal, render a judgment, adjournment of a hearing, violation of the right to a fair trial

Kľúčové slová: dokazovanie, koncentračná zásada, dôvody odvolania, vyhlásenie rozsudku, odročenie pojednávania, porušenie práva na spravodlivý proces

1 VYMEDZENIE PREDMETU RIEŠENIA

Zakotvenie koncentračnej zásady v sporovom konaní znamenalo obmedzenie možnosti účastníkov konania uvádzať nové skutočnosti alebo dôkazy len do vyhlásenia uznesenia o skončení dokazovania¹. Pokiaľ na toto uznesenie bezprostredne nadväzuje vyhlásenie rozhodnutia vo veci samej, potom ust. § 154 ods. 1 OSP, podľa ktorého je pre rozsudok rozhodujúci skutkový stav ku dňu jeho vyhlásenia, nespôsobuje žiadne výkladové problémy.

Ak ale súd po vyhlásení uznesenia o skončení dokazovania odročí pojednávanie len za účelom vyhlásenia rozsudku, na čo ho oprávňuje ust. § 156 ods. 2, druhá veta OSP na dobu až troch týždňov, potom platná právna úprava oprávňuje položiť si otázku, či sú dôvodom odvolania skutočnosti a dôkazy vzniknuté alebo zistené počas lehoty, v ktorej bolo pojednávanie odročené len za účelom vyhlásenia rozsudku.

¹ Predmetom rozboru je len úprava, ktorá sa vzťahuje na *sporové* konania prejednávane na *pojednávaní*. Z dôvodu zovšeobecnenia výkladu sa nevenujeme koncentrácii zakotvenej v § 118a OSP.

2 VÝCHODISKOVÁ PLATNÁ PRÁVNÁ ÚPRAVA

Od účinnosti Občianskeho súdneho poriadku, zákon č. 99/1963 Zb. (od 1. 4. 1964) až do 31. 12. 2001 platil u nás úplný apelačný systém, čo znamenalo, že bolo možné v odvolaní uvádzať nové skutočnosti a dôkazy bez akéhokoľvek obmedzenia (§ 205 ods. 2 OSP v znení od 31. 12. 2001).

Prvý pokus zákonodarca o obmedzenie tohto práva sa nevydaril. Zákon totiž umožňoval odôvodniť odvolanie proti rozhodnutiu vo veci samej okrem iného najmä tým, že doteraz zistený skutkový stav nezodpovedá, pretože sú tu ďalšie skutočnosti alebo iné dôkazy, ktoré doteraz neboli uplatnené [§ 205 ods. 2 písm. f) OSP v znení od 1. 1. 2002 do 31. 8. 2003]. Použitie slovné spojenie „najmä tým“ jednoduchým gramatickým výkladom znamená len demonštratívny, nie taxatívny výpočet dôvodov odvolania, preto pre ich obmedzenie v praxi nemalo žiaden význam.

K zásadnej zmene došlo až od 1. 9. 2003, kedy sa zákonný text „odvolanie ... možno odôvodniť najmä tým“ nahradil textom „odvolanie ... možno odôvodniť len tým“. Na základe gramatického výkladu možno konštatovať, že počnúc týmto dňom až doteraz platí u nás neúplná apelácia v oblasti sporového konania, pretože je možné odôvodniť odvolanie len niektorým alebo niektorými z taxatívne stanovených dôvodov. Jedným z nich je aj to, že doteraz zistený skutkový stav neobstojí, pretože sú tu ďalšie skutočnosti alebo iné dôkazy, ktoré doteraz neboli uplatnené, takzvané nova [§ 205 ods. 2 písm. e) OSP v znení od 1. 9. 2003].

Na túto právnu úpravu ďalej nadväzuje § 205a, ktorý vo svojom písmene e) [v znení od 1. 1. 2002 do 31. 8. 2003], teraz v písmene d) [v znení od 1. 9. 2003] pripúšťa uvádzať v odvolaní nové skutočnosti a dôkazy len vtedy, ak ich účastník konania bez svojej viny nemohol označiť alebo predložiť do rozhodnutia súdu prvého stupňa. Zo zákonného textu je zrejme, že právo účastníka uvádzať v odvolaní nové skutočnosti a dôkazy, je viazané na dve podmienky.

Prvou podmienkou je, že skutočnosti a dôkazy neboli uvedené do rozhodnutia súdu prvého stupňa [výklad ďalej pod Ad a)]. Druhou podmienkou je, že účastník konania skutočnosti a dôkazy neuviedol bez svojej viny [výklad ďalej pod Ad b)]. Zároveň platí, že obidve podmienky musia byť splnené súčasne. Pri hlbšej úvahe sa pri obidvoch podmienkach vynárajú určité otázky.

Ad a) Prvá podmienka: skutočnosti a dôkazy neboli uvedené do rozhodnutia súdu prvého stupňa.

Tu si možno položiť otázku, čo sa myslí pod rozhodnutím súdu prvého stupňa. Je to rozhodnutie vo veci samej alebo to je uznesenie o skončení dokazovania? Dôvod pre polozenie takejto otázky vyplýva zo samotnej právnej úpravy.

V zmysle zásady kontradiktórnosti má každý účastník konania, tak žalobca, ako aj žalovaný, procesnú zodpovednosť za výsledok sporu, preto je rozhodujúca procesná aktivita každej strany sporu². S tým súvisí predovšetkým dôsledné plnenie si povinnosti tvrdiť skutočnosti relevantné pre rozhodnutie vo veci samej a na ich preukázanie navrhovať dôkazy. Právo uvádzať nové skutočnosti a navrhovať nové dôkazy je však ovládané princípom koncentračným, čo znamená, že tak môžu účastníci robiť najneskôr do času presne stanoveného súdom. V tejto súvislosti treba spomenúť ust. § 120 ods. 4 OSP, v zmysle ktorého musia účastníci konania predložiť alebo označiť dôkazy najneskôr do vyhlásenia uznesenia, ktorým sa končí dokazovanie. O tom musí súd účastníkov poučiť, pričom takúto povinnosť má už v rámci prípravy pojednávania (§ 114 ods. 2 OSP). Samotné uznesenie o skončení dokazovania súd vyhlasuje na záver pojednávania, ak nie je dôvod na jeho odročenie (§ 118 ods. 4 OSP).

Na túto právnu úpravu nadväzuje ust. § 154 ods. 1 OSP, podľa ktorého je pre rozsudok rozhodujúci stav v čase jeho vyhlásenia. Je to jedno z mála ustanovení Občianskeho súdneho poriadku, ktoré od svojho počiatku (od účinnosti zákona č. 99/1963 Zb. dňa 1. apríla 1964) nebolo dotknuté žiadnou novelou. Vzhľadom na skutočnosť, že až do 31. 8. 2003 bolo možné uvádzať aj v odvolacom konaní bez obmedzenia nové skutočnosti aj nové dôkazy, ani ust. § 156 ods. 2 OSP umožňujúce odročenie pojednávania za účelom vyhlásenia rozsudku najdlhšie na dobu tri dni ešte nemohlo spôsobiť žiadne výkladové problémy v praxi.

K výkladovému problému môže dôjsť až v dôsledku novelizácie ust. § 156 ods. 2 OSP, podľa ktorého súd môže odročiť pojednávanie na tri týždne len za účelom vyhlásenia rozsudku. V praxi to znamená, že súd na konci posledného pojednávania vydá uznesenie o skončení dokazovania, súčasne vydá uznesenie o odročení pojednávania napr. na tri týždne len za účelom vyhlásenia rozsudku. Po tejto lehote vyhlási rozhodnutie vo veci samej, pričom v zmysle § 154 ods. 1 OSP má vychádzať zo skutkového stavu ku dňu vyhlásenia rozhodnutia vo veci samej, teda nie ku dňu

² K princípu kontradiktórnosti pozri bližšie FICOVÁ, S., ŠTEVČEK, M. a kol. Občianske súdneho konanie. 1. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2010, s. 65 – 66.

vydania uznesenia o skončení dokazovania. Nedá sa ale vylúčiť, že účastník zistí nové skutočnosti alebo nové dôkazy po vydaní uznesenia o skončení dokazovania, ale ešte pred vyhlásením rozhodnutia vo veci samej, teda ich zistí počas trojtýždňovej lehoty, v rámci ktorej bolo pojednávanie odročené na účel vyhlásenia rozhodnutia vo veci samej. Právom si možno položiť otázku: Môže účastník uplatniť takéto nové skutočnosti alebo dôkazy ako relevantný dôvod odvolania?

Z uvodzovacej vety ust. § 205a ods. 1 OSP sa dá predpokladať, že pod rozhodnutím súdu prvého stupňa, do ktorého neboli nové skutočnosti alebo dôkazy uplatnené, sa rozumie rozhodnutie vo veci samej (či už rozsudok alebo uznesenie), nie však uznesenie o skončení dokazovania. Ak by sme však zotrvali na takomto doslovnom výklade, zbavili by sme účastníka možnosti uplatniť tieto nové skutočnosti a dôkazy tak v konaní na súde prvého stupňa, ako aj v odvolaní³. V konaní na súde prvého stupňa preto, že tento súd by ich už po vydaní uznesenia o skončení dokazovania neakceptoval. V odvolacom konaní preto, že vznikli počas prvostupňového konania ešte pred vyhlásením rozsudku, pre ktorý je rozhodujúci skutkový stav až v čase jeho vyhlásenia.

Absurdnosť situácie možno ilustrovať na jednoduchom príklade. Po vydaní uznesenia o skončení dokazovania žalovaný zaplatí žalobcovi žalovanú sumu. Žalovaný už nemôže uviesť túto skutočnosť súdu, ani predložiť dôkaz, pretože dokazovanie v prvostupňovom konaní je už uznesením vyhlásené za skončené. Žalobca nevezme žalobu späť. Súd vydá rozsudok, v ktorom síce zohľadňuje len skutočnosti a dôkazy vyplývajúce zo spisu ku dňu vyhlásenia uznesenia o skončení dokazovania, no v zmysle zákona by mala platiť nevyvrátiteľná domnienka, že rozsudok zohľadňuje stav ku dňu jeho vyhlásenia. V odvolacom konaní by preto súd v zmysle gramatického výkladu predmetných ustanovení skutočnosti a dôkazy vzniknuté v čase medzi vydaním uznesenia o skončení dokazovania a vyhlásením rozsudku nemal akceptovať ako nové skutočnosti alebo dôkazy, teda ako dôvod odvolania⁴. Takýto výklad by bolo možné jednoznačne označiť za odmietnutie spravodlivosti, za porušenie práva na spravodlivý proces.

Podľa názoru právnej teórie⁵ je totiž s princípom rovnosti pred súdom spojené aj právo účastníka vyjadriť sa ku všetkým vykonaným dôkazom. Toto právo znamená nielen právo byť oboznámený so všetkými dôkazmi, ale aj právo podávať návrhy na vykonanie dokazovania, resp. predkladať dôkazy na súde. V prípade, že súd odníme účastníkovi konania možnosť vyjadriť sa k dôkazu, vytvorí mu tak podstatne nevýhodnejšie podmienky na preukázanie svojich tvrdení, než akými disponuje druhý účastník. Ide tu nielen o porušenie práva vyjadriť sa ku všetkým vykonaným dôkazom podľa čl. 48 ods. 2 Ústavy SR, ale aj o porušenie princípu kontradiktórnosti a princípu rovnosti zbraní ako základných definičných prvkov práva na spravodlivé súdne konanie.

De lege ferenda by bolo vhodné spresniť formuláciu ust. § 205a ods. 1 písm. d) OSP tak, aby korešpondovala nielen s právnou úpravou sporového konania *bez pojednávania*, ale aj s právnou úpravou sporového konania *s pojednávaním*, ktoré je ešte stále typickejšie. Predmetné ustanovenie by mohlo byť doplnené napr. nasledovne:

„Skutočnosti alebo dôkazy, ktoré neboli uplatnené pred súdom prvého stupňa, sú pri odvolaní proti rozsudku alebo uzneseniu vo veci samej odvolacím dôvodom len vtedy, ak ich účastník bez svojej viny nemohol označiť alebo predložiť do vydania uznesenia o skončení dokazovania a vo veciach, v ktorých sa nenariaďuje pojednávanie, do rozhodnutia súdu prvého stupňa.“

Podobne by bola žiaduca aj zmena ust. § 154 ods. 1 OSP napr. nasledovne: *„Pre rozsudok je rozhodujúci stav v čase vydania uznesenia o skončení dokazovania a vo veciach, v ktorých sa nenariaďuje pojednávanie, v čase vyhlásenia rozsudku.“*

Kým nedôjde k prípadnej legislatívnej zmene, je možné si pri výklade pomôcť aj druhou zákonnou podmienkou, ktorá je spomenutá už vyššie a jej výkladu je venovaný nasledovný bod Ad b).

³ Tiež by nemohli byť ani dôvodom obnovy konania, pretože by to vylučovalo ust. § 228 ods. 1 písm. a) OSP a pre úplnosť výkladu treba uviesť, že by sa na ne nemohlo prihliadnuť ani v rámci exekúcie.

⁴ Povinný, hoci splnil svoj dlh, by ho musel splniť ešte raz, ak by bol veriteľ nesoriozny a zneužijúci situáciu by sa rozhodol viesť exekúciu voči dlžníkovi na podklade existujúceho exekučného titulu, pretože na splnenie dlhu by nebolo možné prihliadať ani v rámci exekúcie, a to vzhľadom na ust. § 57 ods. 1 písm. f) Ex. por.

⁵ Bližšie k tomu pozri Čič, M. a kolektív: Komentár k Ústave Slovenskej republiky. Žilina : Eurokódex 2012, s. 340.

Ad b) *Druhá podmienka: účastník konania skutočnosti a dôkazy nevedel bez svojej viny.*

V ust. § 205a ods. 1 písm. d) OSP použil zákonodarca aj ďalšie slovné spojenie, z ktorého vyplýva, že v odvolacom konaní je možné prihliadať len na také nové skutočnosti a dôkazy, ktoré účastník bez svojej viny nemohol označiť alebo predložiť súdu prvého stupňa. Pôvod tohto ustanovenia pochádza z právnej úpravy obnovy konania, kde tvorí časť jedného z dôvodov [konkrétne dôvodu zakotveného v § 228 ods. 1 písm. a) OSP]. Bez svojej viny sa doteraz vykladalo prevažne tak, že účastník o skutočnostiach alebo dôkazoch vôbec nevedel⁶. Znamená to, že je rozhodujúca len subjektívna stránka zavinenia. Zotrvanie na takomto výklade aj naďalej by bolo popretím práva na spravodlivý proces. Účastník by totiž vedel o novej skutočnosti alebo dôkaze, ale v dôsledku platnej právnej úpravy obmedzujúcej jeho právo prednášať ich len do vydania uznesenia o skončení dokazovania a nerešpektujúcej súčasne možnosť zistenia týchto skutočností alebo dôkazov počas trojtýždňovej lehoty, počas ktorej bolo odročené pojednávanie už len za účelom vyhlásenia rozsudku, by ich už nemohol uplatniť. Výraz bez svojej viny preto treba vykladať nielen vo vzťahu k úmyselnému alebo nedbanlivostnému dôvodu neuplatnenia novej skutočnosti alebo dôkazu včas, ale aj vo vzťahu k tomu, či účastníkovi platná právna úprava ich uplatnenie počas konania na súde prvého stupňa ešte umožňovala alebo už nie.

Už z učebnice⁷ pre študentov práva vyplýva, že právo má byť spravodlivé a nemožno ho chápať výlučne formalisticky a izolovane od pojmov ako morálka a hodnoty. Nie je totiž predstaviteľné ani možné, aby všetky písané právne normy boli formulované takým jasným a vyčerpávajúcim spôsobom, že by pri ich uvádzaní do života postačovala výlučne mechanická aplikácia podľa jazykového znenia. Pri aplikácii právnych noriem sa nedá zaobiť bez interpretácie, pri ktorej síce treba vždy vychádzať v prvom rade z jazykového znenia príslušnej normy, no súčasne treba mať na zreteli jej účel a zmysel.

Na podporu záveru možno argumentovať aj názorom, ktorý vyslovil Ústavný súd SR vo svojom rozhodnutí⁸, podľa ktorého je pri výklade a aplikácii ustanovení právnych predpisov nepochybne potrebné vychádzať prvotne z ich doslovného znenia. Súd však nie je doslovným znením zákonného ustanovenia viazaný absolútne. Môže, ba dokonca sa musí od neho odchýliť v prípade, keď to zo závažných dôvodov vyžaduje účel zákona, systematická súvislosť alebo požiadavka ústavne súladného výkladu zákonov a ostatných všeobecne záväzných právnych predpisov (čl. 152 ods. 4 ústavy). Samozrejme, že sa v takýchto prípadoch musí zároveň vyvarovať svojvoľe (arbitrárnosti) a svoju interpretáciu právnej normy musí založiť na racionálnej argumentácii.

⁶ Otázkou, či možno hovoriť o vine alebo nie, bude treba riešiť podľa okolností prípadu. Povahou obnovy ako mimoriadneho opravného prostriedku sa však zdá byť odôvodnená požiadavka meradla skôr prísnejšieho než blahovoľného pri skúmaní, či navrhovateľ porušil povinnosť zákonom mu uloženú prispieť k tomu, aby bol dosiahnutý účel konania, najmä tým, že pravdivo a úplne opíše všetky potrebné skutočnosti a označí dôkazné prostriedky. Podľa toho by sme mali vidieť vinu aj v tom, že navrhovateľ neuplatnil nejakú skutočnosť preto, že ju považoval za nerozhodnú v dôsledku svojho nesprávneho právneho názoru. Porovnaj RUBEŠ, J. a kolektív: Občianský súdny rád. Komentár. II. díl. Praha : Orbis 1970, s. 131.

V dôvode pod a) sa zdôrazňuje subjektívna stránka, totiž, že navrhovateľ bez svojej viny nemohol použiť skutočnosti, rozhodnutia a dôkazy v pôvodnom konaní. Vinou sa tu rozumie zavinenie za porušenie procesných predpisov; v danom prípade procesné zavinenie preto, že účastník nesplnil povinnosť tvrdiť rozhodné skutočnosti a ponúkať o nich dôkazy, hoci o nich vedel. Porovnaj HANDL, V., RUBEŠ, J. a kolektív: Občianský súdny rád. Komentár. II. díl. Praha : Panorama 1985, s. 108.

... účastník ... napriek tomu, že v čase pôvodného konania objektívne existovali, bez svojej viny ich nemohol použiť v pôvodnom konaní, napr. preto, že o nich nevedel a ani inak z procesného hľadiska nezavinil nesplnenie povinnosti tvrdenia alebo dôkaznú povinnosť. Porovnaj KRAJČO, J. a kolektív: Občiansky súdny poriadok. Komentár a súvisiace predpisy. IV. aktualizované vydanie. Bratislava : Eurounion 2006, s. 604.

Otázka viny sa v tomto prípade posudzuje zo striktny procesného hľadiska. Napriek tomu, že skutočnosti a dôkazy objektívne v čase pôvodného konania existovali, účastník z procesného hľadiska nezavinil, že sa súd s nimi nemohol oboznámiť. Spravidla pôjde o prípady, keď účastník o existencii skutočností alebo dôkazov nevedel. Porovnaj ŠTEVČEK, M., FICOVÁ, S. a kol. Občiansky súdny poriadok. I. díl. Komentár. 2. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2012, s. 870.

⁷ CIBULKA, Ľ. a kolektív: Teória a prax legislatívy. Bratislava : Práv UK 2013, s. 22 – 23.

⁸ Nález spis. značka: III. ÚS 212/2011, zhodne uznesenie spis. značka: I. ÚS 334/2011.

Aj podľa názoru Ústavného súdu ČR⁹ je úplne neudržateľným momentom používania práva jeho aplikácia, vychádzajúca len z jeho jazykového výkladu. Mechanická aplikácia abstrahujúca, resp. neuvedomujúca si, a to buď úmyselne, alebo v dôsledku nevzdelanosti, zmysel a účel právnej normy, robí z práva nástroj odcudzenia a absurdity.

Ešte si možno položiť aj ďalšiu otázku, a to, či uznesenie o skončení dokazovania je uznesením o vedení konania alebo nie. Inými slovami povedané, či je súd viazaný takýmto svojím rozhodnutím alebo nie, a teda či ho môže zrušiť, ak by účastník až po jeho vyhlásení predložil súdu nové relevantné skutočnosti alebo dôkazy. Zaoberanie sa touto otázkou v predmetom príspevku by bolo nadbytočné, pretože ani prípadná kladná odpoveď na ňu nemôže mať vplyv na závery autorky vyslovené v príspevku. Právo účastníka na spravodlivý proces je objektívne dané a nemôže byť preto závislé len od úvahy súdu, či svoje rozhodnutie o skončení dokazovania zruší, aby mohol prihliadať na ďalšie skutočnosti alebo dôkazy.

3 ZÁVER

Vychádzajúc z účelu zákona, ktorým je v zmysle § 1 OSP zabezpečenie spravodlivej ochrany práv a oprávnených záujmov účastníkov konania, možno na základe racionálnych argumentov, hoci náročnejšie, ale priamo vyvedených z účinnej právnej úpravy, uzavrieť, že nové skutočnosti alebo dôkazy, ktoré účastník zistil síce ešte v prvostupňovom konaní, teda ešte pred vyhlásením rozhodnutia vo veci samej, ale až po vydaní uznesenia o skončení dokazovania, by mal odvolací súd akceptovať ako dôvod odvolania, napriek tomu, že je pre rozsudok rozhodujúci skutkový stav v čase jeho vyhlásenia.

Použitá literatúra:

FICOVÁ, S., ŠTEVČEK, M. a kol. Občianske súdneho konanie. 1. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2010, 493 s. ISBN 978-80-7400-312-7

ČIČ, M. a kolektív: Komentár k Ústave Slovenskej republiky. Žilina : Eurokódex 2012, 832 s. ISBN 978-80-89447-93-0

RUBEŠ, J. a kolektív: Občianský soudní řád. Komentář. II. díl. Praha : Orbis 1970.

HANDL, V., RUBEŠ, J. a kolektív: Občianský soudní řád. Komentář. II. díl. Praha : Panorama 1985, 858 s.

KRAJČO, J. a kolektív: Občiansky súdny poriadok. I. diel. Komentár. IV. aktualizované vydanie. Bratislava : Eurounion 2006, 815 s. ISBN 80-88984-89-0

ŠTEVČEK, M., FICOVÁ, S. a kol. Občiansky súdny poriadok. I. diel. Komentár. 2. vydanie. Praha : C. H. Beck, 2012, 965 s. ISBN 978-80-7400-406-3

CIBULKA, L. a kolektív: Teória a prax legislatívy. Bratislava : PraF UK 2013, 287 s. ISBN 978-80-7160-331-3

<http://portal.concourt.sk/pages/viewpage.action?pageId=1278026>

<http://www.usoud.cz/vyhledavani-rozhodnuti-us/>

Kontaktné údaje:

Doc. JUDr. Svetlana Ficová, CSc.

svetlana.ficova@flaw.uniba.sk

Právnická fakulta Univerzity Komenského

Šafárikovo nám. 6

P. O. Box 313

810 00 Bratislava 1

Slovenská republika

⁹ Nález spis. značka: Pl. ÚS 33/97.

‘RESTRICTIONS IN CARRYING OUT THE EVIDENCE OF WITNESS TESTIMONY’

Anna Franusz

University of Warmia and Mazury in Olsztyn

Abstract: Undoubtedly witness testimony - as an evidentiary mean - plays an important role in civil proceedings. There has been a rule in Polish civil proceedings, that at court's request, witnesses must appear in court and give testimony under oath. According to Article 261 of the Polish Code of Civil Procedure of 1964, nobody has a right to refuse to give testimony as a witness unless the Code provides otherwise. However provisions of the Code regulate many exceptions from the rule mentioned above. The focus of this study is to present many problematic aspects regarding restrictions in carrying out the evidence of testimony of the witness, including exemptions from the duty of giving the testimony in courtroom, right to refuse to testify and refusal to respond to questions.

Key words: witness, testimony, refusal to testify

1 INTRODUCTION

It has long been acknowledged that evidence of witness testimony is one of the most frequently taken evidentiary means in Polish civil proceedings. The witness's testimony fulfills a fundamental principle of civil procedure that is to say the Principle of Directness and Orally Conducted Proceedings, according to which - a specific - oral manner of examining the case (parties orally present their claims and motions, make declarations and state facts), in particular its evidentiary phase (witnesses, experts and parties are examined orally) makes possible to review the entire case directly before a court¹. The witness testimony based on oral hearing of an individual assures direct contact between judge or judges and the witness so the court acquire first-hand knowledge.

Unfortunately the evidence of witness testimony features 'human factors' like mental state of an individual, his perception, abilities to communicate his observations and present them in court, differential power of recall as well as witness's personal attitude to the case, including acting in bad faith,². Considering the above-mentioned, all these factors might negatively impact factual findings relevant to the solution of the case. Nevertheless according to Article 261§1 of Polish Code of Civil Procedure of 1964³ unless the Statute provides otherwise no one can refuse to give testimony as a witness. Is a moral and primary legal obligation of great importance not only for the parties of the lawsuit, but also for the whole system of administration of justice.

The duty of being a witness (lat. *minus publicum*) includes:

- a) duty of personal presence in the court room,
- b) duty of giving testimony under oath,
- c) duty of testify by giving true comments and explanations as to the facts of the case without withholding any facts. Every witness swears that the evidence he shall give will be the truth, the whole truth and nothing but the truth.

However there are several exceptions from the rule because the Code of Civil Procedure regulates four types of restrictions in carrying out the evidence of witness testimony, which are the focus of the paper. Firstly Article 259 of the Code enumerates objects who cannot testify as witnesses. Secondly according to Article 261§1 of the Code some witnesses may refuse to testify (right to refuse the deposition). Thirdly every witness may refuse to answer a specific question if the answer might expose him or his relatives to penal liability, material and direct loss, disgrace or if

¹ Frankowski S., Introduction to Polish Law, Kluwer 2005, p. 125.

² Piasecki K., System of evidentiary means and evidentiary proceedings in civil cases (2010), p. 151

³ The Act of 7th November, 1964, Journal of Law No 43, item 296 with later amendments, hereinafter to as - the Code of Civil Procedure

answering the question might lead to breach of professional secrecy. Finally the Code introduced the primacy of documents over witness's testimony.

2 EXCLUSIONS FORM THE DUTY OF BEING A WITNESS

According to Article 259 point 1 of the Code of Civil Procedure: people without capacity to perceive, memorize and communicate observations mustn't testify. Consequently a witness cannot be heard while being under influence of alcohol, intoxicants, or if due to mental illness a person is unable to observe reality in proper way⁴. As it can be seen the provision introduce a general rule, although the decision whether such a witness is allowed to speak belongs to court. It must be emphasized that the disability to testify due to alcohol or narcotics is temporary⁵. As soon as state of intoxication is over or the mental state improves, obstacles to hear the witness no longer exist and the witness is allowed to give his testimony after being imposed a fine for intoxication on the day of the hearing in court.

It is important to note that the capacity for being a witness does not depend on the person's age. Consequently a child can testify as long as it is capable of observing and communicating its observations. Usually hearing of a child-witness should take place in special interrogation rooms and it is adjusted individually according to its personal emotional development. In order to protect best interest of children and their families the Code provides for age limits in reference to matrimonial proceedings (divorce, separation, annulment of matrimony, determination of existence or non-existence of matrimony) in which minor under 13 years and descendant of the parties under 17 years are not allowed to testify.

Under the Code (Article 259 point 2) military men and officials may not be called as witnesses if their testimony might reveal classified information.

The third exemption (Article 259 point 3 and 4 of the Code) applies to statutory representative of the party (e.g. parents or guardians), individuals who act as proper bodies of a legal person or organizational units and to these persons who are substantive joint participants. The regulation stemmed from the principle of non-combining of the role of a witness and a party of the proceedings⁶. Parties do not participate in civil proceedings as witnesses. Their statements are considered a separate mean of evidence, called hearing of the parties⁷. Court is also not allowed to hear a mediator if his testimony might reveal facts discovered during mediation (Article 259¹ of the Code).

As previously emphasized the restrictions preclude hearing the witness *limine*. In any of above mentioned situation court is not allowed to carry out the evidence of witness testimony regardless the witness's attitude toward his duty. For the sake of the administration of justice witness's will of acting in good faith is meaningless when being excluded from giving testimony.

3 RIGHT TO REFUSE TO TESTIFY

The second restriction is considered to be the most recent issue of human rights protection in civil proceedings⁸. According to art. 47 of the Constitution of the Republic of Poland⁹, everyone shall have the right to legal protection of his private and family life, of his honour and good reputation. Giving a testimony in which a witness - a member of a particular family reveals controversial, often painful details regarding the family's life, might negatively impact family interactions. Academics commentators have stated that in some cases there would be a noticeable conflict between private interest of a witness and the obligation to give testimony based on the truth. Refusal to give testimony is a privilege which a witness may enjoy but if he or she decides to testify, he (she) declares under penalty of perjury, that his/hers testimony corresponds with the truth¹⁰. However

⁴ *Ibidem*, p. 153.

⁵ Ereciński T. (ed.), Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze. Część druga. Postępowanie zabezpieczające. Tom I., Warszawa (2006), p. 585. See also judgment of the Polish Supreme Court (7 September 2000 [I KKN 872/00]).

⁶ Frankowski S., Introduction, p. 136.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Piasecki K., System, p164.

⁹ Act of April 2nd, 1997, Journal of Law No 78, item 483 with later amendments.

¹⁰ Knoppek K., Protection of Human Rights in Civil Law Procedure on Example of Witnesses' Right to Refuse the Deposition and Refuse the Answer (in:) R. Sztuchmiller, J. Krzywkowska (red.), Problemy z sądową ochroną praw człowieka, Olsztyn 2012, p. 242.

lying under the oath might not be a crime. According to the Polish Supreme Court's standpoint, if court examining the case doesn't warn a witness about responsibility for false depositions, such a false testimony is not a crime¹¹. Lack of such warning excludes criminal responsibility of the witness. Therefore witnesses usually give testimony under oath, if not (both parties of the proceedings may waive the witness from the obligation to swear an oath) - a presiding judge warns a witness against perjury.

The right to refuse to testify guarantees protection of human rights but the provisions of Polish Code of Civil Procedure don't impose the refusal on a witness. It is witness's choice whether he wants to give a testimony with simultaneous resignation from protection of human rights to keep some information secret or whether he wants to refuse the deposition protecting his right to privacy and family life¹².

Provision of Article 261§1 of the Code state that spouses of the parties, ascendants, descendants, sibling, related by marriage (lineal affinity and lateral affinity in direct line and to the first degree) and persons related to the parties by adoption may refuse to testify. Cessation of marriage and dissolution of adoption do not deprive a witness of his right to refuse the deposition, moreover spouses remaining in bigamy also have the right to refuse to testify¹³.

As previously mentioned, the duty of being a witness is crucial for the lawsuits, therefore under the same Article 261§1 nobody can refuse to give testimony excluding above-cited subjects. The catalogue is based on *numerus clauses* rule of interpretation and the provisions may mustn't be interpreted intensively. However in some proceedings, for example concerning civil status of a natural person (with an exception of divorce proceedings), witnesses may not refuse to testify. Without this exclusion evidentiary proceedings dealing with civil status acts would be very difficult, sometimes even impossible¹⁴. It must be emphasized that the right to give a statement is preserved in divorce proceedings although obviously it is an example of litigation leading to change a civil status of a natural person.

It must be pointed that there are no provisions in the Code which grant the right to refuse to testify to partners of common-law marriage (partnership not formalized by wedding ceremony)¹⁵. Recently this kind of relationship has been popular, nevertheless in Polish civil proceedings concubines may not refuse to give testimony. Admittedly, the status of concubinage has not been regulated in Polish legal system and cohabitation remains a factual, not a legal relationship. This highly improper situation doesn't explained the reason why the right of concubines to refuse to testify is granted on them in penal proceedings (Article 182 of Code of Criminal Procedure¹⁶). Consequently the partner of the accused may refuse to give the testimony. The dissonance in this matter is hard to understand.

According to *lex specialis*, above-mentioned obligation of professional secrecy is also imposed on certain professional groups like attorneys, doctors, dentists. Amongst the professionals, who are obliged to keep some information secret, consideration should be given to ecclesiastics. According to Article 261§2 of the Code, clergymen of religious associations recognized in the Republic of Poland are entitled to refuse to testify if the testimony may lead to breach (infringement) the sanctity of the confessional (the seal of confession). The issue of the confessional seal has been controversial in Poland. Authors who represent the doctrine of canon law (the law regulated in Canon Code of Roman Catholic Church) claim that the court is not allowed to carry out the evidence of a priest – witness if the seal of confession may be threatened by his testimony because the Cannon Code forbids it and a confessor obliged to observe secrecy¹⁷. The evidence obtained in this

¹¹ Ereciński T., Komentarz, p. 592. See also the judgment of The Polish Supreme Court of June 6th, 2002 [III KKN 342/99].

¹² Knoppek K., Protection, p. 242.

¹³ Piasecki K., System, p. 156.

¹⁴ Knoppek K., Protection, p.234, 235.

¹⁵ Ibidem, p. 237.

¹⁶ Act of June 6th, 1997, Journal of Law No 88, item 553 with later amendments.

¹⁷ Rakoczy B., Tajemnica spowiedzi w polskim postępowaniu cywilnym, karnym i administracyjnym, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 11-12, p. 126-138.

manner, would be a proof *contra legem* (fruit of the poisonous tree doctrine¹⁸). According to Can. 983 §1 of the Code of Canon Law:

'The sacramental seal is inviolable; therefore it is absolutely forbidden for a confessor to betray in any way a penitent in words or in any manner and for any reason'.

Whereas Can. 1388 §1 provides that:

'A confessor who directly violates the sacramental seal incurs a latae sententiae excommunication reserved to the Apostolic See; one who does so only indirectly is to be punished according to the gravity of the delict'.

Academics commentators who represent the doctrine of law of civil procedure find this standpoint rather disputable. They believe that church law is absolutely not binding for state courts¹⁹. If the clergyman decides to betray the sacramental seal, the excommunication he exposing himself to is insignificant, meaningless to the court. I believe that the latter stand on the issue is correct. Secular state courts can no rank be obligated to observe The Code of Cannon Law. The conclusion follows not only from the provisions of The Polish Constitution which provides that the sources of universally binding law of the Republic of Poland shall be: the Constitution, statutes, ratified international agreements, and regulations (Article 87) but also from Article 261§2 of the Code. In accordance with the legislation clergyman may refuse to testify in case of possible betrayal of sanctity of the confession, but if he has no wish to refuse, he can give his testimony.

According to some researchers statutory right of clergymen to refuse the deposition due to seal of confession is an example of discrimination of religious associations different than the Roman-Catholic Church. Although the above-cited Article 261§2 of the Code mentions ecclesiastics in general, but in fact, the seal of confession (in the confessional - a private place inside a church where a priest hears confessions) is characteristic of the Catholic Church and it has not been practiced in other religions. Consequently serious question exists regarding the right to refuse to give testimony on the grounds different than seal of confession. Is a private conversation between clergyman and believer proper ground for refusal to reveal details of the conversation? What about annual visiting of families? Unfortunately these important question remained unanswered in Polish legal doctrine.

4 RIGHT TO REFUSE THE ANSWER

The witness' right to refuse the answer is the third and the most limited restriction in carrying out the evidence of witness testimony.

In accordance with Article 261§2 of the Code every witness may refuse to answer a specific question if the answer might expose him or his relatives to penal liability, material and direct loss, disgrace or if answering the question might lead to breach of professional secrecy. The witness must justify his refusal, otherwise the court may impose a fine on him or have him detained (up to seven days)²⁰.

5 PRIMACY OF DOCUMENTS OVER WITNESS'S TESTIMONY

The last restriction worth mentioning is the primacy of documents over witness testimony. Documents are considered to be definitely more objective means of evidence. The Code of Civil Procedure gives precedence to documents over witness testimony, consequently witness's testimony is basically inadmissible. If statute stipulates that a legal act be made in writing and an act is made without observing the stipulated form, in litigation witness evidence concerning the performance of act is inadmissible unless the document is lost, destroyed or taken away by somebody else (Article 246). Moreover, if a written form was stipulated for evidence purpose only, witness testimony is admissible when both parties consent thereto or if a consumer so demands in a dispute with an entrepreneur (Article 74 of the Civil Code of 1964)²¹.

¹⁸ Wengerek E., Korzystanie w postępowaniu cywilnym ze środków dowodowych uzyskanych sprzecznie z prawem, „Państwo i Prawo” 1977, No 2, s. 33.

¹⁹ Knoppek K., Protection, s. 240.

²⁰ Piasecki K. System, s. 165.

²¹ Act of April 23rd, 1964, Journal of Law No 16, item 93 with later amendments.

6 CONCLUSION REMARKS

In conclusion, due to crucial role of witness testimony in lawsuit any restriction in carrying out this evidentiary mean should have proper grounds. The Right to refuse to testify and to refuse answer a specific question is granted on individuals in order to guarantee: protection of human rights (in particular family private life), protection of professional secrecy, as well as preventing witnesses from committing perjury. It seems that adopted regulations guarantee a waive protection of family life, nevertheless, lack of provisions which grant the right to refuse the deposition in civil cases on partners of common-law marriage (as opposed to penal proceedings) needs to be criticized. Legislator's assumption, that the right to protect family life refers only to 'family' in the traditional sense of the word (legally effective marriage formalized by official ceremony) is questionable.

Exclusions form the duty of being witness, which are among others the focus of the paper, play a slightly different role than above-mentioned restrictions. Article 259 point 1 of the Code was adopted in order to guarantee: a proper level of given testimony (witness's ability to observe and present observation) and protection of classified information. Furthermore exclusions regarding statutory representative of the party, individuals who acts as proper bodies of a legal person or organizational units and substantive joint participants fulfill the rule of non-combining of the role of a witness and a party in civil proceedings.

AKTIVNÍ ROLE SOUDU PŘI ZJIŠŤOVÁNÍ SKUTKOVÉHO STAVU V CIVILNÍM SPORU

Marek Juráš

Univerzita Palackého v Olomouc, Právnická fakulta

Abstract: The right to judicial protection is guaranteed as a fundamental dogma by constitutional and international documents. Civil procedure provides everyone for the possibility of appeal to an independent and impartial court to ensure protection of threatened right. In the case of two opposing interests, the question is who is responsible for establishing the truth respectively the objective reality. In the civil litigation, this means if only parties can prove a claim or whether an active role of the court is or should occurred. What are the possibilities and limits of the court to actively participate in the establishment of factual truth in the civil proceedings nowadays? And what should they be *de lege ferenda*?

Abstrakt: Právo na soudní ochranu je zaručeno jako základní dogma ústavními i mezinárodními dokumenty. Civilní proces počítá s možností každého obrátit se na nezávislý a nestranný soud, aby poskytl ochranu porušenému nebo jinak ohroženému právu. V případě, kdy proti sobě stojí dva protichůdné zájmy, je otázkou, kdo je odpovědný za zjištění pravdy resp. objektivní skutečnosti. V civilním sporu to znamená, zda jsou to pouze strany, kdo může tvrdit a dokazovat, nebo zda má i soud svou aktivní roli nebo zda ji má mít. Jaké jsou v současné době možnosti a meze soudu aktivně se podílet na zjišťování skutkového stavu v civilním sporu? A jaké by měly být *de lege ferenda*?

Key words: probation, principle to hear, concentration principle, procedural burdens

Klíčové slová: dokazování, zásada projednací, zásada vyšetřovací, zásada materiální pravdy, zásada formální pravdy, břemeno důkazní

1 ÚVOD

S nastupujícími kroky rekonstrukce českého civilního procesu, které jsou v části již součástí Sbírky zákonů České republiky¹, a těmi, které teprve překročily startovní čáru², vyvstávají naléhavěji otázky pro budoucí úpravu procesních mechanismů, a to nejen u nás, ale i na Slovensku.³ Jsem přesvědčen, že role soudu při zjišťování skutkového stavu v civilním sporu bude velkým problémem zákonodárce při rozhodování o formulaci právní úpravy nového civilního řádu sporného. Kromě významu imanentní role soudu coby poskytovatele ochrany sporným právům mě vede k závěrům o důležitosti budoucí právní úpravy jeho aktivity v civilním sporu i historický vývoj otázky. Tendence v evoluci postavení soudu jako arbitra či vyšetřovatele se měnily od dob rakouského zákonodárství na našem území přes socialistické pojetí třídní spravedlnosti od padesátých let minulého století a jsou předmětem diskuzí i v současnosti.

¹ Zejména zákon č. 292/2013 Sb. o zvláštních řízeních soudních, a související zákon č. 293/2013 Sb., změna občanského soudního řádu a některých dalších zákonů, které procesně reagují na novou úpravu soukromého práva v novém občanském zákoníku publikovaném jako zákon č. 89/2012 Sb., mimo jiné tím, že navracejí do českého civilního procesu dualismus nalézacího soudního řízení institucionálním oddělením sporných a nesporných řízení; ale dále i zákon č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob.

² Viz Ministerstvo spravedlnosti: *Ministr spravedlnosti Pavel Blažek zřídil Komisi pro rekonstrukci civilního procesu*. [online]. Parlamentnílisty.cz 12. 4. 2013 [cit. 1. září 2013]. Dostupné na <<http://www.parlamentnilisty.cz/arena/politici-voicum/Ministr-Blazek-Komisi-pro-rekonstrukci-civilniho-procesu-268723>>.

³ JURÁŠ, M. Zpráva z konference Olomoucké právnické dny 2013: Sekce civilněprocesní. Nad českou procesní úpravou soudního přezkumu činnosti orgánů veřejné správy a správním soudnictvím na Slovensku *de lege ferenda*. *Právník*, 2013, v tisku.

Analyzovať najširší aspekty toho, jakou roli měl, má a potencionálně může mít soud v civilním sporu při zjišťování skutkového stavu, může být cenným zdrojem inspirace *de lege ferenda*. Za tím účelem podrobněji zkoumání historické právní úpravy na území České republiky, a to jak v době rakouského zákonodárství⁴, tak blízké současnosti zejména s důrazem na vývoj a změny v právní úpravě po roce 1990. Konfrontováním názorů odborné veřejnosti s právní úpravou této problematiky se pak syntéza zaměřuje na úvahu o možném budoucím vývoji a směřování civilního procesu, pokud jde o roli soudu při zjišťování skutkového stavu v civilním sporu.

Primárně je nutné konstatovat, že role soudu v civilním procesu sporném je dvojitá. Předně je soud státním orgánem, který zajišťuje průběh sporného řízení po formálních stránkách, což označujeme jako výkon justice. Soud však může i významně ovlivnit výsledek věci samé, tedy na čí stranu sporu se přikloní váhy spravedlnosti. Soudobý občanský soudní řád⁵ poskytuje soudu procesní instituty, jejichž aplikací má možnost ovlivnit výsledek sporu po skutkové stránce. Skutkový stav věci je předmětem projednávání civilního sporu a jeho zjištění je v rukou procesních subjektů. Do jaké míry je a má být odpovědným za jeho objasnění soud a v jaké míře strany sporu?

2 POJETÍ AKTIVNÍ A PASIVNÍ ROLE SOUDU V CIVILNÍM SPORU

Pokud jde o zjištění skutkového stavu v civilním sporu – sebrání skutkových tvrzení a důkazních prostředků – a funkce soudu v tomto procesu, uvažujeme o aktivní nebo pasivní roli soudu. Přitom o pasivní roli soudu uvažujeme ve dvou rovinách. V širším pojetí lze za pasivní označit v civilním procesu soud, jemuž je zakázáno jak vyhledávat (*investigate*), tak shromažďovat důkazy ve věci samé (*proof taking, collecting evidence*) a jenž pouze rozhoduje na základě důkazů předložených a provedených stranami.⁶ Toto pojetí civilního sporu je vlastní anglo-americké právní rodině.⁷ V užším pojetí je pak soud pasivní pouze ve vztahu k vyhledávání důkazů, ale pokud strany navrhnou k určitému tvrzení důkazní prostředek, soud je povinen jej obstarat (předvolání svědka, nařízení vyhotovení znaleckého posudku). Zatímco první uvedené pojetí je v teorii civilního procesu kontinentálního považováno již dlouho za překonané⁸ a odmítáno jako nedostatek justice, jež se při jeho uplatnění stává těžkopádnou, užší pojetí je předmětem úvah jako naopak žádoucí.⁹ Jsem stejného názoru s tím, že za pozitivní považují zdůraznění odlišení role soudu jako pomocníka při zjišťování důkazních prostředků, avšak pouhého diváka, pokud jde o tvrzené skutečnosti a navrhování důkazů.

Zrcadlově vymezenému pojetí pasivní role soudu odpovídá její aktivní pojetí. Soud může být aktivní co do formálního zajištění snadného a rychlého průběhu civilního řízení sporného. Zda by měl soud také vyhledávat důkazy a zjišťovat tak skutkový stav i přes případnou nečinnost stran sporu, je otázkou celkové koncepce civilního procesu, pokud jde o nalézací řízení sporné. Posouzení závisí na konstrukci uplatnění procesních zásad kontradiktornosti, projednací, koncentrace řízení a především s přihlédnutím k ústavou zaručené rovnosti stran. Je nezbytné podrobit analýze ustanovení § 120 odst. 3 OSŘ, které stanoví, že: „Soud může provést jiné než účastníky navržené důkazy v případech, kdy jsou potřebné ke zjištění skutkového stavu a vyplývají-li z obsahu spisu.“ za účelem objasnění, v čem spočívá zmocnění soudu, zde obsažené. Jde o zakotvení aktivní role soudu v užším, investigativním pojetí?

⁴ Státní území České republiky bylo do roku 1918 součástí státního útvaru tzv. Předlitavska, kde platil právní řád daný rakouským císařem.

⁵ Zákon č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, ve znění do 31.12.2013 (dále také jen „OSŘ“).

⁶ Pojem strany současné úprava civilního procesu neobsahuje a pro označení základních procesních subjektů užívá označení účastníci řízení a v civilním sporu konkrétně žalobce a žalovaný dle ustanovení § 90 občanského soudního řádu.

⁷ MALESHIN, D. The russian style of civile procedure. *Emory International Law Review*, 2007, č. 21, s. 546.

⁸ Na nejširší pasivitu soudu bylo založeno zjišťování skutkového stavu sporu v soudním řádu josefinském (Patent daný dne 1. května 1781 s. s. z. č. 13), viz HORA, V. *Československé civilní právo procesní. II. díl*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2010, s. 121.

⁹ WINTEROVÁ, A. Nové pohledy na civilní proces (soukromé spory projednávat nebo vyšetřovat?). *Všehrd*, 1993, roč. 25, č. 4, In WINTEROVÁ, A. *O nové pojetí civilního procesu: soubor statí*. 1. vydání. Praha: Kraolinum, Acta Universitatis Carolinae, 2004, s. 28, 31.

3 KDE JE V CIVILNÍM SPORU MATERIÁLNÍ PRAVDA?

S otázkou civilního sporu a zejména pak s jeho rozhodováním soudem se pojí koncept materiální pravdy. Hovoříme-li pak o procesní zásadě materiální pravdy, jedná se o pojem hojně používaný v odborné literatuře vždy, když je tématem úvah autorů zjišťování skutkového stavu v civilním sporu. Při postupném seznamování s názorem na pojetí této procesní koncepce se setkáme s různými pohledy na to, co je vlastně obsahem zásady materiální pravdy v civilním procesu. Jsme nuceni přijmout jako jednoznačný názor, že zásada materiální pravdy je hledání úplné a vyčerpávající objektivní skutečnosti a reality vztahu mezi stranami při rozhodování sporu? Ještě v devadesátých letech minulého století zněly názory ve prospěch tohoto pojetí.¹⁰ Později se však již setkáváme se změnou v náhledu na vymezení materiální pravdy při projednávání sporu jako imanentního projevu každého civilního soudního řízení.¹¹ A tu je podstatou přesvědčení, že pokud soud rozhoduje na podkladě věcného obsahu skutkových tvrzení a důkazů a z nich odvozuje závěry, na které aplikuje hmotné právo, rozhoduje vždy podle zásady materiální pravdy. Tato zásada tak nevyjadřuje pouze rozhodování soudu na podkladě úplného a ve vyčerpávající míře sebraných poznatků o objektivních okolnostech vnějšího světa, ale odpovídá pojetí, kdy soud vyvozuje věcné závěry a subsumuje je pod hypotézu právní normy. Toto pojetí je třeba považovat za správné. Označené materiální pravda vychází z pojmu materie což je obecným označením pro věcnou podstatu jsoucna; od toho dále také např. odvození filosofický směr materialismus¹², který pro všechny úvahy o vnějším světě bere za základ věcnou podstatu jako základ veškeré skutečnosti, přičemž zdůrazňuje, že tato věcná podstata je na našem vědomí nezávislá. Pokud soud vyvozuje poznatky z objektivní skutečnosti a nenahrazuje je nepřítomnými konstrukcemi, jde o rozhodování v rámci zásady materiální pravdy.

Je-li pak v teorii civilního procesu potřeba označit situaci, kdy je soudu zákonem přikázáno, co má považovat za prokázané, pak je namísto takový procesní postup považovat za uplatnění zásady formální pravdy. Etymologicky dojdeme k závěru, že označení formální vychází z principu uplatnění formy, t.j. jsoucí podle předpisu, odtrhující podobu od obsahu – věcné podstaty.¹³ Formální pravda je tak v civilním procesu dána tehdy, pokud o určité skutečnosti stanoví zákon, že je možné ji považovat za odpovídající realitě, ačkoli tomu tak nemusí být nebo dokonce není. Typickým případem uplatnění zásady formální pravdy je případ rozsudku pro zmeškání podle ustanovení § 153b OSŘ, kdy za splnění tam blíže vymezených podmínek se „*pokládají tvrzení žalobce obsažená v žalobě o skutkových okolnostech týkajících se sporu, za nesporná*“ a dále „*na tomto základě může soud rozhodnout*“. Podstatou této právní normy je zákonem přiznaný význam skutečností bez ohledu na jejich věcnou podstatu ve vnějším světě. Soud nezjišťuje, co odpovídá realitě, věcnému základu tvrzených skutečností, zda mají obsah, ale zákon nahrazuje realitu formou, kterou představují ostatní podmínky rozsudku pro zmeškání (doručení žaloby, poučení o možnosti vydání tohoto rozsudku aj.).

Nemohu se tak ztotožnit s názory, které za projev zásady formální pravdy považují pravidla zásady projednací, kdy soud rozhoduje na základě neúplně zjištěného stavu věci.¹⁴ Soud rozhoduje v zásadě formální pravdy pouze tam, kde jako ve shora uvedeném případě je to zákon, kdo stanoví, co je možné považovat za skutečnost mezi stranami sporu. Ve všech ostatních případech, byť soud rozhoduje na základě nepatrných skutkových tvrzení a důkazů, rozhoduje podle zásady materiální pravdy, rozhoduje na základě dostupných skutečností, poznává jejich věcnou podstatu a obsah a přiřazuje jim místo a logickou funkci ve vnějším světě, což nakonec subsumuje pod hypotézu právní normy. Pokud pak soud zamítá žalobu, protože nebyl prokázán nárok žalobce, rozhoduje na základě věcného obsahu tvrzení o okolnostech a důkazech. Je to tedy i neúplně zjištěný skutkový stav, který je v duchu zásady projednací podkladem pro rozhodnutí, které aplikuje zásadu materiální

¹⁰ Srov. tamtéž, s. 27; a BARTOŠ, A. Poslední novela občanského soudního řádu. *Daňová a hospodářská politika*, 1994, č. 1.

¹¹ Např. srov. WINTEROVÁ, A. a kol. *Civilní právo procesní*. 6. vydání. Praha: Linde Praha, a.s., 2011, s. 80; DRÁPAL, L., BUREŠ, J. *Občanský soudní řád I. § 1 až § 200za. Komentář*. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 861.

¹² KLIMEŠ, L. *Slovník cizích slov*. 2. vydání. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, n.p., 1983, s. 434

¹³ Tamtéž, s. 183.

¹⁴ WINTEROVÁ, A. Nové pohledy na civilní proces (soukromé spory projednávat nebo vyšetřovat?). *Všehrd*, 1993, roč. 25, č. 4, In WINTEROVÁ, A. *O nové pojetí civilního procesu: soubor statí*. 1. vydání. Praha: Kraolinum, Acta Universitatis Carolinae, 2004, s. 30.

pravdy. Je tak nutné odmítnout i případy, kdy je označena investigativní role soudu za prolomení zásady formální pravdy.¹⁵ Pokud konstrukce civilního procesu sporu znemožňuje soudu důkazy vyhledávat nad rámec návrhů stran a rozhodovat pouze na základě přeloženého souboru tvrzení a důkazů, jedná se stále o uplatnění zásady materiální pravdy.

4 RETROSPEKTIVA ODPOVĚDNOSTI ZA ZJIŠTĚNÍ SKUTKOVÉ STAVU V CIVILNÍM SPORU

Česká jurisprudence má jednu neochvějnou jistotu. Dílo Ottovo a Horovo nebylo doposud překonáno. Nelze tedy než při zkoumání dané problematiky sáhnout po výsledcích práce těchto dvou velikánů české procesualistiky a to s ohledem na civilní řád soudní, který byl předmětem jejich celoživotního bádání. Civilní řád soudní¹⁶ sice vycházel jako právní předpis z jiných materiálních předpokladů pro normotvorbu, nicméně je nevyčerpitelným zdrojem inspirace *de lege ferenda*. K dané problematice Ott uvádí, že zásada projednací sejmula ze soudu odpovědnost za zjištění skutečných konkrétních poměrů stran a ukládá soudu, aby rozhodl spor pouze na základě toho, co jsou strany ve svém zájmu schopny nabídnout.¹⁷ Avšak současně zdůrazňuje, že nový civilní řád soudní umožnil soudu přispět k plnějšímu sebrání skutkové materie, avšak pouze nepřímým působením. Soud nadále není oprávněn skutečnosti a důkazy vyhledávat, avšak vhodnými dotazy může strany ponoukat k dalším tvrzením a důkazním návrhům, vždy však v mezích těchto návrhů.¹⁸ Vhodnost zavedení zásady projednací do civilního řízení sporného opírá Ott o povahu práv, která jsou předmětem tohoto druhu nalézacího řízení, totiž práva soukromá, která jsou v plné autonomii svých nositelů a je na nich a jejich péči, zda budou o svá práva řízení zahajovat a toto dále vést a prokazovat.

Shodně pak Hora v době předválečné zdůrazňuje, že civilní řád soudní nedává soudu pravomoc po důkazech pátrat. Ačkoli je povolán k tomu, aby rozhodoval na podkladu co nejširší sebraném, je to pouze nepřímé působení dotazy a užší pasivity jeho, čím je možno strany vést k náležitému předložení skutkové materie. Soud pouze důkazy označené opatřuje, není-li to v moci stran, avšak sám nad rámec těchto návrhů nevyhledává jiné prostředky. Toto netýká se věcí manželských, kde je uplatněna zásada vyšetřovací.¹⁹ Přístup Horův k zásadě projednací a role soudu se vyznačuje větším zdůrazněním společenské potřeby aktivity soudu v soukromém sporu, čímž se liší od pojetí Ottova, které je více individualistické. Promítnutí veřejného zájmu společnosti do právní úpravy zjišťování skutkového stavu v civilním sporu je otázkou uplatnění kolektivistické nebo individualistické koncepce civilního procesu. V minulosti byla tato problematika předmětem rekodifikačních prací v Ruské federaci, kde byla po roce 1990 tíživá potřeba po vyřešení nové koncepce civilního procesu v nastupující tržní ekonomice. Po mnoha desetiletích uplatňování ryzího společenského kolektivismu nastoupila naopak čistá zásada individualistická, která znamenala, že od roku 1995 do 2002²⁰ byl ruský civilní proces založen na nejširší pasivitě soudu.²¹ Uplatnění této koncepce se však neosvědčilo a v rámci rekodifikace ruského civilního procesu došlo opět k vyvažování obou koncepcí, které vyústilo k omezení pasivity soudu.²²

V českém civilním procesu přišly s nástupem společenských změn od roku 1950 také změny koncepce zjišťování skutkového stavu civilního sporu. I s ohledem na zavedení jednotného nalézacího řízení, byla soudu nově uložena v ustanovení § 88 občanského soudního řádu povinnost zjistit skutkový stav i nad rámec tvrzení účastníků řízení (stran).²³ Zásadu vyšetřovací, o které již

¹⁵ Srov. GEŠKOVÁ, K. In ŠTEVČEK, M., FICOVÁ, S. a kol. *Občiansky súdny poriadok. I. diel. Komentár*. 2. vydání. Praha: C.H.Beck 2012. s. 435.

¹⁶ Zákon daný dne 1. srpna 1895 č. 113 ř. z. o soudním řízení v občanských rozepřích právních (civilní řád soudní).

¹⁷ OTT, E. *Soustavný úvod ve studium nového řízení soudního. I. díl*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2012, s. 256.

¹⁸ Tamtéž, s. 257.

¹⁹ HORA, V. *Československé civilní právo procesní. II. díl*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2010, s. 122-123.

²⁰ Občanský soudní řád Ruské federace z roku 1964 byl novelizován, až v roce 2003 nabyl účinnosti nový civilní řád soudní.

²¹ MALESHIN, D. The russian style of civile procedure. *Emory International Law Review*, 2007, č. 21, s. 548.

²² Tamtéž.

²³ Zákon č. 142/1950 Sb., o řízení ve věcech občanskoprávních (občanský soudní řád).

Hora tvrdil, že se v civilním řízení sporném neosvědčila²⁴, převzal i druhý socialistický procesní předpis z roku 1964²⁵, kdy ve svém původním znění stanovil v ustanovení § 6 „V řízení postupuje soud v součinnosti se všemi, kteří se účastní řízení, tak aby byl co nejučelněji zjištěn skutečný stav věci a aby ochrana práv byla rychlá a účinná.“ a dále v ustanovení § 120 odst. 1: „Soud dbá o to, aby skutečný stav věci byl zjištěn co nejučelněji. Rozhoduje, které z navržených důkazů je třeba provést, a provede i jiné důkazy, než jsou navrhovány.“ Takto přísně stanovená odpovědnost soudu za zjištění úplného a skutečného stavu věci trvala v českém právní řádu až do 31.8.1993²⁶, kdy byla novelou občanského soudního řádu zavedena zásada projednací²⁷, kdy soudu napříště bylo umožněno provádět pouze ty důkazy, které strany nenavrhly, pokud v řízení jejich potřeba vyšla najevo.²⁸ Až od 1.1.2001²⁹ byla nahrazena povinnost stran přispět k zjištění skutkového stavu sporu povinností uvést rozhodné skutečnosti a navrhnout důkazy k jejich prokázání. Takto byla dále proklamována zásada projednací v civilním řízení sporném a definitivně pak byla utvrzena s účinností od 1.7.2009, kdy bylo ustanovení § 120 odst. 3 OSŘ novelizováno tak, že soud smí provést jiné než účastníky navržené důkazy, pokud jejich potřeba vyšla v řízení najevo a vyplývaly-li z obsahu spisu.³⁰ K tomu důvodová zpráva: „Zřetelně se zdůrazňuje, že povinnost tvrzení a důkazní je ve sporném řízení věcí účastníků řízení. Soud nesmí ve sporném řízení „pátrat“ po důkazech. Právo soudu provádět důkazy účastníky nenavržené se omezuje pouze na situace, kdy by soud pro formální nedostatek důkazního návrhu účastníka nemohl provést důkaz potřebný ke zjištění sporné právně významné skutečnosti, která vyplývá z obsahu spisu.“³¹

5 MOŽNOST SOUDU PROVÉST JINÉ NEŽ ÚČASTNÍKY NAVRŽENÉ DŮKAZY

Ustanovení § 120 odst. 3 OSŘ, které umožňuje v aktuálním znění, aby soud provedl i účastníky nenavržené důkazy, je-li to nezbytné ke zjištění skutkového stavu a vyplývají-li z obsahu spisu, má dva procesní dopady. Jedním je vymezení materiální činnosti soudu při zjišťování skutkového stavu a druhým je formální vymezení funkce soudu jako záruky ochrany práv. Materiálním obsahem citovaného ustanovení je, jak shodně tvrdí Bureš³², možnost zjistit skutkový stav věci za pomoci provedení důkazů, které jsou obsahem spisu. Jsem přesvědčen, že toto ustanovení není zmocněním soudu, aby něco aktivně k důkazu vyhledával, ale jde dokonce o obsahové vymezení postavení stran sporu a jejich procesní činnosti při zjišťování skutkového stavu věci. Toto ustanovení umožňuje provést důkazy, které se staly v řízení součástí spisu, tedy podstata spočívá v tom, že jsou obsahem skutkových tvrzení a důkazních návrhů stran, protože nebyť procesních úkonů stran dle ustanovení § 101 a § 120 odst. 1 OSŘ, by se tyto důkazy nestaly součástí spisu a tedy součástí skutkové materie, která je podkladem rozhodnutí dle ustanovení § 153 OSŘ³³. Podstatou předmětného odstavce třetího § 120 OSŘ není zmocnění soudu důkazy vyhledávat, aby byl zjištěn skutkový stav věci, je-li to nezbytné k rozhodnutí ve věci. Jako vhodný konkrétní příklad toho, co je správnou aplikací citovaného ustanovení, slouží rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 4.7.2008, sp. zn. 6 Co 1355/2008. Rozhodnutí bylo vydáno v době aplikace občanského soudního řádu účinného do 30.6.2009, tedy „soud může provést jiné než účastníky navržené důkazy v případech, kdy potřeba jejich provedení ke zjištění skutkového

²⁴ Zde poukazoval na její zavedení v pruském civilním procesu, viz HORA, V. *Československé civilní právo procesní. II. díl.* Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2010, s. 120-121.

²⁵ Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád.

²⁶ Zákon č. 171/1993 Sb., kterým se mění a doplňuje občanský soudní řád.

²⁷ Výslovně tak uvádí i důvodová zpráva; viz Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky; 1. volební období, 1992 - 1996, *sněmovní tisk 229/0* [online]. Novela občanském soudním řádu [cit. 18. října 2013]. Dostupné na <<http://www.psp.cz/eknih/1993ps/tisky/t022900.htm>>.

²⁸ Ustanovení § 120 občanského soudního řádu účinné od 1.9.1993.

²⁹ Zákon č. 30/2000 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

³⁰ Zákon č. 7/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

³¹ Viz Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky; 5. volební období, 2006 - 2010, *sněmovní tisk 478/0* [online]. Novela občanském soudním řádu [cit. 18. října 2013]. Dostupné na <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=478&CT1=0>>.

³² BUREŠ, J. In DRÁPAL, L., BUREŠ, J. *Občanský soudní řád I. § 1 až 200za. Komentář.* 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 864.

³³ „Soud rozhoduje na základě zjištěného skutkového stavu věci.“

stavu vyšla v řízení najevo.“ Dle mého názoru byla tato formulace širší, než je tomu za současného stavu zákonného textu, přesto Krajský soud upozornil, že ustanovení je třeba vykládat ustanovení restriktivně. Vytkl soudu prvního stupně, že v řízení o neplatnost nájemní smlouvy provedl k důkazu spisy okresního soudu, na jejichž obsahu založil rozhodnutí v dané věci. Přitom ale žalobkyně, úspěšná strana v řízení v prvním stupni, tyto důkazy nenavrhlá ke svým tvrzením a neučinili to ani žalovaní. Soud prvního stupně tyto spisy provedl podle ustanovení § 120 odst. 3 OSŘ pouze na základě toho, že se o nich objevila zmínka v předmětném řízení. Avšak chyběla jakákoli věcná souvislost mezi předmětem řízení – neplatností nájemní smlouvy – a provedenými spisy. V řízení pouze vyšlo najevo, že v době uzavření smlouvy byla jedna ze stran v rozvodovém řízení. To postačilo okresnímu soudu pro úvahu, že jde o důkaz, jehož potřeba provedení vyplynula v řízení najevo. Provedenými spisy dospěl soud prvního stupně k závěru, že nájemní smlouva je absolutně neplatná podle § 39 občanského zákoníku³⁴. Ovšem soud odvolací kontroval, že soud prvního stupně aplikoval nesprávně ustanovení § 120 odst. 3 OSŘ, když dané spisy nebyly navrženy účastníky řízení a ani z obsahu spisu nevyplývala potřeba jejich provedení. Odvolací soud tak založil své rozhodnutí, kterým měnil prvostupňový rozsudek, pouze na skutečnostech, které byly provedeny v souladu s ustanovením § 120 odst. 1 OSŘ a ke skutečnostem, které vyplynuly z provedených spisů okresního soudu, nepřihlédl, neboť šlo o důkazní prostředky provedené nezákonně, totiž za porušení ustanovení odstavce třetího téže normy. Z argumentace krajského soudu: „Z výše uvedeného vyplývá, že v projednávaném případě nebyly splněny předpoklady pro postup dle § 120 odst. 3 o.s.ř.; [...] postupem okresního soudu došlo k porušení ústavně zaručeného práva účastníka na spravedlivé řízení včetně práva na rovné postavení účastníků před soudem. S ohledem na shora uvedené nelze ke skutečnostem zjištěným z těchto důkazů přihlížet.“ S uvedenými závěry se zcela ztotožňuji, a to zvláště s přihlédnutím k současné platné a účinné právní úpravě předmětného ustanovení. V konkrétním případě byla postupem odvolacího soudu respektována v civilním sporu pravidla hry stanovená zákonem na základě požadavku ústavy – zákonný postup ochrany práv – a to zásada projednací a zásada kontradiktornosti, jejíž význam spočívá v tzv. negativní spolupráci, tedy nejlépe je skutkový stav objasněn a podstata sporu vyjevena, pokud argumentují dvě proti sobě stojící strany.³⁵

Formálním obsahem citovaného ustanovení je však zajistit při absenci profesionalizovaného soudního sporu odstranění procesních tvrdostí v případech, kdy pouze formálně nedošlo k označení dané skutečnosti a odpovídajícího důkazu do formy procesního důkazního návrhu. Nicméně funkce ustanovení § 120 odst. 3 OSŘ, tím, že od 1. 7. 2009³⁶ jeho znění zakotvuje pouze okruh důkazů, které jsou součástí spisu, nestanoví v civilním procesu projev zásady vyšetřovací. Jedná se stále o projev zásady projednací, ale jde o odstranění procesní tvrdosti v případě opomenutí učinit formální procesní úkon ve vztahu k okolnosti, která je součástí spisu. To co je obsaženo ve spisu, totiž bylo mlčky navrženo.

Je vhodné se pozastavit i nad časovým aspektem možnosti aplikace ustanovení § 120 odst. 3 OSŘ. Bureš uvádí, že „dojde-li k aplikaci § 120 odst. 3 o. s. ř., je soud vždy limitován koncentrací řízení nastalou vůči tomu účastníku řízení, v jehož prospěch je důkaz prováděn.“ Zastávám názor stejný potud, kdy je tvrzeno, že i soud je limitován koncentrací řízení ohledně toho důkazu, který hodlá ze spisu provést. Neztotožňuji se však s formulací *stricto sensu* rozlišování na důkaz ve prospěch účastníka. Preferoval bych vyjádření podstaty aplikace ustanovení § 118b OSŘ na postup soudu dle ustanovení § 120 odst. 3 OSŘ tak, že soud může provést jiné než účastníky navrhované důkazy, pokud se staly obsahem spisu se zachováním procesní prekluzivní lhůty a jsou rozhodné ve věci.³⁷ Soud nehodnotí, kterému účastníku je postup dle § 120 odst. 3 OSŘ na prospěch, ale provádí důkazní prostředek k rozhodné skutečnosti, jehož relevance pro skutkový stav a jeho subsumpci pod hypotézu právní normy vyplynula ze spisu před nastoupení prekluze. To tedy znamená, že soud smí ustanovení § 120 odst. 3 aplikovat pouze při zachování věcnosti - ve vztahu

³⁴ Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

³⁵ WINTEROVÁ, A. Nové pohledy na civilní proces (soukromé spory projednávat nebo vyšetřovat?). Všechno, 1993, roč. 25, č. 4, In WINTEROVÁ, A. *O nové pojetí civilního procesu: soubor statí*. 1. vydání. Praha: Kraolinum, Acta Universitatis Carolinae, 2004, s. 26-32

³⁶ Zákon č. 7/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

³⁷ Macur, J. Problémy legislativní úpravy prekluzivních lhůt k urychlování civilního soudního řízení. *Právní rozhledy*, 1999, roč.7, č. 7, s. 345 – 350.

ke skutečnostem a důkazům, které se staly součástí spisu - a času, jen pokud jde o okolnosti, jež se staly součástí spisu před nastoupením prekluze.

6 KDYŽ MÁ SOUD ZJISTIT, ŽE PŘEDMĚTEM SPORU JE PRÁVNÍ ÚKON ABSOLUTNĚ NEPLATNÝ

Soud přihlíží k absolutní neplatnosti právních úkonů z úřední povinnosti. Je tedy možné zachovat pasivitu soudu, když z provedeného dokazování vyplývá možnost, že úkon je absolutně neplatný? Pokud soud v řízení pojme názor, že např. smlouva není relativně neplatná, ale je neplatná absolutně, mění svůj právní náhled na věc a poučuje strany dle ustanovení § 118a odst. 2 OSŘ, aby byly navrženy další důkazy, které by to mohly prokázat. Pokud tuto povinnost strany nesplní, potom soud rozhoduje na základě předloženého stavu věci – *vigilantibus iura* – a smlouvu neshledá absolutně neplatnou, pokud strany předložily jen takový skutkový stav, že smlouva nemůže být shledána neplatnou absolutně. Na příkladu absolutní a relativní neplatnosti kupní smlouvy lze demonstrovat i aplikaci § 120 odst. 3 OSŘ, kdy okresní soud v dané věci stál před otázkou relativní neplatnosti kupní smlouvy pro omyl tvrzený prodávající a tedy právní posouzení žalobce znělo na relativní neplatnost dle ustanovení § 40a ve spojení s § 49a občanského zákoníku. Součástí spisu se stala i skutečnost o probíhajícím prověřování skutečností orgány činnými v trestním řízení dle ustanovení § 158 a následující trestního řádu. Ačkoli chyběl výslovný procesní úkon žalobce a žalovaného, kterým by navrhovali provedení důkazu spisem orgánu činného v trestním řízení, soud shledal, že provede tento důkaz, neboť byl součástí spisu. Tedy soud aplikoval § 120 odst. 3 OSŘ a provedl důkaz spisem orgánu činného v trestním řízení a shledal, že z jednání stran hmotněprávního vztahu je smlouva neplatná absolutně pro rozpor s dobrými mravy ve smyslu ustanovení § 39 občanského zákoníku. Soud výslovně v odůvodnění konstatoval, že žalobce neprokázal omyl omluvitelný a že smlouva nemohla být za jiných okolností shledána relativně neplatnou, nicméně, protože v řízení vyšly z provedeného dokazování najevo skutečnosti odůvodňující závěr o neplatnosti absolutní, rozhodl soud tak, že žalobci vyhověl.

Pokud však strana i přes doplněná tvrzení a jednání druhé strany neprokáže takové okolnosti, které lze podřadit pod hypotézu právní normy dle ustanovení § 39 občanského zákoníku, nemůže soud shledat právní úkon neplatný absolutně a přihlídnout k tomu *ex officio*.

7 KTERÉ MERITORNÍ ROZHODNUTÍ JE SPRÁVEDLIVÉ A SPRÁVNÉ?

S problematikou aktivní role soudu při zjišťování skutkového stavu souvisí přímo i otázka, jež se objevuje v literatuře, a z níž vyplývá úvaha, co je spravedlivé a správné rozhodnutí v civilním sporu³⁸, který je ovládan zásadou projednací. Požadavek vznesený na soud, aby jeho meritorní rozhodnutí bylo spravedlivé a správné však nelze pojímat odděleně v systému civilního procesu sporného. Ponecháme stranou úvahu nad tím, že každé rozhodnutí soudu je v kontradiktorním postavení stran vždy relativně nespravedlivé a nesprávné pro toho, kdo prohraje, což vyplývá ze samotného pojmu „spor“. Pokud je civilní spor založen na zásadě projednací a odpovědnost za zjištění skutkového stavu leží na stranách sporu, je nutné pojímat tento požadavek ve vztahu k tomuto systému. Nelze předpokládat, že rozhodnutí soudu je vždy nespravedlivé a nesprávné, pokud je vydáno v civilním sporu na podkladě zákonem předvídaných procedur zjišťování skutkového stavu a to jak materiálně – zákonné důkazní prostředky, tak formálně – v rámci procesních prekluzivních lhůt. Soud v tomto druhu nalézacího řízení rozhoduje na základě předložených skutkových tvrzení a důkazních prostředků. Opakem je právě řízení nesporné a jiná zvláštní řízení, která ovládá zásada vyšetřovací, neboť jejich společenským účelem je péče soudu o účastníky - typicky řízení ve věcech nezletilých, výchova a výživa. V těchto případech je každé rozhodnutí vydané na podkladě neúplně zjištěného skutkového stavu nespravedlivé a nesprávné. Jiná je ale situace právě v civilním sporu, který je společností konstruován jako souboj dvou rovných stran, jejichž zbraněmi jsou pouze skutková tvrzení a důkazní prostředky, které jsou schopny v rámci premisy *vigilantibus iura* nabídnout soudu jako rozhodčímu. Které rozhodnutí v civilním sporu je tedy možné odsoudit jako nespravedlivé a nesprávné? Vycházejíce z aktuálního mechanismu civilního řízení sporného v České republice musíme dojít k závěru, že nespravedlivé a nesprávné je jistě rozhodnutí, které neodpovídá zjištěnému skutkovému stavu, který předložily

³⁸ NYPL, M. Může, nebo musí v civilním sporném řízení provádět soud nenavřené důkazy. *Právní praxe*, 1994, č. 4, s. 194; WINTEROVÁ, A. a kol. *Civilní právo procesní*. 6. vydání. Praha: Linde Praha, a.s., 2011, s. 79; KRIVÁČKOVÁ, J. Proměny ve zjišťování skutkového stavu v nově účinné a chystané právní úpravě občanského soudního řádu. *Jurisprudence*, 2013, č. 4, s. 3-7.

strany svými tvrzeniami a důkazními návrhy. Avšak je-li vydáno rozhodnutí na podkladě skutkové materie, která nebyla úplně sebrána, aby mohla být podřazena pod odpovídající normu hmotného práva, kdo je za to odpovědný? Soud nevyhledav všechny okolnosti vnějšího světa – součástí stavebnice právního vztahu stran sporu, nebo strany, které nedostály povinností, jež jim ukládá zákon a neúplně shromáždili skutková tvrzení a důkazní návrhy?

Při zodpovězení této otázky musíme podrobit naše úvahy poměření ústavního práva a ústavním pořádkem zaručených základních lidských práv a svobod. Povinnost státu zajistit existenci orgánů uvádějící v život právo na spravedlivý proces a jeho komponenty, kterými jsou právo na přístup k soudu a jeho nestrannost a nezávislost, je nezpochybnitelná. Normy ústavního pořádku však předvídají, že právo na spravedlivý proces bude realizováno v rámci zákonem stanoveného postupu. Je na zákonodárci, aby procesní předpisy formuloval konformně s požadavky ústavního pořádku a mezinárodních smluv, z nichž nejvýznamnější je Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod a její Článek 6³⁹. Pokud v souladu s těmito požadavky stát vytvoří civilní spor jako kontradiktorní soubor procesních stran a vytvoří jim další podmínky v podobě soudu jako státního orgánu a procesních lhůt k realizaci práva na spravedlivý proces, je oprávněné očekávat příslušnou procesní aktivitu stran samotných, které se dožadují ochrany svých tvrzených práv.

Právní proces je souborem pravidel, která musí strany sporu naplnit, aby se jim dostalo ochrany u soudu. V opačném případě, nedostojí-li strany požadavkům objektivního práva, není nikterak v rozporu se základními lidskými právy, aby jim tato ochrana poskytnuta nebyla. Tak je civilní řízení sporné postaveno na odpovědnosti stran za zjištění skutkového stavu věci a poskytnutí ochrany. Počátkem podstaty tohoto procesního zřízení je již zásada dispoziční, která zabraňuje soudu, aby civilní spory projednával z vlastního podnětu tedy *ex officio*, kterak to může činit ve shora naznačených řízeních nesporných. Dalšími projevy odpovědnosti stran sporu je právě zásada projednací, která představuje obsah této odpovědnosti a dále zásada koncentrace řízení, která představuje časové vymezení této odpovědnosti a dále zásada neúplné apelace, která odpovědnosti stran sporu zaručuje přezkum procesního postupu jiným (opravným) soudem. Zákonodárce rezignoval od 1. 9. 1993⁴⁰ na zásadu vyšetřovací v civilním sporu. Tak český civilní proces vykročil vstříc k zavedení odpovědnosti stran sporu za zjištění skutkového stavu, tedy odpovědnosti za správné a spravedlivé rozhodnutí sporu. Následně novela občanského soudního řádu účinná od 1. 1. 2001⁴¹ potvrdila úplnou odpovědnost stran sporu za zjištění skutkového stavu případu. Občanský soudní řád zakotvuje povinnosti, kterým odpovídá požadavek, aby soud rozhodoval na podkladě zjištěného skutkového stavu podle jeho ustanovení § 153, a nesplní-li strana dostatečně svou povinnost tvrdit a prokázat ztrácí spor v podobě nepříznivého rozhodnutí – břemeno tvrzení a břemeno důkazní.

Z této principální analýzy můžeme vyvodit závěry o pojmu spravedlivého a správného rozhodnutí v civilním sporu. Pokud soud respektuje pravidla hry stanovená občanským soudním řádem pro civilní spor a rozhodne na podkladě představeného skutkového materiálu, je jeho rozhodnutí dle mého názoru vždy správné a spravedlivé. A to i v případě, že pro jednu stranu je rozhodnutí nepříznivé pro její neschopnost dostat svým procesním povinností. Strany znají předem procesní pravidla, kterými jsou povinny se řídit, soud jim o tom navíc poskytuje poučení dle ustanovení § 5, § 118a a § 118b OSŘ. Soudní řízení pro ně tedy není tajemnou stezkou odvahy, kde číhají neočekávaná překvapení procesních úkonů soudu a nenaplněných procesních požadavků na plnění procesních povinností stran. Pokud strana sporu neunesla břemeno tvrzení a břemeno důkazní, je odpovědným procesním subjektem a civilní proces nepřesouvá díky zásadě projednací tuto odpovědnost na soud. Proto pokud soud vydá nepříznivé rozhodnutí vůči účastníku, který právo skutečně má, avšak jej nebyl schopen prokázat, není na soudu, aby nahrazoval jeho soukromoprávní zachovalost a nahrazoval jeho aktivitu svými vlastními šetřeními, kterak vyžadoval občanský soudní řád ve stavu účinném do 31. 8. 1993. I takové rozhodnutí, které neodpovídá materiální skutečnosti je v takovém případě, dle mého názoru správné a spravedlivé, neboť procesní skutečností je neunesení břemene tvrzení a břemene důkazního o existenci nároku.

³⁹ Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb. o sjednání Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a Protokolů na tuto Úmluvu navazujících.

⁴⁰ Zákon č. 171/1993 Sb., kterým se mění a doplňuje občanský soudní řád.

⁴¹ Zákon č. 30/2000 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

8 ZÁVĚRY DE LEGE FERENDA

Dne 1. 1. 2014 nabude účinnosti novela občanského soudního řádu⁴², jejímž účelem je v souvislosti s přijetím občanského zákoníku⁴³ a zákona o zvláštních řízeních soudních⁴⁴ harmonizovat i ustanovení upravující civilní řízení sporné. Předmětná problematika však nenazná obsahové a koncepční změny. Nadále to bude ustanovení § 101 a § 120 OSŘ, která upraví odpovědnost stran za zjištění skutkového stavu sporu, přičemž soud bude nadále pasivním v užším slova smyslu (*collecting evidence*). Protože však již započaly přípravné práce na kompletní rekodifikaci i sporného nalézacího řízení (viz úvod), je třeba na tomto místě vyslovit názor, kam by se látka podrobená analýze měla *de lege ferenda* ubírat.

Jsem přesvědčen o správnosti směřování civilního procesu sporného ve stopách zásady projednací, tak jak byla nastavena v právní úpravě od 1. 9. 1993 a nakonec dovršena od 1. 7. 2009. Pro budoucí právní úpravu proto zastávám názor, že minimálním standardem zjišťování skutkového stavu sporu je zachování odpovědnosti stran a její potlačení u soudu, který by měl zajišťovat formální řízení⁴⁵ od zajištění splnění procesních podmínek až po zajištění důkazů v případech, že strany nejsou samy schopny důkazní prostředek předložit – předvolání svědka, ustanovení znalce. Soud by však neměl po důkazech pátrat. Nová právní úprava by měla navázat na tu stávající. Zákonodárce však bude řešit komplexní úpravu nového civilního procesu, s čímž se pojí i otázka jeho profesionalizace. Je třeba zvážit socioekonomickou situaci a před zvolením koncepce civilního řízení sporného analyzovat materiální předpoklady ve společnosti a jako na příkladu ruské procesalistiky se nakonec rozhodnout pro nastavení poměrů uplatnění individualismu a kolektivismu. Základní otázkou tak bude v budoucnu, zda nový český civilní soud bude o strany sporu pečovat (kolektivismus) nebo zda je bude „jen“ chránit v mezích jejich svobodné autonomie vůle v soukromém právu, která se projeví v civilním sporu (individualismus).

Jedním z významných faktorů pak bude např. úprava zastoupení stran. Jakkoli se může zdát uplatnění zásady projednací bez vyhledávací pravomoci soudu vč. nemožnosti provést důkaz, který je součástí spisu, tvrdým mechanismem, jsem přesvědčen, že při budoucím zakotvení advokátského procesu může nová právní úprava znít tak, že strany jsou povinny tvrdit rozhodné skutečnosti a označit důkazy k jejich prokázání a soud rozhodne, které z důkazů provede. Občanský soudní řád poté nebude muset zmírňovat formalismus při opomenutí návrhu důkazu jeho provedením ze spisu (současná právní úprava), neboť povinné zastoupení stran advokátem, bude pojistkou profesionalizace.

Civilní sporné řízení má být procesním odrazem soukromých práv. Odpovědnost za vlastní právní zachovalost má ležet na jednotlivci a sloužit k účinné obraně zákonných zájmů. O tyto však musí subjekty již v rovině materiálního práva pečovat a být připraveni je bránit i v procesu, kde se očekává, že svůj tvrzený nárok jeho nositel náležitě prokáže. V budoucím vývoji společnosti je proto vhodné stanovit takový sporný proces, který bude vyplývat z přirozené skutečnosti, že soud není elementárním účastníkem všech faktických a právních vztahů, ale je až instancí *ultima ratio*, která poskytuje odůvodněnou ochranu. Je proto na zákonodárci, aby budoucí procesní úpravu formuloval tak, aby strany předem věděly, že budou-li chtít prosadit svá práva, musí o tom být schopny nabídnout relevantní tvrzení a důkazní prostředky, aby soud na jejich základě vydal spravedlivé a správné rozhodnutí v souladu se zásadou materiální pravdy.

Použitá literatura:

- BARTOŠ, A. Poslední novela občanského soudního řádu. Daňová a hospodářská politika, 1994, č. 1.
DRÁPAL, L., BUREŠ, J. Občanský soudní řád I. § 1 až § 200za. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009. 1600 s.
JURÁŠ, M. Zpráva z konference Olomoucké právnické dny 2013: Sekce civilněprocesní. Nad českou procesní úpravou soudního přezkumu činnosti orgánů veřejné správy a správním soudnictvím na Slovensku *de lege ferenda*. Právník, 2013, v tisku.

⁴² Zákon č. 293/2013 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

⁴³ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

⁴⁴ Zákon č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních.

⁴⁵ OTT, E. *Soustavný úvod ve studium nového řízení soudního. I. díl*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2012, s. 258.

- KLIMEŠ, L. Slovník cizích slov. 2. vydání. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, n.p., 1983. 816 s.
- KŘIVÁČKOVÁ, J. Proměny ve zjišťování skutkového stavu v nově účinné a chystané právní úpravě občanského soudního řádu. *Jurisprudence*, 2013, č. 4, s. 3-7.
- MACUR, J. Problémy legislativní úpravy prekluzivních lhůt k urychlení civilního soudního řízení. *Právní rozhledy*, 1999, roč.7, č. 7, s. 345 – 350.
- MALESHIN, D. The russian style of civile procedure. *Emory International Law Review*, 2007, č. 21, s. 543 – 562.
- NYPL, M. Může, nebo musí v civilním sporném řízení provádět soud nenavržené důkazy. *Právní praxe*, 1994, č. 4, s. 194.
- HORA, V. Československé civilní právo procesní. I. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2010. 211 s.
- HORA, V. Československé civilní právo procesní. II. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2010. 442 s.
- OTT, E. Soustavný úvod ve studium nového řízení soudního. I. díl. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2012. 384 s.
- ŠTEVČEK, M., FICOVÁ, S. a kol. Občiansky súdny poriadok. I.diel. Komentár. 2. vydání. Praha: C.H.Beck 2012. 965 s.
- WINTEROVÁ, A. O nové pojetí civilního procesu: soubor statí. 1. vydání. Praha: Kraolinum, Acta Universitatis Carolinae, 2004. 164 s.
- WINTEROVÁ, A a kol. Civilní právo procesní. 6. vydání. Praha: Linde Praha, a.s., 2011. 711 s.
- Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jakou součástí ústavního pořádku České republiky, ve znění ústavního Zákon č. 162/1998 Sb.
- Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb. o sjednání Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a Protokolů na tuto Úmluvu navazujících.
- Zákon daný dne 1. srpna 1895 č. 113 ř. z. o soudním řízení v občanských rozepřích právních (civilní řád soudní).
- Zákon č. 142/1950 Sb., o řízení ve věcech občanskoprávních (občanský soudní řád).
- Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád.
- Zákon č. 171/1993 Sb., kterým se mění a doplňuje občanský soudní řád.
- Zákon č. 30/2000 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.
- Zákon č. 7/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 293/2013 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.
- Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky; 1. volební období, 1992 - 1996, *sněmovní tisk 229/0* [online]. Novela občanském soudním řádu [cit. 18. října 2013]. Dostupné na <<http://www.psp.cz/eknih/1993ps/tisky/t022900.htm>>.
- Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky; 5. volební období, 2006 - 2010, *sněmovní tisk 478/0* [online]. Novela občanském soudním řádu [cit. 18. října 2013]. Dostupné na <<http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=478&CT1=0>>.

Kontaktné údaje:

Mgr. Marek Juráš
juras.marek@seznam.cz
Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta
Tř. 17. listopadu 8
771 11 Olomouc
Česká republika

ZNALECKÝ POSUDEK JAKO DŮKAZNÍ PROSTŘEDEK A JEHO HODNOCENÍ SOUDEM V RÁMCI CIVLNÍHO SOUDNÍHO ŘÍZENÍ

Ingrid Kovářová Kochová

Univerzita Palackého v Olomouc, Právnická fakulta¹

Abstract: This Article deals with one of the subgroup of the proper evidence group. This subgroup consists of expert opinions, expert reports and statements and revision expert opinions. This article focuses on the issue of when and particularly in which situation in the civil proceedings is the expert opinion usually employed. The question is, whether the initiative to employ such an evidence is up to the participants only, or if the court itself can or possibly ought to initiate such an evidence and if so, under what conditions. Further on, this article pays attention to the evaluation of the expert opinion evidence by the court in the civil proceedings.

Abstrakt: Příspěvek se věnuje jedné podskupině důkazních prostředků, kterou tvoří znalecké posudky, vyjádření znalců, odborná vyjádření a znalecké posudky revizní. Zabývá se tím, v jaké procesní situaci bude znalecký posudek jako důkazní prostředek zpravidla využit. Zda iniciativa k jeho vzniku musí vždy vycházet od účastníka řízení, či zda k jeho zadání může, případně musí přistoupit soud a za jakých podmínek. Dále se příspěvek věnuje hodnocení důkazu – znaleckého posudku ze strany obecného soudu.

Key words: The expert opinion, proper evidence, evaluation of the evidence.

Klíčová slova: Znalecký posudek, důkazní prostředek, hodnocení důkazu.

1 ÚVOD

Propojení teoretických poznatků právní vědy s praktickým výkonem práva je nesmírně důležité. Výsledky právní teorie ovlivňují právní praxi. Naopak i právní praxe může poskytnout podněty právní teorii pro další zkoumání fenoménu, kterým právo je. V díle prof. JUDr. Imricha Karvaše pak nacházíme inspiraci pro prohloubení sepětí právní teorie a právní praxe.

Volba tématu příspěvku pak byla nasnadě. Jde o teoretické uchopení konkrétních praktických poznatků a navržení způsobu postupu - metody pro hodnocení důkazu znaleckým posudkem. Je nezbytné, aby právní věda poskytla reflexi osobám, které znalecké posudky podávají.²

Český právní řád prochází v současné době rasantními změnami, kdy v návaznosti na z.č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, byly přijaty i právní předpisy podstatně měnící právní řád v rovině procesní, jde o zásadní novelizaci z.č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu (dále jen „o.s.ř.“) realizovanou z.č. 293/2013 Sb. a z.č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních (dále jen „z.ř.s.“). Proto v rámci tohoto příspěvku s odkazuje již na právní úpravou účinnou od 1.1.2014.

2 STAŤ

2.1. Důkaz znaleckým posudkem.

Skutková složitost civilních soudních řízení vede k tomu, že se předmětem soudního řízení stává hodnocení řady odborných neprávních otázek. Soud není schopen na tyto otázky odpovědět

¹ Současně autorka působí jako soudkyně Okresního soudu v Olomouci a je též studentkou na vysoké škole - Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II.

² Česká právní věda věnuje pozornost znaleckým posudkům pro účely trestního řízení srov. např. Musil, J.: Hodnocení znaleckého posudku dostupno na < <http://www.mvcr.cz/clanek/hodnoceni-znaleckeho-posudku.aspx> > ke dni 8.10.2013.

sám a je nezbytné, aby byl v řízení proveden důkaz znaleckým posudkem. Je nutno přizvat znalce, jako odborníka, který pro soud srozumitelným způsobem tyto otázky zodpoví.³

Podle § 125 o.s.ř. za důkaz mohou sloužit všechny prostředky, jimiž lze zjistit stav věci. V navazujícím demonstračním výčtu důkazních prostředků je na druhém místě uveden znalecký posudek. Podle § 127 o.s.ř. má být ustanoven znalec, jestliže posuzované skutečnosti nelze uspokojivě a dostatečně objasnit odborným vyjádřením podaným orgánem moci veřejné, případně panují pochybnosti o správnosti takového vyjádření, případně pokud je zjevné, že posuzované skutečnosti nelze objasnit odborným vyjádřením vůbec. Soudu je uloženo znalce vyslechnout, jako následující možnost je pak teprve vypracování posudku písemně, se kterým se dle § 127 odst. 1 věta čtvrtá o.s.ř. soud může spokojit, aniž by znalce vyslyšel. V případě, že soud má pochybnosti o správnosti, úplnosti, či jasnosti znaleckého posudku, požádá znalce o doplnění. Tento zákon nespécifikuje, kdo může být jako znalec ustanoven, pouze v ust. § 127 odst. 3 o.s.ř. stanoví, že ve výjimečných, zvláště obtížných případech, vyžadujících zvláštního vědeckého posouzení může soud ustanovit státní orgán, vysokou školu, vědecký ústav, nebo instituci specializovanou na znaleckou činnost.

Soud může ustanovit k podání znaleckého posudku jak osobu zapsanou v seznamu znalců vedeném u jednotlivých krajských soudů, tak může jako znalce pro odborné zhodnocení sporné otázky ustanovit i osobu v seznamu znalců nezapsanou. To bude přicházet v úvahu zejména v těch případech, kdy v seznamu znalců pro danou odbornost není zapsán žádný znalec.

Jako znalec by měla být ustanovena osoba s potřebnou odborností. Bývá však někdy obtížné určit odbornost, z níž má být znalec ustanoven, zvláště pro laika, kterým soudce pro předmětnou skutečnost, která je předmětem dokazování bývá. V zásadě totiž česká judikatura vylučuje, aby si soudce určitou odbornou otázku vyhodnotil, protože takový postup soudu nemá oporu v normách procesních. Kupříkladu však ust. § 364 113/1895 Sb.ř.z., civilní řád soudní (dále jen „c.ř.s.“) umožňoval, aby v určitých typech sporů, které soud obvykle řeší, mohl i odbornou otázku posoudit sám. Jednalo se o spory z obchodu, mořeplavby a dopravy. Zákon předpokládal, že soudce při vyřizování určitých typových věcí nabyt dostatečných odborných znalostí. Naproti tomu takový postup vylučovalo stanovisko Nejvyššího soudu Pls 3/1980 ze dne 23.12.1980, podle kterého i když soudce měl kromě odborných znalostí předpokládaných pro výkon jeho povolání i jiné odborné znalosti potřebné pro posouzení určité skutečnosti, nebylo možno k tomu přihlídnout při úvaze o tom, zda má být proveden důkaz znaleckým posudkem. I v takových případech bylo povinností soudu, aby provedl důkaz znaleckým posudkem.

Podle § 1 odst. 2 z.ř.s. se pro řízení uvedená v § 2 z.ř.s. obsahujícího taxativní výčet řízení⁴, pro která platí procesní specifika oproti typicky spornému řízení, které je nadále upraveno v o.s.ř., použijí ustanovení o.s.ř. nestanoví-li zákon jinak, dále platí, že nevyplývá-li z povahy jednotlivých ustanovení něco jiného, použijí se ustanovení z.ř.s. vedle občanského soudního řádu.

³ Za dobu od ledna 2012 se autorka zabývala ve své právní praxi řešením sporů, kde šlo o odborné otázky nejen z kategorie ceny a odhady věcí, či práv, stavebnictví, DNA diagnostika, zdravotnictví, či písmoznalectví, ale i například z oborů: bytové textilie z přírodních materiálů zahraniční provenience a jejich údržba, termovizní hodnocení tepelných vlastností staveb, hodnocení kvality provádění sociálních služeb a odborné psychosociální pomoci, vhodnosti zvolených terapeutických metod, odbornosti při poskytování psychiatrické a psychologické péče, odbornost péče o zvíře a jeho výživu, hodnocení vad elektroměrů a zásahů do nich za účelem ovlivnění jejich funkce, oceňování know-how, zdrojů vlhkosti a její míry při užívání věcí. (Záměrně se uvádí popis zkoumaného problému, nikoli následně zvolené odbornost dle odvětvové specializace zapsaných znalců).

⁴ Jde o následující řízení: o podpůrných opatřeních a ve věcech svéprávnosti, ve věcech nezvěstnosti a smrti, o přivolení k zásahu do integrity, ve věcech přípustnosti převzetí nebo držení v ústavech, o některých otázkách týkajících se právnických osob a svěřenského fondu, o pozůstalosti, o ústavech, o umožnění listin, ve věcech kapitálového trhu, o předběžném souhlasu s provedením šetření ve věcech ochrany hospodářské soutěže, o nahrazení souhlasu zástupce samosprávné komory k seznámení se s obsahem listin, o plnění povinností z předběžného opatření Evropského soudu pro lidská práva, ve věcech voleb zaměstnanců, o soudním prodeji zástavy, o zákazu výkonu práv spojených s účastnickými cennými papíry, ve věcech manželských a partnerských, ve věci ochrany proti domácímu násilí, o určení a popření rodičovství, ve věcech osvojení, ve věcech péče soudu o nezletilé, v některých věcech výkonu rozhodnutí.

Pro sporné řízení platí, že jsou to strany sporu, které jsou primárně odpovědné za zjištění skutkového stavu, nesou procesní břemena, jsou povinny označit důkazy v souladu s ust. § 118b o.s.ř. nejpozději do skončení prvního jednání ve věci. Pokud strana učiní návrh na provedení důkazů znaleckým posudkem, je současně povinna podle ust. § 141 odst. 1 o.s.ř. ve znění platném a účinném od 1.7.2009 zaplatit zálohu na tento důkaz. Jestliže účastník řízení zálohu nezplatí a současně není osobou osvobozenou od povinnosti platit soudní poplatek dle § 138 o.s.ř., zákon poměrně striktně stanoví zákaz důkaz provést, srov. „důkaz nelze provést pokud záloha není zaplacená“, a to i za situace, kdy není na místě zamítnout návrh na provedení takového důkazu pro nadbytečnost, a jde o důkaz potřebný pro zjištění skutkového stavu. Pokud by soud důsledně aplikoval na civilní soudní řízení toto pravidlo, rozhodl by vědomě a nikoli z oboru práva, aniž by dostatečným způsobem byl zjištěn skutkový stav a byl by tak založen odvolací důvod dle ust. § 205 odst. 2 pís. b) o.s.ř.⁵ Přestože soudy je zapovězeno vnášet do konkrétního sporu nové skutečnosti a důkazy, může sám ze své iniciativy podle § 120 odst. 2 o.s.ř. provést důkazy. Takovým důkazem je i důkaz znaleckým posudkem. Na první pohled se může zdát, že provádění znaleckého posudku z popudu soudu nepřichází v úvahu, ovšem právě vědom si toho, že jde o otázku odbornou, nikoli z oboru práva, musí soud přistoupit k zadání znaleckého posudku, aby právě sporná odborná otázka byla soudem zodpovězena a spor mezi stranami byl rozhodnut. I v takovém případě je soud povinen přistoupit k výběru zálohy, a to od toho, v jehož zájmu se důkaz provádí.⁶ Ustanovení § 141 odst. 1 o.s.ř. vede strany sporu k tomu, že se zdráhají označit důkaz znaleckým posudkem, aby nenesly povinnost platit zálohu na znalecký posudek. Imaginární kruh českého civilního procesu pak uzavírá závěr, že strana sporu zatížená důkazním břemenem musí být o tom, že toto břemeno neunáší, poučena dle § 118a odst. 3 o.s.ř. a má být vyzvána k označení důkazů k prokázání svého tvrzení a teprve pokud po takovém poučení důkaz neoznačila, může být rozhodnuto v její neprospěch.⁷

Pro české právní prostředí byla poměrně dlouhou dobu typická otázka, zda znalecký posudek předložený stranou je znaleckým posudkem, či nikoli.⁸ Toto konstatování samo o sobě je poněkud absurdní. Poměrně dlouho totiž česká justice zastávala názor, že pouze znalecký posudek zpracovaný k zadání soudu je znaleckým posudkem ve smyslu důkazního prostředku – znaleckého posudku dle § 127 o.s.ř. což odpovídalo interpretaci toho ustanovení z doby před r. 1989, kdy stát, resp. soud byl garantem zjištění nikoli pravdy, ale pravdy materiální. I po změnách v 90. letech 20. století nedůvěra ke znaleckému posudku předkládanému stranou sporu přetrvávala. Svůj podíl na tom měla možná i zkušenost z některých soudních řízení, kdy znalecké posudky stranami předkládané, byly zjevně tendenční.⁹ Nicméně paušálně odmítnout důkaz znaleckým posudkem zpracovaným k zadání strany nelze. Důsledkem nedůvěry k takovým znaleckým posudkům pak je ust. § 127a o.s.ř., které říká, že znalecký posudek předložený účastníkem řízení je znaleckým

⁵ Odvolání proti rozsudku nebo usnesení, jímž bylo rozhodnuto ve věci samé, lze odůvodnit tím, že soud prvního stupně nepřihlédl k odvolatelem tvrzeným skutečnostem nebo k jím označeným důkazům, ačkoliv k tomu nebyly splněny předpoklady podle § 118b nebo § 175 odst. 4 části první věty za středníkem. (Jde o ustanovení upravující koncentraci řízení v řízení před soudem prvního stupně). Ovšem v rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci sp.zn. 4 Cmo 60/2011 ze dne 19.5.2011 vzhledem ke striktní formulaci § 141 odst. 1 o.s.ř. rozhodl tak, že „Nebyl-li v řízení před soudem prvního stupně proveden důkaz, který účastník navrhl nebo který soud nařídil o skutečnostech jím uvedených nebo v jeho zájmu, protože nebyla složena záloha na náklady dokazování (§ 141 odst.1 o.s.ř.), nelze již tento důkaz provést v odvolacím řízení, a to ani jestliže ke složení uvedené zálohy došlo po vydání rozsudku soudu prvního stupně. Jen z tohoto důvodu nelze ani rozhodnutí soudu prvního stupně zrušit a věc tomuto soudu vrátit k dalšímu řízení.“

⁶ Je pak otázkou zda jde o zájem žalobce, v jehož zájmu je vyhovění žaloby, zda jde o zájem žalovaného, v jehož zájmu je zamítnutí žaloby, či zda jde o vyjádření, kdy slovo „zájem“ je synonymem pro břemeno důkazní.

⁷ Srov. rozhodnutí sp.zn. I.ÚS 212/2006 ze dne 3.10.2006, k jehož závěrům se Ústavní soud přihlásil i v rozhodnutí sp.zn. II. ÚS 1617/10 ze dne 2.9.2010 s poukazem na předvídatelnost soudního rozhodnutí. Obdobně nověji i Nejvyšší soud v rozhodnutí sp.zn. 30 Cdo 3764/2012 ze dne 29.5.2013

⁸ Např. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp.zn. 21 Cdo 4562/2010 ze dne 24.4.2012 rozlišuje mezi znaleckým posudkem (tj. znaleckým posudkem zpracovaným soudem ustanoveným znalcem) a listinným důkazem (znaleckým posudkem zpracovaným k zadání strany sporu).

⁹ Následkem porušení povinností znalce je jeho odpovědnost za přestupek dle § 25a a § 25b z.č. 36/1967 Sb., případně trestní odpovědnost dle § 346 z.č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku.

posudkem pokud má zákonem stanovené náležitost a obsahuje doložku znalce o tom, že si je vědom následků vědomě nepravdivého znaleckého posudku.

Ust. § 120 odst. 2 o.s.ř. ve znění platném a účinném do 31.12.2013 bývalo mnohdy interpretováno tak, že vymezuje tzv. nesporná řízení. Reálně obsahovalo výčet řízení, která byla vyjmuta z pravidel upravujících sporná řízení. V tomto výčtu však byla obsažena i sporná řízení, např. spor o určení neplatnosti výpovědi z nájmu bytu, spor o přivolení k výpovědi z nájmu bytu, či spor o jednostranné zvýšení nájemného z bytu. Právní úprava zvláštních řízení soudních v z.č. 292/2013 Sb. neobsahuje speciální obecnou úpravu pro důkaz znaleckým posudkem, použije se tedy úprava o.s.ř. Znalecký posudek dle § 127 o.s.ř. zadává soud.¹⁰ To zda, bude zpracován znalecký posudek je výsledkem rozhodovacího procesu soudu. Povinnost soudu zajisti zpracování znaleckého posudku v rámci řízení plyne z ust. § 38 odst. 1 z.ř.s. v řízení o svéprávnosti a z ust. § 70 odst. 1 z.ř.s. v řízení ve věcech vyslovení přípustnosti převzetí nebo držení ve zdravotním ústavu.

Soud při zadávání znaleckého posudku činí dva kroky: ustanovuje znalce a vymezuje znalci znalecký úkol. Na první pohled se zdá, že jde o úkon jednoduchý, ale opak je pravdou. V situaci, kdy spornou je právě a jen otázka odborná, kdy strany sporu samy disponují odbornými znalostmi, či informacemi, např. ze znaleckých posudků, které si pro řešení daného sporu již samy před započítím sporu nechaly zpracovat. Soud, který znalce ustanovuje, je pro danou problematiku laikem. Leckdy je obtížné přesně určit specializaci znalce. Přitom znalcem má být ustanoven právě odborník na danou problematiku.

Postavení znalce vymezuje z.č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících v platném a účinném znění (dále jen „z.z.“). Podle ust. § 3 z.z. znalce jmenuje Ministerstvo spravedlnosti, případně na základě jeho pověření předseda krajského soudu, pokud kandidát splňuje podmínky dle ust. § 4 z.z.¹¹ a složil znalecký slib dle ust. § 6 odst. 2 z.z.¹² Takto jmenovaný znalec se zapisuje do seznamu znalců. Vedle toho může soud přibrat jako znalce osobu v seznamu znalců nezapsanou za podmínek ust. § 24 z.z.¹³ V zásadě je tedy vyloučeno, aby jako znalec odborné otázky hodnotil někdo, kdo není vázán slibem dle ust. § 6 odst. 2 z.z.

Mnohem obtížnější je vymezení úkolu pro znalce ve formě otázek dle ust. § 13 odst. 1 vyhl.č. 37/1967 Sb., k provedení zákona o znalcích a tlumočnících. Správná formulace úkolu laikem pro odborníka na danou problematiku nutně představuje úskalí, kdy otázka je z pohledu daného vědního oboru položena zcela nesprávně, nesrozumitelně. Pochybení při formulaci znaleckého

¹⁰ V rozhodnutí sp.zn. II. ÚS 252/99 ze dne 2.2.2000 Ústavní soud dospěl k závěru, že „Ustanovení znalce v konkrétním odborném problému je pouze záležitostí soudu a nikoli účastníků řízení, neboť jiný postup by znamenal porušení citované zásady.“

¹¹ Znalcem může být jmenován ten, kdo a) je státním občanem České republiky, občanem jiného členského státu Evropské unie, kterému bylo vydáno potvrzení o přechodném pobytu nebo povolení k trvalému pobytu na území České republiky, nebo státním příslušníkem jiného než členského státu Evropské unie, kterému bylo vydáno povolení k trvalému pobytu na území České republiky, b) je způsobilý k právním úkonům v plném rozsahu, c) je bezúhonný, d) nebyl v posledních 3 letech vyškrtnut ze seznamu znalců a tlumočníků pro porušení povinností podle tohoto zákona, e) má potřebné znalosti a zkušenosti z oboru (jazyka), v němž má jako znalec (tlumočnick) působit, především toho, kdo absolvoval speciální výuku pro znaleckou (tlumočnickou) činnost, jde-li o jmenování pro obor (jazyk), v němž je taková výuka zavedena, f) má takové osobní vlastnosti, které dávají předpoklad pro to, že znaleckou (tlumočnickou) činnost může řádně vykonávat, g) se jmenováním souhlasí.

¹² Slib zní: „Slibuji, že při své znalecké činnosti budu přesně dodržovat právní předpisy, že znaleckou činnost budu konat nestranně podle svého nejlepšího vědomí, že budu plně využívat všech svých znalostí a že zachovám mlčenlivost o skutečnostech, o nichž jsem se při výkonu znalecké činnosti dozvěděl.“

¹³ Orgán veřejné moci může ustanovit znalcem osobu, která není zapsána do seznamu a má potřebné odborné předpoklady pro to, aby podala posudek a která s ustanovením vyslovila souhlas, a) není-li pro některý obor znalec do seznamu zapsán, b) nemůže-li znalec zapsaný do seznamu úkon provést, c) jestliže by provedení úkonu znalcem zapsaným do seznamu bylo spojeno s nepřiměřenými obtížemi nebo náklady. Takto ustanovený znalec nemůže podat posudek, dokud nesložil do rukou orgánu, který jej ustanovil, slib.

úkolu pak může být důvodem, proč znalecký posudek neřeší zcela spornou problematiku. Soud se samozřejmě musí vyhnout tomu, aby obsahem znaleckého úkolu bylo zodpovězení otázky právní.¹⁴

Právní úprava sporného řízení vede k tomu, aby soud soustředil svou aktivitu při shromažďování důkazů do fáze přípravy jednání dle § 114a odst. 2 pís. d) o.s.ř. Nicméně v rámci přípravy jednání není dostatečně objektivizován skutkový stav, neboť doposud neproběhlo dokazování. Soud je ve fázi, kdy předběžně hodnotí důkazy předložené stranami do soudního spisu, případně tvrzení stran sporu. Pouze výjimečně může vycházet z důkazu, který byl proveden před zahájením řízení postupem dle ust. § 78 a násl. o.s.ř. Ve většině sporů, kde je řešena složitá otázka však obvykle může soud zodpovědně přistoupit k zadání znaleckého posudku až po provedení důkazů.¹⁵ Avšak vzhledem k ust. § 118b odst. 1, 2 o.s.ř., pokud by mělo být striktně dodrženo, by nemohl soud přistoupit k zadání znaleckého posudku po skončení prvního jednání, jestliže u něj nastaly řádně účinky koncentrace řízení dle ust. § 118b odst. 1, 2 o.s.ř. za situace, kdy nejde o tzv. výjimku z koncentrace řízení.¹⁶ Přitom možnost soudu provést důkaz znaleckým posudkem s odkazem na ust. § 120 odst. 2 o.s.ř., že totiž potřeba provedení takového důkazu vyšla v řízení najevo se objeví právě ve fázi, kdy soud již provedl podstatnou část dokazování a provedení takového důkazu je nezbytné pro hodnocení důkazů dle ust. § 132 o.s.ř. Jako existující variantu postupu soudu dovodil s odkazem na ust. § 127 odst. 2 o.s.ř. Ústavní soud v rozhodnutí sp.zn. III.ÚS 1336/2010 ze dne 3.6.2010 v řízení o ústavní stížnosti proti usnesení, kterým soud dle ust. § 127 o.s.ř. přistoupil k zadání revizního znaleckého posudku. Toto rozhodnutí však bylo vydáno v řízení zahájeném před 1.7.2009.

Ve zvláštních řízeních soudních pak tato omezení pro soud nejsou dána. Ustanovení § 21 z.ř.s. zakotvuje obecně zásadu vyšetřovací pro tato řízení, kterou vylučuje pro řízení o rozvod manželství dle ust. § 390 z.ř.s., kdy může soud provést jiné než účastníky navržené důkazy, jen v situaci je-li to třeba ke zjištění skutkového stavu a současně vyplývají-li z obsahu spisu (což je transkripce § 120 odst. 2 o.s.ř., resp. § 120 odst. 3 o.s.ř. ve znění platném a účinném do 31.12.2013), nebo je-li toho třeba ke zjištění zájmů nezletilých účastníků, pro něž nemůže být manželství rozvedeno, ačkoli je rozvráceno.¹⁷

Znalecké posouzení může být, jak je výše uvedeno, učiněno ústně znalcem v průběhu jednání, kdy znalec odpovídá na položené dotazy v rámci své výpovědi, nebo písemně, kdy předkládá soudu písemný znalecký posudek v listinné či elektronické podobě. Písemně vypracovaný znalecký posudek je nepochybně častější variantou. Znalecké posouzení má obsahovat následující obsahové náležitosti dle ust. § 13 odst. 2 vyhl. č. 37/1967 Sb.: nález, tj. popis zkoumaného materiálu, popřípadě jevů, souhrn skutečností, k nimž při úkonu přihlížel, a posudek, tedy výčet otázek, na které má odpovědět a odpovědi na tyto otázky. Podle § 13 odst. 3, 4 vyhl.č. 37/1967 Sb. musí splňovat znalecký posudek následující formální požadavky: písemný znalecký posudek musí být sešit, jednotlivé strany očíslovány, sešivací šňůra připevněna k poslední straně posudku a přetištěna znaleckou pečeti a znaleckou doložku. Podle ust. § 13 odst. 5 vyhl.č. 37/1967 Sb. musí znalecké posouzení podávané ústně obsahovat tytéž náležitosti materiální a dále obsah znalecké doložky.

¹⁴ Pokud ovšem předmětem dokazování není obsah cizozemské právní úpravy některého v našich končinách méně známého právního řádu, jako je např. právo arabské, či islámské jak se podává z <<http://data.lot.justice.cz/justice/repznatl.nsf/0/B072B36AE6456367C1257B16006EA16C?OpenDocu ment.> > ve stavu ke dni 8.10.2013.

¹⁵ Obdobná argumentace se objevuje i ve stanovisku Nejvyššího soudu sp.zn. Cpj 228/81 ze dne 10.5.1981

¹⁶ Naproti tomu prof. Hora dovozuje, že znalecký posudek může být proveden před jednáním soudu pouze výjimečně, pokud by předmětné okolnosti důležité pro rozhodnutí soudu nemohly být zjištěny později, pravidlem by mělo být provedení důkazu znaleckým posudkem při jednání, tedy i po prvním jednání, a to vzhledem k dikci ust. § 183 c.ř.s., § 351 c.ř.s. a § 352 c.ř.s., k tomu srov. HORA, V.: Československé civilní právo procesní. I.-III. Díl., Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, díl II. str. 262

¹⁷ Zde jde pravděpodobně o pochybení. Účastníky řízení o rozvod manželství jsou manželé, nikoli nezletilé děti těchto manželů, jejichž zájmy zřejmě toto ustanovení má chránit.

2. 2. Hodnocení důkazu znaleckým posudkem.

Pro hodnocení důkazu znaleckým posudkem soud vychází z kritérií ust. § 132 o.s.ř.¹⁸ Primárně soud tedy posuzuje důkaz znaleckým posudkem samostatně. Je nezbytné, aby soud přistoupil k hodnocení důkazu znaleckým posudkem, aby nepřijal bez dalšího závěry znalce.¹⁹ Závěry znalce již vzhledem k ust. § 132 o.s.ř. musí podléhat hodnocení ze strany soudu, srov. „soud hodnotí všechny důkazy...“. Následně pak soud hodnotí důkaz znaleckým posudkem v kontextu ostatních důkazů, přihlíží k tomu co dále vyšlo v řízení najevo, jakož i k tvrzení účastníků řízení. Zákonná kritéria pro hodnocení znaleckého posudku stanovena nejsou. K hodnocení důkazů realizovanému soudy prvního a druhého stupně se opakovaně vyjadřuje Nejvyšší soud, jednak jako soud třetího stupně, jednak jako orgán povoláný ke sjednocování judikatury.

Nejvyšší soud ve stanovisku sp.zn. Pls 3/80 ze dne 23.12.1980 v pasáži věnované hodnocení důkazu znaleckým posudkem kritizoval postup soudů, pokud nekriticky přejímají závěry znaleckých posudků, aniž by provedly jejich hodnocení dle § 132 o.s.ř. Soud se má zabývat tím „zda posudek znalce má všechny formální náležitosti, tedy zda závěry uvedené ve vlastním posudku jsou náležitě odůvodněny a zda jsou podloženy obsahem nálezu, zda znalec vyčerpal úkol v rozsahu, jak mu byl zadán, zda přihlédl ke všem skutečnostem, s nimiž se měl vypořádat, zda jeho závěry jsou podloženy výsledky řízení a nejsou v rozporu s výsledky ostatních provedených důkazů.“ Ze soudního přezkumu je vyloučena věcná správnost odborných závěrů znalce, neboť k tomu soudci nemají odborné znalosti anebo je nemají v takové míře, aby mohli toto přezkoumání zodpovědně učinit. Z novějších rozhodnutí Nejvyššího soudu lze poukázat na rozhodnutí sp. zn. 30 Cdo 352/2008 ze dne 6.8.2009 uzavřel, že „znalec se ve svém posudku nesmí omezit na podání odborného závěru, nýbrž z jeho posudku musí mít soud možnost seznat, z kterých zjištění v posudku znalec vychází, jakou cestou k těmto zjištěním dospěl a na základě jakých úvah došel ke svému závěru. Závěry znaleckého posudku přitom nelze bez dalšího přebírat, ale je třeba v případě potřeby je ověřovat i jinými důkazy, a to zejména tehdy, jestliže mohou být pochybnosti o správnosti závěrů znaleckého posudku. Tak je tomu např. tehdy, připouští-li znalecký posudek možnost zpřesnění jím uváděných údajů, avšak k tomuto zpřesnění znalec nepřikročí, nebo postupuje-li znalec ve znaleckém posudku podle určitého předpisu, ale v dílčím závěru se od něho bez bližšího zdůvodnění odchýlí. Může také dojít k situaci, kdy jednotlivé dílčí závěry ve svém souhrnu si do určité míry odporují, nebo vycházejí ze zjištění, které neodpovídá znalcem popisovanému jevu, resp. souhrnu skutečností, k nimž měl znalec přihlížet.“ Tutéž argumentaci použil i v rozhodnutí sp. zn. 30 Cdo 971/2012 ze dne 30.5.2012.

V rozhodnutí sp. zn. 28 Cdo 4930/2009 ze dne 12.5.2010, v rozhodnutí sp.zn. 28Cdo 329/2010 ze dne 9.12.2010 Nejvyšší soud dospěl k závěru, že soud hodnotí přesvědčivost znaleckého posudku co do jeho úplnosti ve vztahu k zadání, zda obsahuje logické odůvodnění svých závěrů a soulad tohoto důkazu s ostatními důkazy. Hodnocení důkazu znaleckým posudkem tedy spočívá v posouzení, zda závěry posudku jsou náležitě odůvodněny, zda jsou podloženy obsahem nálezu, zda bylo přihlédnuto ke všem skutečnostem, s nimiž se bylo třeba vypořádat, dále zda závěry posudku nejsou v rozporu s výsledky ostatních důkazů a zda odůvodnění znaleckého posudku odpovídá pravidlům logického myšlení. Z uvedeného vyplývá, že důkaz znaleckým posudkem soud hodnotí jako každý jiný důkaz, nemůže však přezkoumávat věcnou správnost odborných závěrů.

V rozhodnutí sp. zn. 30 Cdo 1924/2010 ze dne 27.9.2010 Nejvyšší soud vyslovil, že: „Znalecký posudek ve smyslu občanského soudního řádu představuje jeden z mnoha důkazních prostředků, byť je svou povahou nezastupitelný. Znalec je přitom osobou (fyzickou či právnickou), která prostřednictvím svých odborných znalostí posuzuje skutečnosti, které byly soudem určeny, a ve znaleckém posudku soudu sděluje subjektivní výsledek tohoto posouzení. Aby soud mohl znalecký posudek odpovědně hodnotit, nesmí se znalec omezit ve svém posudku na podání odborného závěru, nýbrž z jeho posudku musí mít soud možnost seznat, z kterých zjištění v posudku znalec vychází, jakou cestou k těmto zjištěním dospěl a na základě jakých úvah došel ke svému závěru. Závěry znaleckého posudku přitom nelze bez dalšího přebírat, ale je třeba v případě potřeby je ověřovat i jinými důkazy, a to zejména tehdy, jestliže mohou být pochybnosti o správnosti závěrů znaleckého posudku. Tak je tomu např. tehdy, připouští-li znalecký posudek možnost

¹⁸ Důkazy hodnotí soud podle své úvahy, a to každý důkaz jednotlivě a všechny důkazy v jejich vzájemné souvislosti; přitom pečlivě přihlíží ke všemu, co vyšlo za řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci.

¹⁹ Srov. rozhodnutí Ústavního soudu sp.zn. III.ÚS 150/93 ze dne 3.11.1994

zprecížení jím uváděných údajů, avšak k tomuto zprecížení znalec nepřikročí, nebo postupuje-li znalec ve znaleckém posudku podle určitého předpisu, ale v dílčím závěru se od něho bez bližšího zdůvodnění odchýlí. Může také dojít k situaci, kdy jednotlivé dílčí závěry ve svém souhrnu si do určité míry odporují, nebo vycházejí ze zjištění, které neodpovídá znalcem popisovanému jevu, resp. souhrnu skutečností, k nimž měl znalec přihlížet.“ Na tyto závěry Nejvyšší soud odkázal i v rozhodnutí sp. zn. 22 Cdo 1561/2010 ze dne 9.2.2010.

Z prezentovaných rozhodnutí se podává jistá nejednotnost pokud jde o metodologický přístup k hodnocení znaleckého posudku. Pro to, aby docházelo k minimu pochybení při podávání znaleckých posudků by přitom bylo vhodné poskytnout odborné znalecké veřejnosti metodicky jednotný přístup k hodnocení znaleckých posudků. Znalci sami pak jsou totiž v jakési nejistotě pokud jde o hodnocení jejich výstupu – znaleckého posudku. Znalci sami pak provádějí analýzu hodnocení výstupů své činnosti, která jim ovšem nemůže poskytnout úplný obraz o přístupu soudu ke znaleckým posudkům. Znalci v rámci své vlastní reflexe vytýkali tyto obvykle se vyskytující vady znaleckého posudku: neúplnost podkladů, nedošlo k zhodnocení všech skutečností, znalci odpověděli jednoznačně na otázku, ale rozvoj vědy takový jednoznačný závěr neumožňuje, způsob zpracování znaleckého posudku a zkoumání neodpovídaly vědeckým požadavkům, závěry byly nedostatečně odůvodněny, znalecký posudek se nedůvodně zabývá právní problematikou, znalecký posudek nebyl kompletní, znalec při zpracování vyšel z nesprávného předpisu, tj. nesprávné normy,²⁰ čímž jsou míněny např. české státní normy publikované Úřadem pro technickou normalizaci, metrologii a státní zkušebnictví a, které nejsou volně dostupné.²¹ Bylo by vhodné z pohledu metodologického sjednotit kritéria pro hodnocení znaleckého posudku jako důkazu ve smyslu individuálního hodnocení důkazu jako takového s přihlédnutím k obsahu výše prezentovaného právního rámce, jakož i dosavadním závěrům judikatorním.

Inspirací pro může být přístup prof. Francesca Catozzelly²², který vymezuje 3 základní okruhy, podle kterých soud má hodnotit znalecký posudek v rámci kanonického procesu o neplatnost manželství dle kán. 1095 CIC,²³ a to antropologický, materiální a formální. Kriterium antropologické zohledňuje osobu znalce, materiální to, jak znalecký posudek reflektuje na konkrétní skutkový stav. Podle kritéria formálního hodnotí formální náležitosti posudku, to, zda integrálně hodnotí fakta, zda závěry logicky a organicky vyplývají ze zjištění znalce.

Je možno navrhnout následující kritéria pro hodnocení znaleckého posudku: kritérium osoby znalce, kritérium materiální a kritérium formální.

A. Kritérium osoby znalce doposud není samostatně prezentováno. Osobu znalce nelze ovšem při hodnocení znaleckého posudku oddělit, znalecký posudek je výsledkem činnosti konkrétní osoby, jejíž schopnosti a vlastnosti určují i jeho odborný postoj. Osobu znalce nelze redukovat toliko na anonymního původce znaleckého posudku. Soud by měl hodnotit osobu znalce z pohledu:

1. zda jde o znalce ve smyslu ust. § 3 z.z., či ust. § 24 z.z.
2. odbornost znalce ve vztahu ke zkoumané sporné otázce – zda znalecký úkol je uložen znalci, který je k podání znaleckého posudku osobou oprávněnou v rámci své odbornosti a specializace, či nikoli. Jde o důsledek uplatnění pravidla, že znalecký posudek jako znalec podává osoba ve smyslu ust. § 3 z.z., či ust. § 24 z.z.
3. odbornost znalce z pohledu odborné veřejnosti oboru, který znalec reprezentuje, jako kritérium pomocné.²⁴ Okolnost, že znalec byl konkrétního dne zapsán do seznamu znalců znamená, že je znalcem ve smyslu ust. § 3 z.z., ale sama o sobě není zárukou dostatečné odbornosti znalce.

²⁰ Srov. DROCHÝTKA, R., SRŠEŇ, P., DŘÍNOVSKÝ, R.: Postřehy z řešení revizních znaleckých posudků dostupné z <<http://www.sinz.cz/archiv/docs/si-2005-02-72-82.pdf>> ke dni 8.10.2013; případně BRADÁČ, A., KLEDUS, M., KREJČÍŘ, P.: Soudní znalcství, Brno: VUT-USI, Brno, 2010

²¹ Srov. na <<https://csonline.unmz.cz/default.aspx>> ke dni 8.10.2013

²² CATOZZELLA, F., La perizie quale menzo di prova nelle cause di incapacità al matrimonio, přednáška uskutečněná na I. ročníku Symposia symposiu kanonického práva konaného ve dnech 6.-8.10.2013

²³ Kodex kanonického práva, Praha: Zvon, České katolické nakladatelství, 1994

²⁴ Toto kritérium je významné ve Velké Británii či USA, neboť zde nejsou vedeny seznamy znalců, znalcem (expert witness) je osoba, která disponuje odborností – srov. DAMAŠKA, M., R.: Evidence law drift, str. 146. Poté je jediným hodnotícím kritériem právě toto třetí kritérium, byť je samo o sobě způsobilé dokazován.

4. zda znalec není vyloučen dle ust. § 17 o.s.ř.

B. Kriterium materiální by mělo dát odpověď na hodnocení obsahu znaleckého posudku:

1. obsahové náležitosti znaleckého posudku. Soud by měl zkoumat, zda znalecký posudek obsahuje nález a posudek ve smyslu ust. § 13 odst. 3, 4 vyhl.č. 37/1967 Sb.

2. obsah nálezu znaleckého posudku:

a) zda obsahuje logickou analýzu skutečností, z nichž znalec vychází, které zjistil z vlastního šetření a rozboru skutečností obsažených v soudním spise, či obsahuje pouze opis soudního spisu

b) zda analyzuje všechny skutečnosti, které mají být zhodnoceny, či zda vybírá pouze ty, které podporují jeho závěry,

c) zda nález obsahuje specifikaci metody, kterou při zpracování znaleckého posudku použil

3. obsah závěru znaleckého posudku:

a) zda závěr je logickým a přirozeným vyústěním rozboru obsaženého v nálezu

b) zda vysvětluje, proč k některým skutečnostem přihlédl a proč některé skutečnosti nejsou pro odborné posouzení významné

c) zda závěr znalce je odpovědí na všechny otázky znalci položené

d) zda mezi jednotlivými (případně dílčími) závěry neexistují rozpory

e) zda pokud společně podávali znalecký posudek dva znalci téže odbornosti ve vztahu k týmž znaleckým úkolům, dospěli ke shodným závěrům, nebo každý z nich dospěl z závěrům odlišným.

C. Kriterium formální zabývající se vnější podobou znaleckého posudku:

1. zda znalecký posudek splňuje formální požadavky dle ust. § 13 odst. 5 vyhl.č. 37/1967 Sb.

Při zjištění nedostatku některého z výše uvedených znaků by se měl soud zabývat tím, zda nedostatek nelze odstranit dotazováním znalce, či podáním doplnění, či vysvětlení dle § 127 odst. 2 o.s.ř.; odstranit lze i formální nedostatky. Soud je povinen ve svém rozhodnutí vyložit, proč závěry znaleckého posudku přijal, nebo naopak, proč závěry znalce odmítá. Soudce by tedy v rozhodnutí měl formulovat toto své stanovisko ke znaleckému posudku. Pokud znalecký posudek neobsahuje nedostatky ve všech výše uvedených rovinách, měl by být soudem akceptován. Jelikož soud není odborníkem, je vyloučeno, aby hodnotil vlastní odborné závěry znalce.

Nicméně přesto právě námitky proti odborným závěrům znaleckého posudku, resp. vlastnímu znaleckému posudku v podobě odpovědí na otázky položené ve znaleckém úkolu, jsou nejčastěji vznášenými námitkami proti znaleckému posudku. Pak je ovšem úkolem soudu se s námitkami vypořádat, buď v rámci odůvodnění rozhodnutí (shledá-li je nedůvodnými a přikloní se v návaznosti na výše provedené hodnocení k závěrům, k nimž znalec dospěl), případně přistoupit k revizi závěrů znalce (shledá-li námitky důvodnými, nebo sám identifikoval nedostatky znaleckého posudku, které se nepodařilo odstranit postupem dle ust. § 127 odst. 2 o.s.ř.). Po provedené revizi má soud k dispozici další odborné závěry, které závěry znaleckého posudku potvrdí, nebo vyvrátí. Pak je dále na místě se ptát, zda je nezbytné vždy při zpochybňování (sic kvalifikovaném) závěrů znalce vždy přikročit ke zpracování revidujícího znaleckého posudku, či nikoli.

Řešení této otázky je bytostně spjata s vlastní rozhodovací (posuzovací) činností soudce v konkrétním případě. Postup soudu by měl být logicky navazující na individuální hodnocení důkazu znaleckým posudkem dle § 132 o.s.ř. v rámci hodnocení tohoto důkazu v rámci souboru ostatních hodnocených důkazů s přihlédnutím k tvrzením účastníků řízení a okolnostem dále v řízení vyšším najevo. Vlastní posuzovací činnost soudu a to, že dospěje k vnitřní morální jistotě ve svém svědomí²⁵ o tom, že konkrétní okolnost je prokázána, je výsledkem úsilí, které soudce vynakládá, aby našel pravdu a prostřednictvím procesu dokazování dospěl k nezvratné jistotě o skutkovém stavu, který by se ideálně měl blížit pravdě.

Pokud soud dospěje k závěru, že znalecký posudek obстоjí společně s ostatními prokázanými skutečnostmi, pak není dán rozumný důvod pro zpracování revizního znaleckého posudku. Zpochybněním znaleckého posudku není prosté popírání správnosti znalcových závěrů, či námitky vůči osobě znalce, která je uplatňována výhradně kvůli závěrům, k nimž znalec dospěl a které současně nekonvenují procesnímu stanovisku toho, kdo takovou námitku vznáší. Proti znaleckému posudku musí být vzneseny účastníkem řízení konkrétní námitky. Jestliže však předmětem dokazování jsou výhradně odborné skutečnosti, bude se jevit zpracování revidujícího

²⁵ Srov. § 79 odst. 1 z.č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích v platném a účinném znění

znaleckého posudku nezbytným i ve stavu pochybnosti soudce vyvolaném hodnocením znaleckého posudku, kdy bude přetrvávat soudcova nejistota o správnosti závěrů.²⁶

3 ZÁVĚR

Právní úprava ust. § 132 a násl. o.s.ř. neobsahuje pravidla pro hodnocení důkazů. Je otázkou, zda právní úprava taková pravidla vůbec obsahovat má. Odpověď na tuto otázku je nasnadě, právní úprava by taková pravidla obsahovat neměla. Ovšem konstrukce ust. § 132 o.s.ř. vychází z jistého hodnotového vymezení k přístupu k realitě na základě premis spravedlnosti, rovnosti, klade důraz na soudcovo svědomí. Realita české společnosti však jakoby tyto hodnoty neznala, či dokonce negovala. Tím se vytváří prostor pro snadné zneužití hodnocení důkazů právě s poukazem na svobodu soudce, odkazem na volné hodnocení důkazů, které je hodnocením svévolným. Je pak další otázkou, zda jde o svévoli plynoucí ze soudcova volního rozhodnutí, nebo z jeho neznalosti pravidel, podle kterých mají být důkazy hodnoceny.

Při zásadní změně civilního práva český zákonodárce přistoupil k úpravě mnohem právně méně významnějších institutů²⁷, je otázkou, proč při poměrně četnosti judikatury, která se zabývá hodnocením důkazů a poukazuje na pochybení obecných soudů při postupu hodnocení důkazu znaleckým posudkem, nepřistoupil k úpravě metody hodnocení důkazů, alespoň pokud jde o hodnocení důkazu znaleckým posudkem i s ohledem na to, jaký prostor je věnován znaleckému posudku jako důkaznímu prostředku. Pokud k tomuto kroku nepřistoupil zákonodárce, měla by se o něj pokusit právní věda a nabídnout jasně formulované závěry o tom, jak nahlížet na důkaz znaleckým posudkem, jak jej hodnotit. Závěry dosavadní judikatury nejsou jednoznačné, směřují různá kritéria. Proto se nabízí k diskusi výše rozebraná tři kritéria pro hodnocení důkazu znaleckým posudkem.

Kritérium personální umožní zhodnotit znalecký posudek jako výsledek činnosti konkrétní osoby a lze zohlednit osobnost znalce, jeho odborné vlastnosti. Kritérium formální se týká formálních náležitostí znaleckého posudku a kritérium materiální vlastního obsahu znaleckého posudku – konkrétních závěrů, k nimž znalec dospěl.

Použitá literatura:

BRADÁČ, A., KLEDUS, M., KREJČÍŘ, P.: Soudní znalectví, Brno: VUT USI, Brno, 2010, 244 s., ISBN: 978-80-7204-704-8

CATOZELLA, F.: La perizie quale menzo di prova nelle cause di incapacità al matrimonio. Přednáška uskutečněná na I. ročníku Symposia symposiu kanonického práva konaného ve dnech 6.-8.10.2013

DAMAŠKA, M.R.: Evidence law drift, Yale University Press, 1997, 160s., ISBN: 978-0300-069372

DROCHÝTKA, R., SRŠEŇ, P., DŘÍNOVSKÝ, R.: Postřehy z řešení revizních znaleckých posudků. Příspěvek z XIV. Konference soudních znalců in. Soudní inženýrství č. 2, ročník 16/2005, str. 72-82; dostupno na <<http://www.sinz.cz/archiv/docs/si-2005-02-72-82.pdf>> ke dni 8.10.2013

HORA, V.: Československé civilní právo procesní. I.-III. Díl., Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, ISBN: 978-80-7357-540-3

MUSIL, J.: Hodnocení znaleckého posudku; dostupno na < <http://www.mvcr.cz/clanek/hodnoceni-znaleckeho-posudku.aspx> > ke dni 8.10.2013

Právní předpisy:

z.č.99/1963 Sb., občanský soudní řád

z.č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních

z.č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích

²⁶ Sorv. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp.zn. 22 Cdo 4532/2010 ze dne 3.2.2011, které se současně vyjadřuje ke zpochybnění závěrů znaleckého posudku až v rámci dovolacího řízení, kdy rámci dovolacího přezkumu by dovolací soud mohl zpochybnit výsledek hodnocení znaleckého posudku jen v případě, že by posudek znalce postrádal formální náležitosti nebo pokud by jeho závěry tohoto hodnocení byly zjevně nepřiměřené (v rozporu s pravidly logického myšlení či obecnou zkušeností), případně rozhodnutí Nejvyššího soudu sp.zn. 22 Cdo 3941/2011 ze dne 19.6.2012.

²⁷ Zákon upravuje v § 141 odst. 1 o.s.ř. zaplacení zálohy jako podmínku pro provedení důkazu, bez ohledu na to, že usnesení ukládající povinnost k úhradě zálohy je a i v minulosti bylo exekučním titulem vykonatelným dle z.č. 120/2001 Sb., exekučního řádu.

z.č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících
vyhl.č. 37/1967 Sb., kterou se provádí zákon o znalcích a tlumočnících
z.č. 113/1895 Sb.ř.z., civilní řád soudní
Rozhodnutí Ústavního soudu:
III.ÚS 150/93
II.ÚS 252/99
I. ÚS 212/2006
III. ÚS 1336/2010
II.ÚS 1617/2010
Rozhodnutí Nejvyššího soudu:
Pls 3/80
Cpj. 228/81
30 Cdo 352/2008
28 Cdo 4930/2009
28 Cdo 329/2010
22 Cdo 1561/2010
30 Cdo 1924/2010
21 Cdo 4562/2010
22 Cdo 4532/2010
22 Cdo 3941/2011
30 Cdo 971/2012
30 Cdo 3764/2012
Rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci:
4 Cmo 60/2011

Kontaktní údaje:

Mgr. Ingrid Kovářová Kochová, Ph.D.
ingrid.kovarova@osoud.olc.justice.cz
Právnická fakulta UP Olomouc
Tř. 17. listopadu 8
771 11 Olomouc
Česká republika

THE CONTRACT OF CARE UNTIL DEATH IN CROATIAN LAW AND FUTURE SERBIAN LAW¹

Novak Krstić

University of Niš, Faculty of Law

Abstract: By adopting The Obligations Act, the contract of care until death, in which the care recipient transfers his property to the donor during his life, was regulated for the first time in Croatian law. This contract also exists in Serbian legal life for decades, but outside of legislation, and in doctrine and practice it is often called improper lifetime care agreement. By analyzing the similarities and differences between regulated and improper lifetime care agreement, their legal effects and solutions resorted by Croatian legislator regulating the contract of care until death, the author discusses whether there is a place for this contract in future Serbian Civil Code, and if so – in what way should it be done.

Key words: contract of care until death, lifetime care agreement, care recipient, care provider.

1 INTRODUCTION

Contemporary Serbian law regulates lifetime care agreement, the contract in which care provider is obliged to give lifetime care and maintenance to the care recipient, who is obliged to transfer his property specified in the contract to the care provider, in the moment of his death. On the contrary, the contract of care until death, often called improper lifetime care agreement, in which care recipient transfers his property immediately after the conclusion of contract, or later, but during his life, which exists in Serbian legal life for decades, has never been regulated. It lives through jurisprudence.

Even though Serbian law theorists emphasize the difference between these two contracts,² Serbian legislator hasn't decided so far to regulate both contracts. There are no indications that this will be done in the future Serbian Civil Code, the adoption of which is expected soon, in a year or two. On the other side, Croatian legislator, realizing the significance of the contract of care until death, regulated it for the first time in the Obligations Act in 2005.

In order to see whether there is a place for this contract in future Serbian codification, and whether the provisions that regulate this contract in Croatian law are applicable in Serbian law, in this paper we will analyze the solutions of the Croatian legislation. Also, we will analyze characteristics of the contract of care until death and lifetime care agreement, similarities and especially differences between them, and legal effects that these two contracts make in legal life.

2 BASIC REMARKS ABOUT THE IMPROPER LIFETIME CARE AGREEMENT

By enacting the Succession Act in 1955³ lifetime care agreement had been regulated for the first time in our law. This Act regulated only one type of this contract, in which the property transfer from the care recipient to the care provider is postponed until the recipient's death.⁴ In this Act there was no place for the type of lifetime care agreement in which the transfer of the property is done

¹ This paper is a result of research within the project "Human and Minority Rights Protection in the European Legal Area" (no. 179046), which has been realized by Faculty of Law, University of Niš.

² See: Mesarović, K. Pravni oblici ugovora o doživotnom izdržavanju (Legal Forms of Lifetime Care Agreement), s. 10-12; Stojanović, N. Odnos ugovora o doživotnom izdržavanju i ostalih nasledno-pravnih ugovora (The Relations between Lifetime Care Agreement and Rest of Succession Contracts), s. 106. Some authors consider that the moment of property transfer is not significant, but they do not dispute this division. See: Svorcan, S. Raskid ugovora o doživotnom izdržavanju, (The Breach of Lifetime Care Agreement), s. 28.

³ Sl. list FNRJ (The Official Gazette of FNRJ), no. 20/55.

⁴ More about the legal forms (types) of lifetime care agreement: Kreč, M., Pavić, Dj. Komentar Zakona o nasljedjivanju (A Commentary on the Succession Act), s. 365.

immediately after the conclusion of contract, because this contract is obligation contract, and couldn't be regulated in act that regulated inheritance relations.⁵

Considering that this contract was out of regulation, the question of its validity was set in front of the Supreme Court immediately after the Succession Act came into force. Extended Session of the Federal Supreme Court made the decision that this type of lifetime care agreement was valid in our law.⁶ Federal Supreme Court, pressed by life's realities, gave priority to the principle of contractual freedom. The parties were allowed to conclude this contract on the basis of general principles of private law, and when Obligations Act became effective in 1978, the conclusion of this contract was based on the general principles and provisions settled in this Act.

The opinion of the Supreme Court was that this contract was valid even though it hadn't been concluded in the form provided for named (regulated) lifetime care agreement.⁷ The form of the contract was determined by the subject of the contract. Written form of the contract and certification of the parties' signatures in the court was only required if the recipient disposed of real property.⁸ The practical consequences of this attitude were significant: the legal protection of care recipient was much less than the recipient's legal position at lifetime care agreement, because there was a high risk for this party to be misused by the care provider; also, there was a possibility of conversion in written form concluded contract of gift of real estate with obligation of care of a donor, into onerous improper lifetime care agreement (that's not possible at regulated lifetime care agreement, because of a strict form, prescribed for this contract).⁹

Improper lifetime care agreement should have been regulated by the Obligations Act, because this act was *sedes materiae* for it. Even though The Draft on Obligations and Contracts Code,¹⁰ which was a basis for Serbian Obligations Act, modeled on the solution of Swiss Code on Obligations,¹¹ defined the lifetime care agreement as a contract in which care recipient is obliged to transfer his property, specified in the contract, to a care provider (the moment of property transfer was not specified in the act), this solution unfortunately hadn't become the part of the Act. Because of that, this contract still „lives“ its life out of legislation, but through the jurisprudence.¹²

3 THE CONTRACT OF CARE UNTIL DEATH IN CROATIAN LAW

Croatian jurists, theorists and practitioners for decades used a special term to nominate so-called improper lifetime care agreement and often called it *contract of care until death*. In Croatian law theory there were numerous opinions suggesting legal regulation of this contract, because in Croatia, as well as all other countries of ex Yugoslavia, Succession Act regulated only lifetime care agreement, in which the transfer of the property is postponed until the recipient's death. Finally, Croatian legislator decided, beside the lifetime care agreement,¹³ to regulate this contract in Obligations Act in 2005,¹⁴ and nominated it contract of care until death.

⁵ More: Marković, B. Zakon o nasleđivanju – sa objašnjenjima i napomenama (Succession Act – With Explanations and Notes), s. 142.

⁶ See: General Attitude of the Extended Session of the Federal Supreme Court, no. 8/57, from 11.01.1957. године. See the whole text of the decision at: Antić, O., Balinovac, Z. Komentar Zakona o nasleđivanju (A Commentary on the Succession Act), s. 513-514.

⁷ Succession Act (1955) stipulated strict form (*ad solemnitatem*) for the validity of the lifetime care agreement. The contract had to be concluded in written form, and certificated by the judge, which was obliged to read the contract to the parties and warn them about the legal effects of the contract (art. 122). Succession Act of the Republic of Serbia (Sl. glasnik RS - The Official Gazette of the Republic of Serbia, no. 46/95), which is in effect, has similar provision (art. 195).

⁸ Even than, in case law there were opinions that for this contract written form is not necessary, if the contract was fully accomplished. See: The Decision of Croatian Supreme Court, Gž. no. 294/71.

⁹ See: The Decision of Serbian Supreme Court, Rev. no. 2195/93.

¹⁰ Konstantinović, M. Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima (Obligations and Contracts, The Draft on Obligations and Contracts Code), art. 943.

¹¹ Swiss Code on Obligations. See: art. 521.

¹² See: The Conclusion of the Civil Law Part of the Serbian Supreme Court, set on 16th February 1994, as well as numerous decisions of the Supreme Court: Rev. no. 166/98, Rev. no. 3401/01 U. no. 3764/2003, Rev. no. 2175/2009, etc.

¹³ The Obligations Act derogated the norms of Succession Act (Narodne novine - The Official Gazette of the Republic of Croatia, no. 48/03), that regulated lifetime care agreement. More: Ivančić-

The approach of Croatian legislator differs from the position taken in the Draft on Obligations and Contracts Code. The intention of the Draft was to define lifetime care agreement as a contract in which care recipient transfers his property to the provider, without accentuation the time of property transfer. Croatian legislator decided to regulate separately the contract in which property is being transferred in the moment of recipient's death (lifetime care agreement), and the contract in which property is being transferred during the recipient's life, mostly immediately after the contract conclusion (contract of care until death). But, considering that those two contracts have many similar characteristics, Croatian Obligations Act devoted to contract of care until death only a few articles (art. 586-589). This Act defined a contract, regulated the way of recipient's security claims, and the effects of previous death of the care provider. On all other issues, The Act prescribed application of the provisions that regulated lifetime care agreement (art. 579-585), „appropriately“,¹⁵ which enables the judges to elastically interpret those provisions applying them to different life situations.

Definition and legal nature. The Obligations Act defines the contract of care until death as a contract in which the care provider is obliged to give the care and maintenance until the death of other party or the third party (care recipient), and care recipient is obliged to transfer the whole or the part of his property to the provider, during his life.¹⁶ The contract doesn't have translative effect, so for the acquisition of property *modus acquirendi* is required. The property of movable things is being acquired in the moment of the submission, and the property of immovable things is being acquired in the moment of the title registration in the Land Registry (for which *clausula intabulandi* is needed).

By its' characteristics the contract of care until death is similar to a lifetime maintenance agreement. It is double binding, onerous, strictly formal contract, which is permanent and *intuitu personae*. As well as the lifetime care agreement, it has the elements of aleatory, but the difference is that this contract is more aleatory for the care recipient. The main difference in the legal nature of those two contracts is that the contract of care until death is obligation contract, and the lifetime care agreement is a contract of significance for the succession law (because of that it was regulated, and in Serbia is still regulated in the Succession Act). This difference is significant, because those two contracts make many different legal effects in legal relations.

Subject of the contract. In Croatian law the subject of the contract of care until death is the same as the subject of the lifetime care agreement. The difference is only in the moment of the property transfer from recipient to care provider. The Act doesn't define the care provider obligations, nor stipulates the obligation of burying the recipient. Clarification of the provider's obligations is left, therefore, to the parties.

The care recipient transfers part or all of his assets to care provider. The things and rights that are being transferred, do not have to be specified and individualized in the contract, nor is the condition for the validity of the contract for recipient to dispose by the assets which belong to him in the moment of the conclusion of contract. Although there are opinions that only assets that belong to the recipient can be disposed by the contract,¹⁷ the case law has taken the position that the subject of the contract may be a future asset.¹⁸

Legal protection of the care recipient. The recipient is entitled, as a security for the fulfillment of contractual obligations, to constitute the real burden of the care on the real estate which is disposed by the contract.¹⁹ This solution protects care recipient, because care provider, as a new owner of the property, is entitled to dispose it and stop giving the maintenance. This rule obliges new owner of the property to give the maintenance to the care recipient.²⁰

The form. Until The Obligations Act became effective, for the validity of the contract of care until death, since it was out of legislation, was required only for the parties' signatures to be

Kačer, B. Ugovori o darovanju, uzdržavanju, i ortaštvu, gdje im je mjesto? (The contracts of gift, care and partnerships – where is the place for them?), s. 357.

¹⁴ Narodne novine (The Official Gazette of the Republic of Croatia), no. 35/05. The Act became effective on 1st January 2006.

¹⁵ See: art. 589.

¹⁶ See: art. 586.

¹⁷ Klarić, P., Vedriš, M. Građansko pravo, opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo (Civil Law – Property Law, Obligations and Succession Law), s. 511.

¹⁸ See: The Decision of the Croatian Supreme Court, Rev. no. 2082/99.

¹⁹ See: art. 587.

²⁰ In that sense: Klarić, P., Vedriš, M. *supra* note 17.

certificated in the court clerk's office (not in front of the judge), or by public notary, when The Law on Notary Public has been adopted,²¹ but only when the subject of the contract was immovable property. The Obligations Act hasn't stipulated the form of the conclusion of the contract of care until death. Therefore, the contentious issue was whether for the validity of this contract was enough the parties' signatures to be certificated in the court clerk's office (or by public notary), or it must be concluded in the form stipulated for the lifetime care agreement. The Croatian Supreme Court, in order to protect legal position of the care recipient, and reduce the possibility of abuse, made a decision that this contract had to be concluded in a strict form proscribed for the lifetime care agreement.²²

Therefore, the contract of care until death always has to be concluded in written form, and justified (certificated) by the judge, or public notary, which is obliged to read the contract to the parties and warn them about its legal effects. The failure of only one of the elements of such a strict form is sanctioned by nullity of the contract.

Legal effects of the care provider's previous death. Croatian legislator has the different approach regulating legal effects of care provider's previous death at lifetime care agreement and contract of care until death. At lifetime care agreement, when care provider dies before care recipient, his obligations are being transferred only to his spouse and descendents, called to inherit him, if they agree. In the same case, at contract of care until death the obligations of care provider are being transferred to all his heirs.²³ So, the circle of heirs on which the obligations could be transferred is much wider at the contract of care until death. This solution has its logical explanation in the fact that assets, acquired by the contract, became the part of provider's hereditary property, which is not the case at lifetime care agreement, and heirs have already inherit it in the moment of a death. Also, this solution protects the interest of the heirs, because they are interested in continuing the contract, to prevent the breach of the contract and return of the property; and interests of the recipient, because it doesn't lose the maintenance.

If provider's heirs do not accept to keep the maintenance, the contract's been automatically breached. In that case, they lose the right to ask for the compensation for the given support, but also they have to return all the assets that provider acquired on the basis of the contract. But, if they can prove that they can't continue with providing a care, they should still have to return the assets, but they are allowed to ask for the compensation for the given support.²⁴

4 IMPROPER LIFETIME CARE AGREEMENT (CONTRACT OF CARE UNTIL DEATH) IN SERBIAN LAW *DE LEGE FERENDA*

In 19th century Serbia was among the first European countries that had own Civil Code (enacted in 1844). Unfortunately, this Code was repealed after the Second World War, and at the moment in Serbia we are working on a new Civil Code. That's the opportunity for all contracts which deserve, by their significance, frequency in legal relations, and legal effects, to be regulated, to find their place in such important codification. Speaking about so-called improper lifetime care agreement, there is still big dilemma whether this contract should be regulated in the Code, or not.²⁵

The Pre-Draft of the Civil Code of Republic of Serbia does not contain provisions that regulate this contract. The Commission that is preparing the Code obviously considers that the regulation of lifetime care agreement in Succession Act (which is in effect) should stay, with some changes, in existing framework, and be regulated in the part of the Code where hereditary relationships are regulated,²⁶ where they probably do not belong.

²¹ Narodne novine (The Official Gazette of the Republic of Croatia), no. 78/93. See: art. 59.

²² According to: Drakulić, Lj. Raskid ugovora o dosmrtnom uzdržavanju (The Breach of the Contract of Care Until Death). The article could be seen on the internet address: <http://www.iusinfo.hr/dailycontent/Topical.aspx?id=13232>. Site visited on: 22nd June 2013.

²³ Compare art. 585 and art. 588 of the Obligations Act.

²⁴ See: art. 588.

²⁵ About the significance of the division of contracts on nominated and unregulated, more: Perović, S. Kodifikacije ugovornog prava u savremenim uslovima (Contract Law Codifications in Contemporary Conditions), Pravni život, br. 11/2008, s. 7; Perović, S. Obligaciono pravo (Law on Obligations), Beograd, 1981, s. 213-216.

²⁶ See: art.199-210 of the Pre-Draft of the Part of Civil Code about Succession, Book 4: Of succession.

Is this codifier's position justified? Should this contract still exist through judicial practice, on the basis of general principles and norms of the contract law?

Considering the practical dimension of this contract, its legal effects, but also recognizing its specifics, it seems that the answer should be negative. The lack of regulation of the contract, which would stipulate some of its important issues, we are quite sure about that, endanger the legal position of the parties, especially the position of care recipient. Lifetime care agreement should be an instrument to protect the weakest, and through which should be reflected the state care of its citizens, particularly members of vulnerable social groups, where old and infirm people certainly belong. That is why the norms that regulate this contract are primarily constructed to protect the legal position of the care recipient.

The legal position of the care recipient at contract of care until death is much weaker than the recipient's position at lifetime care agreement, because after the conclusion of the contract recipient stays without disposed property. The absence of regulation multiplies the possibility of recipient's abuse by the care provider. So, considering all of that, we think that there should be a place for so-called improper lifetime care agreement in the future Serbian codification

There are two options that could be chosen by the codifier, regulating this contract. First concept would be based on the ideas of professor Konstantinović, from the Draft on Obligations and Contracts Code, where the lifetime care agreement was predicted to be regulated as a unique contract, included both types, regardless of when the property is being transferred. Of course, his ideas needed to be developed and upgraded. Considering the specificities of these two contracts and the various effects they produce, some issues should be regulated in different ways.

Second concept means that those two contracts should be regulated separately, such as the case in Croatian law. Each of them should be nominated and defined in the codification. The norms that regulate contract of care until death should follow the norms regulating lifetime care agreement in the Code. Those provisions should regulate only issues in which contract of care until death defers from lifetime care agreement. On all other issues the provisions that regulate lifetime care agreement should be applied appropriately, which implies a degree of elasticity, due to the existing differences between these contracts, which was also the case in the jurisprudence so far.²⁷

What arguments justifies separate regulation of the contract of care until death?

First of all, for the validity of the contract of care until death, in existing situation when it is out of legislation, there is no demand to be concluded in a strict form, proscribed for the lifetime care agreement. The goal of such a strict (*ad solemnitatem*) form, in which the judge or public notary have very important role, primarily is to protect the interests of the care recipient, as a person which, because of the age and/or illness, is particularly susceptible to manipulation, pressures, gullibility. The lifetime care agreement has to be concluded in this form although the care recipient remains the property owner until his death, and may dispose it under certain conditions. His legal position is further strengthened by the precised reasons for the breach of the contract.

The reasons that justify the attitude that the contract of care until death should be concluded in the same, strict form are even stronger. The legal position of the recipient of this contract is much less favorable and more uncertain. Care recipient ceases to be the property owner before the provider executes contractual obligations, and if the transfer is done immediately after signing the contract, the recipient is depriving of property rights, although the donor practically not started with giving support. There is a big question mark whether the provider will execute contractual obligations. As this is a permanent contract, provider of care may eventually lose the motivation to properly perform owed contractual obligations, and may become insolvent, or for some other reason be unable to provide maintenance. Therefore, it is important that a judge or a public notary confirm the agreement, and warn care recipient about the legal significance of signing the contract and the consequences of his act, and be a barrier of potential misuse.

The Code should predict the way of recipient security claims. Since care provider becomes owner of the property, he's entitled to dispose it before the recipient's death. In that situation, if provider ceases to provide maintenance, recipient can breach the contract and ask for the property to be return, and compensation, too. But, if provider is insolvent, it is questionable whether those demands could be effectuate.

In order to protect recipient's interests, the codifier could choose one of the possible solutions. The professor Konstantinović Draft stipulated that, in the moment of property transfer, the

²⁷ The same: Djurdjević, D. *Zakon o obligacionim odnosima i ugovori u naslednom pravu* (Law on Obligations and Succession Contracts), s. 59.

administrative organ would record, ex officio, in land register that the property is burdened by the recipient's right on life support.²⁸ In contrast to this solution, according to which the recipient's rights would be noticed ex officio in the time of the registration of ownership of the provider, the Croatian legislator, as we have already pointed out, stipulated that recipient is only entitled to claim the constitution of real burden of the care on the real estate which is disposed by the contract. The third possibility is stipulated by Swiss Code of Obligations, according to which the care creditor keeps legal mortgage on the disposed assets, in order to secure the claims.²⁹

Analogous application of the rules of breach of the contract of lifetime care agreement from several reasons (because of disturbed relationships, *clausula rebus sic stantibus*, violation of contractual obligations) is possible. But, in the situation when provider dies before care recipient, we think that Serbian codifier should follow the solution from Croatian law. The recipient should be entitled to ask for the return of disposed property, regardless of whether the contract is breached due to impossibility, or lacking a desire of provider's heirs to keep the maintenance.³⁰

5 CONCLUSION

So-called improper lifetime care agreement (contract of care until death) too long is out of legislation in Serbian law. Working on the future Serbian Civil Code makes great opportunity to discuss, once again, about the reasons *pro et contra* about the stipulation of this contract, especially because of importance and significance of legal effects that this contract produce in legal life.

We think that any solution is better comparing to existing situation. Even it is not regulated, this contract is valid in our law, and it has been concluding for decades on the basis of general principles and provisions of contract law. But, the lack of legislation affects the legal certainty of the parties, especially the care recipient. Absence of stipulation the strict form of the contract conclusion, and possibility of claim security, endangers legal position of care recipient, and the risk of abuse of the rights makes much bigger.

Elderly, and/or ill people are very vulnerable social groups, suitable for manipulation, which are manifested particularly during the implementation of the contract, through the various humiliations, frauds, violations of the dignity of the care recipients. Although the abuse never can be prevented *a priori*, the valid legal regulations can mitigate the risk of their occurring, and predict sanctions for this way of provider's behavior.

We think that the contract of care until death should be regulated and nominated in the future Civil Code. Its specificities would be recognized then, and the differences between this contract and the lifetime care agreement would be emphasized. The solutions of Croatian Obligations Act could be a solid guide for the Serbian codifier, regulating this contract. The Code should only regulate the issues in which those two contracts differs from each other, such as the definition of the contract, subject of the contract, recipient's security claims, the effects of previous death of the care provider, and last, but not least important – the form of conclusion. On all other issues, the provisions regulating lifetime care agreement could be applied at this contract, accordingly, not always analogous. Certain flexibility in the application of norms is inevitable, due to significant differences between those two contracts.

Bibliography:

ANTIĆ, O., BALINOVAC, Z.: Komentar Zakona o nasleđivanju, (A Commentary on the Succession Act), Belgrade: 1996. 637 pages.

DJURDJEVIĆ, D.: Zakon o obligacionim odnosima i ugovori u naslednom pravu (Law on Obligations and Succession contracts). In: Pravni zbornik (Legal Revue), 2009, č. 2, s. 49-76.

DRAKULIĆ, Lj.: Raskid ugovora o dosmrtnom uzdržavanju (The Breach of the Contract of Care Until Death). <http://www.iusinfo.hr/dailycontent/Topical.aspx?id=13232>.

IVANČIĆ-KAČER, B.: Ugovori o darovanju, uzdržavanju, i ortaštvu, gdje im je mjesto? (The contracts of gift, care and partnerships – where is the place for them?), In: Trideset godina Zakona o

²⁸ See: art. 945 of the Draft.

²⁹ See: art. 523 of Swiss Code on Obligations.

³⁰ See: art. 588 of Croatian Obligations Act. We think that, because of the nature of this contract, Serbian codifier should follow the solution from Croatia law – in the case of provider's previous death, all of his heirs should be in position to continue the contract.

obligacionim odnosima – de lege lata i de lege ferenda, zbornik radova (Thirty Years of Obligations Act – de lege lata and de lege ferenda, Collection of Papers), Kragujevac: 2009, s. 344-366. ISBN 978-86-80765-96-9.

KLARIĆ, P., VEDRIŠ, M.: Građansko pravo, opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo (Civil Law – Property Law, Obligations and Succession Law). Zagreb: 2009, 801 pages. ISBN 978-953-234-133-1.

KONSTANTINOVIĆ, M.: Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima (Obligations and Contracts, The Draft on Obligations and Contracts Code). Belgrade: S.Perović, 1996. 369 pages. ISBN 86-355-0283-3.

KREČ, M., PAVIĆ, Dj.: Komentar Zakona o nasljedivanju (A Commentary on the Succession Act). Zagreb: 1964. 807 pages.

MARKOVIĆ, B.: Zakon o nasleđivanju – sa objašnjenjima i napomenama (Succession Act – With Explanations and Notes). Belgrade: 1955. 342 pages.

MESAROVIĆ, K.: Pravni oblici ugovora o doživotnom izdržavanju (Legal Forms of Lifetime Care Agreement). In: Glasnik Advokatske komore Vojvodine (The Journal of the Bar Association of Vojvodina), 1960, č. 4, s. 10-12.

PEROVIĆ, S.: Kodifikacije ugovornog prava u savremenim uslovima (Contract Law Codifications in Contemporary Conditions). In: Pravni život (Legal Life), 2008, č. 11, s. 5-28.

PEROVIĆ, S.: Obligaciono pravo (Law on Obligations), Belgrade: 1981. 792 pages.

SVORCAN, S.: Raskid ugovora o doživotnom izdržavanju, (The Breach of Lifetime Care Agreement), Belgrade: 1988. 235 pages.

STOJANOVIĆ, N.: Odnos ugovora o doživotnom izdržavanju i ostalih nasledno-pravnih ugovora (The Relations between Lifetime Care Agreement and Rest of Succession Contracts). In: Ugovor o doživotnom izdržavanju – zbornik radova (Lifetime Care Agreement – Collection of Papers), Niš: 1997, s. 103-111.

Contact information:

Novak Krstić, LL.M.

novak@prafak.ni.ac.rs

Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11

18000 Niš

Republic of Serbia

REKODIFIKAČNÉ ÚVAHY VO VZŤAHU K ZMLUVE O DIELO

Martin Kurčík

Paneurópska vysoká škola, Fakulta práva

Abstract: This contribution deals with several recodification considerations in relation with the Contract for Work. Author tries to focus on the unification of the legal regulation of Contract for Work in Civil Code and Commercial Code, as proposed by Legislative intent of the (new) Civil Code in comparison with the New Civil Code enacted in Czech republic as well. In this connection, author tries to analyse selected institutes of Contract for Work.

Abstrakt: Príspevok sa zaoberá rekodifikačnými úvahami dotýkajúcimi sa právnej úpravy zmluvy o dielo v rámci prijatia nového Občianskeho zákonníka. Autor v prvom rade poukazuje na navrhované úpravy v rámci Legislatívneho zámeru Občianskeho zákonníka. V ďalšom výklade autor poukazuje aj na niektoré ďalšie rekodifikačné úvahy mimo rámca Legislatívneho zámeru Občianskeho zákonníka.

Key words: Recodification, Contract for Work, Work, Dual regulation, Price of the Work, Liability for Defects

Kľúčové slová: Zmluva o dielo, Rekodifikácia, Dualizmus, Legislatívny zámer, Občiansky zákonník, Obchodný zákonník,

1 ÚVOD

Osobitosťou slovenského právneho poriadku v porovnaní s inými krajinami s kontinentálnym systémom práva je dualizmus právnej úpravy zmluvy o dielo. Predmetný inštitút je totiž upravený všeobecne v zákone č. 40/1964 Zb. Občianskom zákonníku (ďalej aj „ObčZ“) ako aj osobitne pre obchodné záväzkové vzťahy v zákone č. 513/1991 Zb. Obchodnom zákonníku (ďalej aj „ObchZ“). Táto duplicitná úprava bola zavedená do nášho právneho poriadku prijatím zákona č. 513/1991 Zb., nakoľko zákonodarca mal za cieľ komplexne upraviť obchodné vzťahy vznikajúce medzi podnikateľmi alebo slúžiace určitému ekonomickému účelu bez ohľadu na charakter subjektov. Z dlhodobého hľadiska sa však založil nevyvážený a najmä v európskych krajinách neobvyklý vzťah medzi všeobecným súkromným právom reprezentovaným Občianskym zákonníkom a osobitným obchodným právom v podobe Obchodného zákonníka.¹ Tento duálny systém aj v praxi spôsobuje aplikačné problémy, keďže oba z uvedených kódexov majú vlastnú komplexnú právnu úpravu vybraných zmluvných typov, medzi nimi aj zmluvy o dielo. Pokiaľ teda dôjde k nesprávnemu posúdeniu záväzkového vzťahu ako obchodnoprávneho alebo naopak neobchodného, dochádza zároveň k aplikácii nesprávneho právneho predpisu, čo má ďalekosiahle hmotnoprávne príp. procesnoprávne následky.

2 PLÁNOVANÁ ÚPRAVA ZMLUVY O DIELO V LEGISLATÍVNOM NÁVRHU NOVÉHO OBČIANSKEHO ZÁKONNÍKA

Prijatím Legislatívneho zámeru vládou Slovenskej republiky sa jeho text stal oficiálnym dokumentom, a teda záväzným rámcom pre vypracovanie paragrafovaného znenia Občianskeho zákonníka. Zámer nového Občianskeho zákonníka vychádza z koncepcie jednotného Občianskeho zákonníka, ktorého úprava v sebe integruje všetky základné súkromno-právne vzťahy, vrátane obchodných záväzkových vzťahov.² Teda pôjde o zjednotenie súkromných záväzkových právnych vzťahov za účelom odstránenia duálnej úpravy zmluvných typov v súčasnom Občianskom a Obchodnom zákonníku.

¹ Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka schválený vládou SR Uznesením č. 13 zo dňa 14.01.2009, In: www.justice.gov.sk (ďalej aj „Legislatívny zámer“), s. 7

² Tamtiež, s. 14

Nová právna úprava počíta so zjednotením aj právnej úpravy zmluvy o dielo. V rámci terminologickej úpravy sa navrhuje pomenovanie zmluvného typu ako zmluva o „diele“ v porovnaní s doterajšou zmluvou o „dielo“. Základom pre navrhovanú úpravu by mala byť právna úprava zmluvy o dielo v ustanoveniach § 536 a nasl. ObchZ. Po štrukturálnej stránke sa navrhuje úprava rozdeliť na niekoľko pododdielov, najmä na všeobecnú úpravu a niekoľko osobitných úprav. Táto koncepcia je inšpirovaná prevažne súčasnou úpravou v ObčZ. Pôjde o ustanovenia o zhotovení veci na zákazku, ustanovenia o oprave a úprave vecí, ustanovenia o zhotovení stavby a ustanovenia obchodnoprávne.

V rámci rekodifikácie sa navrhuje upraviť hmotne zachytený predmet diela, t.j. vzťahy vznikajúce pri zhotovení, montáži, oprave, údržbe, rekonštrukcii vecí (stavby), vrátane projektovej činnosti, činnosti výsledkom, ktorej sú práva autora osobitne chránené, resp. pri úprave a oprave veci na zákazku. Obdobným spôsobom definuje dielo súčasná úprava § 536 ods. 2 ObchZ. Zváži sa však aj úprava prác, ktoré vyúsťujú do nehmotného výsledku (súčasťou dnešnej občianskoprávnej úpravy³). Všetky tieto vzťahy sa navrhujú upraviť jedným všeobecným základným ustanovením zmluvy o diele upravujúcim náležitosti potrebné pre vznik zmluvy platný pre všetky druhy tejto zmluvy.

Navrhovaná právna úprava v zmysle legislatívneho zámeru sa má dotýkať taktiež dojednania o cene diela. Navrhuje sa prevziať úprava podľa ustanovenia § 546 a nasl. ObchZ. Cieľom úpravy budú taktiež podmienky zmeny ceny diela z dôvodov rozšírenia alebo zúženia rozsahu prác. Táto problematika vyvoláva v praxi množstvo komplikácií, keďže často dochádza v priebehu realizácie diela k zmene jeho rozsahu, avšak zmluvné strany opomenú dopad na cenu diela. Navrhujú sa teda upraviť aj pravidlá, za ktorých je možné zmeniť dohodnutú cenu diela.

Navrhovanou úpravou je dotknutá taktiež otázka splnenia záväzku vykonať dielo v nadväznosti na odovzdanie diela. Taktiež pri zhotovení diela, ktorým má byť stavba sa navrhujú upraviť prípady, v ktorých je zhotoviteľ oprávnený vykonať dielo sám, alebo prostredníctvom poddodávateľov a za akých podmienok. Zodpovednosť zhotoviteľa za celé dielo by tým však nemala byť dotknutá.

V rámci úpravy zodpovednosti za vady sa jej predpoklady navrhujú upraviť odchylné pre zmluvy, ktorých predmetom je stavba a osobitne predpoklady ochrany spotrebiteľa, ak pôjde o veci zhotovované na zákazku. Navrhuje sa taktiež upraviť odlišná dĺžka záručnej doby v závislosti od predmetu diela. V prípade stavby sa navrhuje päť rokov (podľa vzoru obchodnoprávnej úpravy) s možnosťou strán dohodnúť aj dlhšiu záručnú dobu. Osobitná úprava zodpovednosti za vady má byť zakotvená pre zodpovednosť zhotoviteľa za veci zhotovené na zákazku. V týchto prípadoch sa navrhuje upraviť iná záručná doba, spravidla kratšia, a taktiež iný postup pri uplatňovaní vád. Osobitná právna úprava by sa mala dotýkať ochrany práv spotrebiteľa.

3 NIEKOĽKO POZNÁMOK K LEGISLATÍVNEMU ZÁMERU AKO AJ ĎALŠIE ÚVAHY V RÁMCI REKODIFIKÁCIE OBČIANSKEHO ZÁKONNÍKU MIMO RÁMCA LEGISLATÍVNEHO ZÁMERU

3.1 Zmluva o dielo ako relatívny obchodnoprávny záväzok

Zmluva o dielo je upravená štvrtej hlave ôsmej časti ObčZ v ustanoveniach § 631 ako aj v ustanoveniach ObchZ, taktiež v časti záväzkových vzťahov (deviaty diel tretej časti zákona), konkrétne v § 536 a nasl. V prípade obchodnoprávnej úpravy však ide o tzv. záväzkový vzťah relatívny, čo znamená, že aplikácia ObchZ prichádza do úvahy len v prípade splnenia konkrétnych podmienok.⁴ Najčastejšie pôjde o aplikáciu ustanovenia § 261 ods. 1 ObchZ, podľa ktorého pôjde o zmluvu o dielo podľa § 536 a nasl. vtedy, ak je uzavretá medzi podnikateľmi a ak je pri vzniku záväzku zrejme s prihliadnutím na všetky okolnosti, že sa týka ich podnikateľskej činnosti. Keďže v prípade zmluvy o dielom ide o konsenzuálny kontrakt, vyššie uvedené podmienky (povaha účastníkov, povaha záväzku) musia byť splnené v čase jej uzavretia.⁵ Ďalej môžeme o zmluve o dielo podľa ObchZ hovoriť za splnenia podmienok podľa § 261 ods. 2 až 5.⁶

³ ŠTENGLOVÁ, I.: Smlouva o dílo. Praha: C.H. Beck, 2010, s. 25

⁴ MAREK, K., ŽVÁČKOVÁ, L.: Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykladací pravidla. 1. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 152

⁵ FEKETE, I.: Občiansky zákonník. Veľký komentár. 2. diel. Bratislava: Eurokódex, 2011, s. 1901

⁶ S účinnosťou od 01.02.2013 došlo k zmene zákonnej úpravy relatívneho obchodu medzi podnikateľmi a subjektmi verejného práva zákonom č. 9/2013 Z.z.

Z uvedenej relatívnej povahy zmluvy o dielo ako obchodného záväzkového vzťahu vyplýva, že ak pri jej uzavieraní nebudú splnené vyššie uvedené podmienky podľa ObchZ, pôjde o zmluvu o dielo podľa § 631 a nasl. ObčZ. Ako už bolo vyššie uvedené, práve nesprávne posúdenie záväzkového vzťahu ako obchodnoprávneho vyvoláva v praxi mnohé komplikácie. Keďže z obsahu Legislatívneho zámeru vyplýva najmä snaha zjednotiť doterajšiu občianskoprávnú a obchodnoprávnú úpravu záväzkového práva, nemožno sa celkom úplne stotožniť so štruktúrnou stránkou navrhovanej právnej úpravy Občianskeho zákonníka, konkrétne úpravou pododdielu o obchodnoprávných ustanoveniach. Zachovaním odlišnej obchodnoprávnej úpravy (k čomu úpravou osobitných obchodnoprávných ustanovení nepochybne dôjde) preto dôjde skôr k prehĺbovaniu dvojkoľajnosti právnej úpravy, ako k jej odstráneniu. Hoci obchodnoprávne záväzky sa vyznačujú istými osobitosťami, mám za to, že nie je nevyhnutné, pokiaľ zákonodarca trvá na ich zachovaní, upravovať jednotlivé obchodnoprávne ustanovenia pre ten ktorý osobitný zmluvný typ. Pripadne je možné takéto ustanovenia upraviť dispozitívne (napr. „*Objednávateľ / Zhotoviteľ je povinný, pokiaľ sa zmluvné strany nedohodli inak*“ alebo „*Pokiaľ si to zmluvné strany dohodli, objednávateľ / zhotoviteľ je povinný*“). Keďže však zatiaľ nie je známe, ktoré ustanovenia sa navrhujú upraviť ako osobitné obchodnoprávne, nie je možné zaujať k nim konkrétne stanovisko.

3.2 Vzťah zmluvy o dielo a kúpnej zmluvy

Zmluvu o dielo možno nesprávne zamieňať s niektorými inými typmi záväzkových vzťahov. Najčastejšie pôjde o kúpnu zmluvu, ktorej predmetom je dodanie určitej veci (ak podľa ObchZ, tak výlučne hnuteľnej) za odplatu. Aj predmetom zmluvy o dielo je v podstate odplatné dodanie určitej veci, resp. iného výsledku činnosti. Hranica medzi týmito inštitútmi je preto naozaj úzka. Napokon pre právnu úpravu zmluvy o dielo podľa ObchZ je príznačné, že sa aplikujú mnohé ustanovenia úpravy kúpnej zmluvy (viď § 554 ods. 5, § 559, § 560 ods. 4, § 562 ods. 3, § 563 ods. 2 a § 564 ObchZ). Na rozlíšenie je preto predmet zmluvy o dielo potrebné bližšie špecifikovať. Zjednodušene však možno uviesť, že rozlišujúci znak vo vzťahu kúpnej zmluvy a zmluvy o dielo je činnosť (*facere*), pretože zmluva o dielo je charakterizovaná práve touto činnosťou, výsledok ktorej (dielo) má spĺňať požiadavky objednávateľa (príp. ďalšie požiadavky podľa osobitných predpisov).⁷

Navrhovaná právna úprava Občianskeho zákonníka by preto mala obsahovať ustanovenia, na základe ktorých možno dostatočne rozlíšiť vzťah zo zmluvy o dielo a kúpnej zmluvy. Inšpiráciu možno hľadať v súčasnej úprave § 410 ObchZ. Ustanovenie § 410 ods. 1 ObchZ predpokladá, že zmluva o dodaní tovaru, ktorý sa má ešte len vyrobiť, sa považuje za kúpnu zmluvu, ibaže strana, ktorej sa má tovar dodať, sa zaviazala odovzdať druhej strane podstatnú časť vecí, ktoré sú potrebné na výrobu tovaru. Tu sa teda dostáva do popredia činnosť zhotoviteľa. Za zmluvu o dielo považovať aj zmluvu o dodávke (budúcej) veci, ktorej obsahom nie je povinnosť strany, ktorej sa má tovar dodať, dodať podstatnú časť vecí potrebných na jej zhotovenie, ak na výsledku činnosti prevažuje podiel práce strany, ktorá má vec dodať alebo ak záväzok strany, ktorá má vec dodať zahŕňa montáž (§ 410 ods. 2 ObchZ).⁸ Pri vymedzení pojmu montáž bude možné vychádzať z ustáleného chápania tohto pojmu, keď sa montážou rozumie zostavenie predmetu a popr. jeho umiestnenie najčastejšie na mieste, kde má byť uvedený do prevádzky tak, aby bol schopný plniť svoju funkciu (napr. kuchynská linka).⁹ Montážou však nie je napojenie vecí (výrobku) na energetické zdroje (zapojenie do elektrickej zásuvky), pokiaľ by táto činnosť nevyžadovala špeciálne úkony predstavujúcich zásah do siete. Montážou spravidla nebude ani prepojenie častí výrobku, pokiaľ nebude zasahované do ich vnútornej štruktúry alebo tým nebude menený charakter alebo parametre výrobku (napr. prepojenie počítača s tlačiarňou, klávesnicou alebo monitorom).¹⁰

3.3 Prevzatie zhotoveného diela

Súčasná obchodnoprávna úprava, ktorou má byť nový Občiansky zákonník inšpirovaný, upravuje povinnosť objednávateľa prevziať dielo len v prípade jeho riadneho ukončenia. Riadnym ukončením sa rozumie dielo bez väd a nedorobkov. Táto zákonná formulácia sa javí byť

⁷ PRAŽÁK, Z.: Smlouva o dílo podle obchodního zákoníku. Praktická příručka. 3. přepracované vydání. Praha: Leges, 2010, s. 42

⁸ BEJČEK, J., ELIÁŠ, K., RABAN, P. a kol.: Kurs obchodního práva. Obchodní závazky. 5. vydání. Praha: C.H. Beck, 2010, s. 335

⁹ PELIKÁNOVÁ, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 4. díl. Praha: Linde Praha, 1997, s. 511

¹⁰ FALDYNA, F., POKORNÁ, J., TOMSA, M. a kol.: Obchodní právo. MERITUM, Praha: Aspi, 2005, ods. 1116

problematická najmä v prípade väčších stavebných projektov, kedy je prakticky vylúčené, aby zhotovené dielo nevykazovalo žiadne vady. V prípade neexistencie osobitnej dohody sa zhotoviteľ často stáva „rukojemníkom“ objednávateľa, keďže majú zmluvné strany často odlišný pohľad na povinnosť objednávateľa dielo prevziať (s tým následne súvisí aj povinnosť zaplatiť cenu diela – viď v ďalšom výklade). Zmluvné strany preto vo väčšine prípadov povinnosť objednávateľa prevziať dielo upravujú v zmluve odlišne od zákonnej úpravy. Najčastejšie ide o povinnosť prevziať dielo aj v prípade výskytu drobných vád, pokiaľ ide o vady, ktoré nebránia samy o sebe ani v spojení s inými riadnemu užívaniu diela na účel, ktorému má podľa zmluvy, resp. svojej povahy slúžiť.

Aj v rámci rekodifikačných úvah sa možno zaoberať otázkou, že hoci ukončenie diela má byť riadne, výsledok činnosti zhotoviteľa má najmä slúžiť svojmu obvyklému, resp. dohodnutému účelu. Výskyt drobných vád, ktoré nebránia užívaniu diela na tento účel by preto nemal byť považovaný za okolnosť odôvodňujúcu neprevzatie diela objednávateľom. Práve naopak, aj v takom prípade by zhotoviteľ mal mať povinnosť dielo prevziať, pričom odstraňovanie vád (prípadne uplatnenie iných nárokov z vád) má byť predmetom následných právnych úkonov zmluvných strán v rámci zodpovednosti zhotoviteľa za vady diela, t.j. až v štádiu po odovzdaní diela. Napokon, aj v zmysle ustálenej judikatúry vznikajú objednávateľovi nároky z vád diela až jeho odovzdaním. Ak by teda dielo malo byť prevzaté až keď je riadne (bez vád) vykonané, úprava nárokov objednávateľa z vád diela by nemala svoje opodstatnenie.¹¹

V tejto súvislosti je možné sa inšpirovať novou českou právnou úpravou zmluvy o dielo zakotvenej v zákone č. 89/2012 Sb. Občiansky zákoník (ďalej aj „NOZ“), ktorý nadobúda účinnosť dňom 01.01.2014. V zmysle § 2604 NOZ je dielo vykonané, ak je dokončené a odovzdané. Dielo je dokončené, ak je predvedená jeho spôsobilosť slúžiť svojmu účelu. V zmysle § 2605 ods. 1 NOZ objednávateľ prevezme dokončené dielo s výhradami alebo bez výhrad. V zmysle § 2628 NOZ objednávateľ nemá právo odmietnuť prevzatie stavby pre ojedinelé drobné vady, ktoré samy o sebe, ani v spojení s inými nebránia užívaniu stavby funkčne alebo esteticky, ani jej užívanie podstatným spôsobom neobmedzujú. Z uvedených ustanovení vyplýva, že objednávateľ nie je povinný prevziať len riadne dokončené dielo ale aj také dielo, ktoré je spôsobilé slúžiť svojmu účelu.

3.4 Nárok na zaplatenie ceny diela

S vyššie uvedenou problematikou odovzдания diela súvisí aj nárok zhotoviteľa na zaplatenie ceny diela. Súčasná obchodnoprávna úprava, ktorá má byť námetom na nový Občiansky zákoník, upravuje vznik nároku zhotoviteľa na zaplatenie ceny diela vykonaním diela (t.j. jeho riadnym ukončením a odovzdaním). Objednávateľ má často za to, že kým dielo nie je riadne ukončené, nie je vykonané a zhotoviteľovi nevzniká nárok na zaplatenie ceny diela, napriek tomu, že objednávateľ dielo prevzal. Objednávateľ sa bráni argumentáciou, že nie je povinný zaplatiť cenu diela, pretože dielo má vady.

Uvedenú situáciu rieši doteraz len judikatúra, avšak v rámci rekodifikácie by mohla byť predmetom zákonnej úpravy v podobe povinnosti zhotoviteľa zaplatiť cenu diela aj v prípade, že prevzaté dielo má vady (t.j. nárok na zaplatenie ceny diela vzniká prevzatím diela). Na splatnosť ceny diela riadne prevzatého nemá mať preto vplyv skutočnosť, že dielo má vady. V takom prípade totiž vzniká objednávateľovi právo zo zodpovednosti zhotoviteľa za vady diela. Zhotoviteľ má mať teda právo na zaplatenie ceny diela nielen v prípade, že dielo bolo vykonané v zmysle zmluvy riadne a v dohodnutom čase, ale aj v prípade, ak objednávateľ prevzal dielo, ktoré v čase plnenia vykazovalo vady.¹² Postihom za vadné plnenie zhotoviteľom preto nemôže byť odmietnutie zaplatenia ceny celého diela zo strany objednávateľa.¹³ Napokon ObchZ čiastočne rieši uvedenú problematiku ustanoveniami § 439 ods. 4 v spojení s § 564, v zmysle ktorých do doby odstránenia vád nie je objednávateľ povinný platiť časť ceny diela, ktorá by zodpovedala jeho nároku na zľavu, ak by vady neboli odstránené. Z uvedeného ustanovenia teda vyplýva, že objednávateľ v takom prípade nie je povinný zaplatiť zhotoviteľovi len časť ceny diela, nie však celú cenu prevzatého diela. Uvedeným ustanovením je možné sa inšpirovať v rámci úpravy nového Občianskeho

¹¹ Obdobne Rozsudok Najvyššieho súdu Českej republiky zo dňa 23.06.2004, sp. zn.: 29 Odo 1067/2003, In: www.nsoud.cz

¹² Obdobne Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky zo dňa 21.08.2012, sp. zn.: 5 Cdo 242/2010, In: www.nssr.gov.sk

¹³ Obdobne Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky zo dňa 23.04.2008, sp. zn.: 5 Obdo 19/2006, In: www.nssr.gov.sk

zákonníka, so súčasným spresnením úpravy nároku na zaplatenie ceny diela v zmysle vyššie uvedeného.

3.5 Vady diela

Súčasnú znenie ObčZ neobsahuje ustanovenie, ktoré by určovalo, kedy má dielo vady. V § 499 ObčZ však ustanovuje, že kto prenechá inému vec za odplatu, zodpovedá za to, že vec v čase plnenia má vlastnosti výslovne vymienené alebo obvyklé, že ju možno použiť podľa povahy a účelu zmluvy alebo podľa toho, čo účastníci dojednali, a že vec nemá právne vady. Naproti tomu v zmysle § 560 ods. 1 ObchZ dielo má vady, ak vykonanie diela nezodpovedá výsledku určenému v zmluve. Ustanovenie upravujúce kedy má dielo vady je dôležité najmä z hľadiska určenia nárokov objednávateľa z väd diela. Z toho dôvodu by navrhovaná právna úprava mala zodpovedať vyššie uvedenému, t.j. stanoviť, kedy má dielo vady, inšpirujúc sa úpravou podľa ObchZ.

Pokiaľ ide o posúdenie dôsledkov výskytu väd a s tým súvisiacim vznikom jednotlivého nároku z väd diela, ObchZ v tejto súvislosti rozlišuje podstatné a nepodstatné porušenie zmluvy (§§ 436 a 437 v spojení s § 564 ObchZ – aplikuje sa primerane právna úprava kúpnej zmluvy). ObčZ považuje za podstatné odstrániteľnosť vady, popr. nemožnosť vec užívať dohodnutým alebo riadnym spôsobom v prípade neodstrániteľnosti vady (§ 507 ObčZ). Obchodnoprávnú úpravu možno v tejto súvislosti považovať za praktickejšiu, keďže povahu vady z hľadiska jej odstrániteľnosti alebo neodstrániteľnosti možno vo väčšine prípadov posúdiť až v štádiu jej odstraňovania. Napokon aj navrhovaná česká úprava v NOZ rozlišuje nároky objednávateľa v závislosti od závažnosti porušenia zmluvy (§ 2106, § 2107 a § 2615 ods. 2 NOZ).

V rámci súčasnej občianskoprávnej úpravy je objednávateľ oprávnený (a zároveň povinný) vadu zhotoviteľovi oznámiť (vytknúť) v určenej lehote, resp. v záručnej dobe, pod sankciou zániku jeho práv zo zodpovednosti za vady. Občianskoprávna úprava je teda založená na preklúzii práva objednávateľa, čo však nie celkom zodpovedá potrebám súkromnoprávných záväzkových vzťahov, ktoré by mali byť v prvom rade založené na zmluvnej slobode a rovnakom postavení jeho účastníkov. Naproti tomu, zánik práva ako dôsledok jeho neuplatnenia je charakteristický skôr pre verejnoprávne záväzky, resp. vzťahy typu „občan – štát“. Z toho dôvodu súčasná koncepcia zániku práva v ObčZ má skôr historický ako racionálny dôvod, keďže v minulosti bola súkromná osoba chápaná skôr ako spotrebiteľ tovaru a služieb produkovaných socialistickým sektorom a na prvé miesto hodnotovej sústavy sa stavala ochrana socialistického vlastníctva.¹⁴ ObchZ poníma práva objednávateľa zo zodpovednosti za vady ako práva premlčateľné, t.j. pokiaľ objednávateľ vytkne vadu u zhotoviteľa po zákonom stanovenej lehote (po záručnej dobe), jeho práva tým nezanikajú, avšak súd ich na námietku zhotoviteľa v súdnom konaní neprizná. Táto koncepcia vyhovuje vo väčšej miere nielen bežným občianskoprávnym vzťahom ale poskytuje istejšiu pozíciu aj v rámci ochrany práv spotrebiteľa.

4 ZÁVER

Dualizmus právnej úpravy zmluvy o dielo podľa ObchZ a ObčZ spôsobuje, že hoci ide *de facto* o rovnakú zmluvu s rovnakým predmetom, *de iure* sa tento rozdiel môže prejavíť už pri uzatváraní zmluvy. Z vyššie uvedeného výkladu vyplýva, že každá úprava, t.j. podľa ObčZ aj podľa ObchZ predstavuje samostatnú a komplexnú právnu úpravu. Už pri vzniku zmluvy o dielo má byť zrejme, ktorým právnym predpisom sa záväzkový vzťah zo zmluvy o dielo bude spravovať. Z toho dôvodu je potrebné, aby nová právna úprava zaviedla jednotný právny rámec zmluvy o dielo, resp. zjednodušila rozlišovanie občianskoprávných a obchodnoprávných záväzkových vzťahov, pokiaľ sa zákonodarca rozhodne zotrvať na dualizme.

V prípade vytvorenia jednotného rámca zmluvy o dielo je potrebné brať do úvahy, že súčasná obchodnoprávna úprava zmluvy o dielo je v porovnaní s občianskoprávnou komplexnejšia, modernejšia a vo väčšej miere vyhovuje potrebám adresátov právnych noriem, najmä fyzickým a právnickým osobám.

V neposlednom rade je potrebné spomenúť prijatie nového Občianskeho zákoníku zákonom č. 89/2012 Sb. v Českej republike, ktorá nadobudne účinnosť 01.01.2014 a ktorá môže byť pre našu právnu úpravu v mnohých ohľadoch inšpirujúca, v rámci úpravy zmluvy o dielo nevynímajúc.

¹⁴ Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb. Občianskeho zákoníku, s. 729, In: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/texty-zakonu/>

Použitá literatúra:

- BEJČEK, J., ELIÁŠ, K., RABAN, P. a kol.: Kurs obchodního práva. Obchodní závazky. 5. vydání. Praha: C.H. Beck, 2010
- FALDYNA, F., POKORNÁ, J., TOMSA, M. a kol.: Obchodní právo. MERITUM, Praha: Aspi, 2005
- FEKETE, I.: Občiansky zákonník. Veľký komentár. 2. diel. Bratislava: Eurokódex, 2011
- MAREK, K., ŽVÁČKOVÁ, L.: Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla. 1. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008
- PELIKÁNOVÁ, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku. 4. díl. Praha: Linde Praha, 1997
- PRAŽÁK, Z.: Smlouva o dílo podle obchodního zákoníku. Praktická příručka. 3. Přepřacované vydání. Praha: Leges, 2010
- ŠTENGLOVÁ, I.: Smlouva o dílo. Praha: C.H. Beck, 2010
- Rozsudok Najvyššieho súdu Českej republiky zo dňa 23.06.2004, sp. zn.: 29 Odo 1067/2003, In: www.nsoud.cz
- Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky zo dňa 21.08.2012, sp. zn.: 5 Cdo 242/2010, In: www.nssr.gov.sk
- Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky zo dňa 23.04.2008, sp. zn.: 5 Obdo 19/2006, In: www.nssr.gov.sk
- Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka schválený Vládou SR Uznesením č. 13 zo dňa 14.01.2009, In: www.justice.gov.sk
- Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb. Občanského zákoníku, s. 729, In: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/texty-zakonu/>

Kontaktné údaje:

JUDr. Martin Kurčík
martin.kurcik@bajolegal.sk
Paneurópska vysoká škola, Fakulta práva
Tomášikova 20
821 02 Bratislava
Slovenská republika

ZISŤOVANIE NAJLEPŠIEHO ZÁUJMU DIEŤAŤA V RODINNOPRÁVNÝCH VECIACH

Petronela Luprichová

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstract: The author in its contribution deals with the investigation and evaluation of the best interest of the child and focuses especially on how to detect the best interest of the child in family law matters in the context of the protection of children's rights and the principles of child-friendly justice.

Abstrakt: Autorka sa vo svojom príspevku zaoberá problematikou zisťovania a posudzovania najlepšieho záujmu dieťaťa. Zameriava sa najmä na spôsoby zisťovania najlepšieho záujmu dieťaťa v rodinnoprávných veciach v kontexte ochrany práv detí a zásad súdnictva zohľadňujúceho potreby detí.

Key words: The Best Interest of Child, Child - Friendly Justice, Family Law Matters

Kľúčové slová: Najlepší záujem dieťaťa, súdnictvo zohľadňujúce potreby detí, rodinnoprávne veci

1 NAJLEPŠÍ ZÁUJEM DIEŤAŤA

Najlepší záujem dieťaťa a jeho zisťovanie je bezosporu jednou z najdôležitejších otázok rodinného práva, nakoľko dieťa, ako tzv. slabší subjekt rodinnoprávných vzťahov, musí požívať vyššiu mieru ochrany zo strany štátu. V právnom poriadku Slovenskej republiky síce nenájdeme definíciu najlepšieho záujmu dieťaťa, ale podľa nášho názoru, by presné definovanie tohto pomerne komplikovaného inštitútu, možno ani nebolo vhodné. Najlepší záujem dieťaťa je totiž nutné skúmať v konkrétnom prípade vzhľadom na osobnosť konkrétneho dieťaťa a individuálny charakter jeho rodinnoprávneho vzťahu. Podľa čl. 3 Dohovoru o právach dieťaťa, „*musí byť záujem dieťaťa prvoradým hľadiskom pri akýchkoľvek postupoch týkajúcich sa detí, či už vykonávaných súkromnými zariadeniami sociálnej starostlivosti, súdmi, správnymi alebo zákonodarnými orgánmi*“

Pri výklade a aplikácii tohoto práva dieťaťa je nutné vychádzať z niekoľkých jeho osobitostí:

Ad a) Stotožňujeme sa s názorom, že najlepší záujem dieťaťa **musí byť posudzovaný s ohľadom na ďalšie práva dieťaťa**, jako napr. na právo dieťaťa na rodinný a súkromný život a zákaz diskriminácie, ktoré mu poskytuje Dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd v čl. 8 a 14, v nadväznosti na právo na starostlivosť oboch rodičov, garantované čl. 7 a 9 Dohovoru o právach dieťaťa a rovnako participatívneho práva dieťaťa, vyplývajúceho z čl. 12 Dohovoru o právach dieťaťa.¹ Zároveň sa však domnievame, že aj právo na spravodlivé súdne konanie podľa čl. 6 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd, patrí všetkým deťom bez ohľadu na ich vek a rozumovú vyspelosť a najlepší záujem dieťaťa musí byť posudzovaný aj s ohľadom na toto právo maloletého dieťaťa.

Ad b) V kontexte s najlepším záujmom dieťaťa v zmysle čl. 3 Dohovoru o právach dieťaťa **je nutné zodpovedať otázku, či majú všeobecné súdy povinnosť aplikovať predmetné ustanovenie na všetky postupy, ktoré sa týkajú maloletého**. Na tomto mieste je nutné zdôrazniť, že Dohovor o právach dieťaťa nie je medzinárodnou zmluvou podľa čl. 7 ods. 5 Ústavy SR, ale medzinárodnou zmluvou podľa čl. 154c Ústavy SR. Na základe tohoto ustanovenia je Dohovor o právach dieťaťa, ako medzinárodná zmluva o ľudských právach a základných slobodách, ktorú SR ratifikovala a bola vyhlásená spôsobom ustanoveným zákonom pred nadobudnutím účinnosti ústavného zákona č. 90/2001 Z.z., súčasťou právneho poriadku SR a má prednosť pred zákonom, ak zabezpečuje väčší rozsah ústavných práv a slobôd. Domnievame sa, že Dohovor o právach dieťaťa je medzinárodnou zmluvou, ktorá poskytuje väčší rozsah práv a slobôd maloletým deťom a z toho dôvodu má prednosť pred zákonom a súdy by preto mali priamo zásadu najlepšieho záujmu

¹ KRÁLIČKOVÁ, Z.: Lidskoprávní dimenze českého rodinného právo. Brno: Masarykova univerzita, 2009. s. 75

dieťaťa aplikovať v každej veci, pri každom konaní, ktoré sa týka maloletého dieťaťa a to aj za predpokladu, že tento Dohovor nie je uvedený v rámci výpočtu prameňov práva, ktorými sú súdy pri svojom rozhodovaní viazané, na základe čl. 144 ods. 1 Ústavy. Podľa nášho názoru článok 144 ods. 1 Ústavy ustanovuje viazanosť sudcov prameňmi práva určitej právnej sily. Nemožno ho vysvetľovať, ako ústavnú normu taxatívne vymedzujúcu pramene práva, ktorými sú sudcovia viazaní s výkladom, že sudcovia nie sú viazaní prameňmi práva, ktoré sa neuvádzajú v úprave čl. 144 ods. 1 Ústavy. Doslovným výkladom čl. 144 ods. 1, vytrhnutým z kontextu ústavy, možno ľahko dospieť k záveru, že sudcovia nie sú viazaní medzinárodnými zmluvami podľa čl. 154c ods. 1, lebo tieto zmluvy sa neuvádzajú v taxatívnom výpočte ustanovenia čl. 144 ods. 1. Uplatnenie čl. 144 ods. 1 Ústavy SR pomocou doslovného výkladu by malo katastrofálne právne následky, lebo by mohlo viesť až k tomu, že sudca, ktorý by odmietol svoju viazanosť niektorým z uvedených medzinárodných dohovorov, by rozhodol spôsobom porušujúcim príslušnú medzinárodnú zmluvu.

Ad c) Aplikácii vo vnútroštátnom práve najlepšie vyhovujú také normy medzinárodného práva, ktorých znenie, účel a samotný obsah umožňuje, aby priamo zaväzovali štátne orgány, fyzické a právnické osoby bez toho, aby bol k tomu potrebný aplikačný zásah prostredníctvom normy práva vnútroštátneho. Norma medzinárodného práva, spĺňajúca uvedené predpoklady, sa nazýva „**samovykonateľnou**“ (**self-executing**) **normou**.² Podľa nášho názoru, znenie článku 3 ods. 1 Dohovoru o právach dieťaťa spĺňa všetky uvedené atribúty a je preto vhodná na priamu aplikáciu. K rovnakému stanovisku dospel aj Ústavný súd ČR, ktorý vo svojom náleze uviedol: „ V čl. 3 ods. 1 Dohovor o právach dieťaťa ustanovuje, že záujem dieťaťa musí byť prvoradým hľadiskom pri akejkoľvek činnosti týkajúcej sa detí... Toto ustanovenie má povahu normy vnútroštátne bezprostredne použiteľnej („self – executing“). Uvedená norma je na priame použitie spôsobilá vzhľadom na svoju dikciu (...záujem dieťaťa...pri akejkoľvek činnosti), ktorá je dostatočne a do takej miery jasná, aby povinné subjekty, ktorým je adresovaná (vnútroštátne subjekty), boli schopné bezodpovedajúcim spôsobom upraviť svoje správanie.“³

Ad d) Záujem dieťaťa by mal byť hlavným činiteľom vo všetkých prípadoch, ktoré sa týkajú detí. Každý prípad sa musí komplexne a individuálne posúdiť, pričom je nutné využívať **multidisciplinárne metódy posudzovanie najlepšieho záujmu dieťaťa**. Ide o pomerne zložitý proces, kú ktorému by sa v aplikačnej praxi nemalo pristupovať ľahkovážne. V prípadoch, ktorých účastníkmi su deti, by sudcovia a ďalší odborníci v oblasti prava mali pri prijímaní rozhodnutí, ktoré budú mať priamy alebo nepriamy vplyv na súčasné alebo budúce blaho dieťaťa, využívať podporu a poradenstvo ďalších odborníkov z rôznych odborov, napríklad posúdenie záujmu dieťaťa, možné škodlivé účinky súdneho konania na dieťa atď.

Ad e) Posúdenie najlepšieho záujmu dieťaťa sa stáva ešte zložitejším vtedy, ak **záujem dieťaťa je potrebné vyvážiť so zájmami ostatných dotknutých strán**, ako su ďalšie deti, rodičia atď.. K tejto problematike zaujal niekoľkokrát stanovisko aj ESLP v rámci svojej ustálenej judikatúry, ktorá nám poskytuje základ pre výklad posudzovania a vyvažovania záujmov dieťaťa a iných dotknutých subjektov. Vo veci *Bronda proti Taliansku* bol záujem dieťaťa považovaný za záujem, ktorý prevažuje záujmy ďalších dotknutých strán: „... hoci sa musí nájsť primeraná rovnováha medzi záujmom S. ostať u svojej pestúnskej rodiny a záujmom jej biologickej rodiny dosiahnuť to, aby s ňou žila, súd pripisuje osobitný význam prevažujúcemu záujmu dieťaťa, ktoré teraz už vo veku štrnásť rokov vždy uvádzalo, že nechce opustiť svoju pestúnsku rodinu. V tomto prípade záujem S. prevažuje nad záujmom jej starých rodičov“.⁴ Podobné rozhodnutie prijal súd vo veci *Sahin proti Nemecku*: „Článok 8 vyžaduje, aby vnútroštátne orgány dosiahli primeranú rovnováhu medzi záujmom dieťaťa a záujmom rodičov a aby v procese hľadania rovnováhy osobitnú dôležitosť pripisovali záujmu dieťaťa, ktorý v závislosti od jeho povahy a závažnosti môže prevážiť záujem rodičov. Najmä rodič nemôže mať podľa článku 8 právo, aby boli prijaté opatrenia, ktoré by poškodili zdravie a rozvoj dieťaťa“.⁵ Z ustálenej judikatúry ESLP jednoznačne vyplýva, že zvrchovaný záujem dieťaťa môže, podľa okolností konkrétneho prípadu, prevážiť nad záujmom iných zúčastnených strán a posúdenie proporcionality zostáva na vnútroštátnych súdoch.

² VEČEŘA, M. a kol.: Teória práva. 2. vyd. Bratislava: Euro Kódex, 2009. 146 s.

³ Nález Ústavného súdu ČR z 9. Apríla 1997, sp. zn. PL. ÚS 31/96

⁴ Európsky súd pre ľudské práva (komora), rozsudok z 9. júna 1998, *Bronda proti Taliansku*, č. 22430/93, bod 62.

⁵ Európsky súd pre ľudské práva (veľká komora), rozsudok z 8. júla 2003, *Sahin proti Nemecku*, č. 30943/96, bod 66.

2 ZISŤOVANIE NAJLEPŠIEHO ZÁUJMU DIEŤAŤA A JEHO NÁZOROV

Ako sme už uviedli, účelom článku 3 je zabezpečiť, aby sa vo všetkých veciach týkajúcich sa detí, prijímaných verejnými alebo súkromnými inštitúciami poskytujúcimi starostlivosť, súdmi, administratívnymi orgánmi alebo legislatívnymi orgánmi, bral primárny ohľad na najlepší záujem dieťaťa. To znamená, že každý krok prijatý v mene dieťaťa, musí rešpektovať najlepší záujem dieťaťa. Najlepší záujem dieťaťa je podobný procedurálnemu právu, ktoré zaväzuje štáty, ktoré sú zmluvnými stranami Dohovoru o práchach dieťaťa, aby do procesu konania zaviedli postupy, ktoré zabezpečia, že sa bude brať do úvahy najlepší záujem dieťaťa. Dohovor rovnako zaväzuje štáty, ktoré sú jeho zmluvnými stranami, aby zabezpečili, aby tí, ktorí sú zodpovední za takéto postupy, zisťovali názor dieťaťa, príp. ho vypočuli tak, ako stanovuje článok 12. Medzi článkami 3 a 12 nie je žiadna konkurencia, len doplňujúca úloha dvoch všeobecných princípov: jeden stanovuje cieľ dosiahnuť najlepší záujem dieťaťa a druhý poskytuje metodiku pre dosiahnutie cieľa v podobe zisťovania názorov dieťaťa a vypočutia dieťaťa. Aplikácia článku 3 v skutočnosti nemôže byť správna, ak nie sú rešpektované časti článku 12. Obdobne článok 3 posilňuje funkciu článku 12.

Nakoľko presnú definíciu najlepšieho záujmu dieťaťa v našom právnom poriadku nemáme, je nutné posudzovať každý prípad individuálne a v závislosti na inštitúte rodinného práva, ktorého sa týka. Vo všeobecnosti je možné povedať, že najlepší záujem dieťaťa vyplýva z jeho vývinových potrieb a zdravotného stavu. Zároveň je pri rozhodovaní nutné dbať na citové väzby dieťaťa a na zabezpečenie stability výchovného prostredia. V prípade rozhodovania o zverení dieťaťa do osobnej starostlivosti jedného z rodičov, je nutné posudzovať aj materiálne zabezpečenie toho ktorého rodiča, povahové a charakterové rysy a doterajšiu starostlivosť o dieťa. Veľmi dôležitou je aj schopnosť dohodnúť sa a komunikovať s druhým z rodičov a schopnosť rešpektovania záľub a voľnočasových aktivít dieťaťa. Pri rozhodnutí o zverení dieťaťa do striedavej starostlivosti je nutné zvažovať aj duševný stav dieťaťa a schopnosť adaptovať sa na tento druh striedania domácností. V prípade konania o určenie a zapretie rodičovstva, je veľmi dôležité posudzovať súlad medzi biologickým, sociálnym a právnym rodičovstvom a na základe konkrétnych okolností prípadu je treba uvážiť, ktorý z uvedených aspektov rodičovstva prevažuje. V neposlednom rade je najlepší záujem dieťaťa daný aj právom vyjadriť svoj názor a inými právami, ktoré dieťaťu prináležia na základe medzinárodných zmlúv.

Naša vnútroštátna právna úprava, pri niektorých inštitútoch, explicitne vyžaduje, aby bolo rozhodnutie v záujme dieťaťa. Zároveň je však nutné podotknúť, že aj v prípadoch, keď právna úprava toto pravidlo nezakotvuje, je doktrína najlepšieho záujmu dieťaťa aplikovateľná s odkazom na predmetný Dohovor a súdy sú povinné nielen rozhodnúť v najlepšom záujme maloletého dieťaťa, ale aj náležite zistiť, čo je v záujme maloletého dieťaťa a v odôvodnení presne špecifikovať, ako súd zisťoval najlepší záujem dieťaťa a ako v jeho záujme rozhodol. Žiaľ, je nutné konštatovať, že slovenské súdy nepristupujú k zisťovaniu najlepšieho záujmu dieťaťa v zmysle čl. 3 Dohovoru o právach dieťaťa s náležitou vážnosťou a v prípade, že im vnútroštátny právny predpis neukladá povinnosť rozhodovať v súlade s najlepším záujmom dieťaťa, tak ho vôbec neskúmajú (napr.: zapieranie otcovstva). V iných prípadoch len konštatujú, že rozhodnutie je v záujme dieťaťa, ako to často býva v konaniach o rozvod manželstva, bez toho, že by skutočne skúmali, či rozvod je v záujme maloletého dieťaťa a prípadne v osobitných prípadoch (napr. zlý zdravotný stav dieťaťa vyžadujúci si sústavnú opateru) dokonca zamietli návrh na rozhodnutie manželstva. Rovnako je skôr výnimočné, aby sa pri aplikácii práva zohľadňovala relevantná judikatúra ESĽP, ktorá síce nie je prameňom nášho práva, ale je minimálne vodítkom pre výkladové zásady ustanovené Dohovorom o ochrane ľudských práv a základných slobôd.

2.1 Zisťovanie názoru dieťaťa podľa čl. 12 Dohovoru o právach dieťaťa

Podľa článku 12 Dohovoru o právach dieťaťa *musia štáty, ktoré sú jeho zmluvnými stranami zabezpečiť dieťaťu, ktoré je schopné formulovať svoje vlastné názory, právo slobodne sa vyjadrovať o všetkých záležitostiach, ktoré sa ho dotýkajú, pričom sa názorom detí musí venovať primeraná pozornosť zodpovedajúca ich veku a úrovni. Za týmto účelom sa dieťaťu musí predovšetkým poskytnúť možnosť, aby bolo vypočuté v každom súdnom alebo administratívnom pojednávaní, ktoré sa ho dotýka, a to buď priamo alebo prostredníctvom zástupcu alebo jeho príslušného orgánu, a spôsobom, ktorý je v súlade s pravidlami vnútroštátneho zákonodarstva.*

Článok 12 Dohovoru stanovuje právo každého dieťaťa slobodne vyjadrovať svoje názory vo všetkých záležitostiach, ktoré sa ho dotýkajú a následné právo, aby týmto názorom bola prikladaná primeraná váha podľa veku a vyspelosti dieťaťa. Toto právo ukladá jasný právny záväzok pre štáty, ktoré sú zmluvnými stranami Dohovoru, uznať toto právo a zabezpečiť jeho

realizáciu vypočítaním si názorov dieťaťa a prikladaním im primeranej váhy. Tento záväzok požaduje od štátov, ktoré sú zmluvnými stranami Dohovoru, s ohľadom na ich konkrétny právny systém, aby priamo zaručili toto právo alebo prijali alebo revidovali zákony tak, aby dieťa mohlo toto právo plne využívať. Dieťa však má právo nevyužiť toto právo. Vyjadrenie názorov je pre dieťa možnosťou, nie povinnosťou. Štáty, ktoré sú zmluvnými stranami Dohovoru, musia zaistiť, aby dieťa dostalo všetky potrebné informácie a poučenia, aby sa mohlo rozhodnúť v prospech svojho najlepšieho záujmu.

Pri výklade niektorých pojmov článku 12 je nutné sa oprieť o komentár Výboru pre práva dieťaťa k právu dieťaťa byť vypočuté, ako aj o usmernenia Výboru ministrov Rady Európy o súdnictve zohľadňujúcom potreby detí.

a) „Musia zabezpečiť“

Článok 12, odstavce 1, stanovuje, že štáty, ktoré sú zmluvnými stranami Dohovoru, „musia zabezpečiť“ právo dieťaťa slobodne vyjadrovať svoje vlastné názory. „Musia zabezpečiť“ je právny termín osobitnej sily, ktorý neponecháva žiadnu voľnosť štátom, ktoré sú zmluvnými stranami Dohovoru, na vlastné uváženie. V súlade s tým sú štáty, ktoré sú zmluvnými stranami Dohovoru, striktné zaviazané prijať adekvátne opatrenia na plnú realizáciu tohto práva pre všetky deti.

b) „Schopné formulovať svoje vlastné názory“

Na realizáciu tohto práva dieťaťa je rovnako nutné zabezpečiť, aby právo byť vypočuté patrilo každému dieťaťu „schopnému formulovať svoje vlastné názory“. Toto slovné spojenie by sa nemalo vnímať ako obmedzenie, ale ako povinnosť štátov, ktoré sú zmluvnými stranami Dohovoru, aby posudzovali schopnosť dieťaťa formulovať svoj nezávislý názor v čo najväčšej možnej miere. To znamená, že štáty, ktoré sú zmluvnými stranami Dohovoru, nemôžu vychádzať z predpokladu, že dieťa nie je schopné vyjadriť svoje vlastné názory. Naopak, štáty, ktoré sú zmluvnými stranami

Dohovoru, by mali predpokladať, že dieťa je schopné vyjadrovať svoje vlastné názory a uznať, že má právo ich vyjadrovať. V tomto kontexte je nutné zdôrazniť, že nesmie byť povinnosťou dieťaťa, aby najprv dokázalo svoju schopnosť. Zároveň je nutné si uvedomiť, že článok 12 nezavádza žiadny vekový limit pre právo dieťaťa vyjadrovať svoje vlastné názory, a Výbor pre práva dieťaťa nabáda štáty, ktoré sú zmluvnými stranami Dohovoru, aby nezavádzali vekové limity, či už zákonom alebo v praxi, ktoré by obmedzili právo dieťaťa byť vypočuté vo všetkých záležitostiach, ktoré sa ho dotýkajú. Výskum totiž ukazuje, že dieťa je schopné formulovať názory od najútlejšieho veku, dokonca aj keď ich nemusí byť schopné vyjadriť verbálne.⁶ Z toho vyplýva, že plná realizácia článku 12 vyžaduje poznanie a rešpektovanie neverbálnych foriem komunikácie, vrátane hry, reči tela, výrazov tváre a kreslenia a maľovania, prostredníctvom ktorých veľmi malé deti prejavujú chápanie, voľby a preferencie.

Rovnako nie je potrebné, aby dieťa malo kompletne vedomosti o všetkých aspektoch záležitosti, ktorá sa ho dotýka, ale aby danú záležitosť dostatočne pochopilo na to, aby bolo schopné vhodne formulovať svoje vlastné názory na ňu.

b) „Právo slobodne vyjadrovať názory“

Dieťa má právo „slobodne vyjadrovať názory“. „Slobodne“ znamená, že dieťa môže vyjadrovať svoje názory bez nátlaku a môže si vybrať, či chce využiť svoje právo byť vypočuté.

„Slobodne“ tiež znamená, že dieťa nesmie byť manipulované a vystavované nepatričnému ovplyvňovaniu alebo nátlaku. „Slobodne“ je vnútorne spojené s „vlastným“ pohľadom dieťaťa: Dieťa má právo vyjadrovať svoje vlastné názory a nie názory iných. Realizácia práva dieťaťa vyjadrovať svoje vlastné názory vyžaduje, aby dieťa bolo informované tými, ktorí sú zodpovední za vypočutie dieťaťa, a rodičmi dieťaťa, resp. jeho opatrovníkom, o všetkých záležitostiach, názoroch a možných rozhodnutiach, ktoré sa majú prijať, a o ich dôsledkoch. Právo na informovanie je veľmi podstatné, pretože je predpokladom pre rozhodnutia dieťaťa či využije svoje právo prejavíť svoj názor a byť vypočuté.

c) „pričom sa názorom dieťaťa musí prikladať primeraná váha zodpovedajúca veku a vyspelosti dieťaťa“

Názorom dieťaťa sa musí prikladať „primeraná váha v závislosti na veku a vyspelosti dieťaťa“. Táto klauzula sa týka schopnosti dieťaťa, ktorá sa musí posúdiť, aby sa jeho názorom dala primeraná váha, resp. aby dieťa bolo informované o tom, ako jeho názory ovplyvnili výsledok daného procesu. Článok 12 stanovuje, že nestačí dieťa jednoducho len vypočúť; názory dieťaťa

⁶ LANSDOWN, G., „The evolving capacities of the child“, Innocenti Research Centre, UNICEF/Save the Children, Florence (2005)

musia byť zvážené, keď je dieťa schopné formulovať svoje vlastné názory. Úroveň chápania u detí nie je rovnomerne spojená s ich biologickým vekom. Vypelost' sa týka schopnosti pochopiť a posúdiť dôsledky konkrétnej záležitosti. Vypelost' sa síce ťažko definuje, ale v kontexte článku 12 je to schopnosť dieťaťa vyjadrovať svoje názory na záležitosti rozumným a nezávislým spôsobom. Do úvahy sa musí tiež zobrať vplyv určitej záležitosti na dieťa. Čím väčší je vplyv výsledku na život dieťaťa, tým dôležitejšie je adekvátne posúdenie vypelosti daného dieťaťa.⁷

Na základe uvedeného je možné konštatovať, že článok 12 Dohovoru o právach dieťaťa je nutne vykladať tak, že Sudcovia by mali rešpektovať právo dieťaťa byť vypočuté vo všetkých záležitostiach, ktoré majú na neho vplyv, alebo prinajmenšom vtedy, keď sa predpokladá, že dostatočne chápe dané záležitosti. Prostriedky použité na tento účel by mali byť prispôsobené úrovni chápania dieťaťa a jeho schopnosti komunikovať a zohľadniť okolnosti prípadu. S deťmi by sa malo hovoriť o spôsobe, ktorým chcú byť vypočuté. Samotný vek dieťaťa by nemal byť prekážkou brániacou vypočutiu dieťaťa. Vždy, keď dieťa preberie iniciatívu, aby bolo vypočuté v prípade, ktorý má naň vplyv, by sudca nemal, pokiaľ to nie je v zaujme dieťaťa, odmietnuť vypočuť dieťa a mal by vypočuť jeho názory a stanovisko k záležitostiam, ktoré sa ho v danom prípade týkajú. Deťom by mali byť poskytnuté všetky potrebné informácie o tom, ako účinne využiť právo na vypočutie. Je im však potrebné vysvetliť, že ich právo na vypočutie a právo na zohľadnenie ich názorov nemusí byť pre konečné rozhodnutie určujúce. Rozsudky a súdne rozhodnutia, ktoré sa týkajú detí, by mali byť riadne zdôvodnené a vysvetlené v jazyku, ktorému deti rozumejú, najmä tie rozhodnutia, ktoré sa neriadili názormi a stanoviskami dieťaťa.

2.2 Zisťovanie názoru dieťaťa dieťaťa podľa slovenského právneho poriadku

V právnom poriadku Slovenskej republiky vychádzame pri zisťovaní názorov dieťaťa a jeho práva byť vypočutý z týchto dvoch ustanovení:

a) § 43 ods. 1 zákona č.36/2005 Z.z. o rodine, na základe ktorého „*maloleté dieťa, ktoré je schopné s ohľadom na svoj vek a rozumovú vypelost' vyjadriť samostatne svoj názor, má právo vyjadrovať ho slobodne vo všetkých veciach, ktoré sa ho týkajú. V konaniach, v ktorých sa rozhoduje o veciach týkajúcich sa maloletého dieťaťa, má maloleté dieťa právo byť vypočuté. Názoru maloletého dieťaťa musí byť venovaná náležitá pozornosť zodpovedajúca jeho veku a rozumovej vypelosti.*“

b) § 100 ods. 3 zákona č. 99/1963 Zb.Občiansky súdny poriadok stanovuje, že „*ak je účastníkom konania maloleté dieťa, ktoré je schopné s ohľadom na vek a rozumovú vypelost' vyjadriť samostatne svoj názor, súd na jeho názor prihliadne. Názor maloletého dieťaťa zisťuje súd prostredníctvom jeho zástupcu alebo príslušného orgánu sociálnoprávnej ochrany detí a sociálnej kurately, alebo výsluchom maloletého dieťaťa aj bez prítomnosti rodičov alebo iných osôb zodpovedných za výchovu maloletého dieťaťa.*“

V prípade ustanovenia Zákona o rodine je možné konštatovať, že vychádza z Dohovoru o právach dieťaťa. Avšak na základe vyššie uvedených skutočností musíme konštatovať, že vek nemá mať vplyv na posudzovanie schopnosti dieťaťa samostatne vyjadriť svoj názor.

V prípade ustanovenia Občianskeho súdneho poriadku je situácia o trochu komplikovanejšia. Na základe výkladu prvej vety predmetného ustanovenia § 100 ods. 3 OSP je možné konštatovať, že súd je povinný prihliadnuť na názor dieťaťa len v prípade, keď je schopné vyjadriť svoj názor s ohľadom na svoj vek a rozumovú vypelost'. Dohovor o právach dieťaťa však jasne stanovil, že **súd musí vždy zisťovať a prihliadať na názor dieťaťa**, keď je schopné formulovať svoje vlastné názory. Takto zistenému názoru dieťaťa sa potom musí venovať primeraná pozornosť v závislosti na jeho veku a rozumovej vypelosti. Zároveň Dohovor predpokladá, že súdy budú pri svojej rozhodovacej činnosti vychádzať z predpokladu, že dieťa je schopné samostatne formulovať svoje vlastné názory (kým sa ich vlastnými zisteniami nepreukáže opak) a nezaťažia dieťa povinnosťou preukazovať, že tomu tak je a až následne názory dieťaťa zistia a prípadne na ne prihliadnu. Súčasná dikcia predmetného ustanovenia umožňuje súdom, aby v aplikačnej praxi nezisťovali a nezohľadňovali názory dieťaťa s jednoduchým odôvodnením, že dieťa nie je dostatočne vekovo a rozumovo vypelulé. Podľa nášho názoru sa takýmto postupom súdu, nerešpektuje právo dieťaťa podľa čl. 12 Dohovoru o právach dieťaťa a rovnako sa porušuje právo dieťaťa, aby pri rozhodovaní bol rešpektovaný jeho najlepší záujem podľa čl. 3 Dohovoru, ako aj právo na spravodlivé súdne konanie v zmysle čl. 6 ods. 1 Európskeho dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd.

⁷ Všeobecný komentár č. 12 (2009) – Právo dieťaťa byť vypočuté, Ženeva 2009 . Výbor pre práva dieťaťa

V prípade druhej vety § 100 ods. 3 OSP je nutné konštatovať, že absolútne nerešpektuje práva dieťaťa, stanovené Dohovorom, ktorý vždy uprednostňuje priame vypočutie dieťaťa a len keď dieťa nechce priamo vydríť svoj názor, alebo by priamy výsluch bol v rozpore s jeho najlepším záujmom, prikláňa sa k sprostredkovanému názoru, ktorý by súd zisťoval prostredníctvom zástupcu maloletého alebo príslušného orgánu. Znenie tohoto ustanovenie evokuje a aplikačná prax to potvrdzuje, že súdy zisťujú názory dieťaťa v najväčšej miere prostredníctvom jeho zástupcov a kolízneho opatrovníka (a to aj v prípade, že ide o dieťa 14-15 ročné dieťa, či dokonca staršie) a nerešpektujú tak právo dieťaťa zvoliť si spôsob sprostredkovania názoru a spôsob vypočutia, ktoré im garantuje článok 12. Domnievame sa však, že súdy by rovnako, ako v prípade zisťovania a posudzovania najlepšieho záujmu dieťaťa, mali aplikovať Dohovor o právach dieťaťa vo všetkých veciach, ktoré sa dieťaťa týkajú a v prípade zisťovania názorov maloletého dieťaťa a výsluchu maloletého by mali použiť ustanovenia čl.12, ktoré poskytujú maloletému väčší rozsah práv a samozrejme aj s odôvodnením, že predmetné ustanovenia slovenského právneho poriadku sú v rozpore s touto medzinárodnou zmluvou, ktorá má v zmysle článku 154c Ústavy SR prednosť pred zákonmi a je prameňom vnútroštátneho práva. Toto naše tvrdenie je založené aj na náleze Ústavného súdu, ktorý konštatoval, že *ak súd vo svojom rozhodnutí nerieši, či boli maloleté deti schopné samostatne vyjadriť svoj názor, ale ani to, či vôbec a z akých zdrojov ich názory zisťoval alebo z rozsudku nevyplýva, či a akým spôsobom prihliadol na ich prípadné názory, dochádza k porušeniu práva na súdnu ochranu podľa čl. 48 ods. 2 Ústavy. Rovnako to znamená porušenie práv vyplývajúcich z čl. 3 ods. 1 a čl. 12 ods. 1 a 2 Dohovoru o právach dieťaťa a čl. 6 ods. 1 Európskeho dohovoru.*⁸

3 NÁVRHY DE LEGE FERENDA

Vzhľadom na vyššie uvedené výhrady spočívajúce v aplikácii relevantných právnych noriem všeobecnými súdmi je nutné konštatovať, že by malo dôjsť k zmene ako ustanovenia § 43 ods. 1 Zákona o rodine, tak aj § 100 ods. 3 Občianskeho súdneho poriadku. V prípade zákona o rodine by malo byť z ustanovenia § 43 ods. 1 vypustené slovné spojenie s „ohľadom na svoj vek a rozumovú vyspelosť“. V prípade § 100 ods. 3 OSP by sme navrhovali takéto nové znenie tohoto ustanovenia, ktoré by rešpektovalo záväzky SR vyplývajúce z tejto medzinárodnej zmluvy: „Súd je povinný zisťovať názory maloletého dieťaťa vo všetkých veciach, ktoré sa ho týkajú. Ak je maloleté dieťa schopné samostatne formulovať svoje názory, súd na názor maloletého dieťaťa prihliadne primerane jeho veku a rozumovej vyspelosti. Za týmto účelom mu musí poskytnúť možnosť, aby bolo priamo vypočuté alebo aby si zvolilo iný spôsob sprostredkovania svojich názorov.“ Medzi iné spôsoby sprostredkovania názorov dieťaťa by potom patrilo sprostredkovanie názoru prostredníctvom zástupcu, orgánu sociálnoprávnej ochrany detí a sociálnej kurately, alebo prostredníctvom psychologického posudku, vykonaného ako listinný dôkaz, prípadne iným vhodným spôsobom alebo prostredníctvom inej osoby. Zároveň je nutné zdôrazniť, že podmienka „samostatne formulovať názory“ nespočíva vo verbálnej schopnosti formulácie a aj veľmi malé deti sú, prostredníctvom rôznych metód, schopné názory formulovať. V aplikačnej praxi sa často v týchto prípadoch využíva tzv. kresba začarovanej rodiny, scénotest a pod. Zároveň by bolo vhodné stanoviť presné pravidlá pre výsluch maloletej osoby, tak, aby nedochádzalo k traumatizovaniu detí a aby prebiehal s ohľadom na ich osobitné postavenie a potreby. Keďže dieťa využíva svoje právo a aby jeho názorom bola prikladaná primeraná váha, bolo by vhodné stanoviť, že osoba prijímajúca rozhodnutie musí informovať dieťa o výsledku konania a vysvetliť mu, ako boli jeho názory zohľadnené. Táto spätná väzba je zárukou, že názory dieťaťa budú nielen vypočuté ako formalita, ale aj brané vážne.

4 ZÁVER

Najlepší záujem dieťaťa. Keby sme len vedeli, čo to vlastne je! Nie je ho možné jednoducho definovať a automaticky aplikovať. Vystupuje dopopredia v každej veci, ktorá sa týka maloletého dieťaťa a jeho zisťovanie a aplikácia by sa za žiadnych okolností nemala zjednodušovať. Je nutné k tejto problematike pristupovať zodpovedne a s náležitou vážnosťou, lebo sa rozhoduje o dieťati a každé rozhodnutie, najmä to nesprávne alebo urobené ľahkovážne, bude mať veľký vplyv na jeho život. Cieľom tohto príspevku nebolo komplexne zmapovať celú problematiku doktríny najlepšieho záujmu dieťaťa, ale načrtnúť základné východiská a aktuálne otázky, ktoré s týmto inštitútom

⁸ Nález Ústavného súdu SR z 10. júla 2013, sp. zn. II. ÚS 97/2013-67

súvisia, pretože ako povedal Maud de Boer Buquicchio: „Štyridsaťsedem členských štátov Rady Európy, prijatím usmernení o súdnictve zohľadňujúcim potreby detí, prisľúbili všetkým deťom spravodlivosť a priateľstvo. Teraz je čas vynaložiť maximálne úsilie na splnenie tohto sľubu.“

Použitá literatúra:

KRÁLIČKOVÁ, Z.: Lidskoprávní dimenze českého rodinného právo. Brno: Masarykova univerzita, 2009. 75 s. ISBN 978-80-210-5053-2

LANSDOWN, G., "The evolving capacities of the child", Innocenti Research Centre, UNICEF/Save the Children, Florence (2005)

Nález Ústavného súdu ČR z 9. Apríla 1997, sp. zn. PL. ÚS 31/96

Nález Ústavného súdu SR z 10. Júla 2013, sp. zn. II. ÚS 97/2013-67

Európsky súd pre ľudské práva (veľká komora), rozsudok z 8. júla 2003, *Sahin proti Nemecku*, č. 30943/96, bod 66.

Europsky sud pre ľudske práva (komora), rozsudok z 9. júna 1998, *Bronda proti Taliansku*, č. 22430/93, bod 62.

Usmernenie Výboru ministrov Rady Európy o súdnictve zohľadňujúcim potreby detí. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010. ISBN 978-92-871-7274-7

Všeobecný komentár č. 12 (2009) – Právo dieťaťa byť vypočuté, Ženeva 2009 . Výbor pre práva dieťaťa

Kontaktné údaje:

Mgr. Petronela Luprichová

Petronela.luprichova@flaw.uniba.sk

Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave

Šafárikovo nám. 6, P.O.Box 313

811 06 Bratislava

Slovenská republika

AKO KVALIFIKOVAŤ NEDODRŽANIE POVINNOSTI, KTORÚ PREDSEDOVI SENÁTU ALEBO SAMOSUDCOVI USTANOVUJE §118 ODS. 2 O.S.P.?

Hana Magurová

Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave

Abstract: Is it a judicial process by which a party to proceedings has been deprived of the ability to act in front of the court, or is it only so-called other defect of the procedure? The author analyses the provision of Section 118 paragraph 2 of CPC in the wording of 15 October 2008, according to which the presiding judge (one justice) is obliged, on the basis of previous results of the civil proceedings, to inform the parties to proceedings which of their legally relevant factual claims can be regarded as identical and which of them will remain disputable, as well as which of the proposed evidence will be taken and which evidence will not be taken by the court, although they have been proposed by the parties. The author focuses on the question whether the breach of the respective obligation, in which she sees a procedural irregularity affecting the predictability of court procedure and court decision, can be regarded as procedural defect according to Section 237 (f) of CPC which makes an appeal admissible and legitimate, or whether it should be just regarded as a reason for appeal according to Section 241 paragraph 2 (b) of CPC.

Abstrakt: Ide o postup súdu, ktorým sa účastníkovi konania odňala možnosť konať pred súdom alebo len o tzv. inú vadu konania? Autorka príspevku analyzuje ustanovenie § 118 ods. 2 O.s.p. v znení účinnom od 15. októbra 2008, podľa ktorého je predseda senátu (samosudca) podľa doterajších výsledkov občianskeho súdneho konania povinný účastníkom konania uviesť, ktoré ich právne významné skutkové tvrdenia je možné považovať za zhodné, ktoré ich právne významné skutkové tvrdenia zostali sporné a ktoré navrhnuté dôkazy budú vykonané a ktoré dôkazy súd nevykoná, aj keď ich účastníci navrhli. Autorka sa zameriava na otázku, či nedodržanie predmetnej povinnosti, v ktorej vidí procesnú nesprávnosť narušajúcu predvídateľnosť postupu a rozhodnutia súdu, možno považovať za vadu konania podľa § 237 písm. f) O.s.p. zakladajúcu prípustnosť a dôvodnosť dovolania alebo len za dovolací dôvod podľa § 241 ods. 2 písm. b) O.s.p.

Key words: Extraordinary legal remedy, appellate review, deprivation of the ability to act in front of the court, other defect of the procedure.

Kľúčové slová: Mimoriadny opravný prostriedok, dovolanie, odňatie možnosti konať pred súdom, tzv. iná vada konania.

1 ÚVOD

Podľa ustanovenia § 118 ods. 1 zákona č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej len „O.s.p.“): „Po začatí pojednávania účastníci prednesú alebo doplnia svoje návrhy a predseda senátu alebo samosudca oznámi výsledky prípravy pojednávania.“

Podľa ustanovenia § 118 ods. 2 O.s.p.: „Po vykonaní úkonov podľa odseku 1 predseda senátu alebo samosudca podľa doterajších výsledkov konania uvedie, ktoré právne významné skutkové tvrdenia účastníkov je možné považovať za zhodné, ktoré právne významné skutkové tvrdenia zostali sporné a ktoré z navrhnutých dôkazov budú vykonané a ktoré dôkazy súd nevykoná, aj keď ich účastníci navrhli.“

Citované ustanovenie § 118 ods. 2 O.s.p. ukladá predsedovi senátu (samosudcovi) povinnosť na pojednávaní oboznámiť účastníkov konania s predbežným zhrnutím sporných a nesporných skutkových okolností, ako aj s predbežným náhľadom súdu na to, ktoré z navrhnutých dôkazov považuje za potrebné vykonať a ktoré vykonané nebudú. Účastníkom konania sa daným postupom súdu má vytvoriť možnosť, aby tomu, s čím ich oboznámil súd, prispôsobili svoj ďalší procesný postup v konaní.

Ako uviedol Najvyšší súd Slovenskej republiky vo svojom uznesení sp. zn. 2 Cdo 78/2012 z 31. januára 2013, nedodržanie povinnosti, zakotvenej v § 118 ods. 2 O.s.p. (v znení účinnom od 15. októbra 2008) predsedom senátu (samosudcom) predstavuje procesnú nesprávnosť, ktorá má za následok porušenie princípu predvídateľnosti postupu a rozhodnutia súdu.

Ako ale kvalifikovať nedodržanie predmetnej povinnosti zo strany predsedu senátu (samosudcu)? Ide:

a) o postup súdu, ktorým sa účastníkovi konania odňala možnosť konať pred súdom, t. j. o vadu konania podľa § 237 písm. f) O.s.p. alebo

b) len o tzv. inú vadu konania, ktorá mala za následok nesprávne rozhodnutie vo veci, t. j. o vadu konania podľa § 241 ods. 2 písm. b) O.s.p.?

Význam uvedenej kvalifikácie spočíva v skutočnosti, že existencia vady konania podľa § 237 písm. f) O.s.p. zakladá prípustnosť mimoriadneho opravného prostriedku – dovolania¹ proti každému rozhodnutiu (tak rozsudku ako aj uzneseniu) odvolacieho súdu bez ohľadu na povahu predmetu konania (princíp univerzality), ak účastníkovi konania sa postupom súdu odňala možnosť konať pred súdom. Existencia vady podľa § 237 písm. f) O.s.p. preto zakladá prípustnosť dovolania aj proti takým rozhodnutiam odvolacieho súdu, pri ktorých je prípustnosť dovolania právnou úpravou vylúčená (pozri § 238 ods. 4 a 5 O.s.p.). Zároveň zakladá dôvodnosť dovolania (predstavuje jeden z troch dovolacích dôvodov, taxatívne uvedených v § 241 ods. 2 písm. a) až c) O.s.p.), nakoľko z ustanovenia § 241 ods. 2 písm. a) O.s.p. vyplýva, že v prípade, ak v konaní došlo k vadám uvedeným v § 237 O.s.p. (vrátane vady uvedenej v § 237 písm. f) O.s.p.), možno tým odôvodniť dovolanie.

Naproti tomu tzv. iná vada konania, ktorá mala za následok nesprávne rozhodnutie vo veci, nezakladá prípustnosť dovolania ale predstavuje len dovolací dôvod podľa § 241 ods. 2 písm. b) O.s.p.

Pritom Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd dovolací sa v súlade so znením ustanovenia § 242 ods. 1 O.s.p. obligatórne zaoberá procesnými vadami taxatívne uvedenými v § 237 O.s.p., zakladajúcimi zmäzočnosť rozhodnutia, ako aj na tzv. inými vadami konania, pokiaľ mali za následok nesprávne rozhodnutie vo veci.

2 VADA KONANIA PODĽA § 237 PÍSM. F) O.S.P. A TZV. INÁ VADA KONANIA PODĽA § 241 ODS. 2 PÍSM. B) O.S.P.

O vadu podľa § 237 písm. f) O.s.p. „ide najmä vtedy, ak súd v konaní postupoval v rozpore so zákonom, prípadne s ďalšími všeobecne záväznými právnymi predpismi a týmto postupom odňal účastníkovi konania jeho procesné práva, ktoré mu právny poriadok priznáva.“²

Z rozhodovacej činnosti Najvyššieho súdu Slovenskej republiky vyplýva, že pod odňatím možnosti konať pred súdom v zmysle § 237 písm. f) O.s.p. sa rozumie taký závadný procesný postup súdu, ktorý účastníkovi konania znemožní realizáciu tých jeho procesných práv, ktoré mu Občiansky súdny poriadok priznáva za účelom ochrany jeho práv a právom chránených záujmov. Konkrétne ide o právo vykonávať procesné úkony vo forme stanovenej právnym predpisom, napr. o právo nazerať do spisu a robiť si z neho výpisy; byť predvolaný na súdne pojednávanie; zúčastniť sa súdneho pojednávania; robiť prednesy; navrhovať dôkazy; vyjadrovať sa k návrhom na dôkazy; vyjadrovať sa k vykonaným dôkazom; vyjadrovať sa k právnej stránke veci alebo napr. o právo na doručenie rozsudku súdu do vlastných.³

K odňatiu možnosti konať pred súdom pritom môže dôjsť nielen činnosťou súdu ale aj samotným súdnym rozhodnutím. Napr. ak odôvodnenie rozsudku odvolacieho súdu nespĺňa požiadavky kladené na odôvodnenie rozhodnutia v zmysle § 157 ods. 2 O.s.p. alebo uznesenie odvolacieho súdu o odmietnutí odvolania z dôvodu, že bolo podané oneskorene v prípadoch nesprávneho záveru odvolacieho súdu o oneskorení.⁴

¹ Dovolanie predstavuje mimoriadny opravný prostriedok, ktorým nemožno napadnúť každé rozhodnutie súdu. Výnimočnosť tohto mimoriadneho opravného prostriedku, ktorý vo svojej podstate naštrbuje princíp právnej istoty, reflektuje právnou úpravou jeho prípustnosti. Dovoláním totiž možno napadnúť právoplatné rozhodnutie odvolacieho súdu len v prípadoch, v ktorých ho pripúšťa Občiansky súdny poriadok.

² Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 1 Cdo 78/2010 z 23. mája 2012.

³ Napr. uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 6 Cdo 147/2013 z 28. mája 2013.

⁴ Tamtiež.

Postup súdu, ktorým sa účastníkovi konania odňala možnosť konať pred súdom zakladá zmätočnosť súdneho konania, pretože bráni v realizácii tých procesných práv, ktoré Občiansky súdny poriadok priznáva na účelne uplatnenie alebo bránenie práva proti druhej strane v spore.

Odňatie možnosti konať pred súdom predstavuje porušenie práva na súdnu ochranu, ktoré je zakotvené v čl. 46 ods. 1 zákona č. 460/1992 Zb. Ústava Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov (ďalej len „Ústava SR“) a ktoré garantuje, že každý sa môže domáhať zákonom ustanoveným postupom svojho práva na nezávislom a nestrannom súde a v prípadoch ustanovených zákonom na inom orgáne Slovenskej republiky.

Taktiež zakladá porušenie práva na spravodlivý proces podľa čl. 46 a nasl. Ústavy SR a čl. 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd, podľa ktorého má každý právo na to, aby jeho záležitosť bola spravodlivo, verejne a v primeranej lehote prejednaná nezávislým a nestranným súdom zriadeným zákonom, ktorý rozhodne o jeho občianskych právach alebo záväzkoch alebo o oprávnenosti akéhokoľvek trestného obvinenia proti nemu. Právo na spravodlivý proces zahŕňa zásadu „rovnosti zbraní“ v civilnom procese, ktorá reflektuje povinnosť znášať dôkazné bremeno, ako aj zásadu „rovnosti strán“ v civilnom procese, ktorá sa prejavuje vytváraním rovnakých procesných podmienok a rovnakého procesného postavenia subjektov, o ktorých právach a povinnostiach súd rozhoduje.⁵

Zásada rovnosti účastníkov v občianskom súdnom konaní, zakotvená v § 18 O.s.p. sa premieta aj v ďalších ustanoveniach Občianskeho súdneho poriadku, najmä v ustanoveniach upravujúcich vedenie konania a priebeh dokazovania.

„Inou vadou konania je vada konania, ktorá je rovnako ako vady uvedené v § 237 O.s.p. spôsobená porušením procesných noriem upravujúcich občianske súdne konanie, ktorá ale na rozdiel od nich nezakladá tzv. zmätočnosť rozhodnutia.“⁶

Ak je teda konanie postihnuté inými vadami, ktoré aj mali za následok nesprávne rozhodnutie vo veci, tie nezakladajú prípustnosť dovolania (na rozdiel od väd podľa § 237 O.s.p.), ide však o relevantné dovolacie dôvody v prípade procesne prípustného dovolania v predmetnej veci.

3 PRÁVNÝ NÁZOR NAJvyššieho SÚDU SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Z konštantnej judikatúry Najvyššieho súdu Slovenskej republiky vyplýva, že prípadné porušenie ustanovenia § 118 ods. 2 O.s.p. nespôsobuje existenciu vady v zmysle § 237 písm. f) O.s.p. Ak totiž predseda senátu (samosudca) predmetné zákonné ustanovenie nedodrží, nemá to žiaden priamy dosah na možnosť vylúčenia účastníka konania z procesných práv, ktoré mu priznáva a garantuje Občiansky súdny poriadok.

Porušenie ustanovenia § 118 ods. 2 O.s.p. teda žiadnym spôsobom nediskvalifikuje účastníka napr. v práve zúčastniť sa pojednávania, robiť prednesy, navrhovať dôkazy, vyjadrovať sa k vykonaným dôkazom, v práve na záver pojednávania zhrnúť svoje návrhy a pod.⁷

Striktné nedodržanie postupu podľa § 118 ods. 2 O.s.p. zo strany súdu, spočívajúce v neuvedení, ktoré právne významné skutkové tvrdenia účastníkov je možné považovať za zhodné a ktoré zostali sporné, rovnako ako aj námietky účastníkov konania o „nesprávnej interpretácii a vykonaní dôkazov“, „všeobecnej rekapitulácii dôkazov“ súdom možno hodnotiť len ako tzv. inú procesnú vadu konania, majúcu za následok nesprávne rozhodnutie vo veci.

Tzv. iné vady konania síce predstavujú relevantný dovolací dôvod v zmysle § 241 ods. 2 písm. b) O.s.p. (v tom zmysle, že s poukazom na tieto vady možno odôvodniť procesne prípustné dovolanie), samé o sebe však prípustnosť dovolania (§ 237 O.s.p., ako aj § 238 ods. 1 až 3 O.s.p.) nezakladajú.⁸

Najvyšší súd Slovenskej republiky už vo svojom rozhodnutí uverejnenom v Zbierke stanovísk najvyššieho súdu a rozhodnutí súdov Slovenskej republiky pod č. 42/1993 uviedol, že súd neodníme účastníkovi možnosť pred ním konať ani tým, že (prípadne) nevykoná navrhnuté dokazovanie (§ 120 O.s.p.) alebo nesprávne vyhodnotí niektorý z vykonaných dôkazov (§ 132 O.s.p.). I keď jeho rozhodnutie môže byť z vyššie uvedených dôvodov vecne nesprávne, samo o sebe nevedie k zmätočnosti rozhodnutia a nezakladá prípustnosť dovolania.

⁵ Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. PL. ÚS 43/95 z 10. septembra 1996, Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. II. ÚS 121/02 z 12. júla 2012.

⁶ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 1 MCdo 14/2010 z 30. novembra 2011.

⁷ Napr. uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 4 Cdo 167/2012 z 28. mája 2013.

⁸ Napr. uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 3 Cdo 171/2008 z 21. januára 2009.

4 PRÁVNÝ NÁZOR ÚSTAVNÉHOHO SÚDU SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Problematikou nerešpektovania ustanovenia § 118 ods. 2 O.s.p. sa zaoberal aj Ústavný súd Slovenskej republiky. Ten však na rozdiel od Najvyššieho súdu Slovenskej republiky porušenie povinnosti súdu, zakotvené v § 118 ods. 2 O.s.p. kvalifikoval rôzne.

V uznesení sp. zn. III. ÚS 526/2011 z 23. novembra 2011 Ústavný súd Slovenskej republiky síce odmietol sťažnosť sťažovateľa, avšak v odôvodnení svojho rozhodnutia uviedol, že nerešpektovanie ustanovenia § 118 ods. 2 O.s.p. predstavuje pochybenie, ktoré v zmysle štandardnej judikatúry všeobecných súdov možno označiť ako odňatie možnosti konať pred súdom účastníkovi konania. Zároveň odkázal na uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 5 Cdo 294/2008 zo 6. mája 2009 a dodal, že ak sťažovateľ bol toho názoru, že okresný súd porušil ustanovenie § 118 ods. 2 O.s.p. a krajský súd toto pochybenie neodstránil, prípadne sa ho sám dopustil, mal využiť mimoriadny opravný prostriedok v občianskom súdnom konaní – dovolanie, ktoré je v prípade odňatia možnosti konať pred súdom prípustné.⁹

Keď však analyzujeme uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky 5 Cdo 294/2008 zo 6. mája 2009, na ktoré Ústavný súd Slovenskej republiky odkázal, zistíme, že sa jedná práve o rozhodnutie, ktorým bolo dovolanie odmietnuté, nakoľko dovolací súd dospel k záveru, že konanie a rozhodnutie odvolacieho súdu vadou podľa § 237 písm. f) a ani inými vadami, v predmetnom paragrafe taxatívne uvedenými, postihnuté nebolo. Išlo totiž o prípad nesprávneho právneho posúdenia veci, ktoré prípustnosť dovolania nezakladalo.

Ústavný súd Slovenskej republiky obdobne v uznesení sp. zn. IV. ÚS 388/2012 z 15. augusta 2012 odmietol sťažnosť sťažovateľky a dodal, že ak bola sťažovateľka toho názoru, že súd prvého stupňa porušil § 118 ods. 2 O.s.p. a druhostupňový súd predmetné pochybenie neodstránil, mala sťažovateľka využiť dovolanie, ktoré je podľa § 237 písm. f) O.s.p. prípustné v prípade odňatia možnosti konať pred súdom. Na druhej strane už ale podotkol, že „§ 118 ods. 2 O.s.p. neukladá povinnosť súdu naznačiť svoj predbežný právny názor na vec, ale upravuje iba povinnosti pri vedení pojednávania. Zo samotnej skutočnosti, že súd určitú okolnosť neuvedie výslovne ako spornú, nevyplýva, že by táto okolnosť bola považovaná za nespornú. Namietané nepoužitie rýdzo procesného predpisu § 118 ods. 2 O.s.p. v okolnostiach daného prípadu nemohlo predstavovať opísaný protiprávny zásah do v sťažnosti označených práv sťažovateľky.“

Vo svojom (z časového hľadiska skoršom) uznesení sp. zn. IV. ÚS 326/2012 z 21. júna 2012, ktorým Ústavný súd Slovenskej republiky odmietol sťažnosť sťažovateľa už ale Ústavný súd Slovenskej republiky poukázal na Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 6 Cdo 53/2012 z 21. marca 2012 (s ktorým sa stotožnil) a ktorým Najvyšší súd Slovenskej republiky odmietol dovolanie sťažovateľa ako neprípustné. Podľa právneho názoru Najvyššieho súdu Slovenskej republiky namietané porušenie § 118 ods. 2 O.s.p. prípustnosť dovolania podľa § 237 písm. f) O.s.p. nezakladá. Ak totiž predseda senátu (samosudca) ustanovenie § 118 ods. 2 O.s.p. nedodrží, nemá to žiaden priamy dosah na možnosť vylúčenia účastníka konania z jeho procesných práv, ktoré mu Občiansky súdny poriadok priznáva. Porušenie predmetného zákonného ustanovenia „teda žiadnym spôsobom nediskvalifikuje účastníka napr. v práve zúčastniť sa pojednávania, robiť prednesy, navrhovať dôkazy, vyjadrovať sa k vykonaným dôkazom, v práve na záver pojednávania zhrnúť svoje návrhy, namietat prípadný nesprávny procesný postup prvostupňového súdu v podanom odvolaní a pod. Uvedené pochybenie samo o sebe nezakladá zmätočnosť rozhodnutia a nie je procesnou vadou konania v zmysle § 237 písm. f) O.s.p.“ Zároveň dodal, že porušenie § 118 ods. 2 O.s.p. by mohlo predstavovať len tzv. inú vadu konania podľa § 241 ods. 2 písm. b) O.s.p., ktorá ale sama o sebe nezakladá prípustnosť dovolania a dovolací súd by sa ňou mohol zaoberať len ak by dovolanie bolo prípustné.

5 ZÁVER

Napriek skutočnosti, že rozhodovacia činnosť Ústavného súdu Slovenskej republiky (na rozdiel od Najvyššieho súdu Slovenskej republiky) nie je v prípade porušenia § 118 ods. 2 O.s.p. jednotná, domnievam sa (v súlade s konštantnou judikatúrou Najvyššieho súdu Slovenskej republiky), že ani prípadné porušenie povinnosti ustanovenej predsedovi senátu alebo samosudcovi v ustanovení § 118 ods. 2 O.s.p., podľa ktorej je po začatí pojednávania po prednesoch alebo doplnení svojich návrhov účastníkmi konania a po oznámení výsledku prípravy pojednávania predseda senátu (samosudca) povinný podľa doterajších výsledkov konania uviesť, ktoré právne

⁹ Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. III. ÚS 526/2011 z 23. novembra 2011.

významné skutkové tvrdenia účastníkov je možné považovať za zhodné, ktoré právne významné skutkové tvrdenia zostali sporné a ktoré z navrhnutých dôkazov budú vykonané a ktoré dôkazy súd nevykoná, aj keď ich účastníci navrhli, nespôsobuje existenciu vady podľa § 237 písm. f) O.s.p., t. j. nepredstavuje odňatie možnosti konať pred súdom a nezakladá prípustnosť dovolania.

Porušenie povinnosti ustanovenej predsedovi senátu (samosudcovi) v ustanovení § 118 ods. 2 O.s.p. tak predstavuje len tzv. inú vadu konania podľa § 241 ods. 2 písm. b) O.s.p, ktorá mala za následok nesprávne rozhodnutie vo veci.

Ak totiž predseda senátu (samosudca) zákonné ustanovenie § 118 ods. 2 O.s.p. nedodrží, nemá to žiadny priamy dosah na možnosť vylúčenia účastníka konania z jeho procesných práv, ktoré mu O.s.p. priznáva. Porušenie predmetného ustanovenia žiadnym spôsobom nediskvalifikuje účastníka napr. v práve zúčastniť sa pojednávania, robiť prednesy, navrhovať dôkazy, vyjadrovať sa k vykonaným dôkazom, zhrnúť na záver pojednávania svoje návrhy a pod.

Použitá literatúra:

Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. PL. ÚS 43/95 z 10. septembra 1996
Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. III. ÚS 526/2011 z 23. novembra 2011
Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. IV. ÚS 326/2012 z 21. júna 2012
Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. II. ÚS 121/02 z 12. júla 2012
Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. IV. ÚS 388/2012 z 15. augusta 2012
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 3 Cdo 171/2008 z 21. januára 2009
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 5 Cdo 294/2008 zo 6. mája 2009
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 1 MCdo 14/2010 z 30. novembra 2011
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 6 Cdo 53/2012 z 21. marca 2012
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 1 Cdo 78/2010 z 23. mája 2012
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 2 Cdo 78/2012 z 31. januára 2013
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 4 Cdo 167/2012 z 28. mája 2013
Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 6 Cdo 147/2013 z 28. mája 2013

Kontaktné údaje:

JUDr. Hana Magurová, PhD.
hana.magurova@flaw.uniba.sk
Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave, Katedra ústavného práva
Šafárikovo námestie č. 6
P.O.BOX 313
810 00 Bratislava 1
Slovenská republika

UPLATŇOVANIE PRENESENÉHO DŔKAZNÉHO BREMENA V PRÍPADOCH DISKRIMINÁCIE

Zuzana Magurová

Ústav štátu a práva Slovenská akadémia vied

Abstract: The author analyses in her contribution the institute of shifting the burden of proof in discrimination cases, its concise development and existing legislation at international and national level (including the respective case law). Although the Antidiscrimination Act from the year 2004 took up the regulation of equal treatment from the earlier Labour Code (including the institute of shifting the burden of proof) it did not amend the Civil Procedure Code and thus the regulation of shifting the burden of proof has not been embodied in CPC so far. The author examines to what extent the conception of existing legislation of shifting the burden of proof affects court decisions and formulates her recommendations.

Abstrakt: Autorka v príspevku analyzuje inštitút preneseného dôkazného bremena v prípadoch diskriminácie, jeho stručný vývoj a súčasnú právnu úpravu, tak na medzinárodnej ako aj vnútroštátnej úrovni (vrátane príslušnej judikatúry). Napriek skutočnosti, že Antidiskriminačný zákon z roku 2004 prevzal úpravu rovnakého zaobchádzania zo skoršej právnej úpravy Zákonníka práce (vrátane inštitútu preneseného dôkazného bremena), nenovalizoval Občiansky súdny poriadok, takže úprava preneseného dôkazného bremena doteraz nie je v O.s.p. zakotvená. Autorka skúma do akej miery koncepcia súčasnej právnej úpravy preneseného dôkazného bremena ovplyvňuje rozhodnutia súdov a formuluje svoje odporúčania.

Key words: Equal treatment, discrimination, shifting the burden of proof.

Kľúčové slová: Rovnosť zaobchádzania, diskriminácia, prenesené dôkazné bremeno.

1 PRENESENÉ DŔKAZNÉ BREMENO V JUDIKATÚRE ESD

Prenesené dôkazné bremeno sa zaradilo do európskeho práva v dôsledku judikatúry Súdneho dvora EU¹, týkajúcej sa prípadov rovnakého odmeňovania za rovnakú prácu.² Prax podľa ktorej povinnosť tvrdiť a navrhovať dôkazy na preukázanie svojich tvrdení zaťažuje v prvom rade žalobcu, sa pod vplyvom judikatúry ESD premietla do podoby tzv. dôkazu prima facie. V prípadoch kde žalovaná strana predloží fakty nasvedčujúce diskrimináciu na prvý pohľad, dochádza k preneseniu dôkazného bremena na žalovanú stranu. Ide o výnimku zo všeobecného pravidla, že žalujúca strana musí preukázať svoje tvrdenia. V diskriminačných sporoch sa tak uplatňuje iný princíp dokazovania ako v ostatných súkromnoprávných sporoch. Ak by sa mala všeobecná zásada uplatňovať aj na diskriminačné prípady, dostala by sa tak obeť diskriminačného konania do ťažko riešiteľnej dôkaznej situácie, lebo by musela preukázať nielen tvrdené rozdielne (menej priaznivé)

¹ Po prijatí Lisabonskej zmluvy (podpísaná 13.12.2007, v platnosti od 1.12.2009) sa síce Európsky súdny dvor (ESD) premenoval na Súdny dvor Európskej Únie (SDEÚ), ja však zotrvávam v príspevku na pôvodnom názve, nakoľko všetky citované rozhodnutia týkajúce sa obráteného dôkazného bremena prijal ESD pred účinnosťou Lisabonskej zmluvy.

² Pôvodný článok 119 (čl. 141 ZES, teraz čl. 157 ZFEÚ) Rímskej zmluvy – Zmluvy o založení Európskeho hospodárskeho spoločenstva (EHS), ktorý stanovil zásadu rovnakej odmeny mužom a ženám za rovnakú prácu mal tzv. priamy účinok, sa stal aj základom pre ďalšiu legislatívu Spoločenstva týkajúcu sa rovnosti medzi mužmi a ženami v zamestnaní. Prvými boli Smernica Rady č. 75/117/EHS z roku 1975 o aproximácii práva členských štátov týkajúceho sa aplikácie princípu rovnakého odmeňovania mužov a žien (smernica o rovnom odmeňovaní - equal pay directive) a Smernica Rady č. 76/207/EHS z roku 1976 o postupnom vykonávaní zásady rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami vo veciach súvisiacich s prístupom k zamestnaniu, pracovným postupom a pracovnými podmienkami (smernica o rovnom zaobchádzaní - equal treatment directive).

zaobchádzanie, ale aj diskriminačný dôvod, ktorý viedol diskriminujúceho k tomuto konaniu. Inými slovami by žalujúca strana musela súdu predložiť dôkazy o tom, prečo sa tak stalo, aký bol motív diskriminujúcej osoby, čo je z povahy veci vylúčené.

Uvedomujúc si obmedzené možnosti diskriminovanej osoby preukázať porušenie zákazu diskriminácie, ESD postupne sformuloval pravidlá o dôkaznom bremene, pričom vychádzal zo zásady spravodlivého rozdelenia dôkaznej povinnosti medzi stranami. Dokazovať diskrimináciu (najmä nepriamu) z dôvodu pohlavia v zamestnaneckých pomeroch je vo väčšine prípadov pre zamestnanca/zamestnankyňu takmer nemožné. ESD v prípadoch C 318/86 Komisia vs. Francúzsko³, C 109/88 Danfoss⁴, C 127/92 Enderby⁵, C 400/93 Royal Copenhagen⁶ rozhodol, že pravidlá týkajúce sa dôkazného bremena sa musia zmeniť, a to najmä v prípadoch zrejmej diskriminácie. Dôkazné bremeno musí prejsť na odporcu, pokiaľ žalovaná strana predloží skutočnosti, ktoré nasvedčujú zrejmej diskriminácii. V rozsudku C 109/88 Danfoss ESD uviedol „Ak podniky uplatňujú systém odmeňovania, ktorému chýba transparentnosť, je povinnosťou zamestnávateľa, aby dokázal, že ak pracovníčka dokáže, že vo vzťahu k relatívne veľkému počtu zamestnancov je priemerná odmena žien nižšia ako u mužov, že takáto prax v oblasti miezd nie je diskriminačná“ (Danfoss bod 16). V rozsudku C 127/92 Enderby ESD uviedol „Tam, kde ide prima facie o prípad diskriminácie, je povinnosťou zamestnávateľa, aby dokázal, že pre rozdiel v odmenách existujú objektívne dôvody. Pracovníci by neboli schopní vymôcť zásadu rovnakej odmeny pred vnútroštátnymi súdmi, ak by dôkaz o prima facie prípade diskriminácie nepresunul bremeno dokazovania, že rozdiel v odmenách nie je v skutočnosti diskriminačný, na zamestnávateľa“. (Enderby bod 18). V rozsudku C 400/93 Royal Copenhagen ESD v podstate zrekapituloval svoje stanoviská z predchádzajúcich prípadov nasledovne: „Súd však rozhodol (Enderby), že dôkazné bremeno, ktoré bežne spočíva na žalujúcej strane môže byť v sporoch o diskrimináciu prenesené na zamestnávateľa, pretože inak by bolo zamestnancom, ktorí sa pokladajú za obeť diskriminácie, znemožnené princíp rovnej odmeny účinne presadiť. Podobne, ak sa v podniku využíva systém odmeňovania, v ktorom chýba akákoľvek transparentnosť, je na zamestnávateľovi, aby preukázal, že jeho správanie v záležitostiach odmeňovania nie je diskriminačné, a to ani vtedy, ak dopustí, aby pri relatívne vysokom počte zamestnankýň bol ich priemerný zárobok nižší, ako u mužov (Danfoss). Podobne, ak pravdivé štatistiky odhalia zjavný rozdiel v odmeňovaní medzi dvoma zamestnaniami rovnakej hodnoty, pričom jedno z nich vykonávajú takmer výlučne ženy a druhé muži, článok 119 zmluvy vyžaduje, aby zamestnávateľ preukázal, že tento rozdiel je založený na objektívne odôvodnených faktoroch bez vzťahu k akejkolvek diskriminácii na základe pohlavia (Enderby).“ (Royal Copenhagen bod 24).

2 ÚPRAVA PRENESENÉHO DÔKAZNÉHO BREMENA V EURÓPSKEJ LEGISLATÍVE

Po rozhodnutí vo veci Danfoss nasledovalo prijatie smernice Rady 97/80/ES o dôkaznom bremene v prípadoch diskriminácie na základe pohlavia, ktorý prvý krát kodifikovala pravidlá o prenesenom dôkaznom bremene a prvý krát definovala pojem nepriamej diskriminácie. Rada vychádzala zo skutočnosti, že žalujúce strany by mohli byť zbavené akýchkoľvek účinných prostriedkov na presadenie zásady rovnakého zaobchádzania pred vnútroštátnymi súdmi, ak by zavedenie dôkazov o zjavnej diskriminácii neuválilo na žalovanú stranu bremeno dokazovania, ktoré by preukázalo, že jej praktiky nie sú v skutočnosti diskrimináciou a je oveľa ťažšie dokázať nepriamu diskrimináciu. Nakoľko ESD rozhodol, že pravidlá o dôkaznom bremene sa musia prispôbiť tam, kde ide na prvý pohľad o prípad diskriminácie a je predložený dôkaz o takejto diskriminácii, dôkazné bremeno sa musí presunúť späť na obžalovaného, aby bola zásada rovnakého zaobchádzania uplatňovaná efektívne, pristúpila Rada k nasledovnej úprave dôkazného bremena v čl. 4.ods.1 „Členské štáty prijímú v súlade so svojimi vnútroštátnymi súdnymi systémami také nevyhnutné opatrenia, ktorými sa zaistí, že ak osoby, ktoré sa považujú za poškodené tým, že v ich prípade nebola uplatnená zásada rovnakého zaobchádzania, uvedú pred súdom alebo iným

³ Rozsudok Európskeho súdneho dvora zo dňa 30. júna 1988, C 318/86, ECR 3559 (Commission/France).

⁴ Rozsudok Európskeho súdneho dvora zo dňa 17. októbra 1989, C 109/88, ECR 3199 (Handels – og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening).

⁵ Rozsudok Európskeho súdneho dvora zo dňa 27. októbra 1993, C 127/92, ECR 5535 (Dr. Pamela M. Enderby/Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health).

⁶ Rozsudok Európskeho súdneho dvora zo dňa 31. mája 1995, C 400/93, ECR 1275 (Specialarbejderforbundet i Danmark/Dansk Industri).

príslušným orgánom skutočnosti, z ktorých možno odvodiť, že došlo k priamej alebo nepriamej diskriminácii, bude na odporcovci dokázať, že nedošlo k porušeniu zásady rovnakého zaobchádzania.“

Ako nevyhnutný predpoklad dosiahnutia efektívnej súdnej ochrany v prípadoch diskriminácie sa koncept preneseného dôkazného bremena stal súčasťou aj rasovej smernice 2000/43/ES⁷, rámcovej smernice 2000/78/ES⁸ a smernice v prepracovanom znení 2006/54/ES⁹, čím sa tak rozšíril aj na ďalšie dôvody ako je rasa, vek, zdravotné postihnutie. Formulácia týkajúca sa presunu dôkazného bremena v uvedených smerniciach je takmer totožná.

K preneseniu dôkazného bremena nedochádza automaticky s vyhlásením sťažovateľa/sťažovateľky, že bol/a diskriminovaný/á. Nastáva až keď žalujúca strana predloží fakty, ktoré nasvedčujú diskrimináciu na prvý pohľad (prima facie).

3 PRENESENÉ DÔKAZNÉ BREMENO V SLOVENSKEJ PRÁVNEJ ÚPRAVE

Vyššie spomínané smernice sa premietli do nášho občianskeho súdneho konania ohľadne dôkazného bremena v sporoch, kde osoby tvrdia, že voči nim došlo k priamej či nepriamej diskriminácii v Zákonníku práce (§ 13 ods. 7 zákona č. 311/2001 Z.z.) s účinnosťou od 1. apríla 2002, neskôr od 1. júla 2004 v antidiskriminačnom zákone (§ 11 ods. 2 zákona č. 365/2004 Z.z.). Pôvodne sa v návrhu antidiskriminačného zákona počítalo aj s novelou občianskeho súdneho poriadku, ale na koniec sa od tejto myšlienky odstúpilo.

V § 13 Zákonník práce zakotvil, že zamestnancom patria práva vyplývajúce z pracovnoprávných vzťahov bez akýchkoľvek obmedzení a priamej alebo nepriamej diskriminácie podľa pohlavia, manželského stavu a rodinného stavu, rasy, atď. S cieľom uľahčenia uplatnenia práva zamestnanca na rovnaké zaobchádzanie ukladal zamestnávateľovi povinnosť preukázať, že nedošlo k porušeniu princípu rovnakého zaobchádzania.

Antidiskriminačný zákon (§ 11 ods. 2) pôvodne znel „Žalovaný je povinný preukázať, že neporušil zásadu rovnakého zaobchádzania, ak žalobca predloží súdu dôkazy, z ktorých možno dôvodne usudzovať, že k porušeniu zásady rovnakého zaobchádzania došlo. V tomto ustanovení sa použil nesprávny preklad anglického znenia pojmu „facts“ použitých v príslušných antidiskriminačných smerniciach, čím dochádzalo k oslabeniu postavenia žalobcu v konaniach vo veci porušenia zásady rovnakého zaobchádzania. Novelou sa neskôr pôvodné spojenie „...ak žalobca predloží súdu dôkazy...“ zmenilo na spojenie „...ak žalobca oznámi súdu skutočnosti...“ odstránila chybu v preklade.¹⁰

Na rozdiel od Slovenska v českej právnej úprave sa transpozícia smerníc ohľadne preneseného dôkazného bremena premietla priamo do občianskeho súdneho poriadku, konkrétne

⁷ Čl.8 smernice Rady 2000/43/ES z 29. júna 2000, ktorou sa zavádza zásada rovnakého zaobchádzania s osobami bez ohľadu na rasový alebo etnický pôvod

⁸ Čl.10 smernice Rady 2000/78/ES z 27. novembra 2000, ktorá ustanovuje všeobecný rámec pre rovnaké zaobchádzanie v zamestnaní a povolani

⁹ Čl.19 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2006/54/ES o vykonávaní zásady rovnosti príležitostí a rovného zaobchádzania s mužmi a ženami vo veciach zamestnanosti a povolania (prepracované znenie), ktorá zastrešuje viacero oblastí rovného zaobchádzania a zároveň nahradila niekoľko rôznych smerníc, ktoré ich upravovali v minulosti, medzi nimi aj o rovnom odmeňovaní - 75/117/EHS, o rovnom zaobchádzaní 76/207/EHS a smernicu, ktorá ju revidovala - 2002/73/ES

¹⁰ § 11 Antidiskriminačného zákona (s účinnosťou od 1.4.2008 (na zklade zákona č.85/2008 Z.z.)

(1) Konanie vo veciach súvisiacich s porušením zásady rovnakého zaobchádzania sa začína na návrh osoby, ktorá namieta, že jej právo bolo dotknuté porušením zásady rovnakého zaobchádzania (ďalej len „žalobca“). Žalobca je povinný v návrhu označiť osobu, o ktorej tvrdí, že porušila zásadu rovnakého zaobchádzania (ďalej len „žalovaný“).

(2) Žalovaný je povinný preukázať, že neporušil zásadu rovnakého zaobchádzania, ak žalobca oznámi súdu skutočnosti, z ktorých možno dôvodne usudzovať, že k porušeniu zásady rovnakého zaobchádzania došlo.

(3) Na konanie vo veciach súvisiacich s porušením zásady rovnakého zaobchádzania sa vzťahuje Občiansky súdny poriadok, ak tento zákon neustanovuje inak

o § 133a v eurokomfornej dikcii že „žalobce uvede pred súdom skutočnosti, ze ktorých lze dovodiť, že ze strany žalovaného došlo k priáme alebo nepriáme diskriminácii.“¹¹

4 UPLATŇOVANIE PRENESENÉHO DÔKAZNÉHO BREMENA SLOVENSKÝMI SÚDMI

Napriek skutočnosti, že zásada preneseného dôkazného bremena nie je upravená v občianskom súdnom poriadku, postupne ju začínajú súdy začať uplatňovať. Prvé dva prípady súdy rozhodovali v roku 2003 ešte pred účinnosťou Antidiskriminačného zákona, podľa právnej úpravy v Zákonníku práce a týkali sa diskriminácie na základe pohlavia. Výhodou bolo, že úprava preneseného dôkazného bremena bola obsiahnutá priamo v Zákonníku práce. Navyše v prípade sestričiek na materskej dovolenke išlo o prípady neplatného ukončenia pracovného pomeru a tieto neboli v dôkaznej núdzi, lebo zamestnávateľ flagrantne porušil svoje povinnosti a konal aj v rozpore s dobrými mravmi. Dá sa povedať, že konštatovanie, že šlo o nepriamu diskrimináciu z dôvodu materstva a že zamestnávateľ neuniesol dôkazné bremeno možno považovať za veľmi prínosnú „pridanú hodnotu“ odôvodnenia rozsudku.

4.1 Rozsudok Najvyššieho súdu SR z 28. mája 2003, sp. zn. 4 Cdo 39/03

Najvyšší súd SR prvý krát poukázal na ustanovenie týkajúce sa obráteného dôkazného bremena v tom čase obsiahnutom v Zákonníku práce v jednom zo svojich prvých „diskriminačných rozhodnutí“. Súd rozhodoval na základe dovolania zamestnankyne, ktorej zamestnávateľ doručil oznámenie o skončení pracovného pomeru, pretože v určenom čase nezložila sľub v zmysle zákona o verejnej službe č. 313/2001 Z.z. Zamestnankyňa bola v čase zmeny pracovného pomeru na verejnú službu na materskej dovolenke. Zamestnávateľ – nemocnica s poliklinikou - informoval svojich zamestnancov o termíne zloženia sľubu prostredníctvom vývesnej tabule na pracovisku. Keďže sa zamestnankyňa na materskej dovolenke o tomto dátume nedozvedela, nesplnila podľa zamestnávateľa povinnosť stanovenú zákonom a jej pracovný pomer musel byť ukončený. Okresný súd vo Veľkom Krtíši určil na základe žaloby zamestnankyne, že pracovný pomer sa neskončil a naďalej trvá, pretože zamestnávateľ nevytvoril zamestnankyni dostatočné podmienky na to, aby svoju povinnosť mohla splniť. Krajský súd v Banskej Bystrici však v odvolacom konaní rozsudok zmenil a žalobu zamietol. Najvyšší súd Slovenskej republiky na základe dovolania zamestnankyne rozsudok Krajského súdu zrušil a vec vrátil na ďalšie konanie.

Vo svojom odôvodnení NS SR uviedol, že bolo povinnosťou zamestnávateľa oznámiť termín konania sľubu žalobkyni písomne a doručiť ho do vlastných rúk a relevantným spôsobom tak umožniť žalovanej zložiť sľub. Postup žalovaného vo vzťahu k žalobkyni považoval aj za diskriminačný. Žalovaný znevýhodnil určitú skupinu svojich zamestnankyň, ktoré boli na materskej alebo rodičovskej dovolenke tým, že na rozdiel od ostatných zamestnancov, ich neinformoval o termíne zloženia sľubu a o zmene ich pracovno-právneho vzťahu. Postupoval tak v rozpore so zákazom diskriminácie, ktorý bol v tom čase upravený v § 13 Zákonníka práce. Postup žalovaného nebol navyše ani v súlade s dobrými mravmi, keď žalovaný zneužil svoje právo na škodu druhého účastníka pracovnoprávneho vzťahu. NS SR poukázal aj na to, že v zmysle § 13 ods. 5 vety druhej Zákonníka práce, je zamestnávateľ v prípade nedodržania podmienok ustanovených v odsekoch 1 až 3 povinný preukázať, že nedošlo k porušeniu princípu rovnakého zaobchádzania.

¹¹ § 133a zákona č. 99/1963 Sb. Občanský soudní řád v znení neskorších predpisov: „Pokud žalobce uvede před soudem skutečnosti, ze kterých lze dovodiť, že ze strany žalovaného došlo k přímé nebo nepřímé diskriminaci

a) na základě pohlaví, rasového nebo etnického původu, náboženství, víry, světového názoru, zdravotního postižení, věku anebo sexuální orientace v oblasti pracovní nebo jiné závislé činnosti včetně přístupu k nim, povolání, podnikání nebo jiné samostatné výdělečné činnosti včetně přístupu k nim, členství v organizacích zaměstnanců nebo zaměstnavatelů a členství a činnosti v profesních komorách,

b) na základě rasového nebo etnického původu při poskytování zdravotní a sociální péče, v přístupu ke vzdělání a odborné přípravě, přístupu k veřejným zakázkám, přístupu k bydlení, členství v zájmových sdruženích a při prodeji zboží v obchodě nebo poskytování služeb, nebo

c) na základě pohlaví při přístupu ke zboží a službám, je žalovaný povinen dokázat, že nedošlo k porušení zásady rovného zacházení.“

4.2 Rozsudok Okresného súdu vo Zvolene z 11. júna 2003, sp. zn. 7 C 190/02

V ďalšom medializovanom "diskriminačnom" rozhodnutí prvostupňový súd uplatnil obrátené dôkazné bremeno, keď od žalovanej strany požadoval preukázať, že voči navrhovateľke nepostupovala diskriminačne.

V pracovnoprávnom spore bola žalobkyňou, vedecko-výskumná pracovníčka s vyše 20-ročnou praxou v odbore lesníctva. Žalobou o neplatnosť zmeny personálneho zabezpečenia projektu podľa vtedy platnej úprav obsiahnutej v §13 ZP o zákaze priamej diskriminácie sa dožadovala určenia neplatnosti jej odvolania z postu riešiteľky projektu a náhrady nemajetkovej ujmy.

Podľa nej zamestnávateľ, tým, že ju vylúčil z miesta riešiteľky (koordinátorky) schváleného projektu, porušil zásadu rovnakého zaobchádzania formou priamej diskriminácie. Zamestnávateľ o personálnej zmene po realizácii projektu rozhodol bez konzultácie s ňou, a na jej miesto zaradil zamestnanca (muža) s nižšou kvalifikáciou a s menšími skúsenosťami. V dôsledku zmeny personálneho obsadenia projektu došlo u žalobkyne k zníženiu odmeny za prácu.

Zamestnávateľ, tvrdil, že zásadu rovnakého zaobchádzania neporušil, lebo rozhodnutie o zmene riešiteľa projektu bolo len reakciou na zmenu pracovného kolektívu uvedeného v návrhu projektu (jedna spoluriešiteľka zomrela, druhá odišla na materskú dovolenku, ďalší spoluriešiteľ bol vyslaný na stáž do zahraničia) a na zmenu jeho ďalších úloh počas obdobia od podania návrhu projektu až do plánovanej realizácie. Rozhodnutie o zmene personálneho obsadenia projektu odôvodnil žalovaný aj údajnou pracovnou zaťaženosťou žalobkyne.

Súd rozhodol na základe §152 ods.2 O. s. p. medzitýmym rozsudkom o tom, že zmena personálneho obsadenia projektu je neplatná z dôvodu porušenia zásady rovnakého zaobchádzania.

V odôvodnení súd odvolávajúc sa na ustanovenie §13. Ods.5 druhá veta Zákonníka práce (je povinnosťou zamestnávateľa preukázať, že nedošlo k porušeniu princípu rovnakého zaobchádzania), poukázal na to, že v rámci dokazovania žalovaný nepreukázal, že nedošlo k porušeniu princípu rovnakého zaobchádzania so žalobkyňou. Žalovaný nepreukázal, že k výmene žalobkyne v riešiteľskom kolektíve došlo z objektívnych dôvodov. Žalovaný nepreukázal súdu, prečo žalobkyňa, ako odborníčka pre túto činnosť, bola z riešenia projektu vylúčená. Spôsob, akým bola žalobkyňa vylúčená z riešenia projektu nesvedčí o zachovaní prístupu rovnakého zaobchádzania a nebolo zo strany žalovaného preukázané, že šlo o rozhodnutie nevyhnutné a že by bolo ospravedliteľné objektívnymi skutočnosťami.

Ďalšie rozhodnutia, v ktorých súdy uplatnili prenesené dôkazné bremeno sa týkali prípadov rasovej diskriminácie a boli rozhodnuté po prijatí antidiskriminačného zákona. V odôvodneniach sa odráža aj zmena dikcie antidiskriminačného zákona v § 11 ods. 2 z pôvodného spojenia „...ak žalobca predloží súdu dôkazy...“ na spojenie „...ak žalobca oznámi súdu skutočnosti...“ s účinnosťou od 1.4.2008.

4.3 Rozsudok Okresného súdu Dunajská Streda z 2006, sp. zn. 9 C 129/2006

Čiastočne sa konceptu preneseného dôkazného bremena venoval aj Okresný súd v Dunajskej Strede v diskriminačnom prípade na základe pohlavia. Súd rozhodoval na základe žaloby navrhovateľky, ktorú zamestnávateľ po tom ako sa dozvedel o jej tehotenstve odvolal z funkcie zástupkyne riaditeľky a znížil jej plat. Navrhovateľka považovala jednostranný úkon odporcu o zmene pracovnej zmluvy a znížení platu za neplatný. Zároveň namietala nepriamu diskrimináciu z dôvodu tehotenstva, keď odporca navonok neutrálnymi rozhodnutiami a prácou znevýhodňoval navrhovateľku v porovnaní so situáciou pred jej tehotenstvom. Správanie sa odporcu malo pre navrhovateľku závažné následky nielen v oblasti materiálnej ale aj spoločenskej, pretože vo všeobecnosti vzbudzovalo dojem o jej neodbornosti a nespôsobilosti zastávať funkciu zástupkyne riaditeľky a plnenia si povinností vyplývajúcich z pracovnej zmluvy. Tým bola značne znížená jej dôstojnosť pedagogičky, spoločenská vážnosť ako aj spoločenské uplatnenie. Prvostupňový súd sa stotožnil s jej návrhom, postup odporcu považoval za neprimeraný a uložil odporcovi zaplatiť navrhovateľke vyčíslenú náhradu škody, z titulu nemajetkovej ujmy pre nepriamu diskrimináciu v tehotenstve 40 000,-Sk a vyčíslenú náhradu trov konania. Súd spochybnil platnosť odvolania navrhovateľky z funkcie zástupkyne riaditeľa školy z dôvodu, že odporca nepreukázal, že prestala spĺňať predpoklady alebo požiadavky pre výkon tejto funkcie a nepreukázal vážne nedostatky v jej práci.

Krajský súd (sp. zn. 10Co 133/2007, 10Nc13/2007 zo 6. Marca 2008) rozsudkom na základe odvolania odporcu rozsudok súdu prvého stupňa vo výrokoch o povinnosti zaplatiť náhradu škody

a určení, že odporca konal v rozpore so zásadou rovnakého zaobchádzania, znevýhodňovaním navrhovateľky z dôvodu jej tehotenstva potvrdil a vo výroku o povinnosti zaplatiť nemajetkovú ujmu zmenil tak, že návrh v tejto časti zamietol. Zároveň zrušil rozsudok v časti o povinnosti zaplatiť súdny poplatok a žiadnemu z účastníkov nepriznal náhradu trov konania. Stotožnil sa so záverom súdu prvého stupňa, že v konaní boli preukázané skutočnosti, z ktorých bolo možné vyvodiť, že došlo k nepriamej diskriminácii navrhovateľky a odporca dôkaznú povinnosť na preukázanie, že nedošlo k porušeniu zásady rovnakého zaobchádzania neunesol. Podľa odvolacieho súdu však v konaní nebolo navrhovateľkou dostatočne preukázané, že by bola značným spôsobom znížená jej dôstojnosť, spoločenská vážnosť alebo spoločenské uplatnenie.

Najvyšší súd SR (Uznesenie 2 Cdo 183/2008 z 29. septembra 2009) na základe dovolania navrhovateľky rozsudok krajského súdu v napadnutej časti, vo výroku, ktorým rozsudok okresného súdu vo výroku o povinnosti zaplatiť nemajetkovú ujmu, zmenil tak, že v tejto časti zamietla a v nadväzujúcom výroku o trovách konania zrušuje vec v rozsahu zrušenia vracia krajskému súdu na ďalšie konanie. Odvolací súd totiž z dokazovania vykonaného súdom prvého stupňa vyvodil odlišné skutkové zistenia a na ich základe aj právne závery, ako súd prvého stupňa bez toho, aby vo veci vykonal potrebné dokazovanie.

4.4 Uznesenie Krajského súdu v Košiciach z 25. októbra 2007, sp. zn. 2Co/430/2006

Krajský súd v odôvodnení zdôraznil, že pri rozhodovaní o predmetnom nároku je potrebné prihliadať na to, že v konaní podľa antidiskriminačného zákona platí zásada tzv. obráteného dôkazného bremena, kde je ten, koho poškodená osoba žaluje, povinný preukázať, že k porušeniu zásady rovnakého zaobchádzania nedošlo. Postačí, ak poškodený uvedie pred súdom dôkazy, z ktorých možno usudzovať, že došlo k porušeniu zásady rovnakého zaobchádzania. Poškodený v súdnom konaní musí nielen tvrdiť, ale i preukázať, že s nim nebolo zaobchádzané obvyklým, teda neznevýhodňujúcim spôsobom. Ak nepreukáže toto tvrdenie, nemôže v konaní uspieť. Ďalej potom musí poškodený tvrdiť, že neznevýhodňujúce zaobchádzanie bolo motivované na základe rasového alebo aj etnického pôvodu. Tuto motiváciu preukazovať nemusí, tá sa v prípade dôkazu odlišného zaobchádzania predpokladá, je však vyvrátiteľná, ak sa preukáže (dokazovaním) opak. Požiadavka, aby strana žalujúca musela preukazovať, že bola diskriminovaná práve a výlučne pre svoj rasový (etnický) pôvod a nie z dôvodu iného je celkom zjavne nesplniteľná, lebo preukázať motiváciu (pohnútku) žalovanej strany je z povahy veci vylúčené.

4.5 Uznesenie Najvyššieho súdu SR z 21. januára 2009, sp. zn. 3 Cdo 171/2008

Žalobca z dôvodu okamžitého skončenia pracovného pomeru žalobou na ochranu osobnosti z roku 2003, následne doplnenou v roku 2006 a rozšírenou v roku 2007 namietal porušenie práva na rovnaké zaobchádzanie v rámci pracovnoprávných vzťahov a uplatnil si ochranu práv okrem § 11 a nasl. Občianskeho zákonníka aj na základe § 13 ods. 5 Zákonníka práce a § 9 ods. 11 zákona č. 365/2004 Z.z. antidiskriminačného zákona. V prejednávanej veci súd prvého stupňa v súlade s § 13 Zákonníka práce účinného do 30. júna 2004 a zákona č. 365/2004 Z.z. (účinného od 1. júla 2004) skúmal tvrdenia žalobcu, podľa ktorých sa mala žalovaná strana dopúšťať konania, z ktorého je možné vyvodiť prejav diskriminácie voči jeho osobe, a to pre jeho rómsky pôvod. Po vykonanom dokazovaní a vyhodnotení skutkových zistení dospel súd prvého stupňa k záveru, že žalovaná strana sa nedopustila porušenia zásady rovnakého zaobchádzania, čím by došlo k priamej alebo nepriamej diskriminácii žalobcu, preto sa nemôže považovať za poškodeného tak, ako to predpokladá účel právnej úpravy obsiahnutej v § 13 Zákonníka práce. Konflikty medzi žalobcom a riaditeľom školy mali výhradne pracovnoprávny charakter, z ich obsahu nie je zrejmy žiaden prvok priamej alebo nepriamej diskriminácie. Svedeckými výpoveďami bolo potvrdené, že riaditeľ školy od všetkých učiteľov rovnako žiadal plnenie si pracovných povinností. Na škole už viac rokov pôsobiaci rómska asistentka uviedla, že sa nikdy nestretla so žiadnym diskriminačným správaním či už voči sebe alebo žalobcovi. Žalobca poukazoval na potrebu prenesenia dôkazného bremena na žalovaného v zmysle § 13 ods. 7 Zákonníka práce, resp. § 11 ods. 2 zákona č. 365/2004 Z.z., ktorým bola do vnútroštátneho poriadku transformovaná Smernica Rady 2000/43/ES. Žalobca však v súdnom konaní nepreukázal žiadne skutočnosti, z ktorých by bolo možné odvodiť, že došlo k jeho priamej alebo nepriamej diskriminácii. Za túto skutočnosť nemožno považovať len subjektívny pocit žalobcu, že sa cíti byť diskriminovaný. Vzhľadom na uvedené súd Okresný súd Galanta rozsudkom z 26. apríla 2007, č.k. 8 C/14/2003-227 žalobu zamietol žalobu ako nedôvodnú zamietol.

Na odvolanie žalobcu Krajský súd v Trnave rozsudkom z 27. novembra 2007, sp. zn. 10 Co 126/2007 rozsudok okresného súdu potvrdil. V celom rozsahu sa stotožnil so skutkovými zisteniami a závermi súdu prvého stupňa o nedôvodnosti nároku žalobcu z dôvodu neexistencie neoprávnených zásahov do jeho osobnosti, ako aj nepreukázania porušenia zásad rovnakého zaobchádzania.

Proti tomuto rozsudku odvolacieho súdu podal žalobca dovolanie z obsahu ktorého možno vyvodiť, že k odňatiu možnosti konať pred súdom malo podľa jeho názoru dôjsť predovšetkým nerešpektovaním inštitútu „obráteneho dôkazného bremena“.

Vo svojom rozhodnutí NS SR uviedol, že v prípade vnútroštátnej právnej úpravy obsiahnutej v § 13 ods. 7 Zákonníka práce a § 11 ods. 2 antidiskriminačného zákona platí, že dôkazné bremeno neťaží len a výlučne žalovanú stranu, ale ťaží aj žalobcu. Žalobca musí prioritne uniesť dôkazné bremeno ohľadne skutočností, z ktorých možno odvodiť, že došlo k priamej alebo nepriamej diskriminácii, resp. zásady rovnakého zaobchádzania. Žalobca musí tvrdiť a zároveň aj predložiť také dôkazy (uniesť dôkazné bremeno), z ktorých možno dôvodne usúdiť, že k porušeniu zásady rovnakého zaobchádzania došlo. Súčasne musí tvrdiť, že pohnútkou diskriminačného konania je jeho rasa, či etnická príslušnosť (pôvod). Až následne sa presúva dôkazné bremeno na žalovanú stranu, ktorá má právo preukazovať svoje tvrdenia, že neporušila zásadu rovnakého zaobchádzania. Uvedenú postupnosť prechodu dôkazného bremena zo žalobcu na žalovaného je potrebné pokladať za zrejmu a nespornú. To, či žalobca v takomto spore unesie svoje dôkazné bremeno záleží od výpovednej hodnoty ním predložených dôkazných prostriedkov.

Strana žalobcu je preto na prvom mieste povinná preukázať „zásah na prvý pohľad“ (prima facie), nepostačuje iba samotné tvrdenie žalobcu, či jeho vnútorné presvedčenie alebo vlastný pocit o takomto zásahu. Z uvedeného potom vyplýva, že predložené dôkazné prostriedky by mali mať takú výpovednú hodnotu, aby preukazovali existujúce objektívne okolnosti daného prípadu, pri ktorých bude možné už na prvý pohľad (prima facie) prijať záver o porušení zásady rovnakého zaobchádzania (t.j. o zásahu). Zároveň musí žalobca tvrdiť, že k nerovnakému zaobchádzaniu došlo v dôsledku pohnútky žalovaného o rasovej, či etnickej príslušnosti žalobcu; pohnútku (resp. motív) konania žalovaného žalobca nedokazuje. Ak žalobca nepreukáže, že s ním bolo zaobchádzané neobvyklým spôsobom, teda znevýhodňujúcim spôsobom (t.j. diskriminačne), nemôže byť v spore úspešný.

Len samotný pocit, či vnútorné presvedčenie žalobcu nemožno bez ďalšieho považovať na prvý pohľad (prima facie) za záver o porušení zásady rovnakého zaobchádzania. Podľa záverov prvostupňového i odvolacieho súdu žalobcom predložené listiny z objektívneho hľadiska nepreukazujú také okolnosti, z ktorých by bolo možné dôvodne usudzovať na prvý pohľad, že došlo k porušeniu zásady rovnakého zaobchádzania. K presunu dôkazného bremena nepostačuje fakt, že žalobca sa hlási k rómskemu etniku a bol žalovanou upozorňovaný i sankcionovaný za nedodržiavanie pracovnej disciplíny, bolo potrebné, aby žalobca svoje tvrdenia podložil ďalšími dôkazmi preukazujúcimi nerovnaké zaobchádzanie. Ak žalobca neunesol dôkazné bremeno, nemohol byť v spore úspešnou stranou. Za tohto procesného stavu nemožno považovať za relevantnú námietku žalobcu o nerešpektovaní obráteneho dôkazného bremena súdmi.

4.6 Uznesenie Krajského súdu v Košiciach zo dňa 18. marca 2010, sp. zn. 1Co/334/2008

Pre konanie vo veciach súvisiacich s porušením zásady rovnakého zaobchádzania podľa ust. § 9 ADZ platí princíp preneseného bremena (...). Tento princíp znamená, že žalobca nemusí tvrdenú diskrimináciu (porušenie zásady rovnakého zaobchádzania) preukazovať s istotou, resp. bez akýchkoľvek pochybností, ale stačí určitá miera pravdepodobnosti (zjavná, resp. zrejme diskriminácia na prvý pohľad – prima facie case of discrimination). Od toho okamihu ako nastane prima facie dôkaz o diskriminácii, sa potom dôkazné bremeno prenáša na žalovaného, ktorý musí preukázať, že zásadu rovnakého zaobchádzania neporušil. Moment kedy dôjde k preneseniu dôkazného bremena, závisí od okolností každého prípadu; potom už ale žalovaný musí preukázať, že jeho prax nebola diskriminačná a ak bola rozdielna, tak musí preukázať, že pre rozdielne zaobchádzanie existovali objektívne dôvody.

4.7 Uznesenie Najvyššieho súdu SR z 3. októbra 2011, sp. zn. 5 Cdo 10/2011

Súd rozhodoval na základe dovolania žalobcov v I. až 5. rade proti rozsudku Krajského súdu v Prešove z 29. septembra 2009, sp. zn. 12 Co 36/2009, ktorým na odvolanie žalovanej zmenil rozsudok Okresného súdu Vranov na Topľou rozsudkom z 20. marca 2009, č.k. 4 C 70/2006-214. Ten určil, že konaním žalovanej zo dňa 23. novembra 2005 voči žalobcom v I. až 5.

rade došlo k porušeniu zásady rovnakého zaobchádzania a žalobcovia v 1. až 5. rade tým boli vystavení priamej diskriminácii na základe ich etnického pôvodu. Uložil žalovanej uviesť do 30 dní od nadobudnutia právoplatnosti rozsudku, formou platenej inzercie ospravedlňujúci text a zaplatiť žalobcom v 1. až 5. rade nemajetkovú ujmu vo výške po 165,97 € (5.000,- Sk) každému z nich, a to v lehote 3 dní od právoplatnosti rozsudku. Dôkazná povinnosť bola podľa právneho názoru súdu prvého stupňa na strane žalovanej, ktorá dôkazné bremeno v odôvodnenom odmietnutí poskytnutia služieb žalobcom neunesla.

V odôvodnení NS uviedol, že v procese dokazovania vo všeobecnosti platí, že účastník konania má povinnosť tvrdenia (bremeno tvrdenia) a dôkaznú povinnosť (dôkazné bremeno). Dôkazné bremeno je inštitútom procesného práva, ktoré dopadá na toho účastníka, v záujme ktorého je, aby určitá skutočnosť, rozhodná podľa hmotného práva a účastníkom tvrdená, bola v konaní preukázaná, teda aby ju súd uznal za pravdivú.

Smernica Rady EÚ 2000/43/EC z 29. júna 2000 sa premietla do Občianskeho súdneho konania Slovenskej republiky ohľadne dôkazného bremena v sporoch, kde osoby tvrdia, že voči ním došlo k priamej či nepriamej diskriminácii od 1. júla 2004 aj zákonom o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou (§ 11 ods. 2 zákona č. 365/2004 Z.z. v znení neskorších predpisov - antidiskriminačný zákon)

V prípade vnútroštátnych právnych úprav (vrátane § 11 ods. 2 antidiskriminačného zákona) platí, že dôkazné bremeno neťaží len a výlučne žalovanú stranu, ale ťaží aj žalobcu. Žalobca musí prioritne uniesť dôkazné bremeno ohľadne skutočností, z ktorých možno odvodiť, že došlo k priamej alebo nepriamej diskriminácii, resp. zásady rovnakého zaobchádzania. Žalobca musí tvrdiť a zároveň aj predložiť také dôkazy (uniesť dôkazné bremeno), z ktorých možno dôvodne usúdiť, že k porušeniu zásady rovnakého zaobchádzania došlo. Súčasne musí tvrdiť, že pohnútkou diskriminačného konania je jeho rasa, či etnická príslušnosť (pôvod). Až následne sa presúva dôkazné bremeno na žalovanú stranu, ktorá má právo preukazovať svoje tvrdenia, že neporušila zásadu rovnakého zaobchádzania. Uvedenú postupnosť prechodu dôkazného bremena zo žalobcu na žalovaného je potrebné pokladať za zrejmu a nespornú. To, či žalobca v takomto spore unesie svoje dôkazné bremeno, záleží od výpovednej hodnoty ním predložených dôkazných prostriedkov. Strana žalobcu je preto na prvom mieste povinná preukázať „zásah na prvý pohľad“ (prima facie), nepostačuje iba samotné tvrdenie žalobcu, či jeho vnútorné presvedčenie alebo vlastný pocit o takomto zásahu. Z uvedeného potom vyplýva, že predložené dôkazné prostriedky by mali mať takú výpovednú hodnotu, aby preukazovali existujúce objektívne okolnosti daného prípadu, pri ktorých bude možné už na prvý pohľad (prima facie) prijať záver o porušení zásady rovnakého zaobchádzania (t.j. o zásahu). Zároveň musí žalobca tvrdiť, že k nerovnakému zaobchádzaniu došlo v dôsledku pohnútky žalovaného o rasovej, či etnickej príslušnosti žalobcu; pohnútku (resp. motív) konania žalovaného žalobca nedokazuje. Ak žalobca nepreukáže, že s ním bolo zaobchádzané neobvyklým spôsobom, teda znevýhodňujúcim spôsobom (t.j. diskriminačne), nemôže byť v spore úspešný. Najvyšší súd Slovenskej republiky vzhľadom na zistené vady konania v zmysle § 237 písm. f/ O.s.p rozsudok odvolacieho súdu zrušil a vec mu vrátil na ďalšie konanie.

5 ZÁVER

Za slabú stránku antidiskriminačného zákona sa okrem nesprávneho prekladu, často krát považovala aj skutočnosť, že priamo nenovelizuje občiansky súdny poriadok. Možnosť prenesenia dôkazného bremena na žalovaného je upravená len v antidiskriminačnom zákone, ktorý má rovnakú právnu silu ako občiansky súdny poriadok. Súdny sa z toho dôvodu môžu pridŕžovať 'len' procesného predpisu a vyhnúť sa aplikácii ustanovenia obsiahnutom v antidiskriminačnom zákone. Neuplatňovanie zásady preneseného dôkazného bremena zo strany niektorých súdov tieto najčastejšie odôvodňovali práve skutočnosťou, že táto procesná zásada nie je upravená v občianskom súdnom poriadku, ako je to napr. v Českej republike. V praxi sa tak zo začiatku stávalo, že diskriminované osoby boli v dôsledku chýbajúcich dôkazov vo veľkom počte prípadov na súde neúspešné.

Ako poukazujú rozhodnutia súdov situácia sa postupne zlepšuje. Z citovaných rozsudkov vyplýva, že keď súdy uplatňujú prenesené dôkazné bremeno, aplikujú ho v súlade so smernicami aj judikatúrou ESD. K zlepšeniu situácie zrejme prispela aj zmena ustanovenia § 11 ods.2 antidiskriminačného zákona z pôvodného spojenia „...ak žalobca predloží súdu dôkazy...“ na spojenie „...ak žalobca oznámi súdu skutočnosti...“.

Úprava preneseného dôkazného bremena aj v občianskom súdnom poriadku, by však mohla byť ďalším krokom k lepšej vymožitelnosti súdnej ochrany pred nerovným zaobchádzaním. Na podporu uvedeného stanoviska môže poslúžiť aj nález Ústavného súdu ČR zo dňa 26. apríla 2006, publikovaný pod č. 419/2006 Sb., ktorým bol zamietnutý návrh na zrušenie ustanovenia § 133a ods. 2 zákona č. 99/1963 Sb., občiansky súdny poriadok.

Príspevok bol spracovaný na základe podpory Agentúry na podporu výskumu a vývoja na základe zmluvy č. APVV-0340-10

Použitá literatúra:

- Rozsudok Európskeho súdneho dvora zo dňa 30. júna 1988, C 318/86, ECR 3559 (Commision/France).
- Rozsudok Európskeho súdneho dvora zo dňa 17. októbra 1989, C 109/88, ECR 3199 (Handels – og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening).
- Rozsudok Európskeho súdneho dvora zo dňa 27. októbra 1993, C 127/92, ECR 5535 (Dr. Pamela M. Enderby/Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health).
- Rozsudok Európskeho súdneho dvora zo dňa 31. mája 1995, C 400/93, ECR 1275 (Specialarbejderforbundet i Danmark/Dansk Industri).
- Smernica Rady 2000/43/ES z 29. júna 2000, ktorou sa zavádza zásada rovnakého zaobchádzania s osobami bez ohľadu na rasový alebo etnický pôvod.
- Smernica Rady 2000/78/ES z 27. novembra 2000, ktorá ustanovuje všeobecný rámec pre rovnaké zaobchádzanie v zamestnaní a povolani.
- Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2006/54/ES o vykonávaní zásady rovnosti príležitostí a rovného zaobchádzania s mužmi a ženami vo veciach zamestnanosti a povolania (prepracované znenie), ktorá zastrešuje viacero oblastí rovného zaobchádzania a zároveň nahradila niekoľko rôznych smerníc, ktoré ich upravovali v minulosti, medzi nimi aj o rovnom odmeňovaní - 75/117/EHS, o rovnom zaobchádzaní 76/207/EHS a smernicu, ktorá ju revidovala - 2002/73/ES
- Rozsudok Najvyššieho súdu SR z 28. mája 2003, sp. zn. 4 Cdo 39/03.
- Rozsudok Okresného súdu vo Zvolene z 11. júna 2003, sp. zn. 7 C 190/02.
- Rozsudok Okresného súdu Dunajská Streda z 2006, sp. zn. 9 C 129/2006.
- Uznesenie Krajského súdu v Košiciach z 25. októbra 2007, sp. zn. 2Co/430/2006.
- Uznesenie Najvyššieho súdu SR z 21. januára 2009, sp. zn. 3 Cdo 171/2008.
- Uznesenie Krajského súdu v Košiciach zo dňa 18. marca 2010, sp. zn. 1Co/334/2008.
- Uznesenie Najvyššieho súdu SR z 3. októbra 2011, sp. zn. 5 Cdo 10/2011.

Kontaktné údaje:

JUDr. Zuzana Magurová
usapmagu@savba.sk
Ústav štátu a práva Slovenská akadémia vied
Klemensova 19
813 64 Bratislava
Slovenská Republika

PRELIMINARY EVIDENCE IN THE HUNGARIAN CIVIL PROCEDURAL LAW

Judit Molnár

University of Debrecen, Faculty of Law

Abstract: In the Hungarian civil procedure code the procedure of evidence can be initiated after the submission of the plaintiff's and defendant's petitions or statements. Regarding the legal disputes several circumstances can appear that require the preliminary evidence stage of the procedure. The procedure of evidence can be deemed preliminary that is initiated after the submission of a statement of claim but before the institution of an action that is before the defendant is informed about the statement of claim or when such a procedure is ordered prior to the submission of the statement of claim. In my lecture I will present this special procedure of evidence in the course of which I will look into the features of the regulation thereof and its connection with the procedure of evidence held according to the general order of the civil procedure.

Key words: Preliminary evidence, endangered evidence, possibilities, conjunctive conditions, non-litigious, public instrument

1 INTRODUCTORY THOUGHTS

Evidence is logically included in the course of the legal proceedings. In the Hungarian civil procedure code, the procedure of evidence can be initiated after the submission of the plaintiff's and defendant's petitions or statements. The main reason is that the issues in dispute concerning the actual circumstances can be determined subsequently.¹ However, there can be several circumstances related to legal disputes that require early procedure of evidence.

Legislation accommodates to unforeseen circumstances of legal disputes by including preliminary evidence and an exception is added to the general rule.

In my lecture I will present this special procedure of evidence in the course of which I will look into the features of the regulation thereof and its connection with the procedure of evidence held according to the general order of the civil procedure.

2 CONCEPT AND AIM OF PRELIMINARY EVIDENCE

It is a preliminary evidence, if a demonstration is needed in the course of a civil action at a time out of the normal process of the lawsuit.²

There has been a procedure in each tradition of considerable procedural laws that has enabled to preserve endangered evidence. In general, such a procedure is called „independent” or „preservation of evidence” such as *selbständiges Beweisverfahren*, *mesures d'instruction in futurum*.³

In the Hungarian civil procedural law, evidence shall be deemed as preliminary if it is ordered prior to the start of a trial. Within this scope it can be conducted before or after submitting the statement of claim. In this latter case there are two different stages: the stage between the submission of statement of claim and information thereof to the defendant as well as the period when the defendant is aware of the content of the statement of claim, but it is before the trial date.

Under the application of the preliminary evidence, several procedural aims can be achieved in the civil procedural law. Its main aim is to provide the success of the evidence in a lawsuit. Accordingly, it is a procedure concerning *preparing for a lawsuit*. Due to the use of its results, it also serves for the purpose of *expediting a lawsuit*. In addition, a preliminary evidence petitioned for

¹ Daisy, Kiss: A polgári per titkai, Kérdések és válaszok a Polgári perrendtartás Általános Részéből Második, átdolgozott kiadás HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft. Budapest, 2009. 598. oldal

² József, Farkas – Miklós, Kengyel: Bizonyítás a polgári perben KJK - Kerszöv Jogi és Üzleti Kiadó Kft. Budapest, 2005. 121. oldal

³ István, Varga: Egyéb fontosabb bírósági nemperes eljárások in.: István, Varga (szerk.): A polgári nemperes eljárások joga ELTE Eötvös Kiadó Budapest, 2010. 991. oldal

before submitting a statement of claim also involves functions of *avoiding a lawsuit*: due to the result of the preliminary evidence conducted the petitioner can set aside enforcement of claims or it can also promote the settlement of a legal dispute between the parties by agreement.⁴

3 HOW IS PRELIMINARY EVIDENCE REGULATED IN THE HUNGARIAN LAW

The basics of the preliminary evidence in the procedural law are integrated in the regulations of the “normal” evidence at the trial: The general rules of evidence shall be applied to the preliminary evidence accordingly.⁵

As such a procedure is included in the course of the legal proceedings in a particular way having a special position therein, it is to be established that within the scope of the respective regulation the time and the conditions under which such a preliminary evidence is conducted are emphasized rather than the manner thereof.

3.1 The petition is based as follows

Four possibilities of submitting a petition concerning such a preliminary evidence are specified in the Hungarian Civil Procedure Code (Pp.):

a) it seems likely that the evidence could not be conducted in the course of a lawsuit or at a later stage with success or with considerable difficulty only;

A petition submitted as specified in article a) can be considered as a reason of preliminary evidence applied most generally.⁶ Old age witness, his/her serious disease, destruction, loss of evidence or any change thereof or damage of a document all can be used as a reference.⁷

b) it seems likely that the preliminary evidence can promote conducting or ending a lawsuit within a reasonable time;

This reason justifying the preliminary evidence is closely connected with the obligation of the court stated in Paragraph 1 of Article 6 of the European Convention on human rights and specified by the basic principles of the Procedural Law that a lawsuit shall be concluded within a reasonable time.⁸ However, the reasonable time cannot be determined in an exact way, but under consideration of the matter, nature in dispute and the special circumstances of the lawsuit.⁹

Which reasons can be referred to by a petitioner if he/she applies for b) an exact preliminary evidence to be conducted by the court? The same reasons specified in article a) can be mentioned.

The additional fact included in this paragraph b) is that it enables preliminary evidence with an explicit reference to the reasonable time of the proceedings. For that reason if the court fail to grant the petition without giving any reasons thereof or it grants such a petition with delay there is an opportunity of applying a sanction against the court (obligation to pay compensation as an equitable remedy).¹⁰ It shall be deemed as unlawful and imputed omission if within the scope of the preliminary evidence the acting judge takes a decision on the delegation of an expert after half a year only.¹¹

c) a party is liable for any shortage;

This reason for a preliminary evidence is applied within the scope of the rights and obligations arising out of the sales contract between the parties. If after the conclusion of the contract the customer detects warranty faults that can justify to terminate the sales contract, or legal

⁴ Kristóf, Szécsényi-Nagy: Hagyatéki eljárás és egyéb közjegyzői nemperes eljárások in.: István, Varga (szerk.): A polgári nemperes eljárások joga ELTE Eötvös Kiadó Budapest, 2010. 978. oldal

⁵ 1952. évi III. törvény a Polgári perrendtartásról (Pp.) 210. § (1) bek.

⁶ Lilla, Király – Tibor, Füzy: A bizonyítási eljárás különös szabályai, Az előzetes bizonyítás in.: Miklós, Kengyel (szerk.): A polgári perbeli bizonyítás gyakorlati kézikönyve KJK-Kerszöv Jogi és Üzleti Kiadó Kft. Budapest, 2005. 80. oldal

⁷ Lilla, Király – Tibor, Füzy: A bizonyítási eljárás különös szabályai, Az előzetes bizonyítás in.: Miklós, Kengyel (szerk.): A polgári perbeli bizonyítás gyakorlati kézikönyve KJK-Kerszöv Jogi és Üzleti Kiadó Kft. Budapest, 2005. 80-81. oldal; István, Varga: Egyéb fontosabb bírósági nemperes eljárások in.: István, Varga (szerk.): A polgári nemperes eljárások joga ELTE Eötvös Kiadó Budapest, 2010. 994. oldal

⁸ Pp. 2. § (1) bek.

⁹ Pp. 2. § (2) bek

¹⁰ Pp. 2. § (3) bek

¹¹ Legfelsőbb Bíróság Pf. V. 20 218/1998. (BH 2003. évi 4/152. sz.)

proceedings can be initiated on the basis of an extremely large decrease in value and pursuant to paragraph c) an expert is ordered by the court in the preliminary evidence.¹²

d) the preliminary evidence is allowed by a particular rule of law.

A special feature of the regulation is that the definition specified in paragraph d) refers to other rules of law in addition to the Procedural Law, however, there are special possibilities included in Pp. within the scope of particular procedures. Thus according to Article 301 the preliminary evidence can be conducted in paternity lawsuits or in lawsuits for establishing parentage even failing general conditions. Under the same content, in Article 308 the possibility of submitting a petition for preliminary evidence is also specified in lawsuits for establishing guardianship. Preliminary evidence can be ordered due to the defendant's examination by a forensic psychologist expert.¹³

The preliminary evidence concerning intellectual property is regulated in a special rule of law. Thus Section (9) of Article 94/A of Act LXXVI of 1999 on copyright, Section (1) of Article 104 of Act XI of 1997 on the protection of trademarks and geographical indications and Section (10) of Article 104 of Sztv. also include rules concerning preliminary evidence in such proceedings.

3.2 Content and submission of a petition

As far as the content of a petition is concerned, it can be established that the petitioner has to specify as follows: the adverse party (if the adverse party is unknown, the reason thereof), the fact to be proved and the evidence thereof, the circumstances that justify the conduct of a preliminary evidence.¹⁴ These three requirements are regulated as conjunctive conditions, they shall be valid jointly for the order to be issued by the court concerning demonstration on the basis of the petition.¹⁵

Submitting the petition the feature of proceedings mentioned for definitions shall be considered, in other words preliminary evidence is actually evidence ordered prior to the "ordinary" evidence. The „ordinary" evidence is conducted at the hearing so evidence can be considered as preliminary before the hearing is opened.

However, this period can be rather long and it can be divided into two big phases for the petitioner: if he has not submitted a statement of claim to the court or if the statement of claim has been submitted to a particular court. This fact basically determines the direction of the petition for preliminary evidence.

If no statement of claim has been submitted the preliminary evidence is considered as non-litigious proceedings. The petitioner has several possibilities of premises to submit a petition: to the local court according to the jurisdiction of the petitioner or where such a preliminary evidence can be conducted in the most appropriate way¹⁶ or the petition for a preliminary evidence can be submitted to a notary public (in the area under his/her jurisdiction).¹⁷

If the petitioner has submitted his/her statement of claim to any court, the court competent for such a lawsuit can order the preliminary evidence.¹⁸ If the court of the lawsuit decides that the preliminary evidence can be conducted before another court more appropriately, the procedure can be conducted by a request.¹⁹

As far as the relation between the preliminary evidence and the petitioner's opponent, the defendant at the lawsuit is concerned, a circumstance is to be mentioned that there is no lawsuit in progress against the defendant until the statement of claim has been told him according to the rules. For that reason he can submit the petition for a preliminary evidence until the date of the receipt of

¹² Lilla, Király – Tibor, Füzy: A bizonyítási eljárás különös szabályai, Az előzetes bizonyítás in.: Miklós, Kengyel (szerk.): A polgári perbeli bizonyítás gyakorlati kézikönyve KJK-Kerszöv Jogi és Üzleti Kiadó Kft. Budapest, 2005. 85. oldal

¹³ Lilla, Király – Tibor, Füzy: A bizonyítási eljárás különös szabályai, Az előzetes bizonyítás in.: Miklós, Kengyel (szerk.): A polgári perbeli bizonyítás gyakorlati kézikönyve KJK-Kerszöv Jogi és Üzleti Kiadó Kft. Budapest, 2005. 86. oldal

¹⁴ Pp. 208. § (2) bek.

¹⁵ István, Varga: Egyéb fontosabb bírósági nemperes eljárások in.: István, Varga (szerk.): A polgári nemperes eljárások joga ELTE Eötvös Kiadó Budapest, 2010. 995. oldal

¹⁶ Pp. 208. § (1) bek.

¹⁷ Az egyes közjegyzői nemperes eljárásokról szóló 2008. évi XLV. törvény 17-20.§

¹⁸ Pp. 208. §(1) bek.

¹⁹ István, Varga: Egyéb fontosabb bírósági nemperes eljárások in.: István, Varga (szerk.): A polgári nemperes eljárások joga ELTE Eötvös Kiadó Budapest, 2010. 993. oldal

the statement of claim to any court and a public notary.²⁰ Thus there are differences in time concerning the competent courts and authorities where a petition can be submitted for a petitioner and his opponent (plaintiff and defendant).

3.3 Review of a petition and result of the procedure

The review of a petition for a preliminary evidence is based on the fact whether it meets any of the conditions allowing such a procedure (articles a-d)).

On the basis of the principle of fair process, after the receipt of the petition, the acting authority decides on the hearing of the other party if the adverse party is known.

During the hearing the court does not decide in questions on the merit and there is no contradiction on the merit. The objective of the hearing is to inform the opponent and enforcing the principle of fair procedure. If the opponent fails to appear or to take a statement at the hearing that fact does not influence the ordering of the preliminary evidence.²¹

The procedural rules of a preliminary evidence ordered and those ones of the evidence in the course of a lawsuit are the same.²² If the court conducting the legal proceedings has also conducted the preliminary evidence, the result thereof shall be evaluated as the result of the evidence conducted by the court competent for the legal proceedings. If before the procedure has been conducted before the lawsuit the court report thereof is considered as a public instrument.²³ The articles on expert evidence specified in the Procedural Law shall be applied for the expert evidence and judgment on the expert opinion.²⁴

4 SUMMARY

After the review of the regulation of the preliminary evidence it can be established that the procedure differs from its time and conditions from the normal evidence to be conducted in the course of the lawsuit. The procedural rules are the same.²⁵

A researcher or the legislative body raise questions concerning the possibility of using the proof appearing as the result of the preliminary evidence or bearing the costs of such a procedure.

The petitioner has namely no exclusive entitlement of using the result of the preliminary evidence. Any party can use the result of the preliminary evidence in the course of a lawsuit.²⁶ All this can be considered as an interesting fact as the petitioner has the risk of the success or failure of the preliminary evidence.²⁷

The costs incurred are part of the law charges and the general rules of bearing such costs shall be applied. The petitioner shall pay them in advance and the defeated party shall bear them. No personal release from paying such costs is allowed in such a procedure.²⁸

In accordance with the above, there is a double content concerning risks for the petitioner: bearing of law charges on the one hand and the use of the result of such a procedure on the other.

The following facts are to be considered relating costs: In case of a result of the preliminary evidence not supporting the petitioner's point of view the petitioner does not submit a statement of

²⁰ István, Varga: *Egyéb fontosabb bírósági nemperes eljárások in.: István, Varga (szerk.): A polgári nemperes eljárások joga ELTE Eötvös Kiadó Budapest, 2010. 995. oldal*

²¹ Pp. 209. § (1) bek.

²² Pp. 210. § (1) bek.

²³ János, Németh – Daisy, Kiss (szerk.): *A polgári perrendtartás magyarázata 1. Harmadik (átdolgozott) kiadás Complex Kiadó Jogi és Üzleti Tartalomszolgáltató Kft. Budapest, 2010. 791. oldal; Kristóf, Szécsényi- Nagy: Hagyatéki eljárás és egyéb közjegyzői nemperes eljárások in.: István, Varga (szerk.): A polgári nemperes eljárások joga ELTE Eötvös Kiadó Budapest, 2010. 982. oldal*

²⁴ Pp. 177-183. §-ok; Lásd erről: Lilla, Király – Tibor, Fűzy: *A bizonyítási eljárás különös szabályai, Az előzetes bizonyítás in.: Miklós, Kengyel (szerk.): A polgári perbeli bizonyítás gyakorlati kézikönyve KJK-Kerszöv Jogi és Üzleti Kiadó Kft. Budapest, 2005. 89. oldal*

²⁵ István, Varga: *Egyéb fontosabb bírósági nemperes eljárások in.: István, Varga (szerk.): A polgári nemperes eljárások joga ELTE Eötvös Kiadó Budapest, 2010. 996. oldal*

²⁶ Pp. 211. § (1) bek.

²⁷ István, Varga: *Egyéb fontosabb bírósági nemperes eljárások in.: István, Varga (szerk.): A polgári nemperes eljárások joga ELTE Eötvös Kiadó Budapest, 2010. 996. oldal*

²⁸ 6/1986 (VI. 26.) IM rendelet a költségmentesség alkalmazásáról a bírósági eljárásban 4. § d) pont

claim and if he/she has it is recommended to withdraw it. In this case he/she has to bear the costs paid in advance for conducting the preliminary evidence. However, if you consider that a petitioner has prevented an unsuccessful civil procedure (losing the lawsuit) and paying the law charges the critics concerning bearing risks can be smoothed.

As far as the use of results is concerned: the preliminary evidence can create an advantageous situation for the adverse party. Facts and circumstances have been established concerning his/her relationship with the petitioner in a procedure not initiated by him/her and not conducting at his/her costs that he/she can use freely in the civil procedure. Consequently, if the petitioner does not submit a statement of claim after the preliminary evidence or he/she withdraw his/her previous petition before the trial on merits the adverse party now as a plaintiff can submit a statement of claim.²⁹

Contact information:

Dr. Judit Molnár PhD
molnar.judit@law.unideb.hu
University of Debrecen, Faculty of Law
Kassai Street 26.
4028 Debrecen
Hungary

²⁹ Pp. 160. § (1) bek.

DÔKAZNÁ NÚDZA A PRÁVO NA SPRAVODLIVÝ PROCES

Peter Molnár

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta
Slovenská komora exekútorov

Abstract: Author of the paper discusses the evidence in contentious and non - contentious proceedings and the issue of bearing burden of proof and appropriate findings of facts of the case. He raises the question of need of proof and need of change of standard of proof, and admissibility of illegally obtained evidence in order to achieve the aim of civil procedure to provide substantive protection of the right alleged in an action, and to provide protection of participant's interest in a proceeding started without motion. A prerequisite for the task of the courts is obtaining of the relevant facts. Potential taking of illegally obtained evidence does not mean that the damage of the other party will be left without legal protection. Aggrieved party may defend its right by filing the action.

Abstrakt: Autor príspevku pojednáva o dokazovaní v sporovom a nesporovom konaní a o problematike unesenia dôkazného bremena, resp. náležitého zistenia skutkového stavu. Nastoľuje otázku dôkaznej núdze a potreby zmeny požadovanej miery dôkazu a možnosti vykonania nezákonne získaného dôkazu v záujme naplnenie cieľa občianskeho súdneho konania, ktorým je poskytnutie materiálnej ochrany právu tvrdenému v žalobe, resp. ochrana záujmu v konaní začatom bez návrhu. Predpokladom splnenia úlohy súdu je získanie relevantných skutkových zistení. Prípadné vykonanie nevyhnutného nezákonne získaného dôkazu neznamena, že poškodené právo druhého účastníka konania zostane bez súdnej ochrany. Poškodený účastník môže svoje právo brániť žalobou.

Key words: the right to judicial protection, the right to a fair trial, the standard of proof, non liquet, illegally obtained evidence, the proportionality test

Kľúčové slová: právo na súdnu ochranu, právo na spravodlivý proces, miera dôkazu, non liquet, nezákonne získaný dôkaz, test proporcionality

Úlohou a poslaním súdu v občianskom súdnom konaní je poskytnutie ochrany porušenému alebo ohrozenému právu alebo právom chránenému záujmu. Toto ohrozenie alebo porušenie je buď tvrdené (žaloba, návrh na začatie konania), alebo predpokladané (uznesenie o začatí konania bez návrhu).

Právo na súdnu a inú právnu ochranu patrí medzi základné práva. Samozrejme, súčasťou práva na súdnu a inú právnu ochranu nie je právo na priaznivé rozhodnutie vo veci samej, čiže právo na úspech v konaní.

V sporovom konaní považujeme za úspech procesné víťazstvo účastníka konania (z pohľadu žalobcu vyhovieť žalobe, z pohľadu žalovaného zamietnuť žaloby), v nesporovom konaní vyhovieť návrhu,¹ resp. dosiahnutie reálnej ochrany právom chráneného záujmu².

Úspech v konaní je závislý na výsledkoch dokazovania.

V sporovom konaní je dokazovanie ovládané prejednávajúcou zásadou. Platná právna úprava umožňuje súdu vykonať účastníkom nenavrhnutý dôkaz len výnimočne³. Podľa schváleného

¹ v nesporových konaniach, ktoré môžu začať len na návrh (konanie o úschovách, konanie o umorení listín, konanie o povolenie uzavrieť manželstvo)

² v nesporových konaniach, ktoré môže začať súd aj bez návrhu

³ príkladom môže byť potreba vykonať znalecký dôkaz v spore o vlastnícke právo k pozemku ohľadom priebehu hranice pozemku napriek skutočnosti, že takýto dôkaz nebol účastníkmi konania navrhnutý

Legislatívneho zámeru rekodifikácie občianskeho práva procesného⁴ sa v novom civilnom procesnom kódexe prejednáva zásada v sporovom konaní ešte posilniť a možnosť súdu vykonať nenavrnutý dôkaz bude existovať len pri sporoch s ochranou slabšej strany. V klasickom spore sa teda ešte viac zvýrazní princíp formálnej pravdy.

Predpokladom úspechu účastníka sporového konania je dokázanie pravdivosti jeho tvrdení, t.j. v našich pomeroch presvedčenie súdu o pravdivosti týchto tvrdení v miere (*standard of proof*) „praktickej istoty“. Samozrejme, v priebehu konania môže dôjsť k presúvaniu, či deleniu dôkazného bremena, a teda uvedené môže parciálne platiť nielen pre navrhovateľa, ale aj pre odporcu.⁵ Pravidlom však ostáva potreba nevyhnutnosti unesenia dôkazného bremena účastníkom konania, ako predpoklad jeho víťazstva v spore. Ak účastník hmotnoprávneho vzťahu, ktorého právo je ohrozené alebo porušené, nie je schopný svoje tvrdenia dokázať, nemá zmysel žalovať. Pokiaľ totiž v konaní trvá o dôležitej skutkovej otázke dôkazný stav „*non liquet*“, t.j. súd nie je o pravdivosti tvrdenia presvedčený s pravdepodobnosťou hraničiacou s istotou, súd podľa pravidiel dôkazného bremena rozhodne v neprospech účastníka, ktorého subjektívne dôkazné bremeno zaťažuje.

Je otázne, či dnešný spôsob hodnotenia dôkazov v občianskom súdnom konaní (prinajmenšom v sporových konaniach) nie je prekonaný a či pre poskytnutie spravodlivej, rýchlej a účinnej ochrany práv a právom chránených záujmov účastníkov by nebola postačujúca nižšia miera dôkazu. Dosiahnutie zaužívanej miery dôkazu je v konkrétnom prípade nezriedka nemožné a strata sporu z tohto dôvodu vzbudzuje pochybnosti o spravodlivosti nastavenia systému hodnotenia dôkazov. V trestnom, prípadne administratívnom konaní (s určitým zjednodušením) stojí proti občanovi štátna moc. Je preto úplne legitímne, aby mal mať štát pred meritórnym rozhodnutím (spojeným často s penalizáciou) pochybenie účastníka konania skutočne za preukázané v miere praktickej istoty. V občianskom súdnom konaní (obzvlášť v konaní sporovom, v ktorom ide o súkromnoprávne vzťahy účastníkov konania) by však pre spravodlivé rozhodnutie veci (berúc v úvahu aj možné „justičné omyly“) mohla stačiť aj miera dôkazu v podobe tzv. *prevažujúcej pravdepodobnosti* (*balance of probabilities*).⁶

Či už naša procesnoprávna úprava hodnotenia dôkazov zotrvá v intencióch prác profesora Macura, alebo sa od nich odkloní smerom ku koncepcii „prevažujúcej pravdepodobnosti“, vlastnej skôr právnej kultúre *common law*, neúspech v občianskom súdnom konaní na základe neunesenia dôkazného bremena nie je v rozpore so základným právom na súdnu a inú právnu ochranu.

Na rozdiel od sporového konania, v nesporovom civilnom procese sa teória dôkazného bremena neuplatňuje. Samozrejme, účastníci konania majú aj v nesporovom konaní povinnosť tvrdiť a povinnosť súčinnosti, ale konanie ovláda vyšetrovacia zásada.⁷ Zistenie skutkového stavu v potrebnej miere je teda úlohou (a zodpovednosťou) súdu. Súd je v týchto konaniach povinný zabezpečiť skutkový základ pre rozhodnutie, t.j. získať skutkové zistenia o relevantných hmotnoprávnych, prípadne procesných otázkach *ex officio*. V nesporových konaniach by tak vlastne nemala prichádzať do úvahy situácia, v ktorej by v dôležitej otázke nemal súd pred vydaním rozhodnutia vo veci samej „jasno“. Meritórne rozhodnutie v nesporovom konaní tak vždy vychádza zo zisteného skutkového stavu (miera dôkazu je prevažne v rovine praktickej istoty, ale nemožno vylúčiť ani to, že súd vychádza z tvrdenia navrhovateľa, ktoré nie je preukázané dôkazom v chápaní praktickej istoty súdu o jeho pravdivosti, „len“ nebol iným účastníkom poskytnutý protidôkaz, ani dôkaz opaku).

⁴ pozri <http://www.justice.gov.sk/Stranky/Nase-sluzby/Nase-projekty/Obciansky-sudny-poriadok/Uvod.aspx>

⁵ jednoduchým príkladom je tzv. negatívna dôkazná teória

⁶ samozrejme, aj pri aplikácii tejto miery dôkazu je nezastupiteľnou úlohou súdu určiť v konkrétnom prípade „bod“, kedy je možné konštatovať konečnú dôkaznú prevahu, a teda následné víťazstvo tej-ktorej procesnej strany

⁷ podľa schváleného legislatívneho zámeru rekodifikácie civilného práva procesného bude vyšetrovacou zásadou ovládané dokazovanie aj v zamýšľanom Civilnom mimosporovom poriadku a (v prípadoch s úplnou jurisdikciou) aj v Správnom súdnom poriadku

⁸ Napríklad v konaní o umorenie listiny navrhovateľ nedokazuje stratu alebo zničenie umoriť sa majúcej listiny. Súd sa uspokojí s jeho tvrdením a skutočnosťou, že napriek výzve súdu nikto uvedeného tvrdenie nespochybnil, ani nevyvrátil. Podobne je to v konaní o úschovách, v ktorom súd vychádza len z tvrdenia zložiteľa.

O (subjektívne pociťovanom) procesnom neúspechu účastníka konania možno uvažovať aj v nesporovom konaní, avšak nejde o neunesenie dôkazného bremena, ale o to, že súdom zistený skutkový stav nesvedčí v prospech toho-ktorého účastníka konania. Takisto možno uvažovať o procesnom neúspechu aj v objektívnom chápaní, a síce v prípade, že nebude reálne ochránený právom chránený záujem, o ochranu ktorého v danom konaní išlo.

Takto vymedzený procesný neúspech v sporovom aj v nesporovom konaní môže byť spôsobený dôkaznou núdzou. Pri komplexnom pohľade na občianske súdne konanie dôkaznou núdzou musíme rozumieť situáciu, kedy nie je možné riadne zistiť skutkový stav, t.j. nielen situáciu, kedy v sporovom konaní účastník nemá k dispozícii prostriedok na dokázanie pravdivosti svojich tvrdení, ale aj situáciu, kedy súd v nesporovom konaní nie je schopný zistiť skutkový stav tak, ako mu to ukladá zákon.

Dôkazná núdza môže byť spôsobená:

- a) objektívnou neexistenciou relevantných dôkazov, svedčiacich o preukazovanej skutočnosti úplne od počiatku, alebo ich zánikom pred vykonaním dôkazu,
- b) subjektívnou nevedomosťou o existencii relevantných dôkazov, alebo objektívnou nemožnosťou vykonania dôkazov, svedčiacich o preukazovanej skutočnosti,
- c) zavineným konaním druhého účastníka (protistrany), alebo
- d) tým, že súd nevykoná dôkaz, ktorého pôvod je nejasný, resp. ide o dôkaz, pri vzniku alebo získaní ktorého bol porušený zákon.

Sub a)

Pokiaľ účastník konania nie je schopný doložiť svoje tvrdenia návrhom na vykonanie relevantného dôkazu z dôvodu neexistencie takéhoto dôkazu, bohužiaľ, výsledok sporového konania nemôže byť iný, než neúspech účastníka, ktorého zaťažuje dôkazná povinnosť a následne dôkazné bremeno.

Sub b)

Negatívny výsledok konania v tomto procesnom stave považujeme tiež za v súladný s úpravou práva na súdnu a inú právnu ochranu. Pokiaľ sa dôkazná situácia účastníka zmení pred uplynutím lehôt pre podanie návrhu na obnovu konania a účastník toto mimoriadne opravné konanie úspešne iniciuje, je možné vďaka odvráteniu dôkaznej núdze výsledok konania zmeniť získaním priaznivejšieho rozhodnutia.⁹

Sub c)

V prípade, že účastník konania zmarí unesenie dôkazného bremena druhého účastníka (alebo zistenie skutkového stavu súdom *ex officio* v nesporovom konaní), napríklad zničením dôkazu, podľa platnej právnej úpravy ho nemožno procesne sankcionovať s priamym dosahom na výsledok konania vo veci samej. Možno uvažovať o presune dôkazného bremena na „vinného“ účastníka konania s tým, že súd bude podľa svojej kvalifikovanej úvahy vychádzať z predpokladaného výsledku, ktorý by bol dosiahnutý, pokiaľ by vykonanie dôkazu zmarené nebolo.¹⁰ Tento logický a spravodlivý následok by mal byť v procesnej úprave uvedený (a, samozrejme, čo najpodrobnejšie rozpracovaný) *expressis verbis*.

Sub d)

Tento dôvod dôkaznej núdze účastníka občianskeho súdneho konania je najzložitejší, a prístupy k riešeniu tejto procesnej situácie najrozmanitejšie.

Zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej aj „OSP“) v § 125 upravuje otázku prípustnosti vykonania dôkazu v porovnaní s normami trestného alebo správneho práva najbenevolentnejšie: „Za dôkaz môžu slúžiť všetky prostriedky, ktorými

⁹ pozri § 228 a nasl. O.s.p.

¹⁰ pozri Svoboda, K.: Dokazování. Praha: ASPI – Wolters Kluwer, 2009, s. 31-32

možno zistiť stav veci... Pokiaľ nie je spôsob vykonania dôkazu predpísaný, určí ho súd.“ Civilné procesné právo sa teda zákonnosťou dôkazu zaoberá len pokiaľ ide o vykonanie dôkazu; úplne mlčí o otázke právnej relevancie prípadnej kolízie spôsobu získania dôkazu s právnym poriadkom. Tendenciu prelomiť toto mlčanie nemá ani schválený legislatívny zámer rekodifikácie civilného práva procesného.

Pokiaľ ide o proces získania dôkazu, samozrejme, skutočnosť, že občiansky súdny poriadok uvedenú otázku výslovne nerieši, nemôže predstavovať možnosť vyvodit' zjednodušený záver, podľa ktorého by bolo možné v civilnom konaní úplne ignorovať prípadný rozpor procesu získania dôkazu s právom, t.j. skutočnosť, že získaním dôkazu došlo k porušeniu právneho predpisu. Právo na spravodlivý proces je právom obidvoch strán sporu (resp. v nesporových konaniach je právom všetkých účastníkov konania). Preto nie je možné bez ďalšieho ignorovať prípadné porušenie práv účastníka, voči ktorému sa iný účastník snaží uniesť dôkazné bremeno (to isté platí v nesporovom konaní, v ktorom súd dokazuje uplatňujúc zásadu vyšetrovaciej). O to viac to platí v prípade, ak právo porušené pri získaní dôkazu je garantované Ústavou SR, Dohovorom o ochrane ľudských práv a základných slobôd,¹¹ alebo Listinou základných práv a slobôd.¹²

Porušenie práv (najmä ústavne garantovaných) účastníka konania – či už k nemu došlo v procesnom alebo predprocesnom štádiu – nemôže byť v konaní orgánu verejnej moci ignorované. Avšak, nemožno nezvýrazniť, že aj samotné trestné, občianske alebo administratívne konanie sa uskutočňuje vždy za účelom (následnej alebo preventívnej) ochrany práv a chránených záujmov – iného účastníka konania, alebo štátu.

Pokiaľ sa sústredíme na civilný proces, vyvstáva niekoľko zásadných otázok:

1. Otázka (ne)pripustenia vykonania nezákonne získaného dôkazu je všeobecne chápaná ako otázka konfliktu medzi právom na súdnu ochranu a právom na spravodlivý proces. Znamená vykonanie nezákonne získaného dôkazu v civilnom procese skutočne porušenie práva na spravodlivý proces podľa Článku 6 Dohovoru?

2. Je právo žalobcu na poskytnutie súdnej ochrany jeho porušenému právu – tvrdenému v žalobe – menej, toľko, alebo viac ako právo žalovaného na ochranu jeho súkromia?

3. Je správne dať prednosť ochrane súkromia aj v prípade jednoznačnej dôkaznej núdze?

4. Má byť záväzným a limitujúcim „programom“ prebiehajúceho súdneho konania nárok uvedený v žalobe, alebo má súd v danom konaní *ex officio* a absolútne chrániť aj iné porušené právo (protistrany v sporovom konaní, iného účastníka v konaní nesporovom)? A ak áno, tak má to robiť až tak intenzívne, že rezignáciou na riadne zistenie skutkového stavu odoprie ochranu právu žalobcu?

5. Povinnosťou štátu v rámci realizácie práva na súdnu ochranu je poskytnúť materiálnu súdnu ochranu poškodenému alebo porušenému právu. Neurčuje však predmet konania navrhovateľ (žalobca), resp. súd vo vydanom uznesení o začatí konania? Ak sa má v občianskom súdnom konaní poskytnúť napríklad ochrana súkromiu, nemá to byť len v konaní, ktorého predmet bol takto vymedzený v žalobe?

6. Bude, alebo nebude v každom prípade neprípustným porušením práv žalovaného, ak sa súd v konkrétnom konaní sústredí na ochranu práva uvedeného v žalobe a ochranu súkromia ponechá na prípadné konanie, ktoré bude iniciovať dotknutá strana?

7. Ak súd nariadi vykonanie nezákonne získaného dôkazu, znamená to nevyhnutne, že súd rezignoval na poskytnutie ochrany napríklad súkromiu účastníka? Znamená to, že štát legalizuje predchádzajúce porušenie práva?

8. Má mať dilema (ne)vykonania nezákonne získaného dôkazu iné riešenie v sporovom konaní (kde pôjde „len“¹³ o neunesenie dôkazného bremena účastníkom a následnú stratu sporu) a iné v konaniach nesporových (kde súd napriek vyšetrovacej zásade nezistí náležité skutkový stav a chránený záujem bude naďalej ohrozený)?

¹¹ oznámený v Zbierke zákonov Federálnym ministerstvom zahraničných vecí pod číslom 209/1992 Zb.

¹² uvedená Ústavným zákonom č. 23/1991 Zb.

¹³ prevažujúci postoj nemeckých súdov; pozri ďalší výklad

Slovenská odborná spisba sa obyčajne obmedzuje len na formulovanie axiomatického názoru, podľa ktorého dôkaz musí mať zákonný pôvod, bez ďalšej argumentácie.¹⁴ Podobne je to s ojedinelou rozhodovacou činnosťou slovenských súdov na danú tému.¹⁵

Bohatšia je judikatúra súdov iných krajín na danú tému, včítane českých všeobecných súdov a Ústavného súdu ČR.

Pre posudzovanie otázky prípustnosti vykonania dôkazu, ktorý bol získaný v rozpore so zákonom, je do nemalej miery určujúcim názor Európskeho súdu pre ľudské práva vo veci *Schenk proti Švajčiarsku*, v ktorom súd konštatoval, že „napriek tomu, že článok 6 Dohovoru garantuje právo na spravodlivý proces, neustanovuje žiadne pravidlá prípustnosti dôkazu, ktoré sú preto primárne predmetom úpravy národného práva. Súd preto nemôže z princípu a všeobecne vylúčiť, aby bol daný nezákonne získaný dôkaz prípustný. Súd musí zistiť len to, či proces (pána Schenka) ako taký bol spravodlivý.“¹⁶

Postoje kontinentálnych súdov k otázke prípustnosti vykonania nezákonne získaného dôkazu variujú a vyvíjajú sa v rozmedzí od kategorického odmietnutia vykonania dôkazu, cez jeho podmienenie súhlasom dotknutého účastníka v konaní, až k názoru o možnosti vykonania dôkazu za splnenia iných predpokladov.

Ako výnimku z tohto spektra možno spomenúť staršie postoje anglických súdov, ktoré boli veľmi dlho absolútne zamerané na zistenie pravdy, a (v porovnaní s doktrínou ovocia z otráveného stromu) „boli pripravené jesť ovocie, akokoľvek otrávený by bol strom“. Táto pozícia sa však pozvoľna mení od prijatia *Civil Procedure Rules (2004)* a *Human Rights Act (1998)*, ktorým bol do vnútroštátneho právneho poriadku Spojeného kráľovstva implementovaný Dohovor.¹⁷

Z českej rozhodovacej činnosti možno prezentovať niekoľko prístupov k otázke nezákonne získaného dôkazu:

Za „klasiku“ postoja českej justície bol dlho považovaný rozsudok Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 21 Cdo 1009/98 zo dňa 21. októbra 1998, ktorý jednoznačne považuje vykonanie dôkazu audiozáznamom vyhotoveným bez vedomia hovoriacich osôb za neprípustné.

Neskôr Najvyšší súd ČR v rozsudku č.k. 30 Cdo 64/2004 zo dňa 11. mája 2005 konštatoval, že vzhľadom na skutočnosť, že vyhotovený zvukový záznam bol záznamom jednania spoločníkov obchodnej spoločnosti o problémoch danej spoločnosti, nemožno prejavy účastníkov zaznamenávaného hovoru považovať za prejavy osobnej povahy. Vyhotovením predmetného zvukového záznamu preto nemohlo dôjsť k zásahu do osobnostných práv v zmysle ust. § 12 ods. 1 OZ a dôkaz týmto záznamom nie je z hľadiska spôsobu vzniku dôkazu neprípustný.

Za významný je všeobecne považovaný Nález Ústavného súdu ČR č.k. I. ÚS 191/05 zo dňa 13. septembra 2006, ktorým súd vyhovel ústavnej sťažnosti fyzickej osoby preto, lebo všeobecné

¹⁴ výnimkou je napríklad: Sedlačko, F.: Nezákonný dôkaz v občianskom súdnom konaní. In: Bulletin slovenskej advokácie, 2007, č. 9, s. 30 a nasl.; Švecová, D. in: Ficová, S., Števček, M. a kol.: Občianske súdne konanie. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2010, s. 235; Gešková, K. in: Števček, M., Ficová, S. a kol. Občiansky súdny poriadok. 1. Diel. Komentár. 2. Vydanie. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 428 a nasl.

¹⁵ Príkladom výnimky (ktorá sa ale týka dokazovania v administratívnom procese) je rozsudok Okresného súdu Bratislava I č.k. 17C 176/02-143 zo dňa 25.02.2003, v ktorom sa súd zaoberal aj námietkou žalobcu ohľadom zákonnosti postupu správneho orgánu pri získaní dôkazu. Súd konštatoval, že dôkaz bol získaný zákonne (správny orgán mal právo žiadať informáciu od policajného orgánu) a tak už ďalej neargumentoval o otázke relevance zákonnosti dôkazu.

¹⁶ Rozsudok ESLP vo veci Schenk vs Švajčiarsko (sťažnosť č. 10862/84) zo dňa 12. júla 1988 (publ. A-140), bod 46. Stručný kontext prípadu: v trestnom konaní pre trestný čin podnecovania k vražde v štádiu pokusu bola ako dôležitý dôkaz proti obžalovanému Pierre Schenk použitá kazeta s nahrávkou jeho telefonického rozhovoru s osobou Richard Pauty, ktorú Schenk najal na zavraždenie svojej manželky Josette Schenk. Nahrávku vyhotovil pán Pauty svojvoľne bez súdneho príkazu a bez vedomia pána Schenka.

¹⁷ Cooper, N.: The fruit of the poisoned tree – The admissibility of evidence in civil cases. Dostupné na www.bgja.org.uk/Documents/.../NigelCooper.pdf...

súdy¹⁸ chybne považovali proces dokazovania pred civilným súdom za zákonnú licenciu pre úradné účely v zmysle § 12 ods. 2 OZ, a teda neexistenciu súhlasu dotknutej osoby so zhotovením alebo použitím záznamu telefonického rozhovoru nepovažovali za relevantnú. Z argumentácie ústavného súdu ďalej vyplýva, že každý má právo zaznamenávať svoje vlastné telefonické rozhovory bez súhlasu druhého účastníka.¹⁹ Pochybenie všeobecných súdov teda podľa názoru orgánu ochrany ústavnosti spočívalo v tom, že nežiadali súhlas dotknutého účastníka.

Z argumentácie tohto nálezu vychádza tiež rozsudok Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 22 Cdo 4172/2007 zo dňa 11. apríla 2008, ktorý vytýka súdom nižších stupňov, že záznam rozhovoru vyhotovený jeho účastníkom nesprávne *a priori* považovali za nezákonný dôkaz a nesnažili sa získať súhlas druhého účastníka rozhovoru s vykonaním dôkazu prehratím záznamu.

Nemecká súdna prax sa prevažne prikláňa k postoju, podľa ktorého ochrana osobnosti síce nie je bezhraničná, možno ju však potlačiť len výnimočne – napríklad z dôvodu všeobecného záujmu na zabezpečení funkčnej justície a dosiahnutia vecne správneho rozhodnutia. K potrebe zistenia skutkového stavu však musí pristúpiť ďalšia okolnosť (napr. nutná obrana účastníka). Pri zaznamenávaní telefonického rozhovoru alebo zabezpečení „počujúcej tretej osoby“ však o takýto prípad nejde. O to viac, ak bol veriteľ nedbalý pri zabezpečení svojej budúcej dôkaznej pozície, keď si mal zabezpečiť iné dôkazy, napr. svedkov.²⁰

V rozhodovacej činnosti súdov v Anglicku zaujíma v oblasti prípustnosti nezákonne získaného dôkazu popredné miesto Rozsudok Odvolacieho súdu pre Anglicko a Wales sp. zn. 1 WLR 954 zo dňa 4. februára 2003.²¹ V tomto rozhodnutí súd *inter alia* konštatoval, že obstaraním dôkazu žalovaným proti žalobkyni došlo k porušeniu článku 8 Dohovoru,²² avšak „súd, zvažujúc všetky okolnosti, nemôže ignorovať realitu. Toto nie je prípad, kedy by správanie poisťovateľa žalovaného bolo tak neveriteľné, že by táto obhajoba mala byť vyčiarknutá. Vec musí byť rozhodnutá. Vzhľadom na to, že predmetný dôkaz je relevantný a prípustný, by bolo umelé a nežiaduce, keby dôkaz nebol predložený pred sudcu, ktorého úlohou je rozhodnúť vec“.

Na druhej strane, v prípade, v ktorom súd v ilegálnom získaní dôkazu vzhliadol nebezpečenstvo pre samotný justičný systém²³, dôkaz z procesu vylúčil, konštatujúc, že nebezpečenstvo pre súdny systém je vyššie ako nespravodlivosť, hroziaca strane v konkrétnej kauze.

¹⁸ Jednalo sa o známy Rozsudok Najvyššieho súdu ČR č.k. 30 Cdo 1224/2004-288 zo dňa 21. decembra 2004 a jemu predchádzajúci Rozsudok Vrchného súdu v Olomouci č.j. 1 Co 6/2003-255 zo dňa 29. januára 2004

¹⁹ „Je nepochybné, že každý má právo zaznamenávať své vlastní telefonické hovory. Jestliže tedy D.Z. zaznamenal telefonní hovor s K., nijak tím nezasáhl do jeho práv na ochranu dopravovaných zpráv. V tomto směru souhlasí Ústavní soud s argumentací Nejvyššího soudu i Vrchního soudu v Olomouci, neboť existuje obecná povědomost o tom, že telefonát může být technickou cestou druhým účastníkem zaznamenáván. Pokud pak volající přesto telefonát za těchto předpokladů uskutečňuje, lze dovozovat, že tím konkludentně souhlasí i s možným pořízením zvukového záznamu tohoto telefonátu.“

²⁰ Rozsudok Spolkového súdneho dvora sp. zn. XI ZR 165/02 zo dňa 18. februára 2003; Rozsudok Vrchného krajského súdu v Stuttgarte sp. zn. 3 U 128/99 zo dňa 18. novembra 2009

²¹ Prípád Jones vs. University of Warwick.

Dostupné na <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2003/151.html>

²² Vyšetrovatelia poisťovne, ktorá by v prípade úspechu žaloby o náhradu škody na zdraví znášala povinnosť nahradiť škodu, vyrobila nahrávku žalobkyne v jej dome a bez jej súhlasu, z ktorej vyplýva, že zníženie funkčnosti hornej končatiny žalobkyne zďaleka nezodpovedá tvrdeniam, uvedeným v žalobe pani Jonesovej

²³ Prípád *ITC Film Distributors Ltd vs. Video Exchange Ltd and others* (1982). Strana sporu získala dôverné materiály, ponechané na súde druhou stranou. Súd zvažoval medzi „verejným záujmom na zistení pravdy a verejným záujmom na tom, aby strany sporu mohli priniesť svoje dokumenty pred súd bez strachu z toho, že by mohli byť ukradnuté protistranou, či už krádežou alebo ľstou, a potom použité ako dôkaz“.

Podobne, súd vyhovel návrhu na vydanie zákazu použiť nezákonne získaný dôkaz v prípade, kedy procesom jeho získania bolo narušené privilégium súkromia.²⁴

Pri snahe o zovšeobecnenie možno uviesť, že pre posudzovanie pripustenia, alebo nepripustenia vykonania nezákonne získaného dôkazu v občianskom súdnom konaní je pre kontinentálne súdy dôležité zvažovanie, resp. „pomerovanie“ medzi právom, ktoré bolo poškodené pri získaní dôkazu a právom, ktoré prípadne bude poškodené (resp. nebude naplnené) v prípade nevykonania takéhoto dôkazného prostriedku. Rozdielnosti sa týkajú „váhy“, ktorú súdy dávajú tomu-ktorému právu a okolností, za ktorých sú súdy náchylné, resp. za ktorých by boli ochotné, dať prednosť právu na súdnu ochranu účastníka, v prospech ktorého svedčí nezákonný dôkaz. Na druhej strane, pre anglické súdy je významné, že vždy prvou a základnou otázkou je zistenie pravdy a napriek posunu k ochrane práv poškodených procesom získania dôkazu sú anglické súdy skôr ochotné dať prednosť zisteniu pravdy (nakoniec, britské civilné procesné právo nevylučuje priamo *ex lege* nezákonne získaný dôkaz z konania. Dáva súdu možnosť diskrečného opatrenia, ktorým dôkaz nepripustí.²⁵).

Možno konštatovať, že ustálená rozhodovacia činnosť ústavných súdov, ako aj všeobecných súdov, požaduje minimalizáciu zásahov do základných práv pri výkone právomocí orgánmi verejnej moci. Pri posudzovaní naplnenia tohto kritéria sa im ako najvhodnejší prostriedok javí test proporcionality.

ZÁVER

Prípadný konflikt medzi právom na súdnu ochranu a právom na spravodlivý proces v konkrétnom konaní je treba vyriešiť spravodlivo a ústavne konformným spôsobom. „Váženie“ týchto dvoch práv nemusí byť v konkrétnom prípade vôbec jednoduché. Uspokojivé a zároveň presvedčivé vyargumentovanie záveru súdu je veľkou výzvou.

Nie vždy si uvedomíme, že porušenie práva na spravodlivý proces, reprezentované v civilnom konaní spravidla porušením osobnostného práva, je v podstate (až) sekundárnym porušením tohto práva, pretože právo už bolo porušené a štát (súd) tu „len“ umožní (v rozpore so všeobecne chápanými základnými úlohami občianskeho súdneho konania, avšak v súlade s cieľom konkrétneho konania) unesením dôkazného bremena jednému účastníkovi profitovať z predchádzajúceho porušenia práva iného účastníka.

Princípom právneho štátu by nepochybne odporovalo, ak by uvedená situácia nebola vôbec predmetom posudzovania zo strany súdu. Avšak, aj opačný, rigidný postoj je príliš formalistický a vylučuje efektívne splnenie poslania súdu – poskytnúť ochranu právu, tvrdenému v žalobe (alebo chránenému záujmu, vyplývajúcemu z uznesenia o začatí konania bez návrhu). Najzákladnejšia úloha súdu v občianskom súdnom konaní je poskytnúť ochranu právu, resp. právom chránenému záujmu, a to (jasne povedané) na základe zistenej pravdy.

„Spravodlivá administrácia spravodlivosti“ v konkrétnom prípade je niekde medzi týmito mantinelmi a pokus o zodpovedanie skôr položených otázok umožňuje jazýček váh priblížiť najlepšímu možnému riešeniu.

Pre právny štát nemôže mať právo žalobcu na poskytnutie súdnej ochrany jeho porušenému právu, tvrdenému v civilnej žalobe, *a priori* menšiu hodnotu, ako právo žalovaného napr. na ochranu jeho súkromia. Výrazné je to v prípade jednoznačnej dôkaznej núdze a ešte výraznejšie je to napríklad vo veciach ochrany maloletého (absurdné príklady – 1./ V konaní o pozbavení rodičovských práv bude jediným možným skutočne relevantným dôkazom obrazovo-zvukový záznam rodiča, týrajúceho dieťa. Svedkov niet, dieťa vypovedať nevie a známky týrania aktuálne nemožno ne tele dieťaťa zistiť. Keďže však nahrávku obstarala známa alebo neznáma osoba bez súhlasu týrajúceho rodiča a ide o „jeho prejav osobnej povahy“, ide o nezákonný dôkaz. Jeho

²⁴ Prípad *Imerman vs. Tchenguiz* (2010) EWCA Civ. 908. Po podanom návrhu na rozvod manželstva pána Vivian Imerman a pani Elizabeth Tchenguiz (návrh podala manželka) zabezpečil brat pani Tchenguiz, Richard Tchenguiz, ktorý podnikal v spoločných priestoroch s pánom Imermanom, kópie dokumentov z počítača pána Imermana, týkajúce sa jeho finančných aktív, aby zabezpečil pre sestru náležité finančné vyrovnanie. Údaje odovzdal právnenému zástupcovi svojej sestry.

²⁵ Pravidlo 38.1 Civil Procedure Rules. Súdy napríklad, okrem spomenutých prípadov, vylúčili dôkaz, pretože jeho získaním došlo k porušeniu privilégia vzťahu advokát – klient.

vykonaním sekundárne zasiahneme do práv rodiča, jeho nevykonaním súd neochráni záujem maloletého dieťaťa. 2./ Občan monitoruje pozemok okolo svojho rodinného domu a pred ním. Kamera zachytí jednoznačné protiprávne konanie, napr. poškodenie majetku vandalom. Vyhotovením záznamu však občan poškodil právo vandala a inak porušenie svojho práva nedokáže. Použitím analógiu českej rozhodovacej praxe, dôkaz bude možné vykonať, ak s tým vandal bude súhlasiť. Aj to je však *de lege lata* otáznosť a situácia sa môže vyvinúť presne opačne. Nielenže poškodený občan neunesie dôkazné bremeno v civilnom spore, ale dokonca bude zodpovedný za porušenie práv vandala.²⁶⁾

Skutočnosť, že civilný súd v odôvodnenom prípade vykoná nezákonne získaný dôkaz, podľa môjho názoru, neprezentuje zmenu charakteru tohto dôkazu. Jeho vznik a „vynesenie na svetlo“ naďalej predstavuje porušenie práva.

Vykonanie takéhoto dôkazu pred súdom neprezentuje ani to, že by poškodená osoba bez ďalšieho zostala bez súdnej ochrany svojho práva. Štát predsa poskytne plnú ochranu tomuto právu v prípadnom konaní, ktoré iniciuje poškodený.

Odôvodnenosť vykonania nezákonne získaného dôkazu sa musí zakladať na prísne stanovených predpokladoch, ktoré by však mali byť vopred jasné a naplniteľné. Nezabúdajme na to, čo je predmetom daného konania (spravodlivá ochrana práva uvedeného v žalobe) a na to, ako je možné dosiahnuť to (jedine zistením skutkového stavu). Keďže ide o (aj keď druhotné, ale predsa) porušenie ústavne garantovaného práva iného účastníka konania (a prípadne aj ďalších osôb), musí byť toto porušenie minimalizované, a teda musí spĺňať požiadavky proporcionality.

Test proporcionality je zvyčajne trojprvkový a zahŕňa posúdenie vhodnosti, potrebnosti a primeranosti porušenia:

Posudzovanie vhodnosti daného dôkazu je posudzovaním toho, či je daný dôkaz skutočne vhodný (spôsobilý) na zistenie skutočnosti, ktorá je predmetom dokazovania (napríklad, ak by mal obrazový záznam dokázať len to, že sa žalobca so žalovaným stretol, ale nie to, že bol uzatvorený kontrakt, plnenie z ktorého je žalované – a s akým obsahom, nebude predmetný záznam vyhovovať kritériu vhodnosti).

Naplnenie kritéria potrebnosti nezákonne získaného dôkazu bude determinovať skutočnosť, či možno náležité zistenie skutkového stavu dosiahnuť aj inak, t.j. inými dôkaznými prostriedkami. Ak vie účastník dokázať pravdivosť svojich tvrdení aj legálne získanými dôkazmi, nie je vykonanie nezákonného dôkazu potrebné. Toto kritérium teda možno naplniť len v dôkaznej núdzi.

²⁶ Už samotným monitorovaním priestranstva pred rodinným domom (ulice pred domom, kde majiteľ domu bežne zaparkuje svoje motorové vozidlo) sa podľa platnej právnej úpravy majiteľ domu dopúšťa protiprávneho konania. Podľa § 10 ods. 7 zákona č. 428/2002 Z.z. o ochrane osobných údajov v znení neskorších predpisov možno priestor prístupný verejnosti monitorovať pomocou videozáznamu alebo audiozáznamu len na účely verejného poriadku a bezpečnosti, odhaľovania kriminality alebo narušovania bezpečnosti štátu, a to len vtedy, ak je priestor zreteľne označený ako monitorovaný. Označenie monitorovaného priestoru sa nevyžaduje, ak tak ustanovuje osobitný zákon. Navyiac, vyhotovený záznam možno využiť len na účely trestného konania alebo konania o priestupkoch, ak osobitný zákon neustanovuje inak. *De lege ferenda* je teda žiaduce, aby osobitný zákon (napr. Občiansky zákonník v rámci ustanovení o náhrade škody, alebo Občiansky súdny poriadok v rámci dokazovania) umožňoval takúto formu ochrany majetku a následné dokazovanie aj v občianskom súdnom konaní.

V nie úplne odlišnom prípade Vrchný krajský súd v Karlsruhe (rozsudok sp. Zn. 12 U 180/01 zo dňa 8. novembra 2001) rozhodol, že „skryté sledovanie parkovacieho miesta v podzemnej garáži pomocou videokamery, ktorým chce vlastník odhaliť páchatel'a, ktorý v minulosti poškodil jeho vozidlo, je kvôli zásahom do osobnostných práv dotknutého spoluužívateľa garáže neprípustné. Zostrihané záznamy nie sú v konaní o náhradu škody pred civilnými súdmi použiteľné ani priamo, ani tak, že by došlo k výsluchu osôb o obsahu nahrávok, a preto poškodený z nedostatku iných dôkazov nemôže svoje tvrdenia preukázať.“

Najkomplikovanejším z pohľadu posúdenia jeho naplnenia je primeranosť, chápaná ako skúmanie toho, či je miera zásahu do (ústavného) práva primeraná sledovanému cieľu. V tomto bode si dovoľím nesúhlasiť s názormi, prezentovanými v už uvedenej nemeckej a českej judikatúre, podľa ktorých záujem na unesení dôkazného bremena nie je vyšší, ako záujem na ochrane súkromia a ak k záujmu na unesení dôkazného bremena nepristúpi nejaký ďalší faktor (napr. nutná obrana alebo krajná núdza účastníka poškodivšieho právo iného na súkromie), nie je dôvod dať prednosť záujmu žalobcu na úspechu v spore pred záujmom žalovaného na ochrane jeho súkromia.²⁷

Nejde len o záujem jedného účastníka na výsledku konania. Ide o jeho ústavné právo na súdnu ochranu, a to na poskytnutie súdnej ochrany v materiálnom chápaní, ktorého naplnenie je podmienené riadnym zistením skutkového stavu (nájdением pravdy).

Právo jedného účastníka na súdnu ochranu nie je v žiadnom prípade právom menej hodnotným ako právo druhého účastníka na ochranu súkromia. A opäť zdôrazňujem, že (už aj tak porušené) súkromie je naďalej predmetom súdnej ochrany. Stačí, aby poškodený uplatnil svoje právo na súdnu ochranu predpísaným spôsobom.

Ak teda test proporcionality ukáže vhodnosť a potrebnosť vykonania protiprávne získaného dôkazu, t.j. preukáže sa jeho nevyhnutnosť pre dosiahnutie vecne správneho rozhodnutia, mal by byť tento dôkaz v občianskom súdnom konaní vykonaný. Ak z tohto pohľadu nebude dôkaz nevyhnutný, má prednosť ochrana osobnostných práv.

Zároveň by mal byť braný zreteľ na minimalizáciu zásahu do práv dotknutého účastníka pri vykonaní dôkazu. Na zabezpečenie tohto cieľa by postup súdu mohol byť nasledovný:

1./ neverejne vyriešiť otázku autenticity a hodnovernosti (čo zrejme bude možné len narábaním s celým materiálom),

2./ samotné vykonanie dôkazu bude obmedzené exaktne len na predmet dokazovania (súd prehrá/premietne/prečíta/oboznámi naozaj len pasáž k veci; zvyšná časť bude neverejnou súčasťou spisu).

Na druhej strane, následná ochrana súkromia poškodenej osoby by mala byť v prípade, kedy štátny orgán (civilný súd) vykoná nezákonne získaný dôkaz, o niečo jednoznačnejšia. Účastník „riskuje“ právne následky voči sebe už vyjavením svojho predošlého nezákonného postupu, t.j. navrhnutím vykonania nezákonne získaného dôkazu. Mal by si teda byť vedomý možných následkov v oblasti civilného práva, prípadne aj práva trestného, alebo priestupkového. Súc si vedomý tohto by si mal zvážiť možné negatíva znášaných následkov porušenia osobnostného práva inej osoby a negatíva svojho neúspechu v prebiehajúcom civilnom konaní.

Ak má byť daná prednosť zisťovaniu skutkového stavu, a máme ju opierať aj o argument trvania ochrany poškodeného osobnostného práva, nemali by sme pripustiť, že v následnom konaní na ochranu osobnosti nebude možné zistiť zodpovednú osobu.²⁸ Účastník, v prospech ktorého bude nezákonný dôkaz vykonaný, by mal niesť zodpovednosť za porušenie práva druhej strany, a to bez ohľadu na výsledok konania. Aj keby nebol porušovateľom práva on, kvôli nemu, v jeho záujme a len na jeho návrh bol dôkaz vykonaný, čo znamená, že on je príčinou toho, že nezákonne získaný dôkaz bol zverejnený, a teda mohol privodiť ďalšiu ujmu dotknutej osobe. V tomto kontexte je potrebné vyriešiť situáciu, v ktorej by sa dôkaz dostal do sféry súdu anonymne. V sporovom konaní by mal súd takýto „potenciálny dôkaz“ ignorovať.²⁹ V konaniach ovládaných vyšetrovacou

²⁷ Právo žalobcu na peňažné plnenie voči žalovanému bude „len“ slabším právom ako právo žalovaného na ochranu jeho súkromia? Právo dieťaťa na priaznivé životné podmienky už bude „dostatočne hodnotným“ právom na vykonanie nezákonného dôkazu?

²⁸ Obrana žalovaného v duchu „nelegálny záznam som nevyhotovil ja, ale mne neznáma osoba bez môjho vedomia a ja som záznam len našiel na svojom stole“, dovedená *ad absurdum* by robila aj z účastníka, v prospech ktorého bol vykonaný nelegálny dôkaz, vlastne tiež poškodenej, pretože (napr. v prípade záznamu rozhovoru alebo rokovania) aj jeho podobizeň, prejavy a podobne boli zaznamenané bez jeho predchádzajúceho súhlasu.

²⁹ Dôkazy sú v sporovom konaní vykonávané na základe návrhu účastníkov (prejednávacia zásada). Súd síce môže výnimočne vykonať aj iné dôkazy, ako navrhujú účastníci, ak je ich vykonanie nevyhnutné pre rozhodnutie vo veci (§ 120 ods. 1 OSP *in fine*), ale je otázne, či otázka hrozaceho

zásadou však zodpovednosť za zistenie skutkového stavu nesie súd.³⁰ Preto ťažko možno požadovať, aby súd ignoroval anonymne predložený dôležitý dôkaz aj bez určiteľnej osoby, ktorá bude zodpovedná za porušenie osobnostného práva, pretože chránený záujem (napr. ochrana maloletého dieťaťa) by mal mať prednosť pred súkromím účastníka konania.

U poškodeného možno teoreticky uvažovať aj o náhrade škody, ak v dôsledku zásahu do jeho osobnostného práva škoda vznikla. Zodpovednosť za túto škodu je založená na subjektívnom princípe. Ťažko si však predstaviť, aká škoda by mohla poškodenému vzniknúť primárne porušením jeho osobnostného práva (napr. samotným vyhotovením záznamu rozhovoru) a sekundárne vykonaním nezákonného dôkazu (najmä za splnenia predpokladov, uvedených ako úvaha *de lege ferenda* vyššie). Samozrejme, bolo by úplne pomýlené považovať za škodu súdom uloženú povinnosť na plnenie, pretože povinnosť plniť hmotnoprávne existovala nezávisle od porušenia osobnostného práva a vykonanie dôkazu len dopomohlo k jej autoritatívnemu deklarovaniu. Náhľad na následné splnenie záväzku (alebo inej právnej povinnosti) ako na škodu by bol v skutku zvláštny a zrejme by svedčil o tom, že daný účastník nemal nikdy v úmysle svoju povinnosť splniť. Obdobné je to pri akomkoľvek inom deklaratórnem rozhodnutí súdu, založenom na vykonanom nezákonne získanom dôkaze. V prípade konštitutívneho rozhodnutia súdu je rovnako ťažko predstaviteľné uvažovať o zavinení novej v budúcnosti vzniknutej škody predchádzajúcim porušením osobnostného práva.

Možno teda uzavrieť, že v občianskom súdnom konaní existuje možnosť vykonať aj dôkaz, pri ktorého vzniku došlo k porušeniu práva inej osoby. Základnou úlohou súdu je zistiť hodnoverne skutkový stav bez formalistického okliešťovania tejto povinnosti a na tomto základe rozhodnúť *in meritum*. Relevantný a nevyhnutný dôkaz by nemal byť v občianskom súdnom konaní ignorovaný. Najmä, ak bude súd dbať na minimalizáciu zásahu do práva poškodeného pri vykonávaní dôkazu. Ani vykonanie nezákonne získaného dôkazu nemusí predstavovať porušenie práva druhého účastníka na spravodlivý proces.

Použitá literatúra:

- DRGONEC, J.: Ústava Slovenskej republiky. Komentár. 3. vydanie. Šamorín: Heuréka, 2012, 1620 s. ISBN 80-89122-73-8
- FICOVÁ, S., ŠTEVČEK, M. a kol.: Občianske súdne konanie. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2010, 493 s. ISBN 978-80-7400-31-7
- MACUR, J.: Důkazní břemeno v civilním soudním řízení. Brno: Masarykova univerzita, 1995, 172 s. ISBN 80-210-1161-0
- MACUR, J.: Dělení důkazního břemena v civilním soudním sporu. Brno: Masarykova univerzita, 1996, 161 s. ISBN 80-210-1403-2
- MAZÁK, J.; MOLNÁR, P.; JÁNOŠÍKOVÁ, M.: Učebnica občianskeho procesného práva. Bratislava: Iuris Libri, 2012, 802 s. ISBN 978-80-89635-00-9
- SEDLAČKO, F.: Nezákonný dôkaz v občianskom súdnom konaní. In: Bulletin slovenskej advokácie, 2007, č. 9, s. 30 a nasl.
- SVOBODA, K.: Dokazování. Praha: ASPI – Wolters Kluwer, 2009, 392 s. ISBN 978-80-7357-414-7
- ŠTEVČEK, M., FICOVÁ, S. a kol. Občiansky súdny poriadok. 1. diel. Komentár. 2. vydanie. Praha: C.H. Beck, 2012, 965 s. ISBN 978-80-7400-406-3
- WINTEROVÁ, A. a kol.: Civilní právo procesní. 5. vyd. Praha: Linde, 2008, 742 s. ISBN 978-80-7201-726-3

neunesenia dôkazného bremena bez vykonania nezákonne získaného dôkazu je v kontradiktórnem konaní subsumovateľná pod hypotézu „ak je ich vykonanie nevyhnutné pre rozhodnutie vo veci“. Podľa môjho názoru tomu tak nie je.

³⁰ čo znamená, že neuvažujeme o neunesení dôkazného bremena a o neúspechu v konaní, ale o nesplnení základnej úlohy súdu

DEDIČSKÁ ZMLUVA A REKODIFIKÁCIA OBČIANSKEHO ZÁKONNÍKA

Jana Muránska

Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici, Právnická fakulta

Abstract: In the Slovak Republic, the role of adopting the new Civil Code has remains for several years. In preparation for the new Civil Code, the legislator concentrates on the arrangements of the Succession Law to fit the new conditions of the society raised after 1989. It is mainly about respecting one of the fundamental principles of Private Law – the principles of autonomy of a will. The importance of this autonomy in the Succession Law is to re-anchor the institute of settlement of claims to an inheritance in the Slovak legislation as a possibility of a contractual disposition of the testator with the property upon death. The settlement of claims is a renewed institute of a Private Law which is not present in the recent legislation though it had its fixed place in the law applicable on the territory of the Slovak Republic until 1950 and still today it can be found in legislation of the developed European countries in an updated form. The aim of this paper will be to highlight the historical aspects as well as the trends in relations of the settlement of claims to an inheritance de lege ferenda.

Abstrakt: V Slovenskej republike už niekoľko rokov pretrvávajú úloha prijatia nového Občianskeho zákonníka. V rámci príprav nového civilného kódexu venuje zákonodarca náležitú pozornosť aj úprave dedičského práva tak, aby zodpovedala novým podmienkam spoločnosti, ktoré sa nastolili po roku 1989. Ide predovšetkým o rešpektovanie jednej zo základných zásad súkromného práva – zásady autonómie vôle. Výrazom tejto autonómie vôle v oblasti dedičského práva je opätovné zakotvenie inštitútu dedičskej zmluvy do slovenského právneho poriadku ako možnosti zmluvnej dispozície poručiteľa s majetkom pre prípad smrti. Dedičská zmluva je staronový inštitút súkromného práva, ktorý v súčasnej právnej úprave dedenia absentuje, aj keď mal svoje pevné miesto v práve platnom na území Slovenska do roku 1950 a dodnes si svoju aktuálnosť udržuje v právnych poriadkoch vyspelých európskych krajín. Cieľom príspevku bude poukázať na historické aspekty ako aj tendencie vo vzťahu k úprave dedičskej zmluvy de lege ferenda.

Key words: Private Law codification, the new Civil Code, the autonomy of the will of the testator, the Law of Succession, succession titles, succession

Kľúčové slová: kodifikácia súkromného práva, nový Občiansky zákonník, autonómia vôle poručiteľa, dedičské právo, dedičské tituly, dedičské zmluvy

1 ÚVOD

V Slovenskej republike už niekoľko rokov pretrvávajú úloha vytvorenia nového Občianskeho zákonníka ako „*uceleného prehľadného a stredoeurópskym štandardom zodpovedajúceho civilného kódexu osnovaného na vedeckých základoch systému všeobecného súkromného práva*“.¹ Po viacerých pokusoch zatiaľ poslednú etapu rekodifikačných prác prezentuje Legislatívny zámer kodifikácie súkromného práva z roku 2008, ktorý otvoril novú etapu prác na paragrafovom znení Občianskeho zákonníka.²

V rámci príprav nového civilného kódexu je náležitá pozornosť venovaná aj novej právnej úprave dedičského práva ako neodmysliteľnej súčasťi systematiky základnej normy súkromného práva. V rámci kodifikácie bude dedičské právo systematicky zaradené ako 4. časť hneď za vecné práva, čo je odôvodnené jednak jeho absolútnou majetkovou povahou ako aj obsahovou nadväznosťou na vecné práva.

Hneď na úvod je potrebné zdôrazniť, že právne úpravy kontinentálnej Európy venujú otázkam dedenia oveľa väčšiu pozornosť ako naša zákonná úprava, ktorú nachádzame v 36

¹ CIRÁK, J. Európsky a národný rozmer kodifikácie súkromného práva v Slovenskej republike, s.13.

² LAZAR, J. Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva.

paragrafoch. V porovnaní s tradičnými európskymi kodifikáciami je tak naše dedičské právo z hľadiska rozsahu hlboko poddimenzované. Ide pritom o „úpravu neobyčajne významnú ako vzhľadom k prirodzenej úcte k zomretému človeku a rešpektu k jeho posledným prániam, ktoré prípadne prejavil, tak aj z hľadiska úpravy nadobúdania vlastníctva právnym nástupníctvom a úpravy dedičskej sukcesie vôbec“.³ Úsilie zákonodarcu v tejto oblasti odôvodnene smeruje k rozšíreniu právnej úpravy dedenia, a to najmä znovu zavedením viacerých tradičných inštitútov dedičského práva, ktoré už v minulosti poznalo právo platné na území Slovenska.

V ďalšom texte sa zameriame na jeden z takýchto „stratených“ inštitútov, a to inštitút **dedičskej zmluvy**, ktorý v súčasnej slovenskej platnej právnej úprave dedičského práva nenachádzame, aj keď mal v práve platnom na našom území svoje miesto až do roku 1950 a dodnes si udržuje svoju aktuálnosť v právnych poriadkoch vyspelých európskych krajín. (Nemecko, Francúzsko, Švajčiarsko, Rakúsko). S obnovením daného inštitútu v podmienkach Slovenskej republiky sa opäť počíta, a to v súvislosti s prebiehajúcou rekodifikáciou súkromného práva. Prinavrátanie tohto inštitútu do Občianskeho zákonníka je opodstatnené i v súvislosti s celkovou koncepciou dedičského práva tak, aby úprava v oblasti dedenia vyhovovala zásadám súkromného práva. Dôraz sa kladie na posilnenie slobody poručiťela pri nakladaní s majetkom pre prípad smrti, čím budúca práva úprava nadväzuje na štandardy tradičných súkromnoprávných úprav kontinentálnej Európy i tuzemské právne tradície ako sa vyvíjali do prijatia Občianskeho zákonníka z roku 1950.

2 DEDIČSKÁ ZMLUVA – POHĽAD DO HISTÓRIE

Z hľadiska historického obyčajové súkromné právo platné na území Slovenska do roku 1950 poznalo nadobúdanie dedičstva titulom dedičských zmlúv. Dedičská zmluva spolu so závetom a spoločným závetom manželov patrila k tzv. „posledným poriadkom“. Išlo o právne úkony poručiťela, ktorými disponoval so svojim majetkom pre prípad smrti. Platná dedičská zmluva sa musela rešpektovať pri odovzdaní dedičstva. Právo ostatných dedičov bolo chránene inštitútom povinného dielu. Naň mali nárok potomkovia poručiťela (prípadne aj jeho rodičia ak prichádzali do úvahy ako dedičia) a zakladal len právo na výplatu vo výške jednej polovice dedičského podielu zo zákona opomenutého dediča. V uhorskom dedičskom práve neplatila stará rímsko-právna zásada „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“ (po nikom nemožno dediť sčasti na základe závetu a sčasti na základe zákona) čo znamenalo, že jednotlivé dedičské tituly mohli pôsobiť aj vedľa seba, mohli si navzájom konkurovať. Platilo pritom, že dedenie podľa posledného poriadku, ak boli splnené všetky materiálne a formálne náležitosti, malo prednosť pred dedením zo zákona.

Dedičská zmluva na rozdiel od závetu bola dvojstranný právny úkon (odplatný alebo bezodplatný), v ktorom jedna strana svoj posledný poriadok záväzne prejavovala voči druhej zmluvnej strane a táto ho prijala.⁴ Vzhľadom na jej povahu ju nemohla žiadna zo strán jednostranne odvolať (až na prípad hrubého nevďaku - Z.R. 292.)⁵ a k zmene alebo k zrušeniu bolo potrebné uzatvorenie novej zmluvy. Taktiež každý neskorší závet zriadený jednou zmluvnou stranou, ktorý by sa odchyľoval od dedičskej zmluvy, bol neplatný (Kúria, č. 1719/1895).⁶ Uhorské dedičské právo pripúšťalo aj tzv. vzájomnú dedičskú zmluvu, v ktorej obe strany záväzne prejavili svoje posledné poriadky navzájom. Obsahom dedičskej zmluvy bola úprava práv a povinností dediča na čas po smrti poručiťela.

Keďže dedičská zmluva zakladala majetkovoprávne dôsledky pre prípad smrti poručiťela, neobmedzovala poručiťela za jeho života ďalej voľne nakladať so svojim majetkom. Podľa rozhodnutia Kráľovskej kúrie (č.1526/1912; 4975/1899) sa nároky zmluvného dediča počas života poručiťela nezabezpečovali.⁷ Avšak poručiťel nemohol zmať dedičskú zmluvu tým, že by majetok, ktorý je predmetom dedičskej zmluvy, rozdal. Ak k tomu zo strany poručiťela došlo s úmyslom vyhnúť sa plneniu zmluvnej povinnosti, bol povinný zmluvnému dedičovi vydať majetok ale len ten,

³ ELIÁŠ, K. Základní pojetí návrhu úpravy dědického práva pro nový občanský zákoník, s. 98.

⁴ FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A. Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi, s. 521.

⁵ ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi, s. 560.

⁶ ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi, s. 561.

⁷ Tamtiež, s. 560.

kto bezodplatne nadobudol od poručiťela nehnuteľnosti, vediac o zmluvnom dedičskom práve (Z.R. 291).⁸

Dedičskú zmluvu mohli uzatvoriť len svojprávne osoby a na rozdiel od českého dedičského práva,⁹ ktoré pripúšťalo uzatvorenie dedičských zmlúv len medzi manželmi (prípadne medzi snúbencami za podmienky uzavretia manželstva) nebol na Slovensku okruh zmluvných dedičov nijak obmedzený. Pre formu zmluvy sa podľa § 33 zák. čl. XVI/1876 o náležitostiach závetu, dedičských zmlúv a darovania pre prípad smrti vyžadovali formálne náležitosti predpísané týmto zákonom pre súkromné písomné závetu, pre závetu verejné alebo písomné závetu súkromné uložené u verejného notára.¹⁰

Občiansky zákonník č. 141/1950 Zb. inštitút dedičskej zmluvy neprevzal a dodnes v právnej úprave chýba. Pre obdobie kodifikácií občianskeho práva v roku 1950 a následne v roku 1964 bolo totiž príznačné potlačovanie hľadiska preferencie autonómie vôle, čo viedlo v oblasti dedičského práva k oslabovaniu voľnosti poručiťela pri rozhodovaní o svojom majetku pre prípad smrti. Občianske právo prehlásilo poslednú poručiťelovu vôľu „za nezaujímavú s odôvodnením, že dedičia musia mať možnosť využívať dedičstvo v súlade s plánovitým hospodárstvom „socialistického“ štátu, a nie podľa toho, čo si poručiťel prial.“¹¹ Legislatívny vývoj po roku 1948 znamenal potupný odklon od celého radu tradičných inštitútov súkromného práva, dedičské právo nevynímajúc. V súčasnej platnej právnej úprave dedenia tak nenachádzame okrem dedičskej zmluvy ani ďalšie tradičné inštitúty dedičského práva, napr. odkaz, privilegované testamenty, spoločný závet manželov či darovanie pre prípad smrti.

3 DEDIČSKÁ ZMLUVA – ÚPRAVA DE LEGE FERENDA

V súvislosti s rekodifikačnými prácami na novom Občianskom zákonníku bude nevyhnutné, ako sme už vyššie uviedli, priblížiť úpravu dedičského práva tradičným kodifikáciám súkromného práva vo vyspelých demokraciách, ale taktiež zohľadniť historické hľadisko, vlastné právne tradície, aby budúca úprava v oblasti dedenia zodpovedala novým súčasným podmienkam, ktoré sa nastolili po roku 1989. Ide predovšetkým o rešpektovanie jednej zo základných zásad súkromného práva – zásady autonómie vôle. Bezpochyby výrazom tejto autonómie vôle je opätovné zakotvenie inštitútu dedičskej zmluvy do slovenského právneho poriadku.

Návrat k inštitútu dedičskej zmluvy ako možnosti zmluvného nakladania s majetkom pre prípad smrti, sleduje aj nový český Občiansky zákonník – zákon č. 89/2012 Sb. (účinný od 1.1.2014). Vzhľadom na porovnateľný spoločensko-ekonomický vývoj ako aj porovnateľnú úroveň právnej kultúry možno pohľad na novú českú právnu úpravu dedičského práva považovať za možný zdroj inšpirácie aj tej našej budúcej slovenskej. Dedičskú zmluvu upravuje český Občiansky zákonník v ustanoveniach §§ 1582-1593. Tak ako nová česká právna úprava pripustila aj slovenská úprava de lege ferenda pripúšťa rozšírenie dedičských titulov o ďalší dôvod dedenia, čo by znamenalo možnosť dedenia na základe troch právnych dôvodov; a to na základe dedičskej zmluvy, zo závetu alebo zo zákona, pričom tieto dôvody môžu pôsobiť aj vedľa seba. Spomedzi dedičských titulov bude ale dedičská zmluva vždy predstavovať najsilnejší delačný dôvod. Čo do právnej sily tak bude zastávať popri dedení zo závetu a zo zákona najsilnejšiu pozíciu, čomu by malo zodpovedať aj zaradenie dedičskej zmluvy na stupnici dedičských titulov. Budúca právna úprava sa tak bude musieť vysporiadať s prípadmi, kedy právo na dedičstvo uplatňuje viac osôb, ktoré si odporujú. Nový český Občiansky zákonník rieši konkurenciu dedičských titulov v ustanovení § 1672: *Ak uplatňuje právo na dedičstvo viac osôb a odporujú si, odkáže súd toho z dedičov, ktorého právny dôvod slabší, aby svoje právo uplatnil žalobou. Postupnosť dedičských titulov podľa ich sily možno odvodiť z ustanovenia nasledovného: proti dedičovi, ktorý sa opiera o dedičskú zmluvu nepopretú čo do pravosti, sa k podaniu žaloby odkáže každý dedič zo závetu alebo dedič zákonný. Proti dedičovi, ktorý sa opiera o závet nepopretý čo do pravosti, sa odkáže k podaniu žaloby každý zákonný dedič.*(§ 1673 ods. 1). Pokiaľ ide o okruh zmluvných subjektov, tento nová česká právna úprava nijak neobmedzuje. K tomuto konceptu neobmedzených dedičov sa hlási tiež

⁸ FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A. Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi, s. 521 a 525.

⁹ V českých krajinách sa dedičské právo až do roku 1950 spravovalo ustanoveniami rakúskeho Všeobecného občianskeho zákonníka (ABGB) z roku 1811.

¹⁰ ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J. Komentář k československému obecnému zákonníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi, s. 560.

¹¹ ELIÁŠ, K. Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem, s. 10.

slovenská osnova. Rovnako aj napr. švajčiarsky občiansky zákonník (ZGB), nemecký občiansky zákonník (BGB) neobmedzujú uzavretie dedičskej zmluvy len medzi manželmi. Naproti tomu rakúska úprava dedenia zo zmluvy obmedzuje okruh zmluvných partnerov len na manželov (snúbencov) - § 602 rakúskeho Všeobecného občianskeho zákonníka (ABGB).¹²

De lege ferenda bude tiež dôležité rozhodnúť o lokalizácii ustanovení o dedičskej zmluve v pripravovanom Občianskom zákonníku. Dedičská zmluva je dvojstranný právny úkon, ktorým poručiteľ povoláva druhú zmluvnú stranu za dediča a druhá strana to prijíma. Jedná sa teda o záväzné dojednanie dvoch strán (záväzné ustanovenie za dediča) a účinnosť dedičskej zmluvy nastáva smrťou poručiteľa. Vzhľadom na osobitnú povahu dedičskej zmluvy, ktorá predstavuje zmiešaný právny útvar medzi zmluvou a závetom, čo znamená, že na ňu dopadajú ustanovenia o zmluve aj o záвете, vyvstáva opodstatnená otázka jej systematického začlenenia v civilnom kódexe. V moderných európskych právnych úpravách sa môžeme stretnúť s rozličnými prístupmi k systematike dedičských zmlúv. Napr. francúzsky Code Civile upravuje dedičské zmluvy v časti upravujúcej darovanie medzi živými a testamenty. Nemecký BGB, švajčiarsky ZGB a tiež nový český Občiansky zákonník zaraďujú úpravu inštitútu dedičskej zmluvy do úpravy dedičského práva. Naopak odlišnou systematikou sa vyznačuje rakúske ABGB, ktorý upravuje dedičskú zmluvu medzi zmluvami. Z hľadiska systematiky nového slovenského Občianskeho zákonníka sa prikláňame k názoru, že právna úprava dedičskej zmluvy prináleží viac do časti venovanej dedičskému právu. Predsa len ide o najsilnejší dedičský titul, čím je jeho význam v úprave dedenia zásadný.¹³

Pokiaľ ide o právnu formu dedičskej zmluvy, všeobecným štandardom európskych úprav je verejná listina, ktorá by mala byť podľa nás zachovaná aj v podmienkach Slovenskej republiky. V našich podmienkach by bola viazaná na formu notárskej zápisnice, ktorá sa javí ako účelná najmä z dôvodu, že nevzniknú pochybnosti o platnosti či neplatnosti tejto zmluvy, na základe ktorej sa zmluvný dedič bude môcť po smrti poručiteľa domáhať majetkových hodnôt. Dôležitá ale hlavne žiaduca je podľa nás aj publicita majetkových pomerov uzatváraných pre prípad smrti. Formu verejnej listiny vyžadujú viaceré zahraničné právne úpravy, napr. právna úprava nemecká - § 2276 BGB, švajčiarska - čl. 512 ZGB, nová česká právna úprava v § 1582 ods. 2 OZ.

Dedičská zmluva rovnako ako každá iná zmluva zakladá povinnosti a oprávnenia zmluvných strán a preto nemôže byť na rozdiel od závetu jednostranne zmenená alebo zrušená. Premieta sa tu kontraktálny charakter dedičskej zmluvy. Jej účinnosť, ako sme už vyššie uviedli, nastáva smrťou poručiteľa. V dôsledku uvedeného sa dedičská zmluva nedotýka majetkových pomerov zmluvných strán počas ich života. To znamená, že poručiteľ môže až do svojej smrti voľne nakladať so svojim majetkom, ktorý je predmetom zmluvy a nie je vylúčené, že dedičovi nejaký majetok zostane. Na mieste je preto otázka ochrany zmluvného dediča. Konkrétne, či má zmluvný dedič právo na to, aby obdržal po smrti poručiteľa dedičstvo v takom stave, v akom bolo v čase uzavretia dedičskej zmluvy. V tejto súvislosti môžeme poukázať na novú českú právnu úpravu, ktorá síce priznáva ochranu zmluvného dediča ale táto ochrana sa zužuje len na prípady darovania s úmyslom poškodiť zmluvného dediča. Podľa ustanovenia § 1588 ods.2 OZ sa zmluvný dedič môže dovolať neúčinnosti darovacej zmluvy alebo závetu, ktoré poručiteľ zriadil tak, že to s dedičskou zmluvou nie je zlučiteľné. Zároveň je potrebné dodať, že toto ustanovenie sa javí ako problematické, keďže dedičská zmluva nepriznáva zmluvnému dedičovi žiadny konkrétny majetkový nárok. Inak povedané je otázne, či by zmluvný dedič uspel so žalobou, aby napr. obdarovaný vydal darovanú vec späť poručiteľovi.¹⁴ Vzhľadom na obligačnú povahu dedičskej zmluvy by ale bolo možné uvažovať o využití takých inštitútov (nástrojov), ako je napr. predkupné právo alebo niektorý zo spôsobov zabezpečenia.¹⁵ Ak by poručiteľ spísal závet bez súhlasu zmluvného dediča, dedičská zmluva sa nezruší, nakoľko zastáva najsilnejšiu pozíciu medzi dedičskými titulmi (§1590).

Z hľadiska závažnosti právnych následkov dedičskej zmluvy by mala budúca právna úprava vyžadovať, tak ako v prípade zriadenia závetu, osobné konanie účastníkov nepripúšťajúce zastúpenie zástupcom. Naviac spôsobilá na uzavretie dedičskej zmluvy by mohla byť len osoba, ktorá je plne spôsobilá na právne úkony. Výslovne to nájdeme zakotvené aj v kódexoch európskych štátov (§ 468 ZGB, § 2274 BGB) a tiež v novom českom Občianskom zákonníku. Ak je poručiteľ obmedzený v spôsobilosti na právne úkony, zrejme bude postačovať, aby dedičskú zmluvu uzavrel a záväzok z nej zmenil so súhlasom opatrovníka (§ 1584 ods.1 nový český Občiansky zákonník).

¹² CIRÁK, J. Dedenie zo zmluvy, s. 5.

¹³ ELIÁŠ, K. Nový občiansky zákoník s aktualizovanou dôvodovou správou a rejstříkem, s. 649.

¹⁴ ŠEŠINA, M. Pořízení pro případ smrti podle nového občanského zákoníku, s. 5.

¹⁵ CIRÁK, J. Dedenie zo zmluvy, s. 7.

Dôležité v súvislosti s úpravou dedičskej zmluvy bude taktiež vyriešenie otázky dispozícií poručiteľa s pozostalosťou. Inak povedané, či predmetom zmluvy môže byť celý majetok poručiteľa alebo bude dedičská zmluva čo do rozsahu majetku, ktorým môže poručiteľ v zmluve disponovať, limitovaná. Napr. podľa nového českého občianskeho zákonníka nemôže poručiteľ dedičskou zmluvou povolať dediča k celej pozostalosti. Štvrtina pozostalosti musí zostať voľná, aby s ňou mohol poručiteľ disponovať a povolať dediča mimozmluvne. Avšak podľa výslovnej úpravy aj táto jedna štvrtina môže byť zanechaná zmluvnému dedičovi, ale len prostredníctvom závetu (§1585). Česká právna úprava ďalej rieši aj prípady odovzdania majetku zo strany poručiteľa na zmluvného dediča už za svojho života. Úprava dáva možnosť spisania takéhoto majetku vo forme verejnej listiny. Ak teda poručiteľ neodovzdá celý svoj majetok alebo nadobudne po prevode ďalší majetok, dedičská zmluva sa vzťahuje len na majetok takto spísaný, ibaže by si zmluvné strany dojednali, že sa dedičská zmluva vzťahuje aj na nespísaný majetok. Z úpravy tiež vyplýva, že ak došlo k odovzdaniu majetku ešte za života zmluvného dediča, prechádzajú práva a povinnosti z dedičskej zmluvy na dediča zmluvného dediča, ibaže by bolo dojednané niečo iné (§ 1589).

Nová česká právna úprava dedenia v ustanoveniach § 1592 a § 1593 výslovne upravuje aj osobitný druh dedičskej zmluvy, a to dedičskú zmluvu medzi manželmi. Ide o zmluvu, v ktorej sa manželia (prípadne snúbenci za podmienky uzavretia manželstva) vzájomne povolávajú za dedičov. Takáto dedičská zmluva nezaniká rozvodom manželstva, pokiaľ nebolo dohodnuté niečo iné. V takomto prípade môže zrušiť dedičskú zmluvu súd na návrh niektorého z bývalých manželov, pričom súd návrhu nevyhoví, ak smeruje proti tomu, kto nezapríčinil rozvrat manželstva a s rozvodom nesúhlasil, čo môže byť v praxi veľmi zložité hlavne v tých prípadoch, keď vo výroku rozsudku o rozvode manželov nebude uvedené, ktorý z manželov zapríčinil rozvrat manželov.¹⁶

4 ZÁVER

Na záver je možné konštatovať, že opätovné zavedenie inštitútu dedičskej zmluvy do slovenského právneho poriadku je krokom, ktorý významným spôsobom prispeje k posilneniu postavenia a subjektívneho majetkového práva poručiteľa voľne disponovať so svojim majetkom pre prípad smrti. Prinavrátením dedičskej zmluvy ale aj ďalších opustených inštitútov dedičského práva by sa naša úprava v oblasti dedenia vrátila späť do sféry tradičných úprav vyspelých demokratických právnych štátov, kde súkromné právo plní svoju základnú funkciu, a to slúžiť človeku ako prostriedok k presadzovaniu jeho slobody. Bude preto nevyhnutné, aby aj budúca úprava slovenského dedičského práva vyhovovala zásadám súkromného práva. Dôraz sa kladie na zásadu autonómie vôle, ktorá garantuje a ponecháva čo najširší priestor slobodnej iniciatíve jednotlivca.

Použitá literatúra:

- CIRÁK, J.: Dedenie zo zmluvy. In: *Ars Notaria*, 2013, č. 3, s. 4-9.
- CIRÁK, J.: Európsky a národný rozmer kodifikácie súkromného práva v Slovenskej republike. In: *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2012, č. 1, s. 10-20.
- ELIÁŠ, K a kol.: *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. Ostrava: Sagit, 2012, 1119 s. ISBN 978-80-7208-922-2.
- ELIÁŠ, K.: Základní pojetí návrhu úpravy dědického práva pro nový občanský zákoník. In: *Ad Notam*, 2003, č.5, s. 97-104.
- FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A.: *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi*. III.vyd. Šamorín: Heuréka, 1998. 600 s. ISBN 80-967653-4-5.
- LAZAR, J.: *Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva*. Bratislava: Ministerstvo spravodlivosti SR, 2008, 295s. ISBN 978-80-89363-14-8.
- ROUČEK, F. – SEDLÁČEK, J.: *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi*. Svazek 1. Praha: CODEX Bohemia, 1998, ISBN 80-85963-61-2.
- ŠEŠINA, M.: Pořízení pro případ smrti podle nového občanského zákoníku. In: *Ad Notam*, 2012, č. 2, s.3-8.

¹⁶ ŠEŠINA, M. Pořízení pro případ smrti podle nového občanského zákoníku, s. 6.

Kontaktné údaje:

JUDr. Jana Muránska, PhD.
janamuranska@hotmail.com
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela
Komenského 20
Banská Bystrica
Slovenská republika

INŠTITÚT SVĚŘENSKÝCH FONDŮ V NOVOM ČESKOM OBČIANSKOM ZÁKONNÍKU AKO ZDROJ INŠPIRÁCIE PRE TVORCOV NOVÉHO SLOVENSKEHO OBČIANSKEHO ZÁKONNÍKA

Mária Nemcová

University of Warsaw, Faculty of Law and Administration

Abstract: The paper discusses the institute of so-called *svěřenské fondy* (in Slovak: *zverenecké fondy*, in English: trust funds) as one of the novelties introduced into the Czech legislation by the new Czech Civil Code. The author of the paper discusses the manners of establishment and principles of functioning of trust funds. The focus of the paper lies mainly in the analysis of the legal regulation of the trust funds in the new Czech Civil Code. Concurrently, the ambition of the paper is to point out the approaches of the recodification commissions of other countries of the Visegrad Four to introduce the said institute in new civil codes that will be the results of the recodification processes. The aim of the presented paper is on the one hand to point out the advantages of the trust funds and the possibilities of the applicability of this institute in practice and on the other hand to draw attention to its problematic aspects. For this purpose, the author provides a complex and unbiased view on the legal regulation of the trust funds in the new Czech Civil Code, which in this respect may serve as the inspiration for the legislators of the new Slovak Civil Code.

Abstrakt: Príspevok je venovaný problematike inštitútu tzv. *svěřenských fondů* ako jednej z novinek, ktoré zavádza do českej právnej úpravy nový český Občiansky zákonník. Súkromnoprávny inštitút zvereneckých fondov nadväzuje na inštitút *fideicommissum* rímskeho práva a taktiež na tzv. *trust* známy v právnom systéme *common law*. Autorka príspevku sa zaoberá spôsobom vzniku a princípmi fungovania zvereneckého fondu ako účelovo vyčleneného majetku bez právnej subjektivity, ktorý slúži na dosiahnutie účelu stanoveného jeho zakladateľom. Zároveň autorka sleduje aj možnosti využitia tohto inštitútu v praxi a dôvody pre jeho založenie. Ťažisko príspevku spočíva predovšetkým v analýze právnej úpravy zvereneckého fondu v novom českom Občianskom zákonníku. Jeho cieľom je na jednej strane vyzdvihnúť výhody inštitútu zvereneckého fondu zavedeného do nového českého Občianskeho zákonníka a súčasne upozorniť aj na jeho problematické stránky. Za týmto účelom autorka poskytuje komplexný a nepredpojatý náhľad na právnu úpravu zvereneckého fondu v rámci nového českého Občianskeho zákonníka, ktorý v tomto smere môže slúžiť ako zdroj inšpirácie pre tvorcov nového slovenského Občianskeho zákonníka.

Key words: trust funds, new Czech Civil Code, Legislative intent of the new Slovak Civil Code. Green Paper an optimal vision of the Polish Civil Code

Kľúčové slová: zverenecký fond, nový český Občiansky zákonník, Legislatívny zámer nového slovenského Občianskeho zákonníka.

1 ÚVOD

Dňa 28. marca 2012 vstúpil do platnosti zákon č. 89/2012 Zb., nový český Občiansky zákonník (ďalej len „NOZ“), ktorý nadobudne účinnosť dňa 1. januára 2014 a nahradí súčasne platný Občiansky zákonník z roku 1964 (zákon č. 40/1964 Zb.), ktorý bol mnohokrát novelizovaný a z hľadiska potrieb dnešnej spoločnosti nie je dostatočný. NOZ je výsledkom dlhoročnej práce rekodifikačnej komisie vedenej prof. Dr. JUDr. Karolom Eliášom. Pozornosti odbornej ani laickej verejnosti neušlo, že NOZ zavádza aj niektoré nové inštitúty, ktoré súčasný právny poriadok českej republiky nepozná. Dovoľme si tvrdiť, že jednou z najvýraznejších novinek, ktoré zavádza NOZ do českého právneho poriadku je osobitný inštitút *svěřenských fondů*. Zverenecký fond je inštitútom, ktorý má svoje historické korene jednak v kontinentálnom práve a jednak v anglo-americkom právnom systéme.

Pod všeobecným pojmom zverenstva sa v princípe rozumie vzťah, ktorého podstata spočíva v tom, že jedna osoba zverí určitý majetok druhej osobe v prospech tretej osoby. Tento všeobecný vzťah bol v najrôznejších podobách a formách využívaný už v časoch rímskeho práva v podobe inštitútu *fideicommissum*. Inštitút zverenstva je však predovšetkým typickým inštitútom anglo-amerického právneho systému v podobe inštitútu *trust*.

Obdobné formy zverenstva a najmä rôzne podoby anglosaského trustu sú dlhodobo celkom bežne a veľmi často využívané vo väčšine štátov západného sveta, a to tak v štátoch patriacich do kontinentálneho právneho systému, ako aj v štátoch patriacich do anglo-amerického právneho systému, kde sú najmä využívané na zabezpečenie medzigeneračného prenosu majetku alebo slúžia na uchovanie jeho celistvosti alebo na jeho vyčlenenie na určité súkromné alebo verejne prospešné účely.

2 HISTORICKÝ EXKURZ INŠTITÚTOM FIDEICOMMISSUM¹

Fideikomis predstavuje inštitút Rímskeho práva, ktorý bol prakticky používaný už od 5. storočia pred Kr. Jeho latinský názov *fideicommissum* je odvodený od slovného spojenia *fidei committo*, čo v preklade znamená „zverujem dôveru“.

Fideikomis bol novším druhom odkazu a spočiatku predstavoval neformálny nástroj, ktorým poručiteľ s dôverou zveril vybranému dedičovi alebo legátovi ako dôverníkovi svoj majetok alebo jeho časť s tým účelom, aby ho po splnení určitých podmienok alebo v určitom čase odovzdal tretej osobe (*fideicommissarius*). Tento inštitút umožňoval prevod majetku a disponovanie s ním plne podľa vôle poručiteľa, a to aj na osoby, ktoré neboli spôsobilé dedič. Spravidla fideikomisári boli osoby, ktoré nemohli byť dedičmi alebo odkazovníkmi (napr. ženy alebo peregríni).²

Fideikomis bol zriadený tým, že poručiteľ vo svojom závete poveril určitého dediča a vyjadril želanie, aby v závete presne vymedzený majetok po poručiteľovej smrti spravoval a užíval určitým spôsobom a aby ho po splnení určitých podmienok alebo po uplynutí určitého času v nerozdelenej podobe odovzdal ďalšej osobe. Týmto však nedošlo k vytvoreniu žiadneho právneho záväzku a dedič nebol pod žiadnym právnym tlakom, aby pranie poručiteľa skutočne splnil. Celý tento vzťah bol spočiatku založený na osobnej dôvere medzi dvoma osobami, a to poručiteľom a dedičom a fungovanie inštitútu bolo postavené na základe viery poručiteľa v spoľahlivosť a morálnu kvalitu vybraného dediča, ktorý mal po jeho smrti splniť poručiteľove pranie a uviesť fideikomis do života.

Fideikomis nebol súčasťou vtedajšieho právneho systému *ius civile*, a preto ani nebol obmedzovaný mnohými obmedzeniami ako napríklad dedičstvo alebo odkaz. Fideikomis predstavoval iba neformálnu ústnu alebo písomnú prosbu, aby dedič splnil určité pranie poručiteľa v prospech tretej osoby tzv. fideikomiséra. Hlavnými dôvodmi vzniku a rozvoja tohto inštitútu bola jednak skutočnosť, že fideikomis umožnil previesť majetok aj na osoby nespôsobilé dedič podľa *ius civile* a taktiež to, že jeho zriadenie bolo jednoduché, bez akýchkoľvek formálnych požiadaviek.

V 6. storočí po Kr. bol tento inštitút cisárom Justinianom zahrnutý do *Corpus Iuris Civilis* čím sa stal súčasťou civilného práva a bol plne vymáhateľný bežnými postupmi.

Justinianova úprava fideikomisu sa v období stredoveku stala základom pre úpravu majetkových pomerov najmä šľachtických rodín v rôznych európskych krajinách. Vďaka znalosti rímskeho práva sa pôsobením cirkvi fideikomis dostal aj do anglosaského prostredia.

3 PRÁVNA ÚPRAVA ZVERENECKÝCH FONDŮ V NOZ

Vzhľadom na skutočnosť, že NOZ vychádza z kontinentálnej právnej tradície, jeho tvorcovia sa rozhodli použiť ako zdroj inšpirácie právnú úpravu zvereneckých fondov obsiahnutú v *Civil Code of Québec*, t.j. Občianskom zákonníku kanadskej provincie Québec. Súčasný *Civil Code of Québec* (ďalej len „CCQ“) bol po dlhoročných kodifikačných prípravách prijatý v roku 1994. CCQ jedinečným spôsobom integroval do kontinentálneho práva viaceré inštitúty z *common law* vrátane inštitútu *trust* a táto kanadská provincia je tak v súčasnosti jednou z mála krajín sveta, kde spoločne koexistujú tieto dva právne systémy.³ V porovnaní s ďalšími právnymi úpravami tohto inštitútu (napr. v Škótsku, Louisiane alebo v Juhoafrickej republike) sa recepcia québeckej úpravy javí ako najvhodnejšia.⁴

¹ Bednaříková B.: *Svěřenské fondy. Institut pro uchování a převody rodinného majetku*, s. 1-22.

² Rebro, K., Blaho P.: *Rímske právo*, s. 448.

³ Gillese, E., Milczynski, M.: *The Law of Trusts – Essentials of Canadian Law*, s. 17-18.

⁴ Tento názor vychádza z dôvodovej správy k NOZ, avšak samozrejme existujú aj odlišné názory. SKUHRAVÝ, J.: *Institut svěřeneckého fondu v návrhu občanského zákonníku*. Obchodní právo č.

Inštitút zvereneckých fondov je podrobne upravený v tretej časti NOZ – Absolútne majetkové práva, Hlave II – Vecné práva, Diele šiestom – Správa cudzieho majetku, Oddiele štvrtom – Zverenecký fond, a to v ust. § 1448 - § 1474 NOZ.⁵ V súvislosti so začlenením právnej úpravy zvereneckého fondu v NOZ medzi právnú úpravu vecných práv uvádzame, že predmetné zaradenie nemení nič na záväzkovom charaktere fiduciárneho vzťahu.

3.1 Podstata a vznik zvereneckého fondu

Ustanovenie § 1448 NOZ znie nasledovne:

„(1) *Svěřenský fond se vytváří vyčleněním majetku z vlastnictví zakladatele tak, že ten svěří správci majetek k určitému účelu smlouvou nebo pořízením pro případ smrti a svěřenský správce se zaváže tento majetek držet a spravovat.*

(2) *Vznikem svěřenského fondu vzniká oddělené a nezávislé vlastnictví vyčleněného majetku a svěřenský správce je povinen ujmout se tohoto majetku a jeho správy.*

(3) *Vlastnická práva k majetku ve svěřenském fondu vykonává vlastním jménem na účet fondu svěřenský správce; majetek ve svěřenském fondu však není ani vlastnictvím správce, ani vlastnictvím zakladatele, ani vlastnictvím osoby, které má být ze svěřenského fondu plněno.*“

Podstata zvereneckého fondu spočíva v tom, že zakladateľ zvereneckého fondu vyčlení zo svojho majetku určitú časť⁶ a zverí ju zvereneckému správcovi za určitým účelom, čím vzniká oddelené vlastníctvo, ku ktorému pôvodný vlastník už nedisponuje vlastníckym právom. Vlastnícke právo k vyčlenenému majetku vykonáva vo vlastnom mene a na účet zvereneckého fondu zverenecký správca. Avšak ani správca zvereneckého fondu, ani osoba oprávnená zo zvereneckého fondu nie je jeho vlastníkom.⁷ Zverenecký fond predstavuje týmto inštitút bez vlastníctva a keďže zverenecký fond nie je ani právnickou osobou, môžeme tvrdiť, že ide o *res nullius sui generis*.

Od samotného vzniku zvereneckého fondu je potrebné odlišovať zriadenie, resp. vytvorenie zvereneckého fondu. Zakladateľ vytvorí zverenecký fond tak, že buď zmluvou, alebo ustanovením pre prípad smrti (napríklad závetom) zverí svoj majetok na určitý účel. Avšak zverenecký fond vznikne momentom, keď zverenecký správca prijme poverenie vykonávať správu zvereneckého fondu. V prípade, ak je zvereneckých správcov viac, zverenecký fond vznikne, ak toto poverenie prijme aspoň jeden z nich. Zverenecký fond zriadený pre prípad smrti vznikne momentom smrti poručiťa.⁸

NOZ rozlišuje zverenecké fondy podľa účelového určenia na verejnoprospešné (zriadené k napĺňaniu kultúrnych, vedeckých, náboženských alebo podobných účelov) alebo súkromné. Podľa

4/2011, s. 12.: „Úprava trustu nezapadá do obecných vývojových tendencií úpravy trustu ve státech kontinentálního práva, ale dokonce ani není skutečnou úpravou trustu, nýbrž pouhého institutu na první pohled podobného trustu. Samotná textace vykazuje celou řadu drobnějších i významnějších nedostatků a nedomyšleností. Navíc nekritické přijetí jediného legislativního vzoru v podobě fiducie québeckého občanského zákoníku též kvalitě navrhované úpravy nepřidalo.“

⁵ Ust. § 1448 - § 1474 NOZ.

⁶ NOZ neupravuje aký majetok môže zakladateľ vložiť do zvereneckého fondu. Preto zastávame názor, že do zvereneckého fondu môže byť vyčlenený akýkoľvek majetok, a to majetok hnutelný aj nehnuteľný, majetok nehmotný alebo majetok, ktorý má vzniknúť až v budúcnosti. Vždy však bude platiť, že do zvereneckého fondu musí zakladateľ vyčleniť majetok, ktorý prevádza zo svojho vlastníctva. Podľa komentára k CCQ však napríklad nie je zrejmé či iba samotné právo disponovať s určitým majetkom v budúcnosti, ktoré je vložené do trustu je samé o sebe dostatočným obsahom trustu, aj keď je už týmto momentom vytvorené právo správcu disponovať s určitými objektmi, ktoré správca v rámci trustu ešte len v budúcnosti nadobudne. Takéto prípade je potrebné vždy posudzovať *ad hoc*. Claxton, J.B.: *Studies on the Quebec Law of Trust*, s. 59.

⁷ SKUHRAVÝ, J.: *Institút svěřenského fondu v návrhu občanského zákoníku*. Obchodní právo č. 3/2011, s. 10.: „Například v anglickém právu i v dalších právních řádech se správce stává vlastníkem res trustu, avšak správce poté má dvě různá jmění – své „osobní“ a jmění v trustu. (...) Proti pojetí, ve kterém se správce nestává vlastníkem res trustu lze vznést dvě základní námitky. První námitkou je, že princip nemožnosti existence dvou různých jmění jedné osoby nemá ekonomické opodstatnění. Druhou, ještě významnější námitkou, je postavení správce, které je v NOZ minimalizováno na pouhého administrátora cizího majetku.“

⁸ Bednaříková B.: *Svěřenské fondy. Institut pro uchování a převody rodinného majetku*. Česká republika 2012, s. 123.

ust. § 1449 ods. 2 NOZ zverenecký fond zriadený na súkromný účel slúži v prospech určitej osoby alebo na jej pamiatku. Súkromný zverenecký fond možno zriadiť aj za účelom investovania s cieľom dosiahnuť zisk. Naopak hlavným účelom verejnoprospešného zvereneckého fondu nemôže byť dosahovanie zisku alebo prevádzkovanie podniku (ust. § 1449 ods. 3 NOZ), čo však nevylučuje možnosť, aby dosahovanie zisku bolo jeho vedľajším účelom. V tejto súvislosti poukazujeme na právnu úpravu CCQ, ktorá je v tom smere odlišná a podľa ktorej môže byť *trust* t.j. zverenecký fond zriadený za trocha rôznymi účelmi, a to (i) tzv. *personal trust*, ktorý má slúžiť v prospech určitej osoby (súkromný s beneficietmi) (čl. 1267 CCQ), (ii) tzv. *private trust*, ktorý nemá slúžiť určitej osobe, ale určitému cieľu a na pamiatku zakladateľa (čl. 1268 CCQ) a (iii) tzv. *social trust*, ktorý je zriadený pre verejnoprospešný účel (čl. 1270 CCQ). NOZ teda naproti vyššie uvedenému rozlišuje len dva účely zvereneckého fondu, a to verejnoprospešný a súkromný. V tejto súvislosti sa vynára otázka, či v českom právnom poriadku bude platiť širšie účelové určenie zvereneckého fondu alebo nie.

Podľa CCQ existujú teda aj tzv. súkromné zverenecké fondy, ktorých cieľom nie je slúžiť určitej osobe, ale skôr určitému účelu a na pamiatku zakladateľa (t.j. na naplnenie jeho prianí). Takýto účel nemusí byť nijakým spôsobom prospešný pre širšiu verejnosť, takže nepôjde o verejnoprospešný zverenecký fond, ale naopak slúži iba pre uchovanie určitého súkromného záujmu zakladateľa zvereneckého fondu.⁹ Z toho môžeme vyvodiť, že zverenecký fond slúžiaci na pamiatku zakladateľa môže vo svojom výsledku prospievať určitému projektu, majetku alebo konkrétnej komunite (napr. zverenecký fond na podporu miestneho divadelného krúžku). Inými slovami povedané, zverenecký fond môže byť zriadený tak, aby slúžil akémukoľvek súkromnoprávnemu účelu, ktorý vo svojej podstate nie je v rozpore so zákonom, a preto sme toho názoru, že v českom právnom poriadku sa bude uplatňovať širšie účelové určenie zvereneckých fondov.

Zverenecký fond môže byť zriadený jednak bezodplatne rozhodnutím zakladateľa venovať časť svojho majetku určitému účelu, avšak zriadenie zvereneckého fondu môže byť dojednané aj za odplatu alebo iné protiplnenie.

Zverenecký fond sa spravuje svojím štatútom, ktorý vydáva zakladateľ zvereneckého fondu a ktorý je obsiahnutý v zmluve o zriadení zvereneckého fondu, v záвете alebo je vydaný samostatne. NOZ vyžaduje pre štatút zvereneckého fondu formu notárskej zápisnice a podstatné náležitosti štatútu sú v NOZ vymedzené len v minimálnom rozsahu. Zverenecký fond musí mať svoje označenie, ktoré musí vyjadrovať jeho účel a obsahovať slová „zverenecký fond“. Štatút musí obsahovať označenie zvereneckého fondu, označenie majetku, ktorý tvorí zverenecký fond pri jeho vzniku a účel zvereneckého fondu. Označenie osôb oprávnených zo zvereneckého fondu alebo spôsob, akým budú vybrané, nie sú obligatórnymi náležitosťami štatútu, nakoľko v prípade ich absencie v štatúte osoby oprávnené zo zvereneckého fondu vyberie zverenecký správca.¹⁰ V štatúte nemusí byť uvedený ani trvanie zvereneckého fondu. V takomto prípade platí, že zverenecký fond bol zriadený na dobu neurčitú. Samozrejme zákonné požiadavky na minimálny obsah štatútu nevylučujú možnosť a právo zakladateľa upraviť v štatúte prípadne aj ďalšie otázky podľa vlastnej úvahy a podľa okolností daného prípadu.

3.2 Správa zvereneckého fondu

Správu zvereneckého fondu vykonáva zverenecký správca, ktorým môže byť každá fyzická osoba plne spôsobilá na právne úkony alebo právnická osoba, ak to ustanoví zákon. Zvereneckého správcu vymenúva a odvoláva zakladateľ zvereneckého fondu, prípadne ho vymenuje súd.¹¹ V štatúte zvereneckého fondu však môže zakladateľ určiť iný spôsob menovania a odvolania zvereneckého správcu. NOZ nevylučuje možnosť, aby sa zvereneckým správcom stal jeho zakladateľ alebo osoba oprávnená zo zvereneckého fondu, avšak v takomto prípade musí mať zverenecký fond ďalšieho tzv. spolusprávcu, ktorý nebude ani zakladateľom zvereneckého fondu, ani osobou z neho oprávnenou, pričom platí, že správcovia zvereneckého fondu musia konať spoločne.

⁹ Bednaříková B.: *Svěřenské fondy. Institut pro uchování a převody rodinného majetku*, s. 127.

¹⁰ Avšak v prípade, ak má byť plnené zo zvereneckého fondu určitej osobe, štatút musí obsahovať určenie tejto osoby alebo spôsobu ako bude takáto osoba určená (ust. § 1452 ods. 2 písm. f) NOZ).

¹¹ Podľa ust. § 1455 ods. NOZ platí, že v prípade, ak zverenecký správca nie je v primeranej dobe vymenovaný oprávnenou osobou, alebo nie je možné zvereneckého správcu ustanoviť, na návrh osoby, ktorá má na tom právny záujem, vymenuje zvereneckého správcu súd.

Úlohou zvereneckého správcu je vykonávať plnú správu¹² spravovaného majetku. To znamená, že zverenecký správca je povinný zachovávať podstatu zvereneckého fondu, dbať o jeho rozmnožovanie a napĺňanie jeho účelu a rešpektovať práva beneficietov. Zverenecký správca je povinný zachovávať nestrannosť, a to predovšetkým v prípade, ak je osôb oprávnených zo zvereneckého fondu viac. Správca zvereneckého fondu je tiež povinný predchádzať stretu záujmov.¹³

Ako už bolo vyššie uvedené, zverenecký správca nie je vlastníkom majetku vyčleneného do zvereneckého fondu, je iba akýmsi jeho administrátorom. Kľúčovým štandardom pre výkon funkcie zvereneckého správcu je povinnosť vykonávať túto funkciu s tzv. „*péči rádného hospodára*“. To znamená, že zverenecký správca je povinný postupovať pri správe zvereneckého fondu s odbornou starostlivosťou.

Aj napriek skutočnosti, že zverenecký fond predstavuje oddelené vlastníctvo, je zrejmé, že niekto musí byť zapísaný alebo evidovaný ako jeho vlastník. Preto sa podľa ust. § 1456 NOZ zverenecký správca zapisuje do verejného zoznamu alebo inej evidencie ako vlastník majetku vo zvereneckom fonde s poznámkou „zverenecký správca“. Tým sa však vzhľadom na ust. § 1448 NOZ majetok vo zvereneckom fonde nestáva vlastníctvom zvereneckého správcu. „Z tohoto pohľadu je opäť politovanihodné využití modelu „*patrimoine d'affectation*“, neboť neexistuje důvod pro to, aby správce nebyl skutečným vlastníkem majetku v trustu, když už se zapisuje do veřejných seznamů „jako vlastník.“¹⁴

NOZ výslovné neupravuje spôsob akým dochádza k zániku funkcie zvereneckého správcu. Komentár k CCQ odkazuje na všeobecné ustanovenia o správe cudzieho majetku, kedy k zániku funkcie zvereneckého správcu dochádza zánikom alebo smrťou zvereneckého správcu, odstúpením z funkcie, vyhlásením konkurzu na majetok zvereneckého správcu alebo pozbavením spôsobilosti na právne úkony.¹⁵

3.3 **Obmyšlený ako osoba oprávnená zo zvereneckého fondu**

Osobu, ktorej má byť zo zvereneckého fondu plnené, NOZ označuje ako tzv. *obmyšleného*. V CCQ je pre túto osobu používaný názov *beneficiary*, t.j. beneficiet.¹⁶ NOZ názvom beneficiet označuje všeobecne správcu cudzieho majetku, t.j. každého, komu je zverená správa majetku, ktorý mu nepatrí, v prospech niekoho iného.¹⁷

Vymenovanie beneficieta je prednostným právom zakladateľa zvereneckého fondu. Zakladateľ môže už v štatúte zvereneckého fondu určiť, kto je jeho beneficietom a čo mu bude zo zvereneckého fondu plnené. Môže však tiež určiť okruh osôb, z ktorých má byť beneficiet vybraný alebo aj zveriť oprávnenie určiť beneficieta niekomu inému. Pokiaľ toto nie je v štatúte upravené alebo v prípade, ak zakladateľ fondu svoje právo vymenovať beneficieta nevyužije, pôsobnosť vymenovať beneficieta prechádza na zvereneckého správcu, ktorý je taktiež oprávnený určiť plnenie zo zvereneckého fondu v prospech beneficieta. Povahou veci je však dané, že pri zriadení zvereneckého fondu na súkromný účel (t.j. v prospech nejakej osoby, na jej pamiatku, prípadne za účelom investovania a dosahovania zisku), nemôže byť zverenecký správca pri vymenovaní beneficietov úplne autonómny, ale v takomto prípade musí štatút zvereneckého fondu minimálne vymedziť okruh osôb, z ktorého má byť beneficiet vymenovaný.¹⁸

¹² NOZ okrem inštitútu zvereneckého fondu prináša aj nový inštitút správy cudzieho majetku. Z hľadiska rozsahu povinností správcu cudzieho majetku NOZ rozlišuje medzi jednoducho správou cudzieho majetku a správou cudzieho majetku plnou. Jednoduchá správa cudzieho majetku smeruje len k tomu, aby bol spravovaný majetok čo do hodnoty, podstaty a účelu zachovaný. Naopak plná správa cudzieho majetku ukladá správcovi cudzieho majetku povinnosť dbať o rozmnožovanie za vykonania akýchkoľvek nevyhnutných a užitočných právnych úkonov v záujme beneficieta. Raban P.: *Správa cizího majetku a svěřeneckého fondu*. Obchodní právo č. 3/2013, s. 83-84.

¹³ REKODIFIKACE & PRAXE č. 7/2013, s. 17-18.

¹⁴ SKUHRAVÝ, J.: *Institut svěřeneckého fondu v návrhu občanského zákoníku*. Obchodní právo č. 3/2011, s. 10.

¹⁵ REKODIFIKACE & PRAXE č. 7/2013, s. 17-18.

¹⁶ Porov. ust. § 1457 a nasl. NOZ a čl. 1279 a nasl. CCQ.

¹⁷ Vid'. ust. § 1400 NOZ.

¹⁸ Vid'. ust. § 1457 ods. 1 a 2 NOZ.

Plnenie zo zvereneckého fondu môže byť reprezentované poskytovaním plodov, úžitkov, výnosov zo zvereneckého fondu alebo podielu z nich, alebo právom na vydanie celého majetku zvereneckého fondu alebo podielu na ňom.¹⁹ Štatút zvereneckého fondu musí určiť podmienky pre plnenie zo zvereneckého fondu a právo beneficenta na plnenie zo zvereneckého fondu vzniká len v prípade splnenia podmienok určených štatútom. Jednou z takýchto podmienok môže byť aj určenie doby, kedy právo beneficenta na plnenie vznikne. Podľa vzoru CCQ (čl. 1272 CCQ) je obmedzená voľnosť v určovaní časových podmienok tak, že právo na plnenie beneficentovi musí vzniknúť najneskôr v lehote 100 rokov od vzniku zvereneckého fondu. Tým však nie je trvanie zvereneckého fondu obmedzené najviac na 100 rokov, pretože právo na majetkové plnenie pri zániku zvereneckého fondu sto ročným limitom obmedzené byť nemôže, už bez ohľadu na to, že po vzniku práva na výnos z fondu môže dochádzať k jeho konzumácii aj opakovane, pričom tieto ďalšie plnenia môžu byť poskytované dlhšiu dobu. Vzhľadom na vhodnosť a účelovosť rešpektovať autonómiu vôle zakladateľa zvereneckého fondu nebolo z CCQ (čl. 1272 druhá alinea CCQ) prevzaté pravidlo, že právnická osoba môže byť beneficentom zvereneckého fondu najviac 100 rokov.²⁰

Beneficent má právo počas trvania zvereneckého fondu požadovať príslušné plnenie za predpokladu, že splní podmienky stanovené štatútom. Taktiež beneficent zvereneckého fondu zriadeného za súkromným účelom sa môže svojho práva na plnenie vzdať, a to vyhlásením urobeným vo forme notárskej zápisnice. Potom jeho právo pomerne prechádza na ostatných beneficentov. To isté platí aj v prípade, ak právo beneficenta zaniklo z iného dôvodu (ust. § 1461 NOZ).

3.4 Dohľad nad správou zvereneckého fondu

Keďže zverenecký správca spravuje majetok, ktorý nie je jeho vlastníctvom, NOZ upravuje aj otázku kontroly nad činnosťou zvereneckého správcu. Vzhľadom na povahu zvereneckého fondu ide o kontrolu dvojitú, a síce právo kontroly patrí jednak zakladateľovi zvereneckého fondu (v prípade smrti alebo zániku zakladateľa jeho právnym nástupcom) a jednak beneficentovi, nakoľko v jeho prospech má byť zo zvereneckého fondu plnené.²¹ Štatút môže určiť aj ďalšie osoby oprávnené vykonávať dohľad nad správou zvereneckého fondu. Možnosť ingerencie do správy zvereneckého fondu prostredníctvom vykonávania dohľadu nad ňou, ktorá prináleží zakladateľovi, predstavuje výrazný rozdiel oproti úprave „skutočných“ trustov podľa angloamerického práva.²²

Ten, komu prislúcha právo kontroly nad správou zvereneckého fondu musí byť informovaný, že mu vzniklo toto právo kontroly a voči komu ho môže uplatňovať. Zverenecký správca je povinný bez zbytočného odkladu doručiť osobe oprávnenej vykonávať kontrolu nad správou zvereneckého fondu oznámenie obsahujúce minimálne označenie zvereneckého fondu, účel a dobu jeho trvania, ako aj svoje meno a adresu. Zverenecký správca je tiež povinný (na žiadosť toho, kto má právo kontroly nad správou zvereneckého fondu) umožniť kontrolu dokladov týkajúcich sa zvereneckého fondu, predložiť vyúčtovanie, správu o svojej činnosti, ako aj poskytnúť ďalšie informácie.²³

NOZ tiež zakotvuje právne nástroje na odvrátenie rizika nekvalifikovaných zásahov pri správe zvereneckého fondu smerujúcich k poškodeniu zvereneckého fondu alebo spôsobeniu ujmy veriteľom zakladateľa zvereneckého fondu. Súd môže na návrh zakladateľa, beneficenta alebo inej osoby, ktorá má na tom právny záujem (i) uložiť zvereneckému správcovi povinnosť k určitému konaniu alebo naopak nejaké konanie zakázať, (ii) odvolať zvereneckého správcu, (iii) vymenovať nového zvereneckého správcu alebo (iv) rozhodnúť o neplatnosti právneho úkonu, ktorým zverenecký správca poškodil zverenecký fond alebo práva beneficenta. Pri tomto postupe sledujúcim ochranu zvereneckého fondu však musia byť chránené práva tretích osôb nadobudnuté v dobrej viere.²⁴

¹⁹ Vid'. ust. § 1457 ods. 3 NOZ.

²⁰ Konsolidovaná verzia dôvodovej správy k NOZ [online]. <<http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>>

²¹ V určitých prípadoch môže zákon stanoviť aj osobitnú kontrolnú právomoc nad správou zvereneckého fondu aj inej osobe alebo skupine osôb, prípadne orgánu verejnej moci (ust. § 1463 ods. 2 NOZ).

²² SKUHRAVÝ, J.: *Institút svěřeneckého fondu v návrhu občanského zákoníku*. Obchodní právo č. 3/2011, s. 10.

²³ Vid'. ust. § 1465 ods. 2 NOZ.

²⁴ Vid'. ust. § 1466 a 1467 NOZ.

3.5 Zmeny zvereneckého fondu

V súvislosti so zmenami zvereneckého fondu NOZ rieši dve situácie, a síce zmenu obsahu zvereneckého fondu a zmenu účelu zvereneckého fondu. Do zvereneckého fondu môže prispieť ktokoľvek ďalší (zmluvou alebo ustanovením pre prípade smrti), avšak bez nároku na protiplnenie. Takýto prispievateľ sa však týmto plnením nestáva zakladateľom zvereneckého fondu a ani nenadobúda práva zakladateľa zvereneckého fondu.²⁵

V prípade, ak je naplnenie účelu zvereneckého fondu nemožné alebo ťažko dosiahnuteľné, súd môže rozhodnúť o zrušení zvereneckého fondu alebo v prípade, ak ide o zverenecký fond zriadený na verejnoprospešný účel, rozhodnúť o zmene jeho účelu. Pred týmto rozhodnutím je však súd povinný vyžiadať si stanovisko zakladateľa zvereneckého fondu (alebo jeho právneho nástupcu), zvereneckého správcu, beneficenta a osobu vykonávajúcu dohľad nad správou zvereneckého fondu.²⁶

3.6 Zánik zvereneckého fondu

Od samotného zániku zvereneckého fondu je potrebné odlišovať ukončenie resp. zánik správy zvereneckého fondu.

Správa zvereneckého fondu zaniká buď uplynutím doby, na ktorú bol zverenecký fond zriadený, dosiahnutím účelu zvereneckého fondu, alebo rozhodnutím súdu o zániku správy zvereneckého fondu a v prípade zvereneckého fondu zriadeného za súkromným účelom aj vzdaním sa práva na plnenie všetkými beneficentmi. V okamihu zániku správy zvereneckého fondu však súčasne nedochádza k zániku zvereneckého fondu ako takého, pretože týmto okamihom by zverenecký fond stratil povahu samostatného vlastníctva, čím by sa popreli výhody, ktoré sú s tým spojené. Z tohto dôvodu je určené, že zverenecký fond zaniká až prevodom majetku zvereneckého fondu do vlastníctva oprávnenej osoby. Keďže zverenecký správca nie je vlastníkom majetku zvereneckého fondu, je povinný pri zániku správy zvereneckého fondu vydať majetok reprezentujúci zverenecký fond oprávneným osobám. Toho, kto je oprávnený získať takýto majetok, by mal predovšetkým určovať štatút zvereneckého fondu. Ak to štatút neurčí, má sa za to, že na majetok zvereneckého fondu má právo beneficent a v prípade, ak toho niet, tak tento majetok prípadne zakladateľovi zvereneckého fondu a ak nie je ani jeden z nich, majetok zvereneckého fondu prípadne do vlastníctva štátu.²⁷

Samotný zverenecký fond zanikne až po tom, čo zverenecký správca naloží s majetkom zvereneckého fondu podľa štatútu zvereneckého fondu, prípadne vydá majetok reprezentujúci zverenecký fond oprávnenej osobe alebo v prípade zvereneckého fondu s verejnoprospešným účelom prevedie jeho majetok do iného zvereneckého fondu alebo do vlastníctva právnickej osoby, ktorá sleduje dosiahnutie účelu, ktorý je čo najbližší účelu pôvodného zvereneckého fondu, a to ak predtým súd rozhodol o zániku správy tohto zvereneckého fondu z dôvodu, že jeho účel nie je možné naplniť.²⁸

4 PRAKTICKÉ MOŽNOSTI VYUŽITIA ZVERENECKÝCH FONDŮV

Inštitút zvereneckého fondu je možné využiť pri riešení rôznorodých životných situácií, rovnako ako aj pre napĺňanie špecifických cieľov a zámerov. V zahraničnej praxi je tento inštitút využívaný na mnohé účely, od hmotného zabezpečenia nezodpovedných dedičov, cez charitu, ochranu rodinného či firemného majetku, až po rôzne penzijné fondy či inštrumenty investičného trhu.

Jedným z účelov zriadenia zvereneckého fondu je zachovanie súkromia určitej rodiny. Na rozdiel od závetu, kedy obsah majetku jedinca je zverejnený, zverenecký fond ostáva neverejný. Z tohto dôvodu môže byť zverenecký fond ideálnym riešením pre úpravu majetkových vzťahov

²⁵ Vid'. ust. § 1468 NOZ.

²⁶ Ak je však možné dosiahnuť pôvodný účel zvereneckého fondu lepšie zmenou štatútu zvereneckého fondu, súd môže za rovnakých podmienok rozhodnúť o zmene štatútu zvereneckého fondu (ust. § 1469 NOZ).

²⁷ V prípade, ak správa verejnoprospešného zvereneckého fondu zanikne rozhodnutím súdu z dôvodu, že jeho účel nie je možné dosiahnuť, súd na návrh zvereneckého správcu rozhodne, že majetok zvereneckého fondu bude prevedený buď do iného zvereneckého fondu, alebo do vlastníctva právnickej osoby sledujúcej dosiahnutie účelu, ktorý je čo najbližší k účelu pôvodného zvereneckého fondu (ust. § 1471 – 1473 NOZ).

²⁸ Vid'. ust. § 1474 NOZ.

niektorých rodín. V anglo-americkom prostredí je trust častokrát zriadený za účelom, aby deťom zakladateľa trustu po dosiahnutí určitého veku bol pravidelne vyplácaný určitý obnos, ktorý im *trustee* (t.j. zverenecký správca) musí vydať. Využitie týchto prostriedkov môže byť podmienené tým, že dané prostriedky môžu byť využité len na úhradu vzdelania, obživy a pod. Zverenecký fond môže tiež slúžiť ako ochrana odovzdávaného majetku pred tzv. *spendthrift*, t.j. pred dedičmi, ktorí by mohli svoj majetok utrácať neuváženým spôsobom. Preto zverenecký správca, ktorý sa o majetok stará, beneficiantom uvoľňuje majetok v súlade s vôľou zakladateľa trustu. Ďalej tiež trust umožňuje chrániť majetok pred jeho delením alebo drobením. Dokáže tiež uchrániť majetok pred veriteľmi zakladateľa trustu. Trusty zvyknú byť tiež zriaďované na zabezpečenie miezd a dôchodkov zamestnancov alebo slúžia ako rezervný fond pre spoločnosť pre prípad jej zadĺženia.²⁹

Trusty sú rovnako často využívané v rámci komplexných podnikateľských štruktúr vo finančných a poisťovacích sektoroch podnikania, pre program dôchodkového pripoistenia s výhodou menšieho daňového zaťaženia. Trusty môžu byť tiež založené pre charitatívne účely.³⁰

5 ZÁVER

Rôzne podoby zverenstva sú bežne využívané už viac než dvetisíc rokov vo väčšine západných krajín. Želanie ľudí postarať sa o svojich konkrétnych blízkych alebo poskytnúť časť svojho majetku na prospešnú realizáciu nejakej myšlienky alebo na podporu určitého verejne prospešného cieľa prostredníctvom jednoduchého inštitútu s nadčasovým pôsobením je natoľko všeobecne rozšírené, že začlenenie právnej úpravy inštitútu zvereneckého fondu do nového českého Občianskeho zákonníka nie je ničím prekvapivým, ale naopak logickým a racionálnym rozhodnutím. Sme presvedčení, že inštitút zvereneckého fondu je perspektívnou súčasťou moderného práva v oblasti správy cudzieho majetku, a preto by jeho právna úprava mala byť obsiahnutá aj v novom slovenskom Občianskom zákonníku, a to aj napriek skutočnosti, že aktuálny Legislatívny zámer slovenského Občianskeho zákonníka s úpravou tohto inštitútu nepočíta.

Základné informácie o právnej úprave inštitútu zvereneckých fondov v NOZ predložené v tomto príspevku môžu slúžiť jednak ako zdroj inšpirácie pre tvorcov nového slovenského Občianskeho zákonníka v procese jeho prípravy a jednak ako podnet na diskusiu o niektorých nepresnostiach a nejasnostiach, prípadných medzerách v rámci koncepcie zvereneckého fondu zavedenej NOZ. V súvislosti s prípadným zaradením tohto inštitútu do nového slovenského Občianskeho zákonníka považujeme za najdôležitejšie sa zaoberať úvahami o praktických dôsledkoch a negatívnych dopadoch koncepcie tohto inštitútu tak, ako je navrhnutá a upravená v NOZ ako inštitútu bez vlastníctva a bez právnej subjektivity.

Použitá literatúra:

- BEDNAŘÍKOVÁ, B.: Svěrenské fondy. Institut pro uchování a převody rodinného majetku. 1. vydanie Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012. 196 s. ISBN 978-80-7357-938-8.
- REBRO, K., BLAHO, P.: Římske právo. 3. vyd. Bratislava – Trnava: IURA EDITION, 2003. 497 s. ISBN 80-89047-53-X.
- GILLESSE, E., MILCZYNSKI, M.: The Law of Trusts – Essentials of Canadian Law. 2nd ed. Toronto: Irwin Law Inc., 2005, 197 s. ISBN 978-1552211090.
- SKUHRAVÝ, J.: Institut svěřeneckého fondu v návrhu občianskeho zákonníka. Obchodní právo č. 4/2011, s. 10-23.
- CLAXTON, J.B.: Studies on the Quebec Law of Trust. Toronto: Thomson Carswell, 2005. 700 s. SBN: 0-459-24173-7.
- RABAN P.: Správa cizího majetku a svěřeneckého fondu. Obchodní právo č. 3/2013, s. 83-89.
- BEDNAŘÍKOVÁ, B.: Odpověď na otázku: Jaká pravidla platí pro Svěřeneckého správce podle NOZ?. REKODIFIKACE & PRAXE č. 7/2013, s. 17-18.
- BEDNAŘÍKOVÁ, B.: Odpověď na otázku: Jaké jsou možnosti využití trustu?. REKODIFIKACE & PRAXE č. 2/2013, s. 22.
- Civil Code of Quebec.
- Zákon č. 89/2012 Zb. občianský zákoník.

²⁹ REKODIFIKACE & PRAXE č. 2/2013, s. 22.

³⁰ REKODIFIKACE & PRAXE č. 2/2013, s. 22.

Konsolidovaná verzia dôvodovej správy k NOZ [online].
<<http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>>

Kontaktné údaje:

Mgr. Mária Nemcová
maria.nemcova1@gmail.com / mnemcova@bbh.sk
Faculty of Law and Administration
University of Warsaw
Krakowskie Przedmieście 26/28
00-927 Varšava
Poľská republika

SHIFTING THE BURDEN OF PROOF IN CIVIL CASES – ONE MAN’S LOSS IS ANOTHER’S GAIN?

Anna Nyilas

University of Debrecen, Faculty of Law

Abstract: Historically, presumptions have always been there as a way of shifting the burden of proof. In the case of a presumption, the law states that certain facts are presumed to be true and established in favour of the party alleging that fact. In Hungarian law for example, the contents of public deeds or official documents are presumed to be established facts – according to the CPC. It can be observed both in EU law and in national legislation, that there is a trend towards broadening the possibilities of shifting the burden of proof. In more and more cases, some kind of shifting rule is prescribed by substantive law: intellectual property infringements, unfair competition cases, contract liability, medical malpractice, etc. In this presentation, some areas of substantive and procedural law will be analysed where such a shift of the burden is applied, and the changes it brought to civil lawsuits in terms of evidence. It can be drawn from the above, that a change is taking place in the traditional principles of evidence, and in some lawsuits, we depart from the general rule “he who alleges must prove”. This contribution seeks the motives behind these exceptions.

Key words: burden of proof, presumption, evidence, civil procedure

1 BASIC PRINCIPLES OF EVIDENCE

In Hungary – as well as in other European civil justice systems, the basic principle is party autonomy in civil lawsuits, which stems from the principle of private autonomy in private law. The scope and interpretation of this principle is however different in every country. According to our interpretation – enshrined in Constitutional court¹ and several Supreme Court decisions - , one may decide to bring a lawsuit or assert his right in another (legal) way, one may decide at any time during a lawsuit to waive his right, make a settlement, or end the lawsuit (of course, this has cost consequences). The parties’ right of disposal is a specific procedural principle, meaning that the parties dispose of the lawsuit, as they dispose of their material rights. This right incorporates not only a right but also an obligation – if one wishes a fact to be established, he must provide sufficient evidence. This means, that the judge will not order *ex officio* to provide evidence, for example, to disclose documents, or provide information on the facts of the case - neither to the parties, nor to third persons or public authorities. He will not order to hear a witness either.²

The judge shall not choose which kind of evidence would be suitable for proving the facts of the case. All evidence shall be presented only on the motion of the party who alleges the fact. However, if we look at the parties’ motions, we can see that the judge is not bound by them, he may deny ordering the presentation of certain evidence if he considers it is irrelevant to the case or incapable of establishing the fact, or otherwise needless in deciding the case.³

The judge cannot make inquiries *ex officio*, meaning he cannot seek and obtain facts and pieces of evidence in addition to what the parties put forward or he became aware of during the process.

The judge shall not assist the parties in the proceedings, shall not inform them on material rights, or what remedies are available, or if the parties claim is based on the wrong grounds (whether legal or factual).

On the other hand, he does have a duty to inform the party on procedural tasks needed to be done by a party and especially the consequences of failure to fulfil. In presenting evidence, this information duty means that the judge shall inform the parties what facts need to be proved (that he

¹ 1/1994 (I. 7.) AB (Decision of the Constitutional Court)

² OptiJus Online Commentary on the Code of Civil Procedure, Chapter X., Opten, 2013. <http://www.opten.hu/>

³ Code of Civil Procedure, Art. 3. (4)

considers as relevant), secondly, which party has the obligation to provide evidence on a fact alleged, and finally, which party bears the burden of proof for the certain fact.⁴ These latter two coincide in most cases, but there are exceptions. If during the hearings, new facts arise, the judge has to clarify the above mentioned, every time. This ensures that parties have equal chance of presenting their case, and the right to be heard is not violated.⁵

2 BURDEN OF PROOF AND THE OBLIGATION TO PRODUCE EVIDENCE

Now let me turn to the main focus of my presentation, the burden of proof and the obligation to produce evidence. Not all judicial systems distinguish the two terms. In Hungarian procedural law, the obligation to provide evidence as a main rule falls on the party who alleges a certain fact and wishes that the judge consider the fact in deciding the case.⁶ The burden of proof means that one must bear all negative consequences (no more possibilities to bring evidence, bearing of costs or even losing on the merits) if proving a fact is unsuccessful, by any reason.⁷

From the above, one can easily see, that usually the party who alleges a fact to be considered by the judge, is the same who suffers negative consequences if the fact remains unproven. However, we can find numerous exceptions to this rule.

The reasons for the exceptions are also manifold:

- one party is considered to be weaker and it would be too heavy a burden put on him to provide evidence for his case;
- the value of the evidence presented by the other party;
- the nature of the case is such that it is hard to obtain evidence for any party;
- procedural efficiency requires alteration of the main rule (considering the nature, complexity of the case, value of the claim, the duty of timely disposal of the case);
- it is needed for the effective application of substantive law.
 - one sub-point of this is when EU Regulations contain substantive civil law rules, as we know that the effective application principle has special emphasis in EU law.

These alterations from the burden of proof and the obligation to provide evidence are found partly in the Civil code, partly in specific laws, and partly in the Code of civil procedure. At this point, some examples will be presented that may be of interest.

3 EXAMPLES FROM THE HUNGARIAN CIVIL CODE

3.1 Breach of contract due to deficient performance

According to Hungarian Civil Code, Art. 305/A (2), in consumer contracts, it shall be presumed until proven otherwise, that the fault of the product recognised within 6 months of performance was already present at the time of performance, except if this presumption is contradictory to the nature of the product or the character of the fault. Parties may not divert from this, such agreement will be null and void.

3.2 Unlawful terms in consumer contracts

According to the Civil Code Art. 209, the law (a Directive of the Government in this case⁸) specifies the terms which are ipso iure considered to be unfair or deemed to be unfair until proven otherwise. A general contract condition, or the term of a contract between an economic organization and a consumer, shall be considered to be unfair on the sole basis that the term is not clear and understandable for both parties.

⁴ KIRÁLY, L. – SIMON, K., A bizonyítási kötelezettség és a bizonyítási teher. In.: KENGYEL, M. (ed): A polgári perbeli bizonyítás gyakorlati kézikönyve. KJK Kerszöv Kiadó, Budapest, 2005. s. 131-186.

⁵ 1/2009. (VI.24.) PK vélemény a Polgári perrendtartás tájékoztatási kötelezettségre vonatkozó szabályainak alkalmazásával kapcsolatban egyes kérdésekről (Supreme Court Opinion)

⁶ FARKAS, J. – KENGYEL, M., Bizonyítás a polgári perben. Budapest: KJK-Kerszöv Kiadó, 2005, s. 73.

⁷ NYILAS, A.: Simplification and acceleration of civil justice in Europe. LAP LAMBERT Academic Publishing, Saarbrücken, 2011. s. 104.

⁸ 18/1999. (II. 5.) Korm. rendelet, for example, where the term entitles the contractor to decide whether performance was due, or requires performance of the consumer even if the contractor fails to perform, or alters the burden of proof to the detriment of the consumer.

3.3 General contract law

There is a way in contract law to affirm the duty of the obligated party to pay a certain debt owed, and thus strengthen the position of the obligee. This is recognition of debt by the obligated, which can be found in Art. 242. (1) of the Civil Code. It does not change the legal title for the debt – which will remain the contract – but it does reverse the burden of proof: the recogniser has to prove that the debt no longer exists, or it is not subject to civil lawsuit, or the contract is invalid. Without the recognition of debt, the plaintiff would have to prove that there is a valid contract and an existing debt that is overdue.

3.4 Non-contractual damages lawsuits

In damages lawsuits, the general rule is that to be exempted from liability, defendant has to prove that he acted in a manner that can reasonably be expected in the given situation or the harm was caused by the plaintiff's conduct. The plaintiff has to prove that he suffered actual harm, its amount, and the causal relationship between defendant's conduct and the loss suffered.⁹ Thus, there is a certain advantage to the claimant, as he does not need to prove that the defendant had a duty of care or he did not act lawfully. All damages are presumed by the law to be unlawful. For example, in a personality rights infringement case, the court ruled that voice recording without permission is itself an abuse of rights and the person who made the recording has to prove that his conduct was not abusive.¹⁰

However, this cannot be considered as a real advantage, as it would be relatively easy for the plaintiff to prove the breach of a rule of conduct. It is much harder to prove the causal link between the conduct and the harm that occurred. This can be attributed to the fact that evidence is not clear and convincing enough to rule out other possible causes of the harm, especially when the defendant alleges that it was the conduct of the plaintiff that caused the actual harm.

This was the situation in **medical malpractice lawsuits**. However, in the last few years courts began to apply a lower standard of causality.¹¹ Firstly, the claimant has to prove that he suffered harm during a medical intervention or treatment, meaning that he has to prove the damage itself and its amount, and that he underwent an intervention or treatment. The causal link is then established, even if there is a slight chance that the harm could be the result thereof. After this, the healthcare provider (hospital) has to prove that it acted in a reasonably expectable manner in the given situation. Reasonably expectable manner in the case of medical practitioners means the highest possible care and diligence. Thus, it has to prove that it acted with the highest possible care and diligence, and the harm would undoubtedly have occurred without the treatment. Its liability extends beyond mere compliance with professional protocols and rules. If it cannot be established by evidence, that the harm would have occurred, e.g. the documentation is missing, the consequences fall on the defendant. This interpretation of the rules was developed through Supreme Court judgements in review proceedings, over the last 5 years and places a heavy burden of proof on healthcare providers, who are developing new methods to exempt themselves from liability, e.g. stricter documentation duties.

In other cases, namely **personality rights infringement suits**, it is the actual harm and its amount that is often hard to prove for the plaintiff. When rewarding compensation for non-pecuniary damages – that is harm suffered in health, or other personality rights – judicial practice uses a formula to alleviate the plaintiff from the obligation to prove the actual harm. That is, the concept of public knowledge. In the new Code of Civil Procedure, this practice will be codified, as the plaintiff will not be obliged to prove actual damage. This „personal injury award” will be granted automatically if the plaintiff can provide evidence that there was an act or default infringing personality rights.¹² The judge may however decide that there is no such harm to the person that would require compensation, regarding the nature of the infringement and the circumstances of the case.

⁹ Civil Code Art. 339.

¹⁰ BH2008. 266. (Supreme Court Decision)

¹¹ PRIBULA, L., Az okozatosság értelmezésének változása az egészségügyi szolgáltatók kártérítési felelőssége körében. In: Jogtudományi Közlöny, 66: (4), 2011. s. 243-249.

¹² FÉZER, T., A nem vagyoni (erkölcsi) sérelmek megítélése a polgári jogban. HvgOrac Kft., 2011. s.176.

4 EXAMPLES FROM CIVIL PROCEDURAL LAW

4.1 Author's rights infringements

The Act on author's rights Art. 94/A. (8) provides that in a *lawsuit on author's rights violation*, one party alleged facts and made them sufficiently believable (still it does not reach the level of proving the fact), the party may request that the judge order the opposing party to

- show document or other evidence in his possession,
- allow the court to hold an inspection (as a means of evidence).

Generally, according to Code of Civil Procedure, this is not the case. Facts of the case cannot be established on probability, that is, by merely making them sufficiently believable. They have to be underpinned by evidence. In procedural activities or decisions – that is, not on the merits of the case – probability may be enough, if the law explicitly states: e.g. filing an excuse for default. Obviously, the above exception is in favour of the author in exercising his rights.

Let's now turn to procedural examples. In procedural law, burden of proof is mainly reversed by presumptions, referring to the existence or truth of a fact not certainly known that is drawn from the known or proved existence of some other fact. In specific procedures e.g. administrative review, the burden of proof is regulated differently from general rules.

4.2 Authentic official documents

Issued by a court, notary, authority, or other body authorised by law, within its powers, and prepared in the form prescribed by law, these documents fully and entirely prove the measure or decision therein, or the existence of the certified facts or data, or the making of statements it contains, their date and manner.¹³ If one party proves a fact with such a document, the burden of proof is reversed on the opposing party. He may bring contrary evidence, but in reality, this can hardly happen.

4.3 Service of court documents

Court documents served by mail shall be deemed served on the date the delivery was attempted if the recipient refused to accept service. If service was unsuccessful because it could not be served on the recipient (unknown address, death, nobody at home, etc.) the document shall be considered delivered on the fifth working day after the second attempted service, until proven otherwise. The recipient may rebut this presumption within a period of 15 days from gaining knowledge of the document, but only up to three months from the beginning of the presumption.¹⁴

4.4 Review of administrative decisions

If the administrative procedure was initiated ex officio, or, if the authority did not fulfil its duty to fully discover the facts of the case, the authority has the obligation to provide evidence on the validity of the facts it established in its decision, if the claimant contradicts those facts. Consequences of failure to provide evidence – thus the burden of proof – fall on the defendant, that is, on the authority.¹⁵

5 EUROPEAN UNION LAW

The *EU proposal for Antitrust Damages Actions*¹⁶ underlines that much of the relevant evidence a claimant will need to prove his case is in the possession of the defendant or of third persons and is often not sufficiently known or accessible to the claimants ('information asymmetry'). It is widely recognised that the difficulty a claimant encounters in obtaining all necessary evidence constitutes in many Member States one of the key obstacles to damages actions in competition cases. Insofar as the burden of proof falls on the (allegedly) infringing undertaking, it too may need to have access to evidence in the hands of the claimant and/or of a third party. The opportunity to ask the judge to order disclosure of information is therefore available to both parties to the proceedings. Its aim is to ensure that in all Member States there is a minimum level of effective access to the evidence needed by claimants and/or defendants to prove their claim

¹³ Code of Civil Procedure, Art. 195.

¹⁴ Code of Civil Procedure, Art. 99/A.

¹⁵ See also, BOROS, A., *Bizonyítás a közigazgatási eljárásjogban*. PhD dissertation, 2008. s.337. http://193.224.191.196:8080/phd/Boros_Anita090113.pdf (2013. 10. 15.)

¹⁶ COM(2013) 404, 11.6.2013.

or defence. EU law provides for a similar legal instrument in the enforcement of intellectual property rights.¹⁷

6 CONCLUSIONS

The above difficulties apply not only to antitrust cases, but to most civil lawsuits. Therefore disclosure should be widely available in other lawsuits as well. Hungarian civil procedure does not provide for disclosure, but this should be changed in the future Code. Obligation to disclose documents or other evidence in the possession of one party would make the judicial procedure more accessible and effective way to enforce material rights. Fears that it would be contradictory to the right of disposal are groundless, as it would promote equality of arms on the whole, since it would be applicable to both parties of the lawsuit. While present instruments – such as reversing the burden of proof – may encumber the procedural situation of the opposing party, and has a negative effect on the equality of arms.

Finally, I hope you can now relate to the second half of my title. It suggests that from the changing of the rules one may think that inequality is created between the parties, but one should always look at the reason and the aim of the change, and in most cases it seems justified. Without these exceptional rules, the claimant would certainly be at disadvantage because of lack of information and knowledge. Legislators should always be aware of preserving that balance between the parties and shall not frustrate a person from asserting his rights before the courts by overly burdensome evidence rules.

Bibliography:

- BOROS, A.: Bizonyítás a közigazgatási eljárásjogban. PhD dissertation, 2008.
http://193.224.191.196:8080/phd/Boros_Anita090113.pdf (2013. 10. 15.)
- FARKAS, J. – KENGYEL, M.: Bizonyítás a polgári perben. Budapest: KJK-Kerszöv Kiadó, 2005. 251 pages. ISBN 963-224-843-0.
- FÉZER, T.: A nem vagyoni (erkölcsi) sérelmek megtétele a polgári jogban. Budapest: HvgOrac Kft., 2011. 388 pages. ISBN: 9789632581378
- KIRÁLY, L. – SIMON, K.: A bizonyítási kötelezettség és a bizonyítási teher. In.: KENGYEL, M. (ed): A polgári perbeli bizonyítás gyakorlati kézikönyve. Budapest: KJK Kerszöv Kiadó, 2005. s. 131-186. 453 pages. ISBN 9632248627.
- NYILAS, A.: Simplification and acceleration of civil justice in Europe. Saarbrücken: LAP LAMBERT Academic Publishing, 2011. 306 pages. ISBN 9783846505144
- OptiJus Online Commentary on the Code of Civil Procedure, Chapter X., Opten, 2013.
- PRIBULA, L.: Az okozatosság értelmezésének változása az egészségügyi szolgáltatók kártérítési felelőssége körében. In: Jogtudományi Közlöny, 66: (4), 2011. s. 243-249.

Contact information:

Anna Nyilas, JUDr, PhD
nyilas.anna@law.unideb.hu
University of Debrecen, Faculty of Law
Debrecen, Kassai út 26.
4028
Hungary

¹⁷ Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights

VICARIOUS LIABILITY UNDER CONTRACT AND TORT LAW AND THE RECODIFICATION OF CIVIL CODES BY EXAMPLE OF AUSTRIA, SLOVAKIA AND CZECH REPUBLIC

Eva Ondreasova

Institute for European Tort Law, Austrian Academy of Sciences and University of Graz

Abstract: The harmonisation and comparative efforts in Europe have led to some civil systems reconsidering their codes. One of the most controversial topics is the liability of a principal for his employees and other 'helpers'. Most systems have rules that differentiate between contractual and non-contractual liability, but this is not true for the Slovakian and the current Czech system. This begs the question whether the Slovak system should be preserved by the new code. Furthermore, this liability raises important questions: Should intentional harmful conduct by the 'helper', in particular theft, bodily harm or rape, be attributed to the principal? The second question that needs to be addressed is the definition of 'helper', specifically if independent contractors should also make the principal liable or if, additionally, technical 'helpers' like computers should be treated the same as human helpers. In the end, as far as the contractual liability system is concerned, all these questions boil down to the most important question of all: how far should a contractual party have to guarantee the performance of a contract? A look at other systems could inspire the legislator of the Slovak Code.

Key words: liability for helpers, vicarious liability, contractual liability, independent contractors, intentional harm, technical helpers

1 RECENT DEVELOPMENT IN CIVIL LAW

Efforts to adapt civil codes and in particular the tort and liability law sections to the standards of current legal theories have started to emerge, mostly due to the harmonisation efforts of the last few years, like the Draft Common Frame of Reference (DCFR),¹ Principles of European Contract Law (PECL)² and the European Principles of Tort Law (PETL).³ This development has been further driven by the increase in comparative law literature available, in particular regarding tort law provisions.⁴ A completely new Czech Civil Code will come into force on the first of January 2014 and Austria has been discussing a reform of its mostly 200 year old tort law provisions for a few years already.⁵ Slovakia is also working on a new civil code. As far as contractual liability is concerned, responsibility of the contracting party for their employees and helpers is in our modern specialized economy of utmost importance. A look at the current Austrian system, the reform suggestions and the new Czech Code could inspire the Slovak legislator.

2 LIABILITY FOR EMPLOYEES AND OTHER HELPERS IN THE CONTRACTUAL SPHERE

2.1 The general provisions in Austria

Liability law in Austria is a uniform regime. The same rules govern contractual and non-contractual liability. There are, however, some exceptions to this general principle,⁶ one of the most relevant in practice being the liability for helpers regulated in the ABGB (*Allgemeines Bürgerliches*

¹ *von Bar/Clive*, DCFR 1 ff.

² *Lando/Beale*, PECL 1 ff.

³ *European Group on Tort Law*, PETL 1 ff.

⁴ For example *von Bar*, *The Common European Law of Torts*, Volume I und II 1 ff.

⁵ Cf *Ondreasova*, *Gehilfenhaftung* 169 ff.

⁶ Examples include the norm § 1298, that stipulates a reversal of proof concerning fault mainly in cases of a contractual liability. Furthermore, pure economic loss is in principle only compensated in cases of contractual liability. Cf further *Harrer* in *Schwimann*³ Vor §§ 1293 ff note 1; § 1298 note 1 ff; *Welser*, *Bürgerliches Recht II*¹³, 337.

Gesetzbuch, Austrian Civil Code). This paper will focus on the rules governing liability for helpers in the contractual sphere with some comments regarding the most important differences to the non-contractual scheme of the ABGB. Special provisions found in specific statutes dealing with risk-based endeavours⁷ and the liability based on the rules on liability for conduct of representatives or statutory organs of an enterprise⁸ or for a flaw in the enterprise's organisation or structure⁹ will not be discussed; nor will liability of the principal for his own faulty conduct be covered, meaning for example negligence in choice or supervision, which is governed by the general rules of liability for negligence found in §§ 1293 ff ABGB.

2.2 Contractual Liability: § 1313a ABGB

2.2.1 Prerequisites of Application and Liability

§ 1313a. Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.

§ 1313a. Whosoever is under an obligation of performance to another is liable towards such person for the fault of his legal representative, and of persons he engages to perform the obligation, as if it were his own fault.¹⁰

§ 1313a addresses liability of the principal in cases where he has used others as helpers in order to fulfil one of his obligations to the tort victim. There are four important conditions of the application of § 1313a and the liability of the principal under this provision. The principal has to owe a duty or obligation specifically to the tort victim, the conduct which caused the harm has to have a certain connection to the performance of this duty or obligation, the person who is the primary tortfeasor has to be qualified as a helper in the sense of § 1313a and there has to be conduct by the helper which after attribution to the principal can be seen as faulty judged against the duties of care which bind the principal. Faulty conduct of the principal is not a prerequisite. As mentioned, § 1313a is primarily a provision of attribution of conduct, which is then judged against the standard of conduct that the principal owed to his contractual party.¹¹

The most important condition for the application of § 1313a is that there is an obligation of the principal and that he has a duty to fulfil specifically to the tort victim.¹² In other words, there needs to be a special legal relationship between the principal and the tortfeasor.¹³ This is not limited to contractual relationships, but also includes relationships based on private law like tort or restitution or on public law.¹⁴

⁷ Examples can be found in the ABGB (cf § 1319a); most are located in special statutes, see for example § 19 EKHG ('*Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz*', Railway and Motor Vehicle Liability Act) in the cases of damage incurred during the operation of a vehicle. Cf for more examples *Reischauer in Rummel*³ § 1313 note 2 f; *Karner in KBB*³ § 1313 note 1; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1315 note 36; *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 362 f

⁸ The liability for the conduct of representatives ('*Repräsentantenhaftung*') is seen as a way to avoid the narrowness of § 1315, described below. Cf OGH 2 Ob 107/98v JBI 1998, 713; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1315 note 1, 24; *Harrer in Schwimann*³ § 1315 note 4.

⁹ Cf 4 Ob 18, 19/84 ZAS 1985/4 (*P. Bydlinski*); *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1315 note 34; *Posch in Schwimann*³ § 26 note 33.

¹⁰ Translation found in *Steininger, BC*, Austria, in: *Oliphant/Steininger, BC*, Basic Texts 5.

¹¹ Cf OGH 1 Ob 656/88 SZ 61/190; 1 Ob 62/00z SZ 73/151 with further references; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 76; *Karner in KBB*³ § 1313a note 1, 9.

¹² General duties of care owed to everyone are not sufficient. OGH Prä 925/35 JB 50 neu = SZ 18/150; 10 Ob 68/06g bbl 2007/100; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 5; *Harrer in Schwimann*³ § 1313a note 10; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 336 f.

¹³ OGH 7 Ob 72/67 JBI 1968, 150; 1 Ob 5/91 = JBI 1991, 586; *Harrer in Schwimann*³ § 1313a note 10; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 3; *Karner in KBB*³ § 1313 note 1; § 1313a note 2; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 336.

¹⁴ OGH 10 Ob 68/06g bbl 2007/100; 10 Ob 68/06g bbl 2007/100; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 3, 25 ff; *Harrer in Schwimann*³ § 1313a note 10, 21; *Reischauer in Rummel*³ § 1313a note 2, 6; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 336 ff.

The relationship between the helper and the principal does not have to be a contractual one, merely occasional help with a gratuitous intent is sufficient.¹⁵

2.2.2 Extensive Interpretation of the Prerequisites of Application of § 1313a

Even though at first glance § 1313a may appear like a just rule, there has been extensive interpretation of the conditions when it is to be applied. The reason is that § 1315, applicable in cases of liability without a special relationship between principal and tort victim, is commonly found as too narrow.¹⁶ This has led to various attempts at an extensive interpretation of the conditions for application of § 1313a, so as to leave as little room as possible for the application of § 1315. This applies even more in the so-called 'Zwischenbereich' ('grey area') between the contractual and non-contractual sphere. It has been accepted that a clear line between contract and tort cannot be drawn and that in some cases only a mix of rules regulating both spheres leads to justified results.¹⁷

One of the benefits of the legal concept of *culpa in contrahendo* is the existence of a special relationship that leads to the application of § 1313a.¹⁸ When a person is injured during the negotiations of a contract or even earlier when the parties are only preparing to enter into negotiations, a special relationship has already been formed. Under this heading a potential client who slips and falls in front of a store can claim compensation from the store owner if one of his helpers did not sufficiently clean the entryway or the pavement in front of the store from ice and snow. That the potential client was planning to enter the store with the intent to buy goods or services is enough to create the special relationship and the duty owed specifically to the victim necessary to incur liability under § 1313a.¹⁹

Another extension is the so called institute of a contract with a protective purpose in favour of third parties.²⁰ Even though the contract in this case is only between the principal and another third party, the tort victim is included in the protection of the contractual duties of care. This is the case if he has no comparable contractual remedy against any of the parties of the contract, belongs to one of the parties' sphere of interest and is affected by the performance of the contract due to his close connection to the performance in a foreseeable²¹ way.²² This leads to the application of § 1313a

¹⁵ OGH 1 Ob 269/99m JBI 2001, 58; 2 Ob 593/91 SZ 65/16; cf *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 18, 36; *Ch. Huber* in *Schwimann*, ABGB, Ta-Komm² § 1313a note 1.

¹⁶ Cf OGH 2 Ob 107/98v JBI 1998, 713, 714; *Posch* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 26 note 32; *Harrer* in *Schwimann*³ § 1315 note 4; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1315 note 2a; *Apathy*, JBI 2007, 205, 216; *Harrer*, JBI 1996, 19, 23 f; *Harrer/Neumayr*, wbl 2006, 493, 494. Cf below chapter 2.3.

¹⁷ Cf for the problems with differentiating contract and tort *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I³, 158 ff; *idem*, JBI 1994, 209 ff; *idem*, JBI 2004, 273 (273 ff); recently *idem*, Basic Questions 93 ff. This 'grey area' was also accepted by the Austrian Supreme Court, cf OGH 3 Ob 509/95 JBI 1995, 522 (524). Critical *Harrer* in *Schwimann*³ Vor §§ 1293 ff note 18 f, § 1295 note 63 ff, and § 1313a note 17 ff: sufficient liability for helpers in delict especially concerning dangerous activities is needed; a 'grey area' does not exist. Cf on the other hand *Reischauer* in *Rummel*³ § 1313a note 2; Vor § 918 note 5. Cf regarding the 'grey area' also *F. Bydlinski*, *System* 210 ff; *W. Wilburg*, *Elemente* 281 ff; *Wolff* in *Klang* VI², 89 mwN. For the influence on the definition of helper *Ondreasova*, *Gehilfenhaftung* 111 ff.

¹⁸ OGH 7 Ob 23/84 SZ 57/94; 7 Ob 2224/96a SZ 70/15; cf in particular *Welser*, *Vertretung* 79 ff; cf also *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 10; *Harrer* in *Schwimann*³ § 1315 note 4; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II², 337; *Koziol*, JBI 1994, 209, 211 f; *Harrer*, JBI 1996, 19, 23 f; cf the critical opinion of *Reischauer* in *Rummel*³ § 1313a note 2.

¹⁹ OGH 1 Ob 642/78 EvBl 1979/22; 3 Ob 666/78 SZ 52/135; for public buildings cf OGH 1 Ob 5/91 JBI 1991, 586; differently 3 Ob 167/73 = EvBl 1974/109 (explicit renunciation of this decision in 1 Ob 642/78 EvBl 1979/22); *Harrer* in *Schwimann*³ § 1313a note 10, 16; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II²; 74; *Koziol*, JBI 1994, 209, 219. This principle also applies for public buildings cf *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 11 and 28.

²⁰ OGH 6 Ob 155/04v MietSlg 56.193; 7 Ob 175/06w FamZ 2007, 81 (*Parapatits*); *Apathy*, JBI 2007, 205, 216; cf *Reischauer* in *Rummel*³ § 1295 note 30 ff; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 12; § 1315 note 1; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II², 85 ff.

²¹ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1295 note 30m f; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II², 86.

²² OGH 2 Ob 133/78 SZ 51/176; 2 Ob 226/05g JBI 2007, 102; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 81; *Karner* in *KBB*³ § 1313a note 10; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II², 90.

because there is a special relationship between principal and tort victim.²³ One example is a renovation contract for an apartment building, where the contract is between the owner of the building and the construction company, but family members of the tenants or of the owner living in the building are included in the contractual duties of care, meaning § 1313a is applicable and they can sue the construction company directly.²⁴

2.3 Non-Contractual Liability: § 1315 ABGB

§ 1315. Überhaupt haftet derjenige, welcher sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient, für den Schaden, den sie in dieser Eigenschaft einem Dritten zufügt.

§ 1315. Whosoever, for the procurement of his affairs, avails himself either of an unfit person, or knowingly of a dangerous person, is liable for the harm such person causes to another in such capacity.²⁵

This provision is applicable in all the instances that § 1313a is not, so in cases where there is no special relationship between the principal and the tort victim and other special provisions mentioned above, like for example the liability for representatives do not apply.²⁶

§ 1315 stipulates several conditions in order for the principal to be liable for harm which his helpers have caused, while establishing two separate grounds for liability.

2.3.1 Prerequisites of Application and Liability

Once the person having caused the harm can be classified as a helper²⁷ liability can be imposed on the principal if the helper was either unfit, regardless of whether the principal was aware of this fact or could even have been aware of this fact²⁸ or if the helper was dangerous and the principal was aware of this fact and nevertheless willingly used the helper for his own interests.²⁹ Negligent conduct or fault on the part of the helper are not conditions of the liability under § 1315.³⁰

2.3.2 Criticism of § 1315

It is quite obvious that § 1315 is a very narrow rule of principal's liability as it stays close to theoretical and objective breaches of the duty to choose a helper carefully, even though it introduces a regime independent of fault. In particular the liability for a dangerous helper has little application in practice as there seems to have been no case in the last 30 years.³¹ One attempt at avoiding the narrowness of this provision is the extensive application of § 1313a discussed above.³²

²³ Cf OGH 8 Ob 198 – 200/76 JBI 1978, 479; 6 Ob 21/04p ecolex 2006/201; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 12 f; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 338. This is the main reason for the institute of *Reischauer in Rummel*³ § 1295 note 30a, 33.

²⁴ OGH 2 Ob 335/97x JBI 1998, 655; 6 Ob 155/04v MietSlg 56.193; cf *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 12; *Reischauer in Rummel*³ § 1295 note 31e.

²⁵ Translation found in *Steininger, BC*, Austria, in: *Oliphant/Steininger, BC.*, Basic Texts 5.

²⁶ Cf *Reischauer in Rummel*³ § 1313a note 2, 3; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1315 note 3; *Harrer/Neymayer*, wbl 2006, 493, 493.

²⁷ See 2.4.1.

²⁸ *Reischauer in Rummel*³ § 1315 note 3; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1315 note 4, 17; *Karner in KBB*³ § 1315 note 3; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 352 f all with further references.

²⁹ OGH 8 Ob 81/83 ZVR 1985/44; 3 Ob 296/98w ZVR 2000/102; *Reischauer in Rummel*³ § 1315 note 12; *Karner in KBB*³ § 1315 note 4; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1315 note 21; cf for the same prerequisite in § 1314 OGH 6 Ob 594/77 JBI 1978, 378.

³⁰ *Harrer in Schwimann*³ § 1315 note 8; *Reischauer in Rummel*³ § 1315 note 3; *Karner in KBB*³ § 1315 note 3; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 358.

³¹ *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 169 f with further references. Cases falling under this provision would generally also trigger liability based on negligence. *Harrer in Schwimann*³ § 1315 note 14; *Ch. Huber in Schwimann*, ABGB, Ta-Komm² § 1315 note 7.

³² Cf for other attempts *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 150 ff, 169 ff; *eadem*, Vicarious liability, in: Milestones 605 ff.

2.4 Issues in the current law

2.4.1 Independent contractors

A requirement for the application of § 1313a is that the person being used to fulfil an obligation can be classified as a helper in the sense of § 1313a. A helper is to be understood in a very broad manner, not limited to employees and also including occasional helpers.³³ There has been case law insisting on authority over the conduct of the contractor or any form of a superiority relationship.³⁴ However, recent case law³⁵ and the academics include independent contractors in the definition of helper, irrespective of any authority over conduct held by the principal.³⁶

For the application of § 1315 the person who caused the harm also has to be a helper in the sense of the provision § 1315. Unfortunately, the definition of helper according to academics differs from the definition of helper in the sense of § 1313a, despite both provisions using the same wording. Academics see some control and authority, at least theoretical, of the principal over the conduct of the person he employs as a condition of § 1315.³⁷ Independent contractors fulfil this condition only if the principal has authority over at least parts of the subcontractor's conduct and is therefore included in the principal's sphere of influence or organisation.³⁸ Scholars argue that it would be unjust to impose liability on the principal where he has not even theoretical control over the conduct and can therefore not influence the situation.³⁹ The case law has in the past taken a different view and applied § 1315 to independent contractors even where there was no authority.⁴⁰

It is widely accept in Austria that the differentiation between non-contractual and contractual liability leads to problems, in particular because a clear line between contractual and non-contractual duties cannot be drawn, and these problems are most intensely felt in regards to the liability for helpers. One only need to look at *culpa in contrahendo* and duties of care in situations of hazardous activities or other risks established by one's activity or property which could be summed up as duties to maintain safety ('*Verkehrssicherungspflichten*') to realize that a grey area exists, which needs to be carefully examined.⁴¹ Additionally, the responsibility of a contracting party for the performance of the contract only exists regarding the main contractual duties; duties of care included in the contractual package do not fall under this *ratio*.⁴² This makes it in part difficult to explain differences in the liability for duties of care of contractual and non-contractual nature. In particular the liability for independent contractors when it comes to dangerous activities or activities creating risks for others should be considered in the non-contractual sphere, but the existing intense duties should lead to a liability of the principal even if he uses independent contractors. It should not be possible for a principal who enjoys the benefits of these dangerous activities to delegate the responsibility for harm caused by the danger created by using independent contractors outside of his scope of power. In these cases the principal should be obliged to retain some power over the conduct of the independent contractor in order to be liable for his behaviour even in a non-contractual sphere.⁴³ Therefore, as far as the definition of 'helper' is concerned, a broader approach should be applied, which would include independent contractors in specific instances of duties of care (for example the mentioned '*Verkehrssicherungspflichten*'). Some of these duties bind the

³³ This is the case for § 1313a and § 1315, cf *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 36; § 1315 note 7; *Karner* in *KBB*³ § 1315 note 2; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II², 340, 353.

³⁴ Cf OGH 1 Ob 711/89 SZ 63/201; 4 Ob 2112/96 SZ 69/115.

³⁵ OGH 1 Ob 269/99m JBI 2001, 58; 4 Ob 251/06z SZ 2007/1; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1313a note 9 with further references; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 37.

³⁶ OGH 1 Ob 269/99m RdM 2000, 90 (*Kopetzki*); 4 Ob 251/06z SZ 2007/1; *Harrer* in *Schwimann*³ § 1313a note 6; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1313a note 9; *Griss*, JBI 2005, 69, 71.

³⁷ *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1315 note 8; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1315 note 1; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II², 353 f; *Karner* in *KBB*³ § 1315 note 2. Some of the case law agrees, see OGH 2 Ob 164, 165/67 JBI 1968, 473; 4 Ob 522/95 JBI 1995, 717.

³⁸ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1315 note 1; *Harrer* in *Schwimann*³ § 1315 note 5 f; *Koziol/Vogel*, *Austrian Law*, in: *Spier*, *Unification* note 31.

³⁹ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1315 note 1; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II², 353 f; *idem*, JBI 1978, 93 ff.

⁴⁰ OGH 3 Ob 217/75 SZ 48/110 = JBI 1978, 91 (*Koziol*), cf also 3 Ob 167/73 EvBl 1974/109. 2 Ob 164, 165/67 JBI 1968, 473, however, sees a relationship of dependence as a condition for the application of § 1315; same 4 Ob 522/95 JBI 1995, 717.

⁴¹ Cf FN 14.

⁴² *Ondreasova*, *Gehilfenhaftung* 42 ff.

⁴³ Cf *Ondreasova*, *Gehilfenhaftung* 112 ff; cf already in similar vein *Koziol*, JBI 1978, 93 (95).

principal in a more pronounced way, as they require a further care apropos a select group of individuals. These duties exist in the sphere between contract or special legal relationship and delict closer to the category of special legal relationship. If these duties to maintain safety are caused by dangerous activities or objects and accompanied by a high risk of damage to others, then an intense duty to oversee the work of the independent contractor, a need for coordination and a foreseeable damage to third parties should be amongst other criteria which could cause the independent contractor to be regarded as a helper. These criteria, which should influence the definition of 'helper', need to be examined in more detail than is possible in this manuscript.⁴⁴ A combined rule for non-contractual and contractual liability for helpers – as is in force in Slovakia at the moment – would help deal with the issues of this mentioned grey area more easily and fluidly than two separate rules.

2.4.2 Intentional harm by the employee

For contractual liability it is also necessary that the helper injured or damaged the tort victim or his estate during the performance of the special duty or relationship. A tort which is merely incidental to the performance will not trigger the liability of the principal.⁴⁵ One has to examine the owed duty in particular. If there is a close enough connection to the duty, even intent on the side of the helper to commit the tort will not sever the connection and the principal will be liable.⁴⁶ In a case where a plumber's helper uses the opportunity of being in the victim's home to steal some of the householder's belongings the principal is not liable under § 1313a according to case law and Austrian scholars.⁴⁷ He can only incur liability if he is at fault, by for example neglecting his supervisory duties. However, if the special relationship is a contract to store specific goods, the specific duty of care and main obligation of the contract includes not stealing or damaging the specific property. In this case, if the helper steals the stored goods, the connection to the performance of the obligation to store the goods safely is close enough to make the principal liable for the theft by the helper under § 1313a.⁴⁸

Therefore, the behaviour of the helper is not always attributed, especially if it was intentional. In most cases only if the main contractual duties were breached, is the principal liable for intentional torts. Some scholars, however, do not draw the line according to main or secondary obligation, but according to the elevation of the risk of the particular harm through the contract and special relationship. If the harm is a typical disadvantage of the special relationship, then even intentional conduct is attributed.⁴⁹ In practice both views lead to the same results. This limitation is questioned by some scholars, because it assigns too much importance to a contractual arrangement influenced by other interests than those which should be important for a possible liability and because some 'typical' risks of certain activities remain outside of the scope of liability.⁵⁰ Because of the connection between the liability for helpers and a liability for dangerous activities based on special duties to maintain safety ('*Verkehrssicherungspflichten*'), the criteria for the limits to attribution should not only be whether the use of helpers facilitated the tort in general, but also if the special legal relationship

⁴⁴ Cf *Ondrasova*, *Gehilfenhaftung* 112 ff with further references.

⁴⁵ OGH 1 Ob 643, 644/84 SZ 57/196; 3 Ob 296/98w ZVR 2000/102; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 66; *Harrer in Schwimann*³ § 1313a note 22; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II², 343; *Koziol/Vogel*, *Austrian Law*, in: *Spier*, *Unification* note 26 ff.

⁴⁶ OGH 1 Ob 643/84 JBI 1986, 101; 7 Ob 400/97t SZ 68/106; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 71 ff with further cases and references; *Karner in KBB*³ § 1313a note 8; *Reischauer in Rummel*³ § 1313 a note 3; *Koziol/Vogel*, *Austrian Law*, in: *Spier*, *Unification* note 28.

⁴⁷ Cf OGH 3 Ob 296/98w ZVR 2000/102; *Koziol/Vogel*, *Austrian Law*, in: *Spier*, *Unification* note 27.

⁴⁸ OGH 7 Ob 400/97t SZ 68/106; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 1313a note 73; *Koziol/Vogel*, *Austrian Law*, in: *Spier*, *Unification* note 28.

⁴⁹ OGH 3 Ob 283/06y ÖBA 2007, 744 (*Koziol*); 3 Ob 526/87 SZ 60/133; 7 Ob 723/86 SZ 60/55; 5 Ob 555/78 SZ 51/55, critical regarding 5 Ob 555/78 SZ 51/55 *Harrer in Schwimann*³ § 1313a Rz 23; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II², 345; *Ch. Huber in Schwimann*, ABGB, *Ta-Komm*² § 1313a Rz 14. Cf for theft OGH 3 Ob 283/06y ÖBA 2007, 744 (*Koziol*).

⁵⁰ *Ondrasova*, *Gehilfenhaftung* 72 ff; *Ch. Huber in Schwimann*, ABGB, *Ta-Komm*² § 1313a Rz 14 f; cf also *Kim*, *ZEuP* 2013, 263 (276 ff).

between principal and tort victim elevated the risk of damage occurring. Only if the risk of the particular damage is the same as it always is in life should there be no attribution.⁵¹

It is therefore suggested that the influence of the particular relationship between tort victim and principal should be regarded more intensely when determining if a close enough connection exists for attribution to take place than is currently the case. If the tort victim opened his sphere based on his trust in the principal because of their special legal relationship and the opportunity for the tort only arose because of said special legal relationship, the trust in the principal and the opened sphere due to both, then this should play a decisive role as far as attribution goes. Additionally, the tort victim has no possibility to stop the tort from occurring or control how much he opens his sphere by for example refusing entry to the helper because that would have negative consequence for him under contract law.⁵² Therefore, a theft by the helper of a repairman should be attributed the same way a theft of a helper of a safe keeper is. If the care for the specific stolen good was entrusted to the principal or if the sphere of the victim was opened to the principal and his helpers on the basis of the special relationship and the trust in the principal and left the victim no opportunities to avoid this opening of his sphere, then even the intentional behaviour of the helper has to be attributed regardless whether or not the main duty of the contract was violated.⁵³

2.5 Reform suggestions

In Austria three full reform suggestions have so far been submitted: first was the draft by the working group ('Arbeitsgruppe'),⁵⁴ which tried to reform the entire liability law. The working team ('Arbeitskreis') prepared a suggestion on the opposite side of the spectrum:⁵⁵ only clear deficiencies should be changed. The intense discussion regarding the drafts has not abated.⁵⁶ In 2011 a third

⁵¹ *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 72 ff; *Ch. Huber* in *Schwimann*, ABGB, Ta-Komm² § 1313a Rz 14 f; cf also *Kim*, ZEuP 2013, 263 (276 ff).

⁵² *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 75 ff; cf also for a similar approach *Kim*, ZEuP 2013, 263 (276 ff).

⁵³ OGH 1 Ob 711/89 SZ 63/201= *ecolex* 1991, 312; *Ch. Huber* in *Schwimann*, ABGB, Ta-Komm² § 1313a note 14 f. Cf for theft, however, OGH 3 Ob 296/98w ZVR 2000/102, critical *Ch. Huber* in *Schwimann*, ABGB, Ta-Komm² § 1313a note 14 f; similar *Reischauer* in *Rummel*³ § 1313a note 3.

⁵⁴ Suggestion of the working group regarding liability for helpers in the contractual sphere: '**Haftung für Dritte und für technische Hilfsmittel; Erfüllungsgehilfen: § 1305.** (1) Ein Geschäftsherr haftet dem Partner für das Fehlverhalten von Hilfspersonen, die er bei Erfüllung eines Schuldverhältnisses einsetzt oder die für ihn dabei auf Grund des Gesetzes tätig werden. Das gilt nicht nur bei der Verletzung von Leistungspflichten, sondern auch bei einem für die Tätigkeit des Erfüllungsgehilfen nicht außergewöhnlichen sonstigen Fehlverhalten.

(2) Erfüllungsgehilfe kann auch sein, wer eine Tätigkeit zur selbständigen Durchführung übernimmt.

(3) Der Geschäftsherr haftet auch für das Versagen technischer Hilfsmittel, die er gleich einem Erfüllungsgehilfen einsetzt.' Cf JBI 2008, 365 = ZVR 2008, 168 and *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf 1 ff. Translation to be found in *Steininger, BC*, Austria, in: *Koziol/Steininger, BC*, European Tort Law 2007, 162.: '**Liability for third parties and for technical equipment; Auxiliaries in the performance of obligations (Erfüllungsgehilfen): § 1305.** (1) A principal is liable to his partner for the misconduct of his auxiliaries, who he uses in the performance of his obligations or who work for him on the basis of the law. This applies not only in the case of breach of performance duties but also to other misconduct not extraordinary for the activity of such performance agent (Erfüllungsgehilfe). (2) A performance agent (Erfüllungsgehilfe) can also be someone who takes on an activity to carry it out independently.'

⁵⁵ Suggestion of the working team regarding liability of helpers in the contractual sphere: '**§ 1313a.** (1) Wer sich zur Erfüllung eines Schuldverhältnisses eines anderen bedient, haftet für dessen Verhalten wie für sein eigenes.

(2) Der gesetzliche Vertreter des Schuldners steht einem Erfüllungsgehilfen gleich.' Cf *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform III 1 ff. Translation to be found in *Steininger, BC*, Austria, in: *Koziol/Steininger, BC*, European Tort Law 2008, 140.: '**§ 1313a.** (1) A person who uses another in the performance of his obligations is liable for this other person's behaviour as for his own. (2) The legal representative of a debtor is equivalent to a performance agent (Erfüllungsgehilfe).'

⁵⁶ Cf *Reischauer*, JBI 2010, 401. It is seen as doubtful by some if a compromise between the first two drafts can be achieved. Cf also *Reischauer*, JBI 2013, 69 (69 ff). For a look at the current status of the reform cf *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 169 ff.

draft, prepared by *Kathrein* as a potential official draft from the ministry of justice, was published, which tried to find common ground between the previous two drafts (fusiondraft, 'Fusionsentwurf').⁵⁷

Most of the currently submitted reform suggestions want to keep the differentiation between non-contractual and contractual liability as far as liability for helpers is concerned, but do not want to introduce completely different system like the German Civil Code. The changes suggested mostly go towards extending the non-contractual liability at least in cases where enterprises are the principal; others want to include private persons in this wide liability.⁵⁸ The only difference still included in most suggestions is the definition of helper. Independent contractors should only be included in the non-contractual sphere if they are under the control of the principal.⁵⁹ One suggestion seeks to introduce a single rule for both spheres of liability with a differentiation for the definition of helper based on a special relationship between tort victim and principal as well as the dangerousness of the activity.⁶⁰ Regarding intentional harm, no change to the current law is planned. The working group, however, tried to include the limit to attribution in the statutory wording.⁶¹

Additionally, the working group seeks to treat technical equipment similarly to human helpers in cases where technical helpers have been used instead of human helpers. This is very contested, for some scholars see this is as a liability for things that should only exist for dangerous things. However, in particular as far as contractual liability is concerned, similar liabilities have already been argued for under the current law.⁶² The principal should not be able to delegate his responsibility for the fulfilment of the contract by employing others, may they be workers, independent contractors or technical helpers, for example independently working machines or computers.⁶³

2.6 Current Czech and Slovakian Code and the new Czech Code

The Czech and the Slovakian Codes state in § 420 para 2 in each of their OZ a common liability for helpers in the contractual and non-contractual sphere. This liability even includes independent contractors, if they were assigned to conduct the affairs of the principal.⁶⁴ As far as intentional harm is concerned, as long as the conduct was within the scope of duties of the principal, assigned to him by contract or law, the conduct will be attributed.⁶⁵ In cases of fraud this is the case, if the victim could trust that the helper was still working within the scope of his duties.⁶⁶ Excessive conduct of one's own accord does not lead to the liability of the principal.⁶⁷ This seems a much

⁵⁷ Fusion draft regarding the liability of helpers in the contractual sphere: '**Haftung für Hilfspersonen; Erfüllungsgehilfen: § 1313.** Wer einer anderen Person zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihr für das Verschulden seiner gesetzlichen Vertreter sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.' Cf *Kathrein* in BMJ, ABGB 237 (237 ff) and *Neumayr* in BMJ, ABGB 257 (277 ff). Rough translation by the author based on the translation of § 1313a above: '**Liability for Helpers; Auxiliary Person: § 1313.** Whosoever is under an obligation of performance to another is liable towards such person for the fault of his legal representative, and of persons he engages to perform the obligation, as if it were his own fault.'

⁵⁸ Cf for the huge differences in approach in this regard, *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 189 ff. The reform suggestion by the working group wants to maintain a similar approach as § 1315 for private persons and introduce an enterprise liability similar to the new Czech Code, while the working team's suggestion wants to extend § 1313a to the non-contractual sphere and also include private persons in this wide liability for helpers.

⁵⁹ Cf *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 189 ff, 208 ff.

⁶⁰ Cf *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 231 ff.

⁶¹ Cf *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 184 ff; cf also 231 ff.

⁶² Cf *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 157 ff, 220 ff with further references.

⁶³ Cf *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 157 ff, 220 ff with further references.

⁶⁴ For Czech law see *Tichý* in: *Spier*, Unification 55 (58 f). For Slovakian law cf *Lazar*, Občianske právo II⁴, 322 f.

⁶⁵ For Czech law *Tichý* in: *Spier*, Unification 55 (58 f). For Slovakian law *Lazar*, Občianske právo II⁴, 322 f.

⁶⁶ For Czech law *Tichý* in: *Spier*, Unification 55 (58 ff, 62). For Slovakian law *Lazar*, Občianske právo II⁴, 322 f.

⁶⁷ For Slovakian law *Lazar*, Občianske právo II⁴, 322 f. For Czech law *Tichý* in: *Spier*, Unification 55 (58 ff, 62).

narrower definition than that of the Austrian law, as risk can be quite typical of a specific contract but the harmful conduct can be not included in the scope of the duties of the helper.

The new Czech Code will introduce a chapter dealing with both non-contractual and contractual liability (§§ 2894 ff OZ-new). However, § 2913 differentiates between liability resulting from behaviour violating contractual and non-contractual duties of care, in particular by not requiring fault for the former. Immediately following is a norm specifying a special responsibility for helpers in cases of contractual wrongdoing in § 2914.⁶⁸ The preparatory documents justify the move from a joint rule through comparative research. They do not state, however, that the current rule would have been seen as too wide by the scholars or the courts.⁶⁹ The rules for non-contractual liability for helpers can be found in various provisions, like for example § 2923 and §§ 2924 f for dangerous persons and dangerous activities.⁷⁰ The preparatory documents do not offer any hint as to a responsibility for independent contractors in the non-contractual sphere having been discussed as well as a discussion of the reasons for limiting the non-contractual liability of private persons outside of special provisions to a liability for dangerous persons through § 2923.⁷¹ In my view most interesting will be the new enterprise liability of § 2924 and its application in practice, in particular if wrongdoing by independent contractors can trigger this liability, as well as where the line between contractual and non-contractual liability will be drawn and where for example *culpa in contrahendo* will fall.⁷² No attempt has been made to limit the attribution of intentional behaviour in the statutory wording.

3 POSSIBLE NEW COMBINED STATUTORY RULE

In some of my previous work, I have attempted to formulate a joint liability rule for helpers both in the contractual and the non-contractual sphere in order to make application in particular in the grey area between those two spheres easier. The following was my suggestion for the discussion of the new Austrian Code and it might also have some useful ideas for the Slovakian new Code.⁷³

§ 1 Draft. (1) The principal is liable for behaviour of persons, which he uses for the pursuit of his own interests or the conduct of his own affairs, as if it were his own, if the behaviour shows a connection to the pursuit of his interests or the conduct of his affairs. The connection with the work for the principal exists in particular, if performance duties of the principal were violated or the harm is the result of a typical risk of the activity or if the injured party opened his sphere in a particular way to the principal and his helpers based on trust in the principal or a special relationship between them.

(2) If the principal has no duty from a contract or special legal relationship to fulfil via the injured party, then he is only liable for the behaviour of persons, who do not work independently. A special legal relationship also exists based on special legal duties to maintain safety for particularly dangerous activities, which bind the principal. A person is working independently, as long as they are working on their own authority, responsibility and risk and are not included in the principal's sphere of influence and organisation.

(3) If the principal is not an entrepreneur then he is only liable for harm caused by unfit helpers, if additionally, he did not owe the injured party a duty from a contractual or special legal relationship and he used the helper only for matters of everyday life.

⁶⁸ § 2914 new OZ deals with the attribution of helpers in the contractual sphere and the differentiation to substitutes. See the definition of the later for Austrian law *Ondreasova*, *Gehilfenhaftung* 54 f, 136 ff.

⁶⁹ Cf the preparatory documents, Mai 2011, http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/2011/OZ_Duvodova_zprava_11042011.pdf, 1141 ff (Stand 30.9.2013).

⁷⁰ The following rules of the new Czech Code state a strict liability for things and animals and the custodian, which indirectly also lead to an attribution of the conduct of helpers.

⁷¹ § 2923 new OZ is supposed to be a *culpa in eligendo* liability, cf preparatory documents, Mai 2011, http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/2011/OZ_Duvodova_zprava_11042011.pdf, 1145 (Stand 30.9.2013).

⁷² Preparatory documents, Mai 2011, http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/2011/OZ_Duvodova_zprava_11042011.pdf, 1145 ff (Stand 30.9.2013).

⁷³ Cf details of application of this suggested draft *Ondreasova*, *Gehilfenhaftung* 231 ff.

(4) This provision does not limit the principal's liability for his own fault, in particular based on violations of his duty to select, supervise and give instructions or if the particular duty does not allow delegation.

This suggested flexible rule would leave enough room to treat the grey area as well as clearly contractual and clearly non-contractual damage fairly. It also attempts to define the limit to the attribution of intentional conduct by the helper as well as lessen the liability of private persons only going about their everyday lives.⁷⁴

4 CONCLUSIONS

The harmonisation and comparative efforts in Europe have led to some civil systems reconsidering their codes. One of the most controversial topics is the liability of a principal for his employees and other 'helpers'. Most systems have rules that differentiate between contractual and non-contractual liability, this is not true for the Slovakian and the current Czech system. In my view because of the grey area between contractual and non-contractual spheres and the problems of application of strictly divided rules in the Austrian system a flexible rule which can be adapted to the specific case would be the most prudent approach. In particular independent contractors should not only be attributed in the contractual sphere but also where duties to maintain safety for special dangerous activities (*'Verkehrssicherungspflichten'*) exist. In contract it might also be good to consider the liability of a principal for technical helpers he used instead of human helpers as was suggested in Austria.

Furthermore, intentionally harmful conduct by the helper, in particular theft, bodily harm or rape, should only be attributed if the activity for the principal heightened the risk of this harm occurring. This is also the case if the injured party opened their sphere to the principal and his helpers based on the contractual or legal relationship. In all these cases the principal should be responsible for the performance of the contract or legal relationship and this responsibility should extend to duties of care. It will be very interesting to see which direction the Slovakian Civil Code will chose.

Bibliography:

- APATHY, P.: Schadenersatzreform – Gefährdungshaftung und Unternehmerhaftung. In: Juristische Blätter (JBI), 2007, č. 4, s. 205-219.
- BAR, C. VON/CLIVE, E.: 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). Volume I, IV. München: Sellier. European law publishers, 2009. 1010, 1056 pages. ISBN volume I: 978-3-86653-098-0, volume IV: 978-3-86653-098-0.
- BAR, C. VON: The Common European Law of Torts, Volume I, Oxford: Clarendon Press, 1998. 808 pages, ISBN 978-0-19-826056-1; Volume II Oxford: Clarendon Press, 2000. 800 pages, ISBN 978-0-19-829839-7.
- BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ (eds): 200 Jahre ABGB, RichterInnenwoche 2011 in Lochau, 16.-20. Mai 2011. Wien: NWV – Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2012. 404 pages. ISBN 978-3-7083-0812-8.
- BYDLINSKI, F.: System und Prinzipien des Privatrechts, Wien: Verlag Österreich, 1964 (reprint 2013). 777 pages. ISBN 978-3-7046-6438-9.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: Principles of European Tort Law – Text and Commentary, Wien: Springer-Verlag, 2005. 282 pages. ISBN 3-211-23084-X.
- GRISS, I./KAHTREIN, G./ KOZIOL, H. (eds): Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts. Wien: Springer Verlag, 2006. 146 pages. ISBN 3-211-30827-X.
- GRISS, I.: Haftung für Dritte im Wettbewerbsrecht und im allgemeinen Zivilrecht. In: JBI, 2005, č. 1, s. 69-80.
- HARRER, F./NEUMAYR, M.: Die Haftung des Unternehmers für Gehilfen. In: Wirtschaftsrechtliche Blätter (wbl), 2006, č. 10, s. 493-501.
- HARRER, F.: Reformfordernisse im österr Schadenersatzrecht. In: JBI, 1996, č. 1, s. 19-27.

⁷⁴ Cf details of application of this suggested draft *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 231 ff.

- KATHREIN, G.: Zur Reform des Schadenersatzrechts – Eine Skizze aus dem Schattenreich. In: BMJ, ABGB, s. 237-256.
- KIM, H.S.: Die deliktische Gehilfenhaftung im europäischen Vergleich. In: ZEuP, 2013, č. 2, s. 263-282.
- KLING (ed): Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2nd edition, Volume VI. Wien: Verlag der österreichischen Staatsdruckerei, 1951. 703 pages.
- KLETEČKA, A./SCHAUER, M. (eds): Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, ABGB-ON. 1.00 edition. Wien: Manz Verlag, 2010. 4300 pages. ISBN 978-3-214-09080-7.
- KOZIOL, H./BYDLINSKI, P./BOLLENBERGER, R. (eds): Kurzkommentar zum ABGB. 3rd edition. Wien: Springer Verlag, 2010. 2328 pages. ISBN 978-3-7091-0171-1.
- KOZIOL, H./STEININGER, B.C. (eds): European Tort Law 2007. Wien: Springer Verlag, 2008. 653 pages. ISBN 9783211779910.
- KOZIOL, H./STEININGER, B.C. (eds): European Tort Law 2008. Wien: Springer Verlag, 2009. 708 pages. ISBN 978-3-211-92797-7.
- KOZIOL, H./VOGEL, K.: Liability for Damage Caused by Others under Austrian Law. In: Spier, Unification, s. 11-36.
- KOZIOL, H.: Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012, 382 pages. ISBN 978-3-902638-85-4.
- KOZIOL, H.: Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich. In: JBI, 1994, č. 4, s. 209-223.
- KOZIOL, H.: Die Principles of European Tort Law der European Group on Tort Law. In: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP), 2004, č. 2, s. 234-259.
- KOZIOL, H.: Entscheidungsbesprechung (Bei Besorgungshilfen muß kein Abhängigkeitsverhältnis bestehen). In: JBI, 1978, č. 3/4, s. 93-95.
- KOZIOL, H.: Österreichisches Haftpflichtrecht. Volume I. 3rd edition. Wien: Manz Verlag, 1997. 618 pages. ISBN 3-214-04688-8.
- KOZIOL, H.: Österreichisches Haftpflichtrecht. Volume II. 2nd edition. Wien: Manz Verlag, 1984. 608 pages. ISBN 3-214-04685-3.
- LANDO, O./BEALE, H. (eds): Principles of European Contract Law, Parts I and II. The Hague: Kluwer Law International, 2000. 561 pages. ISBN 9789041113054. Part III. The Hague: Kluwer Law International. 2003. 352 pages. ISBN 978-9041119612.
- LAZAR, J.: Občianske právo. Volume II. 2nd edition. Iura Edition, 2010. 548 pages. ISBN 978-8-0807-8346-4.
- NEUMAYR, M.: Zur Reform des Schadenersatzrechts. In: BMJ, ABGB, s. 257-306.
- OLIPHANT, K./STEININGER, B.C. (eds.): European Tort Law: Basic Texts. Vienna: Jan Sramek Verlag KG, 2011. 330 pages. ISBN 978-3-902638 - 50- 2.
- ONDREASOVA, E.: Die Gehilfenhaftung, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum österreichischen Recht mit Vorschlägen zur Reform. Wien: Manz Verlag, 2013. 258 pages, ISBN 978-3-214-00763-8.
- ONDREASOVA, E.: Vicarious Liability in Austria. In: Faculty of Law of the Comenius University (eds), The Milestones of Law in the Area of Europe 2011. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta. 724 pages. ISBN 978-80-7160-318-4.
- REISCHAUER, R./SPIELBÜCHLER, K./WELSER, R.: Reform des Schadenersatzes. Volume I, II, III. Wien: Manz Verlag, 2006. 227, 200, 109 pages. ISBN volume I: 978-3-214-12004-7, volume II: 978-3-214-12005-4, volume III: 978-3-214-12006-1.
- REISCHAUER, R.: Österreichische Schadenersatzreform mit deutschen Schiedsrichtern? In: JBI, 2010, č. 6, s. 401-404.
- REISCHAUER, R.: Zum Schattenentwurf eines neuen Schadenersatzrechts. In: JBI, 2013, č. 4, s.69-84.
- RUMMEL, P. (ed): Kommentar zum ABGB. Volume II, part 2b. 3rd edition. Wien: Manz Verlag, 2000. 661 pages. ISBN 3-214-04554-7.
- SCHWIMANN, M. (ed): ABGB, Taschenkommentar. 2nd edition. Wien: LexisNexis-Verlag ARD Orac, 2012. 1740 pages. ISBN 978-3-7007-5357-5.
- SCHWIMANN, M. (ed): Praxiskommentar zum ABGB. Volume VI. 3rd edition. Wien: LexisNexis-Verlag ARD Orac, 2006. 1247 pages. ISBN 3-7007-3408-5.
- SCHWIMANN, M. (ed): Praxiskommentar zum ABGB. Volume VII. 3rd edition. Wien: LexisNexis-Verlag ARD Orac, 2005. 1342 pages. ISBN 3-7007-3005-5.

SCHWIMANN, M./KODEK, G (eds): Praxiskommentar zum ABGB. Volume I. 4th edition. Wien: LexisNexis-Verlag ARD Orac, 2012. 1732 pages. ISBN 978-3-7007-4939-4.

SPIER, J. (ed): Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others. The Hague: Kluwer Law International, 2003. 335 pages. ISBN 90-411-2185-4.

STEININGER, BC.: Austria. In: Oliphant/Steininger, BC (eds), Basic Texts, s. 1-13.

TICHÝ, L.: Liability for Damage Caused by Others under Czech Law. In: Spier, Unification, s. 55-62.

WELSER, R.: Bürgerliches Recht. Volume II. 13th edition. Wien: Manz Verlag, 2007. 627 pages. ISBN 978-3-214-14709-9.

WELSER, R.: Vertretung ohne Vollmacht. Wien: Manz Verlag, 1970. 292 pages.

WILBURG, W.: Die Elemente des Schadenersatzrechts. Marburg an der Lahn: Elwert. 1941. 291 pages.

Contact information:

Dr. Eva Ondreasova

eva.ondreasova@oeaw.ac.at; eva.ondreasova@uni-graz.at

Institute for European Tort Law, Austrian Academy of Sciences and University of Graz

Reichsratsstraße 17/2

1010 Vienna

Austria

MALOLETÍ V PROCESSE DOKAZOVANIA V OBČIANSKOM SÚDNO M KONANÍ

Romana Smyčková

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstract: Protecting the best interests of minors in legal relations is reflected not only in the substantive matter, but has its reflection in the procedural rules during the civil trial. The aim of this paper is to highlight the different legal consequences arising from the modified procedural status of a minor and as participants in civil judicial proceedings, or as an entity solely involved in the process of proving in court.

Abstrakt: Ochrana najvyššieho záujmu maloletých v právnych vzťahoch sa premieta nie len do hmotnoprávnej úpravy, ale má svoju reflexiu aj v procesnoprávnej úprave priebehu civilného súdneho konania. Cieľom príspevku je poukázať na rozdielne právne následky vyplývajúce z modifikovaného procesného postavenia maloletého a to ako účastníka civilného súdneho konania, alebo ako subjektu zúčastneného výlučne v procese dokazovania v konaní pred súdom.

Key words: evidentiary requirement, the burden of proof principle of inquiry, interrogation of a minor

Kľúčové slová: dôkazná povinnosť, dôkazné bremeno, vyšetrovací princíp, výsluch maloletého

V procesnoprávných vzťahoch nie sú ojedinelé situácie, kedy subjektom týchto vzťahov je dieťa. Ochrana najlepšieho záujmu maloletých vyplýva z mnohých medzinárodných zmlúv a vnútroštátnych predpisov.¹ Dieťa pre svoju telesnú a duševnú nezrelosť požíva osobitnú právnu ochranu. článok 3 Dohovoru o právach dieťaťa stanovuje všeobecnú povinnosť zabezpečiť **blaho dieťaťa** všetkými vhodnými prostriedkami. Záujem dieťaťa a jeho ochrana je primárnym východiskom bez ohľadu na to o akú činnosť ide, ak sa týka detí a bez ohľadu na subjekty, ktoré ju uskutočňujú. V nadväznosti na princíp rovnosti účastníkov konania a v širšom kontexte pri garantovaní práva na spravodlivý proces, by táto ochrana mala nájsť reflexiu aj v procesnom postupe súdu v civilnom súdnom konaní. Nie je jednoduché vytvorenie **optimálneho a vyváženého procesného priestoru** pre realizáciu procesných práv subjektom vyžadujúcim si osobitnú ochranu, na strane druhej **rešpektovanie základných procesných oprávnení maloletých vo veciach, ktoré sa ich týkajú**. Uvedené východiská z pohľadu maloletého dieťaťa boli identifikované aj Európskym dohovorom o výkone práv detí 25. 1. 1996, kde z Hlavy II., článku 3 vyplýva, „ že dieťa, ktoré má podľa vnútroštátnych predpisov dostatočnú schopnosť chápať situáciu, musí mať v súdnom konaní, ktoré sa ho týka, zaručené právo alebo možnosť domáhať sa práva na príslušné informácie, právo byť konzultované a môcť vyjadriť svoj názor, právo vyjadriť svoj názor, právo byť informované o možných dôsledkoch vyhovievania jeho názoru a možných dôsledkoch akéhokoľvek rozhodnutia.²

Motivácia pre zamyslenie sa nad postavením maloletých v civilnom súdnom konaní vplynula z § 100 ods. 3 OSP (zák. č. 99/ 1962 Zb. v platnom znení, ďalej len OSP): „ **Ak je účastníkom konania maloleté dieťa, ktoré je schopné s ohľadom na vek a rozumovú vyspelosť vyjadriť samostatne svoj názor, súd na jeho názor prihliadne. Názor maloletého súd zisťuje prostredníctvom jeho zástupcu alebo príslušného orgánu sociálnoprávnej ochrany a sociálnej kurately alebo výsluchom maloletého dieťaťa aj bez prítomnosti rodičov a iných**

¹ K tomu bližšie In: FICOVÁ, S. Ochrana práv maloletého v občianskom súdnom konaní z pohľadu Dohovoru o právach dieťaťa. s. 35-47 ,
tiež: Nález ÚS 47/97: Z Dohovoru o právach dieťaťa, ktorý zaväzuje aj Slovenskú republiku vyplýva pozitívny záväzok štátu urobiť opatrenia, prostredníctvom ktorých sa **každému dieťaťu** zabezpečí možnosť uplatniť svoje práva zaručené týmto Dohovorom.

² NOVOTNÁ, V. Slyšení dítěte a jeho participace při poskytování sociálně – právní ochrany, s. 1

osôb zodpovedných za výchovu maloletých.³ Toto ustanovenie sme použili ako východiskové pre konfrontáciu osobitostí postavenia maloletého v súdnom konaní s dôrazom na zisťovanie skutkového stavu v procese dokazovania.

V súdnom konaní môžu mať maloletí modifikované postavenie a od neho sa bezprostredne odvíja aj rozsah ich práv a povinností, ktorý by sme chceli priblížiť vo vzťahu k procesu dokazovania. **V konaní pred civilným súdom môže maloletý vystupovať ako :**

- **účastník konania** – a to tak konania sporového, ako aj nesporového,
- len ako subjekt na konaní zúčastnený – rovnako bez ohľadu na charakter predmetu konania ako **svedok**,
- tiež v zmysle základných ústavných princípov premietajúcich sa do priebehu konania ako „**verejnost**“ zúčastnená na konaní.

V príspevku zameriame svoju pozornosť na prvé dve procesné situácie a to postavenie maloletého ako účastníka konania a právne následky s tým spojené a výsluch maloletého a to aj v postavení svedka.

Bezprostredný a najvýznamnejší vplyv nie len na priebeh konania, ale aj jeho výsledok bude mať prvá situácia, kedy maloletý vystupuje ako účastník konania. Aj keď je procesnou stranou maloletý, zákon rovnako predpokladá zachovanie základných procesných podmienok na strane účastníka konania a to spôsobilosti byť účastníkom konania a procesnej spôsobilosti. Obidve tieto procesné podmienky majú bezprostredný vplyv na:

- realizáciu procesných práv a povinností a to z pohľadu maloletého účastníka konania,
- tiež vo vzťahu k uskutočneniu niektorých procesných úkonov zo strany súdu.

Spôsobilosť byť účastníkom konania má v zmysle ustanovenia §19 OSP ten, kto má spôsobilosť mať práva a povinnosti, inak len ten, komu ju zákon priznáva. U fyzických osôb je nadobudnutie právnej subjektivity spojené s narodením, túto spôsobilosť má aj počaté dieťa za predpokladu, že sa narodí živé (nasciturus).⁴ Strata tejto spôsobilosti je späť u fyzických osôb so smrťou, resp. vyhlásením za mŕtveho. **Maloletý teda má spôsobilosť byť účastníkom konania bez ohľadu na vek a rozumovú vyspelosť.** Táto spôsobilosť mu garantuje oprávnenia vyplývajúce priamo zo zákona – právo byť poučený, právo nahliadať do spisu, právo na prejednanie veci nezávislým súdom, právo byť predvolaný riadne a včas, byť prítomný pri prejednaní veci, v procese vykonávania dokazovania právo vyjadrovať sa k vykonaným dôkazom, právo navrhnúť doplnenie či zopakovanie dokazovania. Modifikácia a samotná realizácia výkonu týchto oprávnení maloletým je späť s ďalšou procesnou podmienkou, **podmienkou procesnej spôsobilosti.** Procesná spôsobilosť vymedzuje rámec oprávnenia účastníka samostatne alebo prostredníctvom zvoleného zástupcu konať pred súdom – teda robiť procesné úkony. Procesná spôsobilosť ovplyvňuje aj významné procesné povinnosti na strane účastníka konania. K týmto patrí úplne a pravdivé opísanie skutkového stavu (povinnosť tvrdenia) a povinnosť označiť a navrhnuť dôkazy na preukázanie svojich tvrdení (dôkazná povinnosť). Pokúsime sa naznačiť, ako ovplyvní tieto povinnosti a ich realizáciu skutočnosť, že účastník nemá túto procesnú spôsobilosť, resp. má ju „obmedzenú“. Posudzovanie procesnej spôsobilosti je späť s právnou úpravou **§ 9 OZ kde je spôsobilosť maloletých obmedzená na také právne úkony, ktoré sú povahou primerané rozumovej a vôľovej vyspelosti zodpovedajúcej ich veku.**⁵ Treba tiež zdôrazniť, že OSP výslovne nepozná termín obmedzenej procesnej spôsobilosti, ale bude realizáciu procesných práv a povinností posudzovať osobitne najmä v prípadoch, keď z hmotnoprávneho hľadiska ide o vzťahy, v ktorých by mohol maloletý vystupovať samostatne (či už pracovnoprávne vzťahy, alebo niektoré občianskoprávne vzťahy – zmluva o preprave, kúpna zmluva a pod.)⁶

³ Vymedzenie pojmu „dieťa“ vychádza primárne z Dohovoru o právach dieťaťa, ktorý signovala a ratifikovala aj SR (oznámený pod č. 104/1991 Zb.) a podľa ktorého sa za dieťa považuje osoba do 18. roku veku, resp. osoba mladšia, pokiaľ podľa vnútroštátnych predpisov dosiahla plnoletosť skôr. V občianskoprávných vzťahoch hmotnoprávných a tiež procesnoprávných v našej právnej úprave možno identifikovať pojmy - dieťa, maloleté dieťa, maloletý, myslí sa tým fyzická osoba do dosiahnutia plnoletosti, t. j. 18 roku veku.

⁴ ŠTEVČEK M., FICOVÁ, S. a kol. Občiansky súdny poriadok. 1. diel. Komentár. s. 66

⁵ Zák. č. 40/ 1964 Zb. Občiansky zákonník v platnom znení (ďalej len OZ)

⁶ 9CoP 8/ 2013: § 9 občianskeho zákonníka a rešpektovanie jednoznačne prejaveneho názoru dieťaťa je v súlade aj s § 43 ods. 1 Zákona o rodine. V konaniach, v ktorých sa rozhoduje o veciach týkajúcich sa maloletého dieťaťa, má dieťa právo byť vypočuté. **Názoru dieťaťa musí byť venovaná náležitá pozornosť zodpovedajúca jeho veku a rozumovej vyspelosti.**

Maloletí môžu potom sami v občianskom súdnom konaní vykonávať iba niektoré procesné úkony a to také, ktoré sú primerané „rozumovej vyspelosti primeranej ich veku“.⁷ Ochrana vyššieho záujmu maloletého predpokladá ale v súdnom konaní garancie, spočívajúce v zabezpečení kvalifikovanej formy ochrany v priebehu súdneho konania a to bez ohľadu na charakter predmetu konania, teda tak vo veciach sporových, aj nespоровých). Posudzovanie vyspelosti maloletého je totiž zložitý proces a určite vyžaduje širší záber ako právnické vzdelanie, ktorým primárne disponuje sudca. Práve nedostatok veku a z toho vyplývajúca „obmedzená“ možnosť samostatne konať pred súdom by pre maloletého účastníka mohla mať nepriaznivé následky v podobe neunesenia dôkazného bremena a teda aj rozhodnutia v jeho neprospech. Treba však zvážiť aj situáciu opačnú, kedy maloletý blízky veku plnoletosti pri vyhodnotení predpokladov jeho spôsobilosti je schopný aktívne v konaní vystupovať a táto možnosť mu bude obmedzená, môže byť uvedený do situácie, že takýmto postupom mu bude odňatá možnosť konať pred súdom.

Kde je teda hranica a miera posudzovania možnej procesnej aktivity maloletého v konaní a jeho možné ovplyvnenie procesu zisťovania okolností podstatných pre vydanie meritórneho rozhodnutia zo strany maloletého. Nastavenie procesného rámca by malo reflektovať skutočnosť, že maloletý je aj trojročné dieťa, ale aj 17 ročný mladý človek. Zjednodušene to možno vyjadriť aj tak, že relevancia aktívnej účasti na konaní rastie s vekom dieťaťa. Je nepochybné, že vývoj osobnosti je veľmi zložitý proces ovplyvnený rôznymi faktormi a ako taký je ho treba posudzovať vo vzťahu k maloletému s ohľadom na:

- jeho intelektuálnu zrelosť, ktorá závisí od jeho vzdelania,
- emocionálnu zrelosť, ktorá je bezprostredne spätá s vekom,
- a tiež spoločenskú zrelosť ako schopnosť vytvoriť si úsudok a predvídať veci a javy (z psychologického hľadiska sa táto napr. diferencuje medzi 6 -8 rokom života dieťaťa).

Procesná úprava v OSP nastavuje právny rámec ochrany osôb procesne nespôsobilých v § 22 a tiež 29 tak, že fyzická osoba, ktorá nie je procesne spôsobilá, musí byť, okrem výnimiek vyplývajúcich zo zákona, zastúpená zákonným zástupcom, resp. ak účastník nemá zákonného zástupcu súd mu ho ustanoví. Na základe vyššie uvedeného, ak ide o maloletého, ktorý je síce z hmotnoprávneho hľadiska spôsobilý na právne úkony aj keď nie v plnom rozsahu, súd môže rozhodnúť, že v konaní musí byť zastúpený zákonným zástupcom i keď ide o vec, v ktorej by mohol konať samostatne (§ 23 OSP). Ochrana záujmov maloletých ako procesne plne nespôsobilých je teda delegovaná s využitím inštitútu zastúpenia na zástupcu maloletého a to zákonného alebo ustanoveného rozhodnutím súdu.

Treba konštatovať, že takto nastavenú procesnú ochranu maloletých vnímane ako dôvodnú. Realizácia procesných práv a povinností je síce modifikovaná konaním zástupcu, čo má vplyv aj na možnosť vnášať do konania skutkové okolnosti a ovplyvňovať priebeh dokazovania. Na prvý pohľad teda dochádza nepriamo k obmedzeniu možnej procesnej aktivity maloletého účastníka v procese dokazovania, ale máme za to, že pri dnes už veľmi prísne nastavenom procesnom rámci „zodpovednosti účastníka sporového konania za jeho výsledok“ si ochrana záujmu maloletých tento postup vyžaduje. Predchádza sa tým nepriamo **hrozbe nepriaznivého výsledku konania v merite veci vo vzťahu k maloletému, resp. tiež povinnosti nahradiť trovy konania.**

Pokiaľ ide o realizáciu procesných práv a povinností maloletými a to aj vo vzťahu k dokazovaniu, osobitný postup vyplýva zo zákona v konaniach tzv. nespоровého charakteru. Tieto konania vykazujú zásadné procesné odlišnosti a ak sa obmedzíme na spôsob a rozsah zisťovanie skutkového stavu, na rozdiel od konania sporového sa tu uplatňuje tzv. princíp vyšetrovací. Aj pre konania nespоровého charakteru platí, že súd rozhoduje na podklade skutkového stavu z vykonaného dokazovania a účastníci konania sú povinní prispieť k tomu, aby sa dosiať účel konania tým, že úplne a pravdivo opíšu rozhodujúce skutočnosti, označia dôkazy a rešpektujú pokyny súdu. Do popredia ale vystupuje **súd, ktorý je povinný vyhľadať a vykonať dôkazy potrebné na zistenie skutkového stavu, aj keď ich účastníci nenavrhlí** a ak by tak neurobil, dopustil by sa závažného porušenia svojich povinností. Právna úprava procesného postupu teda reflektuje dostatočne na vyššie uvedené okolnosti a osobitosti konaní nespоровého charakteru a to aj vo vzťahu k maloletému účastníkovi a okrem realizácie procesných úkonov s využitím inštitútu zastúpenia tu aktívnu úlohu musí a mal by zohrať súd pri zisťovaní okolností rozhodujúcich pre vydanie meritórneho rozhodnutia.⁸

⁷ KERECMAN, P. Maloletý účastník sporového konania. str. 4

⁸ Pozn. autora: *Určité procesné odchýlky toleruje zákon pokiaľ ide o konania nespоровého charakteru týkajúce sa maloletých – povolenie uzavrieť manželstvo, konanie o osvojitelnosti, kde im*

Posledný okruh problémov na ktorý by sme chceli poukázať odvodíme od uznesenia NS SR 2Cdo 269/2008, z ktorého vyplýva : „Prejavenie názoru účastníka konania na prejednávanej vec je jedným zo základných práv. Spôsob, akým tento názor súd zisťuje sa však neuskutočňuje výlučne výsluchom účastníka. Aj pri osobe plne procesne spôsobilé, jej názor na vec zisťuje aj prostredníctvom jej zástupcu, resp. písomného podania. U osôb maloletých rieši právna úprava (§ 100 ods. 3) základný procesný rámec, pričom **postup súdu závisí od veku a rozumovej vyspelosti** maloletého samostatne vyjadriť svoj názor , **od povahy veci**, ale aj od **iných okolností, napr. prostredia, v ktorom dieťa vyrastá**. ...pričom orgán sociálnoprávnej ochrany a sociálnej kurately je **povinný poskytnúť súčinnosť a potrebnú pomoc dieťaťu** na uľahčenie priebehu zisťovania jeho názoru, a to **v prostredí vhodnom alebo vytvorenom na tento účel** .

Aj napriek skutočnosti, že v úvode našich úvah sme poukázali na skutočnosť, že dieťa v civilnom súdnom konaní môže vystupovať nie len ako účastník konania, ale môže mať postavenie aj svedka, postup pri zisťovaní názoru dieťaťa o skutočnostiach významných pre rozhodnutie upravuje OSP len pre prípad, keď je maloleté dieťa účastníkom konania (§ 100 ods.3). Tak ako bolo uvedené, zákon umožňuje zisťovanie tohto názoru :

- prostredníctvom zástupcu maloletého
- prostredníctvom príslušného orgánu sociálnoprávnej ochrany a sociálnej kurately
- alebo výsluchom dieťaťa – aj bez prítomnosti rodičov alebo iných osôb.

Uvedený modifikovaný možný postup reflektuje okolnosť, že dieťa v prítomnosti rodičov resp. iných osôb zodpovedných za výchovu môže mať strach vysloviť skutočnú vôľu, ale tiež treba poukázať na tri kľúčové oblasti súvisiace s vývojom dieťaťa: vnímanie, pamäť a reč. Všetky tri javy reprezentujú vývojovo podmienené komplexné psychické procesy, a sú teda závislé na veku dieťaťa.⁹ Tieto môžu bezprostredne ovplyvniť napr. schopnosť vnímať zložitejšie javy vo svojom okolí, následne zapamätanie si len vybraných dejov, ľahších na zapamätanie si a s tým všetkým sú nevyhnutne spojené aj špecifická rečovej interpretácie skutočností a dejov.¹⁰ Rozhodnutie o spôsobe a realizácii získania informácií podstatných pre konanie je veľmi zásadná otázka a v konečnom dôsledku zákon ponecháva priestor pre jej uskutočnenie v rukách sudcu. V nadväznosti na uvedené je potom rovnako dôležité vyhodnotenie názoru dieťaťa. Pri hodnotení poznatkov získaných s vykonaného dokazovania sa v civilnom súdnom konaní má miesto logická úvaha sudcu (princíp voľného hodnotenia dôkazov a jeho právny rámec v § 132 OSP), treba mať však na zreteli, že pri hodnotení informácii získaných od dieťaťa môže byť do veľkej miery ovplyvnená faktormi ako citová, rozumová a morálna nezrelosť dieťaťa, závislosť, korumpovateľnosť, citová vydierateľnosť, programovateľnosť.¹¹ Z uvedených okolností vyplýva, že zisťovanie názoru maloletého môže byť veľmi zložitý proces, pri zohľadnení všetkých špecifik s tým spojených a súčasne pri zachovaní všetkých garancií, pre jeho postavenie súvisiacich s ochranou jeho záujmu.

Aj s ohľadom na osobitosti v osobe maloletého a na procesné podmienky na jeho strane ako účastníka nadobúda na význame inštitút zastúpenia maloletého. Absencia plnej procesnej spôsobilosti na strane maloletého a ochrana jeho záujmov musí byť zabezpečená cez subjekt zástupcu. Na toho prechádzajú nie len oprávnenia a povinnosti v procese dokazovania v tom najširšom kontexte, ale tiež zodpovednosť za ochranu blaha dieťaťa. Článok 4 a článok 5 Európskeho dohovoru o výkone práv detí zaručuje dieťaťu právo požiadať o ustanovenie osobitného zástupcu a dáva možnosť zväziť poskytnúť deťom ďalšie procesné práva v súdnom konaní, ktoré sa ich týka a to:

- právo požadovať o pomoc vhodnej osoby a to podľa svojej voľby, ktorá im pomôže vyjadriť ich názor,
- právo požadovať samostatne alebo prostredníctvom vhodných osôb alebo orgánov, ustanovenie zástupcu a tam, kde je to na mieste, advokáta,
- právo určiť si svojho vlastného zástupcu a
- právo vykonávať niektoré, alebo všetky práva účastníka konania.¹²

zákon priznáva procesnú spôsobilosť a možnosť realizovať procesné práva a povinnosti bezprostredne, hoci nemajú procesnú spôsobilosť. Rovnako osobitný režim je daný v prípade, ak sa konanie začalo v čase maloletosti účastníka a ten medzitým dovŕšil plnoletosť – dochádza na jeho strane k prechodu oprávnenia konať samostatne (pri vyživovacej povinnosti).

⁹ ČIRTKOVÁ, L. Výslech dieťaťa a jeho úskalí. s. 8

¹⁰ tamtiež, str. 8-9

¹¹ PAVELKOVÁ, B. Zákon o rodine. Komentár. s.242

¹² NOVOTNÁ, V. Slyšenie dieťaťa a jeho participácie pri poskytovaní sociálne – právnej ochrany. s. 1

Realizáciu procesných práv a povinností maloletým počas konania prostredníctvom zástupcu je obmedzením procesnej aktivity maloletého a nadobúda na význame jeho právo vyjadriť svoj názor vo veciach, ktoré sa ho týkajú. *Pre účely tohto príspevku nepovažujeme za dôvodné v tejto časti detailne analyzovať možnosti a predpoklady jednotlivých zákonných foriem zastúpenia maloletého, obmedzíme sa na niekoľko poznámok vo vzťahu v praxi frekventovanej forme zastúpenia kolíznym opatrovníkom, resp. zákonným zástupcom maloletého, alebo advokátom.*¹³

Problematickým v súvislosti so zisťovaním názoru maloletého sa javí uskutočnenie výsluchu dieťaťa z pohľadu práva vyjadriť slobodne a bez akéhokoľvek nátlaku svoj názor a súčasne zachovanie všetkých garancií práva na spravodlivý proces a to vo vzťahu ku všetkým subjektom zúčastneným na konaní. Pri výkone advokácie v aplikačnej praxi rezonuje problém súvisiaci s týmto postupom. Súd v zmysle § 100 ods. 3 OSP uskutočnil výsluch maloletého dieťaťa bez prítomnosti účastníkov – rodičov, ako aj ich právnych zástupcov, v pojednávacej miestnosti ponechal len kolízneho opatrovníka, ustanoveného maloletému.¹⁴ Je namieste otázok, či v zmysle vyššie uvedeného ustanovenia je kolízny opatrovník osoba zodpovedná za výchovu dieťaťa (odpoveď nemôže vyznieť kladne) a tiež či tento postup nezasahuje do práv účastníkov spočívajúcich v práve byť prítomný pri vykonanom dokazovaní, možnosti klásť otázky v súvislosti s výsluchom a tiež vyjadrovať sa k vykonaným dôkazom, a to všetko v korešpondencii na povinnosť súdu zabezpečiť im rovnaké možnosti uplatnenie práv konaní. Aké sú teda zákonné rezervy na uskutočnenie výsluchu maloletého s eliminovaním negatívnych vplyvov. Jedným z možných riešení je „inovácia“ zákonného ustanovenia postupu uskutočnenia výsluchu dieťaťa a treba dodať, že tento postup je náležité špecifikovať nie len v prípade, keď je dieťa v procesnom postavení účastníka konania, ale tiež keď súd pristúpi k výsluchu maloletého ako svedka, nakoľko pri úprave dôkazných prostriedkov, vychádzajúc z dikcie § 126 OSP, upravujúcej všeobecnú svedeckú povinnosť „každý fyzickej osoby“, nie je vylúčená procesná situácia, že súd v procese dokazovania bude vypočúvať maloletého. Nastavenie procesného rámca pri výsluchu maloletého je možné navrhnúť so zohľadnením uvedených východísk nasledovne:

- ak je účastníkom konania maloleté dieťa, ktoré je schopné s ohľadom na vek a rozumovú vyspelosť vyjadriť samostatne svoj názor, súd na jeho názor prihliadne. Názor maloletého súd zisťuje prostredníctvom jeho zástupcu alebo príslušného orgánu sociálnoprávnej ochrany detí a sociálnej kurately, alebo výsluchom maloletého dieťaťa,

- výsluch maloletého ako **účastníka konania alebo ako svedka**, súd **s ohľadom na ochranu najlepšieho záujmu maloletého** môže uskutočniť aj bez prítomnosti rodičov, iných osôb zodpovedných za výchovu dieťaťa, *zákonných zástupcov účastníkov*. Prostriedky výsluchu je povinný súd **prispôbiť úrovni chápania dieťaťa, jeho schopnosti komunikovať a zohľadní pri tom všetky okolnosti vo vzťahu k pojednávanej veci**. Súd umožní účastníkom konania sformulovať otázky, ktoré majú byť maloletému prostredníctvom súdu položené a urobí potrebné opatrenia pre uskutočnenie výsluchu, prípadne zabezpečí vyhotovenie zvukového záznamu (audio záznamu, resp. video záznamu) o priebehu výsluchu,

- súd po vykonaní výsluchu maloletého dieťaťa postupom vyplývajúcim z predchádzajúceho oboznámi s výsledkami dokazovania subjekty na to oprávnené, sprostredkované záznamom zo súdneho spisu alebo sprístupnením zvukového záznamu z výsluchu. *Súd zabezpečí, aby pri prezentácii výsledkov z vykonaného dokazovania výsluchom maloletého, tento, ak si to vyžaduje ochrana jeho záujmov, nebol prítomný na pojednávaní.*¹⁵

Pre porovnanie kritérií pre zisťovanie spôsobu a rozsahu názoru maloletého v súdnom konaní uvádzame inšpiráciu v niektorých právnych úpravách, kde je možné sa stretnúť s obmedzeniami pri výsluchu maloletých stanovením vekovej hranice, ktorá modeluje procesný postup súdu. Napr. Švajčiarska právna úprava diferencuje postup pri zisťovaní názoru maloletého pri hranici 11 rokov veku , pričom ak ide o rozvod nesporný, uskutočňuje výsluch súd, ak ide o rozvod sporový a dieťa mladšie ako 11 rokov, vypočúva dieťa iný subjekt, mimo súdnej siene a podáva odborné vyjadrenie (psychológ, sociálny pracovník..), čiže upúšťa sa aj od obligatorného znaleckého dokazovania, čo tiež môže byť otázka veľmi zásadného významu v procese dokazovania a pri zisťovaní názoru dieťaťa. Nemecká právna úprava limituje rovnako právo na zohľadnenie názoru dieťaťa vekovou hranicou 14 rokov, pričom právo odporovať návrhu napr.

¹³ K tomu bližšie in: KEREČMAN, P.: Maloletý účastník občianskeho sporového konania. s. 11 - 16

¹⁴ FUCHSOVÁ, J. Výsluch maloletých detí v občianskom súdnom konaní. s. 5

¹⁵ bližšie k východiskám uvedeného postupu pozri: FUCHSOVÁ, J. Výsluch maloletých detí v občianskom súdnom konaní. s. 5 -7

jedného z rodičov je mu dané vždy, ak tento vek dosiahne, ak má menej ako 14 je vecou súdu aby jeho názor posúdil vo vzťahu k veci.¹⁶ Tiež právna úprava obsiahnutá v novom českom Občianskom zákonníku v § 867 uvádza: „ *Před rozhodnutím, které se dotýká zájmu dítěte, poskytne soud dítěti potřebné informace, aby si mohlo vytvořit vlastní názor a tento sdělit. Není-li podle zjištění soudu dítě schopno informace náležitě přijmout nebo není -li schopno vytvořit si vlastní názor nebo není -li schopno tento názor sdělit, soud informuje a vyslechne toho, kdo je schopen sám jím dítěte chránit, s tím, že se musí jednat o osobu, jejíž zájmy nejsou v rozporu se zájmy dítěte, o dítěti starším dvanácti let se má za to, je schopno informace přijmout, vytvořit si vlastní názor a tento sdělit. Názoru dítěte věnuje patřičnou pozornost.*“¹⁷

Na záver niekoľko krátkych zamyslení, o ktorých sa domnievame, že by mohli byť podstatné v zmysle uvedených východísk a majú zásadný význam pre realizáciu procesných práv. Rezervy možno vnímať pri ich uskutočnení sprostredkované – zástupcom maloletého(spravidla kolíznym opatrovníkom), ktorý má všetky procesné oprávnenia v priebehu konania od zúčastňovania sa pojednávania, vyjadrovania ku všetkým skutočnostiam, vykonaným dôkazom, navrhuje vykonanie ďalších dôkazov, navrhuje súdu, ako má vo veci rozhodnúť s ohľadom na názor a záujem dieťaťa. Jeho činnosť by mala prispieť k objektívnemu posúdeniu veci. Za zváženie stojí teda okolnosť, ktorá z našej právnej úpravy **nevyplýva a to možnosť maloletého namietat' zaujatost' kolízneho opatrovníka**. Aj v tom o prípade máme za to, že bude nevyhnutné diferencovať tak vek maloletého ako aj jeho rozumovú a duševnú vyspelosť, pričom uvedená možnosť by mohla prispieť k posilneniu zodpovednosti pri výkone oprávnení z tohto postavenia vyplývajúcich pre kolíznych opatrovníkov a tiež poskytovať garancie v prípade dôvodného „zaujatého“ postupu zo strany týchto zástupcov a tým zvýšenie nezávislosti a ochrany záujmov maloletých v konaní.

Rovnako nedocenená sa javí právna úprava rozsahu poučovacej povinnosti vo vzťahu k maloletým najmä v postavení účastníkov konania. Ak je dieťaťu ustanovený zástupca, z § 31 síce vyplýva, že má rovnaké postavenie ako zástupca na základe plnomocenstva pre celé konanie, ak nebol ustanovený len pre určité úkony, ale domnievame sa, že tým neodpadá všeobecná manudukačná povinnosť súdu, nakoľko táto je prelomená len pri zastupovaní advokátom. Tá môže byť pre maloletého významná pri realizácii procesných úkonov, a aj keď nie bezprostredne dispozičných vo veci samej, na ktoré nemajú procesnú spôsobilosť, ale môžu sa týkať procesnej možnosti napr. namietat' protokoláciu a pod. Toto ovplyvňuje aj skutočnosť, že ako zástupcu ustanoveného na základe rozhodnutia súdu prichádza do úvahy v zmysle de lege lata „ osoba pôsobiaca v rodinnom, pracovnom, kultúrnom, prípadne inom prostredí, ktoré je účastníkovi blízke, resp. aj obec.“¹⁸

Záverom krátke zamyslenie. V zmysle záverov a stratégie EÚ a z nej vyplývajúceho smerovania v oblasti ochrany práv dieťaťa **je stanovenie vekovej**, vymedzujúcej hranice procesnej aktivity maloletého v konaní pred súdom **nie vhodné** a myslíme si, že je možné sa s týmto záverom stotožniť. Ponechanie procesného priestoru pre sudcu, resp. ďalšie subjekty, ktoré môže súd pri zisťovaní a vyhodnotení názoru maloletého využiť, zabezpečí väčšiu objektivitu a individuálny prístup pri posúdení osobnosti maloletého a tiež asi viac eliminuje negatívne faktory, ktoré sa vyskytujú a môžu byť zneužitá na manipuláciu dieťaťa v tom najširšom kontexte a formách. Rezervy právnej úpravy a teda aj jej možná zmena a precizovanie by sa malo týkať právnej úpravy výsluchu maloletého a to tak v postavení účastníka konania ako aj svedka. Za zváženie stojí prehodnotenie rozsahu procesných oprávnení týkajúcich sa priebehu konania a právo maloletého najmä vo veku blízkom plnoletosti vyjadrovať sa k subjektu zástupcu mu ustanoveného.

Použitá literatúra:

NOVOTNÁ, V.: Slyšení dítěte a jeho participace při poskytování sociálně-právní ochrany. In: Právo a rodina, 2011, č. 5, s. 1-4

¹⁶ NOVÁK, D., NOVÁK, V. Komparace české a německé právní úpravy institutu výsluchu nezletilých dětí v občanském soudním řádu. s. 19

¹⁷ Zák. č. 89/2012 Sb. Občanský zákoník

¹⁸ K tomu bližšie: FICOVÁ, S., GEŠKOVÁ, K.: Spôsobilosť byť opatrovníkom účastníka konania podľa § 29 O. s. p. s. 26-33

- LUŽNÁ, R.: Dispoziční oprávnění zletilého dítěte v řízení o určení výživného zahájeného v době jeho nezletilosti. In: Právo a rodina, 2010, č. 10, s. 15-17
- ČIRTKOVÁ, L.: Výslech dítěte a jeho úskalí. In: Právo a rodina, 2010, č. 3, s. 9-12
- ČIRTKOVÁ, L.: Výslech dítěte a jeho úskalí (2). In: Právo a rodina, 2010, č. 4, s. 6-10
- NOVÁK, D., NOVÁK, V. : Komparace české a německé právní úpravy institutu výslechnezletilých dětí v občanském soudním řádu. In: Právo a rodina, 2011, č. 3, s. 17 - 21
- FICOVÁ, S.: Ochrana práv maloletého v občianskom súdnom konaní. In: Acta facultatis Universitatis Comenianae, 2008, roč. 26, s. 35 – 47
- FICOVÁ, S., GEŠKOVÁ, K.: Spôsobilosť byť opatrovníkom účastníka konania podľa § 29 O. s. p. In: Justičná revue, 2012, č. 1, s. 26-33
- BĚLOHLÁVEK, A.: Postavení dítěte v civilním řízení. In: Právo a rodina, 2005, č. 11, s. 17-20
- KERECMAN, P. : Maloletý účastník občianskeho sporového konania. In: Justičná revue, 2008, č. 1, s. 3-28
- ŠTEVČEK, M., FICOVÁ, S. a kol. : Občiansky súdny poriadok. I. diel. Komentár. 2. Vydanie. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 965, ISBN 978-80- 7400-406-3
- PAVELKOVÁ, B. : Zákon o rodine. Komentár. 1. Vydanie. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 655, ISBN 978-80-359-2
- ŠTEVČEK, M. a kol. : Civilné právo procesné. Základné konanie a správne súdnictvo. 2. Zmenené a doplnené vydanie. Bratislava : EUROKÓDEX, s. r. o., 2013, s. 752, ISBN 978-80-89447-96-1
- FUCHSOVA, J. : výsluch maloletých detí v občianskom súdnom konaní. Bulletin slovenskej advokácie, 2008, č. 7-8, s. 5 - 7

Kontaktné údaje:

JUDr. Romana Smyčková, PhD.
romana.smyckova@flaw.uniba.sk
Právnická fakulta Univerzity Komenského
Šafárikovo nám. č. 6
818 05 Bratislava
Slovenská republika

PROCESNÍ VÝVOJ POVINNOSTI TVRDIT A PROKAZOVAT

Karel Svododa

Univerzita Palackého v Olomouci

Abstract: an article entitled "process development obligations to maintain and demonstrate" tells the system the concentration of czech civil dispute affects not only by law, but also formally logical principle of "action and reaction." - each party has the right, at any time during the procedure to respond to unforeseen developments judicial inquiry. Author believes that the current procedural law ignores the principle of action and reaction. Consequently czech courts are skeptical about the concentrations.

Abstrakt: článek s názvem „procesní vývoj povinnosti tvrdit a prokazovat“ sděluje, že systém koncentrace českého civilního sporu ovlivňuje nejen platná právní úprava, ale i formálně logický princip „akce a reakce“. - každý účastník řízení má právo, kdykoliv během řízení zareagovat na nepředvídatelný vývoj soudního dokazování. Autor se domnívá, že současné procesní právo ignoruje princip akce a reakce. Proto české soudy mají ke koncentracím skeptický postoj.

Key words: judicial inquiry, civil litigation, legal proceedings, legal concentration OF CIVIL STRIFE

Klíčové slová: soudní dokazování, civilní spor, soudní řízení, zákonná koncentrace civilního sporu

1 PROCESNÍ VÝVOJ POVINNOSTI TVRDIT A PROKAZOVAT

Povinnost (břemeno) tvrdit a prokazovat se během civilního sporu vyvíjí, prohlubuje a upřesňuje a někdy i přechází ze strany na stranu bez ohledu na snahu zákonodárce o svázání procesního dokazování skrze velmi přísný a zdánlivě nepřekročitelný režim zákonných koncentrací (§ 114c odst. 5, § 118b odst. 1 OSŘ). Tento živelný dynamismus, který ovlivňuje obsah a rozsah povinnosti (břemene) tvrdit a prokazovat, nynější česká teoretická procesualistika přehlídá, a proto prozatím nebyla schopna pojmenovat příčiny, pro které zákonný režim koncentrací civilního sporu nepřináší takové výsledky, jaké zákonodárce předpokládal, tedy zkrácení doby trvání sporů, protože předmětem procesního dokazování budou jen ty skutečnosti a důkazy, které účastníci uplatnili do doby koncentrace.¹

2 PŘÍČINY VÝVOJE POVINNOSTI TVRDIT A PROKAZOVAT

Dynamismus povinnosti tvrdit a prokazovat má tři navzájem do jisté míry protichůdné příčiny spočívající v:

a) samotné formální **proceduře zákonných koncentrací**. – Tzv. velkou novelou OSŘ č. 30/2000 Sb. český zákonodárce opětovně zavedl režim koncentrace civilního sporu s tím, že účastníci musí uvést a navrhnout důkazní prostředky k prokázání pro rozhodnutí podstatných skutečností nejpozději do doby vyhlášení prvostupňového rozsudku. Efekt koncentrace byl tzv. souhrnnou novelou OSŘ č. 7/2009 Sb. posunut již k okamžiku skončení prvního nebo přípravného jednání. Na základě nového systému koncentrací, který je úzce propojen s poučovací povinností soudu o podstatě koncentrace (§ 114c odst. 5, § 118b odst. 1 a § 119a odst. 1 OSŘ) a s konkrétním poučením o hrozícím neúspěchu ve sporu (§ 118a odst. 1-3 OSŘ),² dochází během řízení k náhlé a v mnoha případech s ohledem na složitost sporu a aktuální stav dokazování k předčasné přeměně povinnosti tvrdit a prokazovat (jejíž nenaplnění ještě není sankcionováno hrozbou procesního neúspěchu) v břemeno tvrdit a prokazovat (tedy v odpovědnost účastníka za výsledek sporu, nenaplní-li do konce prvního nebo přípravného jednání povinnost tvrdit a navrhnout důkazy k prokázání svých tvrzení).

¹ Viz důvodová zpráva k tzv. souhrnné novele OSŘ č. 7/2009 Sb.

² Srov. s Bureš, J. Úprava koncentrace řízení v občanském soudním řádu účinná od 1. 7. 2009. Bulletin advokacie č. 12/2009 nebo Hamuláková, K. Zásada koncentrace řízení a její uplatnění v civilním soudním řízení. Praha: Leges, 2010.

Zákonný a zdánlivě nepřekročitelný **model náhlého zostření povinnosti tvrdit a prokazovat**, k němuž dochází v souvislosti s ukončením prvního nebo přípravného jednání je však modifikován dvěma dalšími, do jisté míry opozičními principy, z nichž prvním je

b) **"svévole" soudu**. - **Pokud soud vědomě nebo i nedopatřením** spočívajícím v procesně nekorektním postupu **zmaří naplnění zákonných podmínek**, jež jsou předpokladem **pro koncentraci** řízení, ke koncentraci (**k nastolení skutkového a důkazního "stopstavu" nedojde**). Soud se např. může vyhnout zákonné koncentraci tím, že účastníky nepoučí o formální podstatě koncentrace (§ 118b odst. 1, § 114c odst. 5 OSŘ), tedy o tom, že k navození skutkového a důkazního "stopstavu" má dojít v souvislosti se skončením prvního nebo přípravného jednání. Nebo nepoučí účastníka, jemuž hrozí prohra ve sporu, o konkrétních důvodech hrozícího neúspěchu (§ 118a odst. 1-3 OSŘ).³ Obcházení režimu koncentrací ze strany soudů je poměrně běžným jevem, který lze nejen kritizovat, ale i hájit např. s poukazem na skutečnost, že jediným procesním subjektem, který má a musí mít prostor pro volbu mezi vícero v úvahu přicházejícími procesními postupy při řešení konkrétní záležitosti, je právě nestranný soud, a to s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem případu a k aktuální procesní situaci.

Soud také může do značné míry svévolně zvolit procesně korektní **postupy, které mohou dokonce vést k omezení nebo vyloučení procesního dokazování** ještě předtím, než má ze **zákona dojít ke koncentraci** řízení, např. využitím kvalifikované výzvy k vyjádření podle § 114b OSŘ, vyhlášením rozsudku bez jednání podle § 115a OSŘ, vydáním platebního rozkazu podle § 172 a násl. OSŘ atd..

Proces konkretizace abstraktních pravidel, která rozvrhují povinnost tvrdit a prokazovat mezi účastníky řízení, do konkrétních povinností a posléze břemen tvrdit a prokazovat v daném řízení, je tedy ovlivněn nejen režimem zákonných koncentrací, ale i soudem zvoleným postupem, dokonce bez ohledu na to, zda je soudem zvolený postup procesně korektní či nikoliv.⁴

c) Systém zákonných koncentrací podstatně modifikuje i formálně logický **princip akce a reakce**. Jakýkoliv střet protichůdných názorů nebo nároků je průběžně ovlivňován argumenty útočnicka a protiargumenty strany, která útočnickovu názoru (nároku) oponuje. - V rámci střetu právních názorů zpravidla platí, že každý argument, jakmile je prokázán, může být překryt silnějším argumentem, který má vyšší právní nebo formálně-logickou sílu. **Střet argumentů protiargumentů může probíhat v několika fázích, jejichž vývoj a výsledek nelze v době zákonné koncentrace** (zpravidla k okamžiku ukončení prvního nebo přípravného jednání) **předpokládat**.

Pro lepší pochopení uvedu příklad: Žalobce po žalovaném požaduje zaplacení kupní ceny za dodané zboží. Ve chvíli, kdy žalobce prokáže uzavření kupní smlouvy a sjednání jím požadované kupní ceny (např. při druhém jednání ve věci samé), žalovaný namítne promlčení žalobcova požadavku. Žalobce na vznesenou námitku zareaguje tím, že námitka promlčení není důvodná, protože žalovaný žalobci hrozil smrtí, pokud pohledávku včas uplatní a žalobce se této hrozby až do podání žaloby právem obával (§ 650 NOBčZ). Poté, co žalobce skrze svědky prokáže existenci bezprávné hrozby, žalovaný navrhne výslech dalších svědků, kteří mají vyvrátit tvrzení svědků žalobce o existenci bezprávné hrozby. - Veškeré posléze vznesené argumenty a protiargumenty soud jen stěží může ignorovat s poukazem na to, že již před jejich sdělením nastala koncentrace. Účastníkům totiž nelze klást za vinu, že je nevznesli dříve (§ 118b odst. 1, věta třetí OSŘ). Povinnost protistrany reagovat na předložené argumenty totiž vzniká až ve chvíli, kdy tyto argumenty jsou prokázány.

Možnost živelného (v době koncentrace nepředpokládaného) **rozšiřování skutkových okolností majících vliv na rozhodnutí** ve věci samé vyplývá z podstaty jakéhokoliv aktivního střetnutí dvou protichůdných zájmů, **nelze ji uměle negovat s odkazem na rigidní procesní předpisy upravující koncentraci**. Takový postup by v řadě případů vedl ke zřejmému nespravedlivému rozhodnutí ve věci samé.

Pravidlo akce a reakce a pravidlo zákonné koncentrace vůči sobě stojí v příkré opozici, pokud po žalovaném není možné v okamžiku, kdy k zákonné koncentraci dochází, spravedlivě požadovat, aby uvedl veškeré potenciální námitky, které má vůči dosud neprokázaným tvrzením žalobce. Tato „slepotá“ u žalovaného (a nezřídka i u žalobce, protože ani on nemusí vědět, zda jím

³ Viz *Jirsa, J.* Civilní proces po účinnosti souhrnné novely občanského soudního řádu a několik dalších úvah nad jeho perspektivami. Právní rozhledy č. 5/2011.

⁴ Blíže k přeměnám povinnosti tvrdit a prokazovat viz např. *Macur, J.* Důkazní břemeno v civilním soudním řízení. Brno, Masarykova univerzita, 1995.

navržené, ale do doby koncentrace neprovedené důkazní prostředky vyzní v jeho prospěch) často nastává u skutkově složitých sporů, jako jsou např. řízení o širším vypořádání podílového spoluvlastnictví, v němž jsou vyhodnocovány i vnosi a případné zhodnocení společné věci. Důkazní situace se v těchto sporech často vyvine směrem, který soud ani účastníci nemohli k okamžiku zákonné koncentrace předpokládat. Za takto nepřehledných okolností je třeba **upřednostnit princip akce a reakce** a konstatovat, že účinky zákonné koncentrace pominuly a že je třeba účastníkům poskytnout nový prostor pro reakci na důkazní vývoj. K proražení koncentrace samozřejmě nedojde v případě, kdy účastník, jemuž jde původní koncentrace k tíži, v době jejího nastolení následující skutkový vývoj měl a mohl předpokládat.

3 K POSTUPNÉ KONKRETIZACI POVINNOSTI TVRDIT A PROKAZOVAT

Objektivní (**abstraktní**) povinnosti tvrzení a prokazování rozumíme souhrn procesních norem a formálně logických pravidel, která v obecné rovině rozdělují povinnost tvrdit a prokazovat mezi žalobce a žalovaného. Mezi abstraktní právní normy tohoto typu patří např. ust. § 42 odst. 4 nebo § 79 odst. 1 OSŘ, jež upravují základní náležitosti procesních podání, nebo ust. § 101 odst. 1 OSŘ, jež deklaruje povinnost účastníků tvrdit a prokazovat skutečnosti, které jsou podstatné pro rozhodnutí. Abstraktním formálně-logickým pravidlem rozvrhujícím povinnost tvrdit a prokazovat je základní poučka, podle níž **žalobce musí tvrdit a prokazovat skutečnosti, které jeho právo zakládají a žalovaný má tvrdit a prokazovat fakta, která žalobcův požadavek zcela nebo zčásti vylučují nebo zpochybňují**.⁵

K první konkretizaci povinnosti tvrdit (nikoliv však prokazovat) dochází **při podání žaloby**. Žalobci totiž vzniká povinnost tvrdit fakta, která individualizují jeho požadavek tak, aby byl petit dostatečně určitý (vykonatelný) a skutkový důvod nezaměnitelný s jiným (tzv. **břemeno substancování**).⁶ Povinnost tvrdit tyto **základní žalobní skutečnosti** se mění v břemeno, jakmile soud žalobci doručí usnesení, jímž ho vyzývá k odstranění případných žalobních vad pod sankcí odmítnutí žaloby (§ 43 OSŘ). Uplynutím lhůty stanovené v této výzvě totiž nastává pro žalobce tíživý procesní následek, kterým je odmítnutí žaloby – do té doby latentní povinnost k podání projednatelné žaloby se mění v břemeno, neboť její nenaplnění je až nyní spojeno s tíživým následkem. Např. žalobce je již v žalobě povinen uvést, že se domáhá zaplacení v petitu specifikovaného nájemného proto, že se žalovaným uzavřel konkrétní nájemní smlouvu a že žalovaný nájem za konkrétní časové období nezaplatil. Dokud ze žaloby nevyplývá jasný skutkový důvod požadovaného plnění, nevznikne žalobci právo na věcné projednání žaloby (proto je taková žaloba odmítnuta, nikoliv zamítnuta).

Teprve ve chvíli, kdy žalobce během řízení naplní svoji povinnost tvrzení a prokázání skutečností, které podle hmotného práva zcela nebo zčásti odůvodňují jeho požadavek, vzniká povinnost tvrzení a prokazování i žalovanému. Až v této chvíli lze po žalovaném žádat, aby se k žalobcem tvrzeným a prokázaným bez zbytku vyjádřil a uvedl fakta svědčící v jeho prospěch, tedy skutečnosti, které žalobcův požadavek vyvracejí nebo zpochybňují. Např. až při druhém jednání byly provedeny důkazy, které žalobce navrhl již při prvním jednání a teprve nyní soud a protistrana může mít např. za to, že věc, kterou má žalovaný podle žaloby vydat žalobci, žalobce koupil a je tedy jeho vlastnictví. Teprve nyní je na místě po žalovaném žádat, aby tvrdil a prokazoval, že existuje právní důvod, že věc žalobci není povinen vydat, třeba proto, že on sám vlastnictví k věci posléze vydržel, nebo že věc užívá na základě platné nájemní smlouvy, že s věcí už nedisponuje a nemůže ji proto vydat apod.

Z výše uvedených příkladů vyplývá, že objektivní (abstraktní) povinnost tvrdit a prokazovat až během sporu dostává konkrétní podobu – mění se v **subjektivní povinnost tvrzení a prokazování**, která již sděluje, co přesně má žalobce nebo žalovaný během řízení tvrdit a prokazovat, aby došlo k rozhodnutí v jeho prospěch. Teprve v okamžiku, kde se během řízení stane zřejmým, v čem přesně tkívá povinnost účastníka tvrdit a prokazovat, může být vymezen konkrétní následek nenaplnění této povinnosti, kterým bývá riziko plného nebo částečného neúspěchu ve sporu. – Původně abstraktní povinnost tvrdit a prokazovat se mění v subjektivní břemeno tvrdit a prokazovat (ve skutečnou odpovědnost za výsledek sporu).

Subjektivní břemeno tvrzení a prokazování vystihuje aktuální skutkovou a důkazní situaci. Během sporu **se může měnit**. Např. ve chvíli, kdy žalovaný prokáže, že nájemní vztah navzdory

⁵ Srov. s *Macur, J.* Dělení důkazního břemene v civilním soudním sporu. Brno: Masarykova univerzita, 1996.

⁶ Viz usnesení NS z 31.10. 2007, sp. zn. 32 Cdo 2382/2007.

existenci nájemní smlouvy nebyl založen (např. proto, že nájemní smlouva nebyla podepsána osobou oprávněnou jednat jménem žalovaného), přechází subjektivní povinnost tvrzení a prokazování znovu na žalobce a zároveň získává i nový obsah - žalobce musí nyní tvrdit a prokázat, že žalovaný mu požadované plnění skutečně dluží, ale nikoliv podle smlouvy, ale z titulu bezdůvodného obohacení. Tedy proto, že žalovaný reálně užívá nebytové prostory žalobce a tím u něho dochází k neoprávněnému majetkovému prospěchu na úkor žalobce ve výši žalobcem dokládaného obvyklého nájemného.

4 DVA TYPY TVRZENÝCH A PROKAZOVANÝCH SKUTEČNOSTÍ

V rámci procesního dokazování tedy rozeznáváme **dva typy skutečností, které musí účastníci tvrdit a prokazovat**. Jsou jimi **a) základní skutečnosti**, které identifikují projednávanou záležitost (§ 42 odst. 4, § 79 odst. 1 o. s. ř.) a **b) rozhodnutí určující skutečnosti**, které mohou, avšak nemusí existovat a jež mohou, avšak nemusí být do řízení vneseny. Tím pádem se ani nestanou předmětem soudního poznávání. Např. žalobce tvrdí, že žalovanému prodal movitou věc, avšak žalovaný za tuto věc nezaplatil, a proto žalobce žádá, aby žalovanému bylo uloženo poskytnout žalobci kupní cenu za toto zboží (základní žalobní skutečnosti). Žalovaný může svoji procesní obranu postavit na skutkových námitkách, že právo na zaplacení kupní ceny je promlčeno, uplatnit právo z odpovědnosti za vady prodané věci, uplatnit námitku započtení apod. – Tyto skutkové okolnosti by měly podstatný vliv na rozhodnutí ve věci samé (tzv. rozhodnutí určující skutečnosti).

J. Fiala v této souvislosti hovořil o tzv. **zámkách**, tedy o právních skutečnostech, které jsou potenciálně způsobitelné vést k jinému rozhodnutí ve věci samé.⁷ F. Štajgr tentýž jev popisoval skrze konstrukci horizontálního a vertikálního prohlubování procesního dokazování, které je závislé na tom, do jaké míry účastníci reagují na vývoj dokazování vnášením dalších faktů způsobilých ovlivnit meritorní rozhodnutí.⁸ Jak Štajgr, tak Fiala vlastně upozorňují na totéž, totiž že míra pečlivosti a podrobnosti, s níž se soud zabývá podstatou civilního sporu, se odvíjí od procesní aktivity účastníků. Účinnou procesní aktivitu směřující ke zjištění pro rozhodnutí podstatných skutečností však účastníci mohou vyvinout až tehdy, když jsou schopni si ji uvědomit. Tento okamžik však zpravidla nesplyvá s okamžikem, který uměle a dopředu vybral zákonodárce.

5 ZÁVĚREM

Český systém zákonné koncentrace civilního sporu je statický jen zdánlivě, neboť je ovlivňuje v paragrafech výslovně neustanovený, avšak nepochybně existující princip akce a reakce. Zákonný předpoklad, že ke koncentraci civilního sporu dochází již v souvislosti se skončením prvního (§ 118b odst. 1 OSŘ) nebo přípravného (§ 114c odst. 5 OSŘ) jednání, je právě s ohledem na princip akce a reakce příliš zjednodušující. Konflikt mezi zákonnou úpravou koncentrace a potřebou, aby účastníci (zejména žalovaný) mohli reagovat na v době koncentrace neočekávaný skutkový vývoj sporu, bývá ve složitých záležitostech natolik příkrý, že lze pochybovat o tom, zda je stávající systém velmi příkrých koncentrací skutečně funkční. Právě z tohoto důvodu české soudy institut zákonné koncentrace podle § 114c odst. 5 nebo § 118b odst. 1 OSŘ nepřeceňují.

Ministerstvo spravedlnosti ustavilo komisi, která má připravit návrh nového občanského soudního řádu upravujícího sporná řízení.⁹ Komise by měla zvážit, zda není na čase navrátit se do stavu před novelou OSŘ č. 7/2009 Sb. s tím, že k nastolení skutkového a důkazního "stopstavu" má dojít až k okamžiku vyhlášení prvostupňového rozsudku nebo na základě rozhodnutí soudu, pokud některý z účastníků maří plynulý průběh procesního dokazování.

Kontaktné údaje:

JUDr. Karel Svoboda Ph.D.

Krajský soud v Plzni, Právnická fakulta UP v Olomouci

⁷ Fiala, J. Důkaz zavinění v občanském soudním řízení. Praha: Nakladatelství Československé akademie věd, 1965.

⁸ Štajgr, F. Některé teoretické otázky civilního práva procesního. Praha: Univerzita Karlova, 1969.

⁹ Viz zpráva Tiskového odboru Ministerstva spravedlnosti uveřejněná na portal.justice.cz dne 11. dubna 2013.

PRÁVO STAVBY JEHO VZNIK A MODIFIKÁCIA NA ZÁKLADE ZMLUVY

Juraj Takáč

Paneurópska vysoká škola, Fakulta práva

Abstract: The article is focusing on institute of construction right and its reinsertion into the legal order of the Slovak republic within the recodification of the Civil code. Apart from brief definition of particular institute, the article is mostly focusing on issue of its application in practice through use of contract. It tries to focus on cases, where at the time of reinsertion of construction law into our legal order, particular land and construction built on it are owned by different persons. The article is trying to outline possible ways of effective and least difficult application of construction right into the practice.

Abstrakt: Príspevok sa zameriava na inštitút práva stavby a jeho znovuzavedenie do právneho poriadku Slovenskej republiky v rámci rekodifikácie Občianskeho zákonníka. Okrem stručnej definície predmetného inštitútu sa príspevok bude zaoberať problematikou zavedenia a úpravy inštitútu práva stavby do praxe prostredníctvom zmluvy. Konkrétne sa sústreďuje na prípady, kedy pred resp. v čase znovuzavedenia inštitútu práva stavby do nášho právneho poriadku pozemok a stavba boli vo vlastníctve rôznych osôb. Príspevok by mal načrtnúť možné spôsoby, akými by mohlo dôjsť k efektívnemu a čo najmenej obtiažnemu zavedeniu práva stavby do praxe.

Key words: Construction right, institute, rule „*superficio solo cedit*“, freeholder, contract, building use, recodification, Civil code

Kľúčové slová: Právo stavby, inštitút, zásada „*superficies solo cedit*“, stavba, pozemok, zmluva, vlastník pozemku, stavebník, rekodifikácia, občiansky zákonník, kataster nehnuteľností.

1 ÚVOD

Predmetom príspevku je zameranie sa na inštitút práva stavby a s ním spojenej zásady „*superficies solo cedit*“ z pohľadu jeho významu, možného a efektívneho začlenenia do právnej praxe, ako aj jeho využitia v spoločnosti. Uvedenie princípov, na ktorých funguje, zásad, s ktorými je úzko spätý a procesov, ktoré môžu doceliť jeho úspešné aplikovanie v reálnom živote. Predmetná téma je o to aktuálnejšia, že právo stavby predstavuje jeden z nových inštitútov, ktoré majú byť obsiahnuté v novom občianskom zákonníku, ktorého príprava a tvorba je v súčasnosti značne intenzívna.

V prvom rade je potrebné si v stručnosti uviesť, čo to právo stavby je a aký je jeho reálny význam a funkcia.

2 POJEM A FUNKCIA PRÁVA STAVBY

Podstata práva stavby spočíva v upravení vzájomných vzťahov medzi vlastníkom pozemku a zhotoviteľom stavby na ňom postavenej. V minulosti právo stavby predstavovalo dôležitý prostriedok úpravy vlastníckych vzťahov a to či už u nás, tak aj v zahraničí. Jeho korene tak, ako aj množstvo iných právnych inštitútov, siahajú až do rímskej ríše. Právo stavby je (resp. na našom území bolo) priamo viazané na starú rímsku zásadu „*superficies solo cedit*“, podľa ktorej sa stavba postavená na pozemku nepovažovala za samostatnú vec, ale iba za súčasť pozemku, na ktorom bola postavená. Znamená to, že vlastníkom pozemku sa stal vlastníkom stavby na ňom zhotovenej a to bez ohľadu na to, či sa nejakým spôsobom podieľal na jej zhotovení, alebo nie¹.

Vzhľadom na skutočnosť, že podľa tejto zásady sa vlastníkom pozemku stal vlastníkom všetkého čo na ňom stálo pevne spojené so zemským povrchom ako aj pod ním a to aj v prípade, keď sa o zhotovenie predmetnej stavby žiadnym spôsobom nepričinil, vznikla potreba zaviesť určitý nástroj, na základe ktorého by došlo k šetrnému usporiadaniu vzájomných právnych vzťahov medzi stavebníkom a vlastníkom pozemku. Išlo hlavne o to, aby osoby mali možnosť zriadiť si stavbu aj na

¹ REBRO, K., BLAHO, P.: Rímske právo, IURA EDITION, Bratislava 2003, s. 296.

cudzom pozemku bez toho, aby sa museli obávať o jej užívanie a zároveň aby sa aj naďalej zachovala zásada „*superficies solo cedit*“.

Výsledkom bolo zavedenie inštitútu práva stavby. Na jeho základe si osoby mohli zriaďovať stavby na cudzích pozemkoch s tým, že toto právo im umožňovalo po určitú stanovenú dobu stavbu plnohodnotne užívať, kde zároveň po zániku tohto práva stavba pripadla vlastníkovi pozemku. Táto skutočnosť mala značne pozitívny vplyv na celkový urbanistický rozvoj ako na našom území, tak aj v celej Európe. Týmto pádom mohli osoby investovať viac finančných prostriedkov do výstavby, keďže nemuseli mieriť peniaze na kúpu pozemkov, na ktorých mali byť stavby zrealizované. Zároveň narastal záujem vlastníkov pozemkov o poskytnutie svojich častokrát rozsiahlych a nevyužitých pozemkov na výstavbu cudzích stavieb, keďže došlo k ich všeobecnému zhodnoteniu a v konečnom dôsledku sa tieto stali ako súčasť pozemku ich vlastníctvom.

Pri rozeroberaní problematiky práva stavby je potrebné uviesť hneď na úvod, že predmetný inštitút sa v súčasnosti v našom právnom poriadku nevyskytuje. Jedným dychom je však treba dodať, že právo stavby nie je pre naše právo pojem neznámy, že sa na našom území v minulosti reálne využívalo a že v súčasnej dobe sa intenzívne pracuje na jeho opätovnom zavedení.

Ako už bolo vyššie uvedené, právo stavby je výsledok právnej tvorby starých Rimanov, ktoré sa následne uplatnilo, podobne ako mnoho ďalších inštitútov, v nástupníckych štátoch a monarchiách nachádzajúcich sa v európskom priestore. Tento proces neobišiel ani naše zemepisné končiny a viac menej sa dotkol aj územia Slovenska. Všeobecným základom pre úpravu vlastníckych vzťahov k pozemkom pre krajiny Rakúskej monarchie s výnimkou Uhorska sa na začiatku 19. storočia stal Všeobecný občiansky zákonník z roku 1811 (ABGB), postavený na základe neobmedzenosti a nedotknuteľnosti súkromného vlastníctva. Predmetný zákonník vo svojich ustanoveniach § 417 až § 419 už výslovne upravoval pomer stavby k pozemku, na ktorom bola postavená, pričom vychádzal zo zásady „*superficies solo cedit*“. Táto zásada, špecifikovaná v § 297 ABGB znamenala, že stavba nebola samostatnou vecou, ale súčasťou pozemku a vlastníkom stavby bol teda vlastník pozemku. Veci, ktoré boli na pozemku zriadené s tým úmyslom, aby tam trvale zostali, ako domy a iné budovy, boli súčasťou nehnuteľnosti. Vlastník pozemku sa stal vlastníkom stavby na ňom zriadenej bez ohľadu na osobu stavebníka. Pokiaľ bol podľa § 418 ABGB vety druhej staviteľ poctivý, mohol žiadať náhradu potrebných a vynaložených nákladov. Proti staviteľovi nepoctivému sa postupovalo ako voči tomu, kto nebol na to splnomocnený alebo tiež tomu, kto konal bez príkazu².

Aj keď na území Slovenskej republiky sa dlhodobo uplatňovalo nekodifikované uhorské obyčajové právo, ktoré predstavovalo hlavný prameň nášho súkromného práva³ a teda nespádalo pod právnu úpravu ABGB aj na našom území, či už v rámci Rakúsko-Uhorskej monarchie resp. Československej republiky, bolo možné sa s inštitútom práva stavby v klasickej ako aj modifikovanej forme reálne stretávať.⁴ K najvýznamnejším zmenám z pohľadu uplatňovania práva stavby na našom území došlo až počas existencie Československej republiky, kedy sa postupne začalo s odstraňovaním právneho dualizmu a nahradzovaním obyčají písanými zákonmi. Z tohto dôvodu na našom území k úprave inštitútu práva stavby v zákonnej podobe došlo až prijatím zákona č. 88/1947 Sb. o práve stavby, ktorý nahradil pôvodný rakúsky zákon č. 86/1912 r.z. Jeho spracovanie bolo na veľmi vysokej odbornej úrovni, čo preukazuje aj fakt, že práve touto zákonnou úpravou sa v Čechách vychádzalo pri znovuzavedení inštitútu práva stavby v rámci prijatia nového občianskeho zákonníka č. 89/2012 Sb.⁵

Podľa ust. §1 zákona č. 88/1947 Sb. o práve stavby „*Pozemek může býti zatížen věcným právem jiné osoby (stavebníka), míti stavbu na jeho povrchu nebo pod povrchem (právo stavby). Nezáleží na tom, zdali jde o stavbu již zřízenou či dosud nezřízenou.*“⁶ Právo stavby podľa predmetného zákona malo dvojakú funkciu. Na jednej strane upravovalo právny vzťah stavebníka k samotnej stavbe, či už z pohľadu zriadenia stavby, jej užívania, nakladania s ňou atď. Na druhej strane právo stavby predstavovalo vecné právo k cudzej veci, ktoré umožňovalo stavebníkovi obmedziť vlastnícke právo vlastníka pozemku tým, že zo strany stavebníka došlo k užívaniu nielen stavby ale aj pozemku, na ktorom bola stavba postavená. Dokonca zákon v § 2 umožňoval zriadiť

² SKALOŠ, M. Právna úprava pozemkového vlastníctva v československu do prijatia Občianskeho zákonníka z roku 1950, Dni práva 2011

³ LUBY, Š.: Dejiny súkromného práva na Slovensku, IURA EDITION, Bratislava 2002, s. 53.

⁴ LUBY, Š.: Dejiny súkromného práva na Slovensku, IURA EDITION, Bratislava 2002, s. 53.

⁵ Důvodová zpráva k novému občanskému zákoníku, s. 324

⁶ ust. § 1 zákona č. 88/1947 Zb. o práve stavby

právo stavby aj na pozemok, ktorý nebol potrebný na zriadenie stavby, ale umožňoval jej lepšie využitie. Prirovnať by sa to dalo k vecnému bremenu, kde vlastník pozemku bol povinný strpieť užívanie svojho pozemku v prospech inej osoby.

Existencia zákona č. 88/1947 Sb. o práve stavby však nemala dlhú životnosť, keďže v roku 1950 bol prijatý Občiansky zákonník č. 141/1950 Zb., ktorý okrem iného vo svojich ustanoveniach upravoval aj právo stavby a tým nahradil ustanovenia zákona č. 88/1947 Sb. Zákonná úprava inštitútu práva stavby prezentovaná občianskym zákonníkom z roku 1950 sa však už radikálne líšila od pôvodnej myšlienky ako aj podstaty práva stavby (najmä ustanovením § 25 OZ, podľa ktorého sa stavba už naďalej nepovažuje za súčasť pozemku.⁷). Týmto pádom došlo k nabúraniu princípu zásady „*superficies solo cedit*“ ako aj otázky ďalšieho významu aplikácie inštitútu práva stavby v praxi. Tento proces zmien bol spôsobený najmä skutočnosťou, že v Československu postupne došlo k výrazným spoločenským a politickým zmenám, v rámci ktorých právo stavby nenachádzalo miesto na svoje uplatnenie. Preto aj nakoniec prijatím Občianskeho zákonníka č. 40/1964 Zb. bol predmetný inštitút práva stavby z nášho právneho poriadku definitívne vylúčený, pričom tento stav u nás trvá až do dnešných dní. Vzhľadom na rekodifikačnú činnosť, ktorá je v súčasnosti značne intenzívna, sa predmetný inštitút znovu dostáva do pozornosti odbornej ako aj laickej verejnosti, keďže sa plánuje s jeho opätovným zavedením v rámci prijatia nového a potrebám spoločnosti vyhovujúceho občianskeho zákonníka.

3 ZÁSADA „SUPERFICIES SOLO CEDIT“

Práve z tohto dôvodu sa naskytá vhodná príležitosť na polozenie otázky, akým spôsobom sa uskutoční „znovuzavedie“ práva stavby do bežnej praxe. Akým spôsobom právo stavby ako jedno z vecných práv k cudzej veci vznikne resp. sa bude zriaďovať. Či predmetné právo vznikne priamo zo zákona, resp. bude výsledkom zmluvných prevodov medzi zainteresovanými subjektmi. A aký dopad to bude mať na nositeľa tohto práva.

Na zodpovedanie tejto otázky je potrebné v prvom rade vyriešiť problematiku navrátenia sa k zásade „*superficies solo cedit*“, ktorá predstavuje alfu a omegu vzniku a zavedenia práva stavby.

Ako sme už vyššie uviedli, právo stavby má úzku spätosť s existenciou a uplatňovaním zásady „*superficies solo cedit*“. Znamená to, že ak by sa v právnom poriadku nevyskytovala predmetná zásada, právo stavby by stratilo svoju využiteľnosť. V prvom rade je dôležité sa zamerať na problematiku aplikácie zásady „*superficies solo cedit*“ a následne sa môže riešiť otázka znovu zavedenia inštitútu práva stavby. Treba si uvedomiť, že navrátenie sa k zásade, kedy stavba predstavuje súčasť pozemku a viaže sa na ňu právo stavby bude u nás najmä z dôvodu diskontinuity značne špecifické. Zásada „*superficio solo cedit*“ a na ňu naviazaný inštitút práva stavby boli z nášho právneho poriadku a teda aj praxe vylúčené od druhej polovice 20-teho storočia a tento stav trvá až do dnes. Jedná sa pritom o obdobie, kedy došlo k najväčšiemu stavebnému rozmachu v histórii našej krajiny. Znamená to, že stavby, ktoré sú v súčasnosti u nás zriadené, nepredstavujú súčasť pozemku a neriadia sa právom stavby, ale sú podľa platnej právnej úpravy považované za samostatné veci. Z tohto dôvodu sa naskytá otázka akým spôsobom sa bude postupovať pri znovuzavedení zásady „*superficies solo cedit*“ a aký dopad to bude mať na právny režim už existujúcich stavieb.

Vzhľadom na existujúci právny stav môže tento proces „navrátenia“ prebiehať v dvoch rovinách.

V prvej by sa brala do úvahy skutočnosť, že v čase účinnosti občianskeho zákonníka, ktorý zakotví zásadu „vrch ustupuje spodku“, stavba ešte neexistuje. V druhej by sa naopak jednalo o prípady, kedy stavba už reálne existuje.

Predmetný scenár nás dostáva do situácie, ktorá je v určitom zmysle značne komplikovaná. Najvhodnejšie by bolo čerpať zo skúseností a praktických poznatkov iných štátov, ktoré zásadu „*superficies solo cedit*“ a inštitút práva stavby majú zakotvenú vo svojich právnych poriadkoch.

Nanešťastie metódy resp. skúseností iných štátov, na ktoré by sme sa mohli zamerať, sú značne obmedzené, keďže vo väčšine prípadov sa zásada „*superficies solo cedit*“ a tým aj právo stavby uplatňuje nepretržite už celé desaťročia, a preto ani tieto štáty nepoznajú odpoveď na otázku čo robíť s už realizovanými stavbami, ktoré sa doteraz považovali za samostatné veci a ako na ne opätovne aplikovať zásadu „*superficies*“ a právo stavby. Určitou nápomocnou by mohlo byť čerpanie praktických skúseností z Nemeckej spolkovej republiky, kde riešili nie identický ale obdobný problém. Bolo to v čase, kedy došlo k zjednoteniu Nemecka, kde východná časť (NDR) zásadu

⁷ ust. § 25 zákona č. 141/1950 Zb. Občiansky zákonník,

„*superficies solo cedit*“ nepoužívala a riadila sa obdobne ako u nás modelom stavby ako samostatnej veci a západného Nemecka, kde sa držali tradičnej zásady „*superficies solo cedit*“ a kde stavba vystupovala ako súčasť pozemku.

Týmto smerom sa vybrala aj Česká republika a pri riešení zavedenia zásady „*superficies solo cedit*“ ako aj inštitútu práva stavby využila skúsenosti resp. postupy nemeckých susedov.

4 ZNOVUZAVEDENIE ZÁSADY „*SUPERFICIES SOLO CEDIT*“ A INŠTITÚTU PRÁVA STAVBY

Česká republika už absolvovala zdĺhavý a komplikovaný proces rekodifikácie, ktorý vyvrcholil prijatím nového občianskeho zákonníka č. 89/2012 Sb. (ďalej aj „NOZ“), ktorý nahradí aj u nás používaný zákonník 40 /1964 Zb. Je potrebné uviesť, že nový český občiansky zákonník je v značnej miere inšpirovaný a vychádza z vládneho návrhu Občianskeho zákonníka bývalého Československa z roku 1937, ktorý sa mal zamerať na modernizačnú revíziu rakúskeho Obecného občianskeho zákonníka (ABGB) z roku 1811, pričom ako je už aj vyššie uvedené v prípade práva stavby značný vplyv zohrala aj právna úprava zákone 88/1947 Sb. o práve stavby.

Vzhľadom na skutočnosť, že s Českou republikou nás spája dlhodobá právna jednota sa javí značne logické, aby sme určitým spôsobom sledovali a možno sa aj inšpirovali metódami zavedenia práva stavby do českej právnej praxe. Bohužiaľ zatiaľ môžem na túto problematiku nahliadať iba z teoretického hľadiska, keďže predmetný zákonník nadobudne účinnosť najskôr v roku 2014, ale už aj z teoretického hľadiska predmetná právna úprava môže mať pre nás značný a prospešný význam.

V prvom rade nový český občiansky zákonník sa vysporiadal s navrátením k zásade „*superficio solo cedit*“. Ako ustanovuje § 506 ods. 1 NOZ „*Součástí pozemku je prostor nad povrchem i pod povrchem, stavby zřízené na pozemku a jiná zařízení (dále jen „stavba“) s výjimkou staveb dočasných, včetně toho, co je zapuštěno v pozemku nebo upevněno ve zdech.*“⁸ V porovnaní s doterajšou úpravou v ustanovení § 120 ods. 2 zák.č. 40/1964 Zb. hlavný rozdiel spočíva v tom, že súčasťou pozemku sa stávajú stavby, aj keď iba v prípadoch ak sa jedná o stavbu trvalého charakteru.⁹

Samozrejme, predmetné ustanovenie je strohé a nerieši problematiku jeho reálneho zavedenia do praxe. K tomu sa podrobnejšie nový občiansky zákonník vyjadruje v prechodných ustanoveniach (§§ 3054 - 3061 NOZ) vzťahujúcich sa na vecné práva a to konkrétne pozemky a stavby.

Ako je už vyššie uvedené pri znovuzavedení zásady, podľa ktorej sa stavba stáva súčasťou pozemku, môžu nastať dva prípadové varianty. Prvý spočíva v tom, že stavba v čase zavedenia zásady „*superficies solo cedit*“ neexistuje. Druhý variant (zložitejší) rieši stav, kedy stavba v čase zavedenia existuje a doteraz bola považovaná za samostatnú stavbu.

Pri riešení tejto problematiky sa v Čechách, tak ako to vyplýva aj z dôvodovej správy k NOZ pri navrátení k zásade „*superficies solo cedit*“ vychádzalo z postupov použitých pri znovuzavedení predmetnej zásady vo „východonemeckých“ spolkových zemiach.¹⁰

V prvom prípade sa stavba po jej zrealizovaní v súlade so zákonnou dikciou automaticky stáva súčasťou pozemku, na ktorom je zriadená. A teda možno postupovať klasickým spôsobom, kedy vlastníck právo nadobudne vlastnícke právo k zriadenej stavbe a stavebník ju bude môcť plnohodnotne užívať na základe práva stavby. Čo sa týka tejto modelovej situácie, tam by až taký vážny problém s uplatnením ustanovení upravujúcich zásadu „*superficies solo cedit*“ nemal vzniknúť. Ako ustanovuje aj NOZ, stavby, ktoré ešte nie sú zriadené, po ich výstavbe automaticky budú predstavovať súčasť pozemku a teda budú spadať do vlastníctva majiteľa pozemku a v prípade odlišného subjektu stavebníka od vlastníka pozemku sa budú riadiť právom stavby.

Druhý a omnoho zložitejší variant predstavuje situáciu, kedy v čase účinnosti nového občianskeho zákona stavba už reálne existuje a doteraz, na základe ustanovenia §120 ods. 2 zák.č.40/1964 Zb., bola považovaná za samostatnú stavbu.

Česká právna úprava si tento variant rozdelila na dva situačné prípady. Prvý prípad spočíva v tom, že v čase účinnosti zákona a teda aj zavedením zásady „*superficies solo cedit*“ do praxe stavba patrí vlastníčkovi pozemku, na ktorom je postavená. V takomto prípade ako vyplýva aj z ust. §

⁸ ust. § 506 zákona č. 89/2012 Sb. Občiansky zákonník

⁹ BĚLOHLÁVEK J. A., Nový občiansky zákonník, Srovnání dosavadní a nové občanskoprávní úpravy včetně předpisů souvisejících, s. 225

¹⁰ Důvodová zpráva k novému Občanskému zákoníku, s. 593

3054 NOZ „*Stavba, ktorá není podle dosavadních právních předpisů součástí pozemku, na němž je zřízena, přestává být dnem nabytí účinnosti tohoto zákona samostatnou věcí a stává se součástí pozemku, měla-li v den nabytí účinnosti tohoto zákona vlastnické právo k stavbě i vlastnické právo k pozemku táž osoba.*“¹¹

Stručne zhrnuté znamená to, že doterajší vlastník aj naďalej zostane vlastníkom stavby, ale už nie ako samostatnej veci ale ako súčasťou pozemku.

Druhá modelová situácia nám rieši trochu komplikovanejšiu situáciu, kedy vlastníci pozemku a stavby sú rozdielni. Tu sa nový český občiansky zákonník snaží predmetnú situáciu riešiť obdobne ako v Nemecku a to nasledovným spôsobom.

V prípade, ak stavba nie je vo vlastníctve majiteľa pozemku, na ktorom je zriadená, tak aj naďalej zostane zachovaný doterajší stav osobitného vlastníctva stavby a pozemku. Znamená to, že rovnako ako v súčasnosti pozemok bude vo vlastníctve jeho majiteľa a stavba vo vlastníctve stavebníka. Samozrejme aj tu je snaha, aby sa tento stav postupne určitým spôsobom modifikoval k novej úprave t.j. aby postupne stavby prestali byť samostatné veci a to za pomoci zákonného predkupného práva. V takom prípade ak by chcel vlastník stavby alebo pozemku svoju nehnuteľnú vec previesť na niekoho iného, je povinný zo zákona ju najskôr ponúknuť vlastníkovi druhej nehnuteľnosti. To znamená, že ak by vlastník chcel stavbu previesť na inú osobu, musí ju zo zákona najprv ponúknuť vlastníkovi pozemku. To isté platí aj v opačnom garde, t.j. ak by vlastník pozemku chcel previesť pozemok na tretiu osobu, má naň zákonné predkupne právo vlastník stavby na ňom zriadenej. Cieľom je dosiahnuť aby sa stavba aj pozemok stretol vo vlastníctve jednej osoby. V takom prípade ak by jeden z vlastníkov využil svoje predkupne právo, stane sa vlastníkom obidvoch nehnuteľností a automaticky by sa zrealizoval obdobný proces ako v prípadoch, kedy v čase účinnosti NOZ vlastnil stavbu aj pozemok jeden vlastník.

Nový český občiansky zákonník sa taktiež zaoberá situáciou, kedy v čase jeho účinnosti reálne stavba neexistuje ale má vzniknúť na základe vecného práva vzniknutého, resp. zmluvy uzavretej ešte pred jeho účinnosťou. V týchto prípadoch sa má postupovať rovnako ako keby už predmetná stavba bola zriadená (t.j. druhý variant). Je otázne aký následok bude mať toto ustanovenie v realnosti. Keďže býva zvykom, že ľudia sa zvyčajne boja zásadných zmien a noviniek, môže nastať situácia, kedy tesne pred nadobudnutím účinnosti NOZ budú hromadne uzatvárať rôzne zmluvy resp. zmluvy o budúcich zmluvách, len aby sa na ich stavbu vzťahoval ešte pôvodný režim – stavby ako samostatnej veci. Tým pádom by to určitým spôsobom nabúrало plynulý prechod na novú zásadu, čo by malo za následok dlhodobejšie zjednocovanie právneho stavu.

Zákon modelovo upravuje najmä situáciu, kedy stavba aj pozemok sa skôr či neskôr stretnú vo vlastníctve jednej osoby. Otázne je, kedy a či vôbec sa tak stane. Môže nastať situácia, keď vlastník pozemku resp. stavby nevyužije svoje zákonné predkupne právo a nehnuteľnosť prejde na tretiu osobu znovu ako samostatná vec. Tento stav môže trvať aj niekoľko desiatok rokov. Znamenalo by to, že by existoval dlhodobo nejednotný právny stav, kedy časť stavieb by sa riadila režimom „*superficies solo cedit*“ a druhá časť režimom „*superficies non solo cedit*“. V praxi by to mohlo mať za následok značný chaos vo vlastníckych vzťahoch a spôsobovať nepriehľadnosť majetkových právach, či už k pozemkom resp. stavbám na nich zriadených. Pri prevodoch by sa muselo zisťovať či dochádza k prevodu vlastníckeho práva resp. práva stavby.

Je treba uznať, že riešenie tohto problému je značne zložité. Najjednoduchšie by bolo, keby automaticky pri prevode resp. aj pri prechode stavby resp. pozemku dochádzalo k zániku vlastníckeho práva a vzniku práva stavby. Znamená to, že ak by vlastník stavbu predal tretej osobe, tá už by nenadobudla vlastnícke právo, ale právo stavby. Môžeme povedať, že práva a povinnosti vyplývajúce z práva stavby by zostali viac menej identické s oprávneniami a povinnosťami, s ktorými sa stretávame pri vlastníckom práve. Nadobúdateľ by mohol stavbu plnohodnotne držať, užívať, disponovať ňou, prevádzať právo stavby na ďalšiu osobu atď. Problém však nastáva v tom, že by šlo o zásah do vlastníctva neprípustného z hľadiska ústavného poriadku a medzinárodných zmlúv.¹²

Druhým riešením by mohlo byť určité prechodné obdobie, počas ktorého by stavby mohli vystupovať ako súčasť pozemku ale aj ako samostatné veci, pričom po uplynutí tejto doby by automaticky došlo k zjednoteniu statusu stavby ako súčasťou pozemku a doterajší zostávajúci vlastníci stavby by automaticky bezodplatne nadobúdali právo stavby k predmetnej stavbe.

¹¹ ust. § 3054 zákona č. 89/2012 Sb. Občiansky zákonník

¹² ELIÁŠ, K., Věc jako pojem soukromého práva

Je však zrejmé, že vysporiadanie sa s predmetný stavom bude značne zložité a najst' ideálnu cestu riešenia bude predstavovať značnú mieru ústupkov a kompromisov, nezabúdajúc pri tom na ústavnosť riešenia a jeho súlad s medzinárodnými zmluvami.

5 NADOBUDNUTIE A VZNIK PRÁVA STAVBY

Ďalšou otázkou, ktorá sa bude musieť riešiť v rámci navrátenia sa k zásade „*superficies solo cedit*“ je nadobudnutie a vznik práva stavby. Nový český občiansky zákonník viac menej podrobne rozoberá tento inštitút v §§ 1240 až 1256 NOZ či už z pohľadu všeobecného, tak aj z pohľadu jeho vzniku a zániku, ako aj právnych pomerov vyplývajúcich z práva stavby.

Ako ustanovuje aj § 1243 ods. 1 NOZ „Právo stavby sa nabýva smlouvou, vydržením, alebo, stanoví-li tak zákon, rozhodnutím orgánu veřejné moci.“ Pričom ako je následne uvedené v ods. 2 predmetného paragrafu „Právo stavby zřízené smlouvou vzniká zápisem do veřejného seznamu. Zápisu do veřejného seznamu podléhá i právo stavby vzniklé rozhodnutím orgánu veřejné moci.“¹³

Predmetným ustanovením by bolo možné sa inšpirovať aj pri znovuzavedení práva stavby do slovenského právneho poriadku. K vzniku práva stavby by dochádzalo až zápisom do katastra nehnuteľnosti, pričom podobne ako v Čechách aj na Slovensku by sa mohlo vychádzať z právnej úprava zákona 44/1948 Sb. o práve stavby. Podľa tohto zákona právo stavby vznikalo až zápisom do pozemkovej knihy. Keďže sa právo stavby označovalo za „nehnuteľnú vec“, zapisovalo sa v pozemkovej knihe do osobitnej vložky zriadenej výlučne pre toto právo. V rámci tejto vložky sa vyznačili všetky údaje vzťahujúce sa na predmetné právo stavby a to hlavne jeho rozsah, trvanie ako aj bremená, ktoré na ňom vznikli.

K vzniku práva stavby by teda dochádzalo až zápisom do katastra nehnuteľnosti. Najbežnejší titul, na základe ktorého by dochádzalo k zápisu a následnému vzniku práva stavby, by predstavovala zmluva. Otázka je aký charakter, formu a obsahové náležitosti by takáto zmluva mala mať.

V prvom rade vzhľadom na skutočnosť, že právo stavby sa považuje za nehnuteľnú vec, by sa vyžadovať písomná forma zmluvy. Je na zváženie, či takáto zmluva by mala predstavovať určitý zmluvný typ resp. by bola zmluvou inominátneho charakteru. V zmluve by okrem podstatných náležitostí, ktoré sa bežne vyžadujú aj pri kúpnej zmluve, ktorej predmetom je nehnuteľnosť, by musel byť aj údaj, či sa jedná o zmluvu odplatnú resp. bezodplatnú, t.j. či právo stavby sa zriaďuje za odplatu resp. bezodplatne. V prípade odplatnosti by sa vyžadovalo uviesť výšku odplaty resp. stanoviť spôsob jej určenia. Ďalšou dôležitou skutočnosťou by malo byť určenie doby, na ktorú sa právo stavby zriaďuje. Vo viacerých európskych právnych poriadkoch býva maximálna doba ohraničená väčšinou 90timi až 100 rokmi. Ale napríklad v Nemecku nie je presne časovo stanovená a je len na zmluvných stranách, akú dobu si zvolia.

Česká právna úprava stanovuje dĺžku trvania práva stavby na 99 rokov, pričom v prípade ak by mal stavebník právo stavby vydržať, bolo by to na dobu 40 rokov. Dĺžka trvania práva stavby by však mala v prvom rade záležať od dohody strán a teda by nemal byť problém s jej predĺžením resp. skrátením.

6 ZÁVER

Je zrejmé, že právo stavby sa skôr či neskôr stane súčasťou nášho právneho poriadku. V rámci intenzívnej rekodifikačnej činnosti, ktorá sa v súčasnosti u nás uskutočňuje jasne vyplýva že počíta so znovuzavedením práva stavby. Treba si však uvedomiť, že právo stavby je len určitá časť väčšieho celku zastrešeného pod zásadou „*superficies solo cedit*“.

Právo stavby je inštitút, ktorý bude mať čo ponúknuť našej spoločnosti a to či už tým, že vyjasní majetkové vzťahy, ktoré v súčasnosti sú častokrát neprehľadné, ale taktiež otvorí dvere aj pre zahraničné subjekty a investorov, kde predmetné právo existuje a náš stav sa im zdá značne nepochopiteľný a zneisťujúci.¹⁴

Samozrejme, cesta to bude zdĺhavá a komplikovaná a bude si vyžadovať množstvo úsilia, aby nakoniec došlo k čo najmenej bolestivému a najefektívnejšiemu zavedeniu tohto inštitútu do bežnej praxe.

¹³ ust. § 1243 ods. 1 zákona č. 89/2012 Sb. Občiansky zákoník

¹⁴ LAZAR, J. Absencia inštitútu práva stavby a aktuálna potreba jeho uzákonenia

Použitá literatúra:

REBRO, K., BLAHO, P.: Rímske právo, IURA EDITION, Bratislava 2003, s. 296., ISBN 80-89047-53-X.

SKALOŠ, M. Právna úprava pozemkového vlastníctva v Československu do prijatia Občianskeho zákonníka z roku 1950, Dny práva 2011 – Days of Law 2011(online), Brno:Masarykova univerzita, 2012 ISBN 978-80-210-5917-7.

LUBY, Š.: Dejiny súkromného práva na Slovensku, IURA EDITION, Bratislava 2002, s. 53., ISBN 80-88715-80-6.

BĚLOHLÁVEK J. A., Nový občanský zákoník, Srovnání dosavadní a nové občanskoprávní úpravy včetně předpisů souvisejících, vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., Plzeň 2012, s. 225, ISBN 978-80-7380-413-8

ELIÁŠ, K., Věc jako pojem soukromého práva, Právní rozhledy 4/2007, s. 119

LAZAR, J. Absencia inštitútu práva stavby a aktuálna potreba jeho uzákonenia, Justičná revue, 58, 2006, č. 4, s. 619-625

Důvodová zpráva k novému Občanskému zákoníku
zákon č. 89/2012 Sb. Občanský zákoník
zákon č. 141/1950 Zb. Občiansky zákonník,
zákon č. 88/1947 Zb. o práve stavby

Kontaktné údaje:

JUDr. Juraj Takáč

juraj.takac@hotmail.com

Paneurópska vysoká škola, Fakulta práva

Tomášikova 20

821 02 Bratislava

Slovenská republika

HOW INVENTIVE IS INNOVATION? – THE NEED FOR PRECISELY MEASURING THE INVENTIVE STEP OF AN INVENTION

Joanna Lidia Uchańska

The Jagiellonian University, the Faculty of Law and Administration
the International Scientific Research Project 'Innovation Expert System/FSTP'

Abstract: Intellectual property rights remains one of the most important innovation-oriented institutions in modern economies which are essential for sustaining growth and economic development. Economists have investigated the relationship between the possibility of granting patent protection and the rate of innovation. The OECD regularly reports on national patent counts in its assessments of national innovation performance and it is often pointed out that the value of individual patents varies enormously. The question is if counting of patents as such is really a good indicator of innovation. The answer is: No. If so, what is the proper indicator of innovation? The inventive step is the only unique factor which translates directly into maximizing a rate of innovation because it guarantees a sufficiently large distance from the prior art. Nonetheless, the tricky question is if and how courts may measure the creativeness/inventive step objectively without any doubt to grant patents only for valuable technically advanced ones. Such support and an objective, precise and formal assessment, is provided by the Facts Screening and Transforming Processor for short which may be the solution to overcome the imprecise and difficult assessment of creativeness.

Key words: economic growth, Facts Screening and Transforming Processor, innovation, invention, inventive step, patent law

The patent system “added the fuel of interest to the fire of genius, in the discovery and production of new and useful things”¹.

1 INTRODUCTION

1.1 The role of innovation for economic growth

Theories of economic growth relate the behavior at the high and tight level of the growth of productivity through various models of the innovation process². Innovation has become a concept very much in vogue during the twentieth century³ which is essential for sustaining growth and economic development in a world that faces population increase, over-exploitation and depletion of natural resources and environmental challenges⁴. One type of innovation is the technological invention which should be deemed a commercialized invention, namely “the introduction and spread of new and improved products and processes in the economy and technological innovation to describe advances in knowledge”⁵. Subsequently, the strict frontier between innovation and an invention must be established very sharply. Whereas “an invention is an idea, a sketch or a model for a new improved device, product, process or system (...) [a]n innovation in the economic sense is accomplished only with the first commercial transaction”⁶. In other words, an invention refers to the practical implementation of the inventor’s idea – it is more than a concept, but less than the fully

¹ LINCOLN, A.: Second lecture on discoveries and inventions, February 11, 1859.

² CLANCY, MATTEW S., MOSCHINI, G.-C.: Incentives for Innovation: Patents, Prizes and Research Contracts. In: Economics Perspectives and Policy, 2013, Vol. 35, No. 2, p. 206.

³ GODIN, B.: Innovation Studies: The Invention of a Speciality. In: Minerva, 2012, Vol. 50, p. 397.

⁴ CLANCY, MATTEW S., MOSCHINI, G.-C.: Incentives for Innovation: Patents, Prizes and Research Contracts. In: Economics Perspectives and Policy, 2013, Vol. 35, No. 2, p. 206.

⁵ FREEMAN, CH.: The economics of industrial innovation. Harmondsworth: Penguin Books, 1974, p. 18.

⁶ FREEMAN, CH.: The economics of industrial innovation. Harmondsworth: Penguin Books, 1974, p. 22.

worked out product or process which is offered for sale to customers. Innovation is a clear and functional embodiment of an invention. Innovation may differ significantly from an invention due to changes necessary to turn the invention into a commercial product. To generalize, a company may be recognized as being highly innovative and progressive while showing scant originality research because it may simply copy what is done elsewhere or because of many different factors which might be taken into consideration (income, employed staff and their qualifications, implemented procedures, prizes, grants, etc.). Thus, it is impossible to identify progressiveness with inventiveness⁷. What is more very profitable innovation may be the result of introducing into the market a very ordinary invention (the distinction was indicated in the KSR vs. Teleflex case⁸ – it distinguished “real innovation” and “ordinary creativity”) which is not subject to an exclusive right under patent law, i.e. a small c-reactivity invention (or an idea not inventive enough to be patented) may be a big C-reactive innovation (because of a great commercial success or satisfying a great social need⁹).

1.2 Indicators of innovation

In the context of cumulative innovations economists have investigated the relationship between the possibility of granting patent protection and the rate of innovation. The total number of inventions, actual patents which are granted for inventions per capita, is often used as an indicator for innovation. Because of this the process of creating innovation very often works as follows: 1) an inventor (or a group of specialized researchers) creates an invention based on an inspiration; 2) then some executives decide to select that invention for development and to apply for a patent (but this is not mandatory) 3) and after that teams of experts develop the invention into a workable product and introduce it into the market. For some economist the last phase does not state for the use of technological inventions in productions, but it means the commercialization of technological inventions, for either consumers, or firms¹⁰.

Intellectual property rights remains one of the most important innovation-oriented institutions in modern economies. However, quantities such as patent counts or the number of researchers are only a relatively poor indicator for innovation. While the OECD regularly reports on national patent counts in its assessments of national innovation performance¹¹, it is often pointed out that the value of individual patents varies enormously. The question is posed if straightforward counts of patents as such are a good indicator of innovation. The answer is: no. Real attempts to answer this and evaluating patents more precisely and comprehensively was made by counting patent citations, patent renewals and by looking at the distribution of patents within an economy rather than the total number of patents itself. However, the creativeness/the inventive step of an invention can intuitively be seen to be an indicator of innovation of at least the same importance.

2 INVENTIONS AND INNOVATIONS - PRECISELY MEASURING THE INVENTIVE STEP OF AN INVENTION

2.1 The definition of an invention

According to the provisions of Article 52 paragraph 1 of the European Patent Convention (hereinafter referred to as EPC)¹², European patents shall be granted for any invention, in any field of technology, provided that they are new, are non-obvious, and are susceptible to industrial

⁷ CARTER, C.F., Williams, B.R.: Industry and technical progress: Factors governing the speed of application of science. London: Oxford University Press, 1957, p. 108.

⁸ KSR Int'l Co. v. Teleflex Inc., 550 U.S. 398 (2007), 127 S. Ct. 1727; 82 U.S.P.Q.2d 1385.

⁹ For example the patent on “Repositionable pressure-sensitive adhesive sheet material”, US 5194299 A, the inventor: Arthur L. Fry; available on the date of 1.10.2013 at: <http://worldwide.espacenet.com/publicationDetails/biblio?CC=US&NR=5194299A&KC=A&FT=D>.

¹⁰ FREEMAN, CH.: The economics of industrial innovation. Harmondsworth: Penguin Books, 1974.

¹¹ OECD: Government and technical innovation. Paris: OECD 1966; OECD: Gaps in technology: Comparisons between members countries in education, R&D, technological innovation. Paris: International Economic Exchanges, p. 1970.

¹² European Patent Convention of the 15th October, 1973, Munich; an updated jubilee 15th edition of the European Patent Convention (EPC) was published in October 2013; PDF version available at [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/00E0CD7FD461C0D5C1257C060050C376/\\$File/EPC_15th_edition_2013.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/00E0CD7FD461C0D5C1257C060050C376/$File/EPC_15th_edition_2013.pdf)

application. According to legal requirements an invention could be patented when a solution applied for by a patent application has been successfully checked for the following invention itself, it is understood as a technical solution which unravels a technical problem. Hence, it must come from a technique. Consequently, no discoveries or natural phenomena, nor natural scientific and scientific rules can be patented because they do not solve a technical problem (regarding Article 52 paragraph 1 of the EPC). What is more, it has to be checked that an invention is not excluded by provisions as non-patentable. It is expressed in Article 53 of the EPC that the following inventions cannot be patented and must be left in the public domain for the following cases:

- ✓ the commercial exploitation of such an invention would be contrary to "public order" or morality;
- ✓ plant or animal varieties or essentially biological processes for the production of plants or animals; this provision shall not apply to microbiological processes or the products thereof;
- ✓ methods for the treatment of the human or animal body by surgery or therapy, and diagnostic methods practiced on the human or animal body.

In the following, novelty, non-obviousness, industrial applicability may be assessed. Then some formal requirements are to be verified - proper disclosure and clarity of the claims and their support in the description, and unity of invention. Regarding Article 83 of the EPC, a European patent application shall disclose the invention in a manner sufficiently clear and complete for it to be carried out by a person skilled in the art. The claims shall define the matter for which protection is sought. They shall be clear and concise and be supported by the description. "An essential purpose of patent examination is to fashion claims that are precise, clear, correct, and unambiguous. Only in this way can uncertainties of claim scope be removed, as much as possible, during the administrative process". (In re Zletz case)¹³.

2.2 The relation between invention and innovation

The patent system, being a complementary tool of competition law¹⁴ was established as a remedy for market deficiencies and as a mechanism for stimulating innovation¹⁵. Competition law is not sufficient to encourage innovation or to bring products to the market. The rules of the patent system are an antidote to the unwillingness to create inventions which, regarding to Article 27 paragraph 1 of the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (hereinafter referred to as TRIPS Agreement)¹⁶, can be protected if they are new, non-obvious and industrially applicable.

The patent protection meets its goal of stimulating innovation although nowadays the development of all technical branches is more advanced and faster than at any time, there is still a need to further stimulate innovation strongly and simultaneously to compensate for huge amounts of money and/or time and/or scientific capabilities utilized by innovators and other authorized entities¹⁷. The reason is to ensure the protection of innovation on a high level. Nevertheless, several commentators noticed that nowadays there are patents which are technically invalid, worthless or very nearly worthless and burdensome for the patent system¹⁸. It was also argued that the substantive standards of patentability are too low or it is too easy to get a patent on trivial and non-

¹³ In Re Alex Zletz, 893 F.2d 319 (Fed. Cir. 1990).

¹⁴ MIAŠIK, D.: Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej. Warsaw, 2012, p. 325.

¹⁵ CZEPRACKA, K.: Intellectual property and the limits of antitrust. A comparative study of US and EU approaches. Cheltenham, 2009, p. 36.

¹⁶ Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994; Journal of Laws. L 336 from 23.12.1994, p. 305.

¹⁷ DUTFIELD, G.: Intellectual Property Rights and the Life Science Industries. Past, Present and Future. Hackensack/London, 2009, pp.193-194.

¹⁸ Federal Trade Commission, A Report: To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy. October 2003, p. 38; KITCH, E.W.: Property Rights in Inventions, Writings, and Marks. The Harvard Journal of Law & Public Policy, 1990/13(119), pp. 122-123; THOMAS, JOHN R.: The Responsibility of the Rulemaker: Comparative Approaches to Patent Administration Reform. In: Berkeley Technology Law Journal, 2002, No. 17, pp. 727-734.

original ideas¹⁹. Patents which are granted wrongly should be acceptable no longer. The key issue is to ask why and for what a patent application is examined. The question is aimed at the axiology of patent protection and the basic principles of the patent system. In general, the answer, which is derived from legal, economic and social requirements, demands from the patent system to grant the protection (a monopoly, an exclusive right) of inventions which deserve to be protected. Hence, "patent law begins any inquiry by testing the invention for whether it is worthy of patent protection"²⁰.

2.3 Invention and functions of the patent system (commercial and non-commercial)

It has to be assumed in the very beginning that the patent system provides an encouragement to transform inventions into innovation and then focuses on bringing the invention to the stage of commercialization²¹. The justification of the need for patent protection can be divided into ethical and economic grounds²². F. Machlup has presented four theories of establishing and maintaining patent protection: (1st) the natural-law theory, (2nd) the reward-by-monopoly theory (both are based on ethical aspects), (3rd) the monopoly profit-incentive theory²³, and (4th) the exchange-for-secrets theory²⁴ (both have an economic background²⁵). They are also other theories, namely: (5th) the investment theory²⁶, (6th) the concept of a competitive research²⁷; patent protection is also characterized as (7th) a factor of transforming inventions in the phase of innovation and (8th) a facility for the exclusive operation of the newly discovered "technical resource"²⁸, (9th) a tool for technological progress, (10th) a useful instrument for other policies (health and environmental protection, etc.), (11th) a stimulus for foreign investment and technology transfer²⁹, (12th) and a local and national strategy for research and development (R&D). These

¹⁹ BESSEN, J. MEURER, MICHAEL J., *Patent Failure: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk*. Princeton University Press, 2008, pp. 162-163; JAFFE, B. *Patent Reform: No Time Like the Present*. The Journal of Law and Policy for the Information Society, 2008, 4 I/S/, p. 59.

²⁰ COTROPIA, CHRISTOPHER A. What is the "invention"? In: *William and Mary Law Review*, May 2012, Vol. 53 Issue 6, pp. 1855-1914.

²¹ CHEGE, KAMAU E. A.: *Hard Patent System: An Impediment to Technological (Economic) Development in Less Developed Countries. The Role of the European Union in Spurring Development in African, Caribbean and Pacific Countries*. Baden – Baden 2004, p. 51.

²² In the prism of the economic theory it is noticed that it incorporated the important distinction between invention and innovation. FREEMAN, CH.: *The economics of industrial innovation*. Harmondsworth: Penguin Books, 1974, p. 22.

²³ CLANCY, MATTEW S., MOSCHINI, G.-C.: *Incentives for Innovation: Patents, Prizes and Research Contracts*. In: *Economics Perspectives and Policy*, 2013, Vol. 35, No. 2, pp. 208, 211.

²⁴ MACHLUP, F.: *An Economic Review of the Patent System*. In: *Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary United States Senate*. 85th Congress, 2nd Session. S. Res. 236. Study No. 15. Washington 1958, p. 21; MACHLUP, F.: *Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts*. In: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, 1961, No. 1, p. 373; MACHLUP, F.: *Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts*, In: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, 1961, No. 2, p. 524; SKUBISZ, R.: *Uzasadnienie systemu ochrony własności przemysłowej*. In: *Prawo własności przemysłowej*, SKUBISZ R. (ed.), System Prawa Prywatnego, Vol. 14a, Warsaw, 2012, p. 86; BEIER, F.-K.: *Die herkömmlichen Patentrechtstheorien und sozialistische Konzeption des Erfinderrecht*. In: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, 1970, No. 1, p. 1; BEIER, F.-K.: *Wettbewerbsfreiheit und Patentschutz zur geschichtlichen Entwicklung des deutschen Patentrechts*. In: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1978, No. 3, p. 123; BEIER, F.-K. STRAUS, J.: *Das Patentwesen und seine Informationsfunktion, - gestern und heute*. In: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1978, p. 282.

²⁵ DU VALL, M.: *Prawo patentowe*. Warsaw 2008, pp. 129 – 134.

²⁶ POLLAUD – DULIAN, F.: *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, p. 5; DREYFUS, N., THOMAS, B.: *Marques dessins et modèles, stratégie de protection, de défense et de valorisation*. Delmas 2002, p. 11.

²⁷ CALAME, T.: *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*. Vol. IV, Bâle 2006, p. 8.

²⁸ KITCH, E.W.: *The Nature and Function of Patent System*. In: *Journal of Law and Economics*, 1977, 20, p. 268.

²⁹ CLANCY, MATTEW S., MOSCHINI, G.-C.: *Incentives for Innovation: Patents, Prizes and Research Contracts*. In: *Economics Perspectives and Policy*, 2013, Vol. 35, No. 2, p. 211; GALLINI,

theories and grounds show why patent protection is useful and necessary. They also underline for which reasons the patent system was established and what kind of goals it shall achieve. Hence, patents granted in opposition to one of the before-mentioned grounds (1st-12th) and to the axiology of patent law are granted unrightfully. That is why because “the justification of claims on the binding force of any rules should also take into consideration, to a greater or lesser degree, the correcting factor and the axiological aspect, namely the relationship between the specific rule and a particular set of values”³⁰.

2.4 Boundaries & links between innovation and inventions – mutual and different aims

Patent law does not only support the making of inventions and then protects them by securing exclusive rights for them. It also provides an instrument for stimulating competitors to devise substitutes for something which is protected by a patent. Admittedly, competitors cannot economically use the protected invention without being accused of infringement, but it is possible to compete with the use of goods or services which may be substitutes of the patented invention. In general, patent law has to encourage the involvement of all members of society in intellectual activities leading to the improvement of the living conditions of human beings.

2.5 Inventive step and its material impact of measuring the rate of innovation

The rate of innovation is increased by properly taking care about the inventive step. Hence, an inventive step (if examined sufficiently and if it is proved that an invention is non-obvious: the higher, the better) is a unique patentability standard that maximizes the rate of innovation because it guarantees a sufficiently large distance from the prior art. Non-obviousness is examined to prevent the granting of a patent monopoly for solutions that could be used only on the basis of already available knowledge, without involving the state of art by skilled people. Otherwise, inventions will simply provide a monopoly to a single private entity, and then the balance between public and private interest will be destroyed. Additionally, nothing what involves and/or supplies the state of art would be able to bring to the market, and then the development of mankind, the scientific and technological progress in particular (Bilski vs. Kappos case³¹), would be stopped. It would lead to the conclusion that the patent system does not work properly and does not meet the main goal - a remedy for market deficiencies and a mechanism for stimulating innovation. That is why only inventions of sufficient importance for the development of mankind and for the society have been protected since the first US Patent Act (1790). The non-obviousness condition was introduced in 1851 by the US Supreme Court³². Then, the non-obviousness was implemented in many countries in the 19th and 20th century (Germany – Erfindungshöhe; UK – non-obvious subject matter)³³.

However, as it was mentioned above that innovation is a commercialized invention and the patent system rewards innovation only indirectly, through granting patents for inventions. Therefore, some theorists have argued that this is a fundamental flaw of patents which were originally thought for rewarding innovation directly. In their view, the patent system has strayed from this original function which is no longer effective. Accordingly, they propose a new patent regime that would provide a direct protection of innovation by awarding innovators with exclusive rights to market newly introduced products where the “commercial success” will be one of the patent requirements³⁴. This standpoint cannot be accepted at all. Commercial success – one of the secondary

N.: Deterrence by Market Scharing: A Strategic Incentive for Licensing. In: American economic Review, 1984, 74 (5), pp. 931-941.

³⁰ WRONKOWSKA, S.: Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemińskiego. Warsaw 2007, p. 93.

³¹ In re Bernard L. Bilski and Rand A., 545 F.3d 943, 88 U.S.P.Q.2d 1385.

³² Julia P. Hotchkiss, Executrix of John G. Hotchkiss, Deceased, John A. Davenport, and John W. Quincy, Plaintiffs in Error v. Miles Greenwood and Thomas Wood, Partners in Trade Under the Name of M. Greenwood & Co., 13 L. Ed. 683; 1850 U.S. Lexis1507; 11 HOW 248. As it was stated by F.-K. Beier: “The so-called patentability requirement was invented by the Americans, in particular of the U.S. Supreme Court in the famous case Hotchkiss v. Greenwood in 1850”. BEIER, F.-K.: The Inventive Step in Its Historical Development. In: 17 International Law Review. Industrial Property & Copyright Law (IIC), 1986, pp. 301, 304.

³³ MILLER, J.S.: Nonobviousness – The Ultimate Condition of Patentability. Washington 1980, s. 4.

³⁴ Commercial success was sometimes one of the most important secondary requirement in the CAFC's decisions. See, e.g. Goodyear Tire & Rubber Co. v. Ray-O-Vac Co., 321 U.S. 275, 279 (1944); Potts v. Creager, 155 U.S. 597, 609 (1895).

considerations outlined in the Graham case opinion – partially transforms the patentability doctrine into an instrument that rewards innovation rather than invention. Nevertheless, empirical studies point out that commercial success can result from a number of factors. The patent system should require a level of invention that ensures that all patents will disclose a significant technical advance. When properly applied, the law then weeds out obvious extensions of what was already known in a technical discipline. Only inventions whose disclosure reveals a significant technical advance should warrant a patent. Only in this way, the requirement of the inventive step carries out the patent system's dual function of the exchange-for-secrets. Additionally, if a patent for an insignificant technical advance is mistakenly granted or upheld, society may suffer substantial costs because a technique that may belong to the public is converted into private property. Moreover, not all inventions will be directly commercially implemented and bring profits and income. In addition there are inventions whose production and commercial introduction into the market will be unprofitable because some inventions do not have a direct impact on economic development, e.g. when their production is important for public health or environment conservation. From a general standpoint, the patent system has one constitutionally mandated goal: to promote the progress of science and useful arts. Subsequently, society obtains the benefits of both an innovation (an invention which is perfected and ready for sale) and an invention which is "just" a significant technical advance.

Undisputedly, despite the above-mentioned doubts, the final, most important and ultimate patent condition – the inventive step – plays a significant role in deciding if an invention is patentable itself³⁵. Consequently, its proper assessment may be the only guarantee for an optimized and balanced measuring of innovation. So, to generalize, each assessment of innovation starts with the assessment of patentability. However, the patent system must reward true invention, by looking beyond successful innovation for the presence of a significant technical advance. Namely, patents have additional relevant economic effects that indirectly influence the incentive to innovate³⁶. Hence, it is also completely incomprehensible why in Europe patents of business methods are excluded. For example, the U.S. biotechnology sector has been enjoying far more certainty about eligibility for patent protection since the Chakrabarty decision in 1980 than the same sector in Europe and Japan, and only in the U.S. there occurred a remarkable growth in the number of small- and medium-sized biotechnology companies and a drastic increase in the number of new medical devices brought to market³⁷. Ergo, the restriction on the patentability of financial and business methods may constrain the commercialization of new technologies and lead to a loss of economic efficiency that could be provided if new business methods were commercialized more rapidly and broadly.

Nonetheless, the tricky question is if and how courts may measure the creativeness/inventive step objectively without any doubt to grant patents only for valuable technically advanced ones. However, recently some legal scholars have argued that patent standards should be influenced by a balancing of costs and benefits on the one hand, on the other hand many patent practitioners and academics reckon that relatively stable patentability criteria and equal treatment of all patentable technologies are essential and absolutely necessary. What is more, the reason for unrightfully granting patents arises especially from the complexity of the examination of a patent application and of the assessment of some legal requirements, in particular the inventive step. In several US and German precedents it was noticed that the hitherto conducted examination of the inventive step needs to be supported and then improved. Such support and an objective, precise and formal assessment, is provided by the Facts Screening and Transforming Processor (FSTP for short) which may be the solution to overcome the imprecise and difficult assessment of creativeness. But not only the mentioned advantages may be provided by the FSTP Expert System, there are many others which support the patent system and the assessment of eligibility criteria of patenting.

2.6 Why sometimes big C-creative invention are small c-creative innovation and vice versa?

As it was mentioned sometimes there are inventions which are very creative/inventive, however, they have not been introduced into the market and vice versa. This is often caused by the

³⁵ DUFFY, JOHN F.: *Inventing Invention: A Case Study of Legal Innovation*. In: *Texas Law Review*, November 2007. Vol. 86. No. 1, p. 2.

³⁶ CLANCY, MATTEW S., MOSCHINI, G.-C.: *Incentives for Innovation: Patents, Prizes and Research Contracts*. In: *Economics Perspectives and Policy*, 2013, Vol. 35, No. 2, p. 211.

³⁷ HALL, BRONWYN H., Harhoff, D.: *Recent Research on the Economics of Patents*. In: *Annual Review of Economic*, 2012, 4, pp. 541-565.

fact that selling highly innovative products may encounter massive reservations because of the high degree of innovation they embody. In order to avoid such negative impacts on marketing highly innovative products it may be essential to accelerate the creation of trust in them, namely that they are actually superior to the pertinent prior art products. Consequently, there is a need to find an assistant which may be introduced as an invention's/patent's marketing tool by encouraging its potential users to learn about its innovative facts. It may protect big C-reative inventions from small c-reative which provide only small additional commercial success or none of it. Sometimes it is also so that very profitable innovation may be the result of introducing into the market a very ordinary invention (the distinction was indicated in the KSR vs. Teleflex case – "real innovation" and "ordinary creativity") which is not subject to an exclusive right under patent law, i.e. a small c-reativity invention (or an idea not inventive enough to be patented) may be a big C-reative innovation (because of a great commercial success or satisfying a great social need)³⁸.

2.7 FSTP – an objective tool of measuring how creative the invention is:

Every method of assessing the non-obviousness³⁹ may be used only by a human being who makes mistakes. Moreover, each method is time-consuming because it is used by a man whose intellectual capacity is limited and may result in making even further mistakes. Any method of the assessment is always made in natural, informal language because it is made not by a machine but by a man, who uses such a language in everyday activity. Because of all these reasons, the risk of granting an unauthorized patent is material. The rarer and the more complicated the field of technology, the greater the unavoidable risk of granting patents incorrectly. For example in Europe the difference in interpretation of non-obviousness is huge between countries, i.e. an English court held a claim directed to a stent coated with taxol invalid for lack of inventiveness, while a Dutch court held the same claim valid (the Angiotech cases). That "also illustrates the difficulty in applying the standard uniformly and consistently"⁴⁰.

Taking into consideration the above-mentioned issues, subsequently, it has to be analyzed which kind of theoretical and legal propositions were made on how to guarantee a better assessment of non-obviousness than these which currently exist. The courts expressed their opinion on the fulfillment of the non-obviousness requirements. The supreme courts of Germany and the United States have issued judgments in which they seem to seek to identify a specific "unit of measurement" of non-obviousness, so that the method of the verification of non-obviousness can be more standardized and objective. The German Federal Court of Justice (BGH) in its judgment of 2008 (case *Gegenstandsträger*⁴¹) decided that a solution is non-obvious if the inventor makes more than one independent thought (*Gedankenschritt*), starting from the prior art to find a solution of the problem. In addition, the court also used the term "number of mental steps of thought", here, put together with mathematical rigor as the "number of independent thoughts". It means that during an indication and assessment of non-obviousness a meaningful patent and/or claim shall be interpreted on the basis of absolutely clear terms and/or notions. Simultaneously, the US Supreme Court (USSC) indicated in its judgment of 2007 (case *KSR vs. Teleflex*)⁴² that the assessment of non-

³⁸ DUFFY, JOHN F.: *Inventing Invention: A Case Study of Legal Innovation*. In: *Texas Law Review*, November 2007. Vol. 86. No. 1, p. 11.

³⁹ For example: (1st) Finding a definition of the term "person skilled in art", (2nd) problem - and - solution approach, (3rd) TSM test, (4th) Graham Factors, (5th) 'the effect test'. References: Guidelines for Examination in the European Patent Office (status: 20 June 2012), Part G, Chapter VII-3; *Winner International Royalty Corporation, Plaintiff-Appellee, v. WANG, Defendant-Appellant*. 98-1553 decided, 202 F.3d 1340 (Fed. Cir. 2000); *William T. Graham, et al. v. John Deere Co. of Kansas City, et al., together with No. 37, Calmar, Inc. v. Cook Chemical Co., and No. 43, Colgate-Palmolive Co. v. Cook Chemical Co.*, also on certiorari to the same court, 383 U.S. 1, 86 S.Ct. 684, 15 L.Ed.2d 545, 148 U.S.P.Q. 459; DU VALL, M.: *Wynalazek*. In: Skubisz R.(ed.), *The Industrial Property Law*. Warsaw 2012, pp. 329-330.

⁴⁰ KUNIN, STEPHEN G., SIGNORE PHILIPPE J.C.: *A Comparative Analysis of the Inventive Step Standard in the European and Japanese Patent Offices from a US Perspective*. In: *IP Litigator*, Jan/Feb 2008, Vol. 14 Issue 1, pp 15-23.

⁴¹ *Urteil von BGH v. 22.04.2008, Az.: X ZR 84/06, JurionRS 2008, 15311.*

⁴² KUNIN, STEPHEN G., SIGNORE PHILIPPE J.C.: *A Comparative Analysis of the Inventive Step Standard in the European and Japanese Patent Offices from a US Perspective*. In: *IP Litigator*, Jan/Feb 2008, Vol. 14 Issue 1, pp 15-23.

obviousness necessarily involves the verification of the amount of “creativity” in the examined solution. As the US Supreme Court has ruled “the analysis needs not seek out precise teachings directed to the specific subject matter of the challenged claim, for a court can take account of the inferences and creative steps that a person of ordinary skill in the art would employ”. (case KSR vs. Teleflex). The USSC asked in its 2005 KSR decision explicitly for checking a patent for its (non)obviousness, for the amount of “creativity” it embodies, as a person of ordinary skill is also a person of ordinary creativity, not an automaton.

In the light of the German and USSC decisions it is possible to investigate how to improve in practice the assessment of non-obviousness to make it more objective and standardized, and consequently evaluate the amount of “creativity”. Hence, here the aim is to present one of the tools which meets all the court decisions’ requirements and guarantees a proper assessment of non-obviousness. Namely, it is the Facts-Screening-and-Transforming-Processor, the FSTP. It is a technology which shall currently and primarily support patent professionals (patent offices, patent applicants and their competitors, patent attorneys, courts etc.) in analyzing patents by means of advanced IT. The FSTP Analysis seems to be indispensable for precisely determining facts, not only of modern technologies, or of sophisticated patents, but also of every kind of patent, as to their indication of the patent’s non-obviousness over prior art. It helps to reduce the risk of a subjective, inaccurate and uncertain result of the examination of non-obviousness by semi-automatically translating selected parts of the patent application according to the non-obviousness

The FSTP Analysis assists its user in an almost objective and equal assessment of non-obviousness by transforming the natural language of a patent application into a formal and precise one. The FSTP Analysis is a method of conducting an analysis of technical teaching of the TT.p and its patent claims over at least one prior art document (the technical teaching of the TT.0 which stands for the technical teaching of any document from the given set of documents representing the closest prior art). The formal elements, attributes/-summands and concepts are derived from the informal wording of the TT.p (which means the technical teaching of the patent applications) and form the lexicon for the FSTP analysis.

An FSTP-element is an important characteristic aspect of an invention drawn from the claims. Then, the user selects FSTP-attributes relevant for each FSTP-element which describe the elements’ features. The attributes must be relevant which means they are disclosed by at least one prior art document and are also independent of all other attributes. At last a third kind of items is chosen – namely the FSTP concept. Concepts are detailed, refined and precise statements about the attributes.

The FSTP-analysis is made on two levels. Firstly, the user compares the invention in question with the closest prior art documents by verifying whether the concepts chosen from the TT.0 are true, false or have no value for the particular TT.i’s. At this stage of the FSTP analysis only the literary wording of the concepts and attributes is taken into account. On the second level of the FSTP examination the user repeats the verification however, on the ground on a broader context and specialist knowledge, taken i.a. from the patent description.

In the end, it is also possible to establish via the FSTP analysis the “creative height” which is the minimal number of independent thoughts to be dedicated to create the innovation when starting from the prior art which was known before the invention was disclosed. The creative height shows how the invention is creative (smart) over prior art. It is essential to mention that these steps made by the user of the FSTP Test are similar to the formal ‘mental steps’ required to be done by the inventor of the invention as required by above-mentioned precedents.

One of the most important features of the FSTP Analysis is that any query for any item in this information is replied to automatically and instantly by this method by displaying this piece of information and all its interrelations to other items to the user. The FSTP analysis which is applied via the FSTP Expert System is within the period of time which is tolerable in a fluent real-life, i.e. within at most 5 seconds. So it is a great help for a huge patent backlog in patent offices. For example in the US Patent and Trademark Office in February 2011, the backlog consisted of 718,857 unexamined applications⁴³, because inter alia the examination of patents application is time-consuming. Hence, the support to accelerate the examination is highly necessary.

⁴³ BOESHORE, SETH E., STAHL, LAWRENECE A.: Accelerating the Acquisition of an Enforceable Patent: Bypassing the PTO’s Backlog. In: Intellectual Property & Technology Law Journal, 2011, Vol. 23, Issue 8, p. 1.

Additionally, the FSTP method is applied semi-automatically by a computer program using precise and formal language. The examination which is made “by hand” is usually full of errors and probably incomplete because describing precisely or listing prior art facts and facts contained in the patent application is almost impossible. The FSTP Expert System (which is still only available as a prototype, not yet as a full software application), which a semi-automatical system, performs the determination correctly and completely because it is able to make complicated, deep and detailed (enriched by a huge amount of additional, required information) analysis.

3 FINAL REMARKS

To conclude, it shall be presented which benefits can possibly be gained by conducting a worldwide objective and equal examination of non-obviousness. The profits of precise assessing of non-obviousness could improve the effectiveness of the patent system. The elimination of some problems of the assessment of the non-obviousness with a high probability will reduce the risk of granting unlawful patents with a low quality. The quality could be defined as “the capacity of a granted patent to meet the statutory standards of patentability— most importantly, to cover inventions which are novel, non-obvious, and clearly and sufficiently described”⁴⁴.

The above-mentioned FSTP method meets the requirements given by the above-mentioned court decisions and provides the solution for an objective assessment of non-obviousness. Benefits will be even greater when the method will be used by each interested party all over the world: patent’s applicants/inventors and patent offices/courts, and third parties (especially competitors).

Consequently, the focus of the new test of examining non-obviousness will be on arguments connected with the importance of an accurate and precise assessment of this requirement. It is important for applicant and their competitors, patent offices, courts to answer the question how creative an invention is and/or whether it is patentable. The proper, objective and precise assessment of non-obviousness guarantees some profits for different entities:

Beneficiary	Benefits
Patent offices and courts	Shortening the time needed for the assessment of non-obviousness. The FSTP Expert System is able to reply to any query for information referring to this PTR’s FSTP analysis within the period of time which is tolerable in a fluent real-life conversation. It is able to derive from the PTR all technical facts for determining the ‘creativity height’ of the TT.p over RS ⁴⁵ .
Patents offices and courts	In the light of the patent backlog, accelerating patent procedures and guaranteeing that the assessment will be accurate and precise.
Every party and authority	Guaranteeing the precise and objective assessment of the similar inventions and potentially reduces the risk of the invalidation of a patent.
Applicants	Helping in communication with the examination division of a patent office, especially regarding the replies to written opinions. Helping applicant to find the proper way of the clarification, for example by examining the invention in the light of documents identified by the examiner
Applicants and third parties (competitors)	Helping in checking the patentability of

⁴⁴ SEYMOREM SEAN B.: The Presumption of Patentability. In. Minnesota Law Review” 2012, Vol. 97 Issue 3, p. 990-1046.

⁴⁵ RAMAKRISHNA, SH.: Cognitive System for Knowledge Representation of Elementary Pragmatics. <http://ceur-ws.org/Vol-874/paper2.pdf>; SCHINDLER, S. Facts Screening and Transforming Processor, EP 2441033 A1, text from WO2012022612A1, Espacenet.

	inventions before applying a patent. This may protect from wasting time and/or a money-consuming procedure, and the FSTP will give the answer very quickly.
Applicants and third parties (competitors):	Helping in improving the innovation to meet patent requirements and/or developing already granted patents to apply for subsidiary protection.
Third parties (competitors)	Helping in protecting against the infringing of someone's patent.

There are inventions which are very creative/inventive, however, they have not been introduced into the market and vice versa. *Ergo*, selling highly innovative products may encounter massive reservations because of the high degree of innovation they embody. Therefore, there is a need for avoiding negative impacts on marketing made by highly innovative products. It seems that the solution consist in accelerating of the creation of trust in highly innovative products. The FSTP Expert System may be introduced as an invention's/patent's marketing tool by encouraging its potential users to learn about its innovative facts. Moreover, FSTP Analysis may protect big C-reative inventions from small c-reative which provide only small additional commercial success or none of it, and vice versa.

Bibliography:

- BEIER, F.-K.: Die herkömmlichen Patentrechtstheorien und sozialistische Konzeption des Erfinderrecht. In: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil, 1970, No. 1.
- BEIER, F.-K.: Wettbewerbsfreiheit und Patentschutz zur geschichtlichen Entwicklung des deutschen Patentrechts. In: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1978, No. 3.
- BEIER, F.-K. STRAUS, J.: Das Patentwesen und seine Informationsfunktion, - gestern und heute. In: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1978.
- BEIER, F.-K.: The Inventive Step in Its Historical Development. In: 17 International Law Review. Industrial Property & Copyright Law (IIC), 1986.
- BESSEN, J. MEURER, MICHAEL J., Patent Failure: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk. Princeton University Press, 2008, pp. 162-163; JAFFE, B. Patent Reform: No Time Like the Present. The Journal of Law and Policy for the Information Society, 2008, 4 I/S/.
- BOESHORE, SETH E., STAHL, LAWRENECE A.: Accelerating the Acquisition of an Enforceable Patent: Bypassing the PTO's Backlog. In: Intellectual Property & Technology Law Journal, 2011, Vol. 23, Issue 8.
- CALAME, T.: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. Vol. IV, Bâle 2006.
- CARTER, C.F., Williams, B.R.: Industry and technical progress: Factors governing the speed of application of science. London: Oxford University Press, 1957.
- CHEGE, KAMAU E. A.: Hard Patent System: An Impediment to Technological (Economic) Development in Less Developed Countries. The Role of the European Union in Spurring Development in African, Caribbean and Pacific Countries. Baden – Baden 2004.
- CLANCY, MATTEW S., MOSCHINI, G.-C.: Incentives for Innovation: Patents, Prizes and Research Contracts. In: Economics Perspectives and Policy, 2013, Vol. 35, No. 2.
- COTROPIA, CHRIRTOPHER A. What is the "invention"? In: Willam and Mary Law Review, May 2012, Vol. 53 Issue 6, pp. 1855-1914.
- CZEPRACKA, K.: Intellectual property and the limits of antitrust. A comparative study of US and EU approaches. Cheltenham, 2009.
- DREYFUS, N., THOMAS, B.: Marques dessins et modèles, stratégie de protection, de défense et de valorization. Delmas 2002.
- DUFFY, JOHN F.: Inventing Invention: A Case Study of Legal Innovation. In: Texas Law Review, November 2007. Vol. 86. No. 1.
- DUTFIELD, G.: Intellectual Property Rights and the Life Science Industries. Past, Present and Future. Hackensack/London, 2009.
- Federal. Trade Commission, A Report: To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy. October 2003.
- FREEMAN, CH.: The economics of industrial innovation. Harmondsworth: Penguin Books, 1974.

- GALLINI, N.: Deterrence by Market Scharing: A Strategic Incentive for Licensing. In: American economic Review, 1984, 74 (5), pp. 931-941.
- GODIN, B.: Innovation Studies: The Invention of a Speciality. In: Minerva, 2012, Vol. 50.
- Guidelines for Examination in the European Patent Office (status: 20 June 2012), Part G, Chapter VII-3.
- HALL, BRONWYN H., Harhoff, D.: Recent Research on the Economics of Patents. In: Annual Review of Economic, 2012, 4, pp. 541-565.
- KITCH, E.W.: The Nature and Function of Patent System. In: Journal of Law and Economics, 1977, 20.
- KITCH, E.W.: Property Rights in Inventions, Writings, and Marks. The Harvard Journal of Law & Public Policy, 1990/13(119).
- KUNIN, STEPHEN G., SIGNORE PHILIPPE J.C.: A Comparative Analysis of the Inventive Step Standard in the European and Japanese Patent Offices from a US Perspective. In: IP Litigator, Jan/Feb 2008, Vol. 14 Issue 1, pp 15-23.
- LINCOLN, A.: Second lecture on discoveries and inventions, February 11, 1859.
- MACHLUP, F.: An Economic Review of the Patent System. In: Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary United States Senate. 85th Congress, 2nd Session. S. Res. 236. Study No. 15. Washington 1958.
- MACHLUP, F.: Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts. In: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil, 1961, No. 1, 2.
- MIĄSIK, D.: Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej. Warsaw, 2012.
- MILLER, J.S.: Nonobviousness – The Ultimate Condition of Patentability. Washington 1980.
- OECD: Government and technical innovation. Paris: OECD 1966; OECD: Gaps in technology: Comparisons between members countries in education, R&D, technological innovation. Paris: International Economic Exchanges, p. 1970.
- POLLAUD – DULIAN, F.: Droit de la propriété industrielle, Montchestien, 1999.
- RAMAKRISHNA, SH.: Cognitive System for Knowledge Representation of Elementary Pragmatics. <http://ceur-ws.org/Vol-874/paper2.pdf>.
- THOMAS, JOHN R.: The Responsibility of the Rulemaker: Comparative Approaches to Patent Administration Reform. In: Berkeley Technology Law Journal, 2002, No. 17, pp. 727-734.
- SCHINDLER, S. Facts Screening and Transforming Processor, EP 2441033 A1, text from WO2012022612A1, Espacenet.
- SEYMORE SEAN B.: The Presumption of Patentability. In. Minnesota Law Review” 2012, Vol. 97 Issue 3, p. 990-1046.
- SKUBISZ, R.: Uzasadnienie systemu ochrony własności przemysłowej. In: Prawo własności przemysłowej, SKUBISZ R. (ed.), System Prawa Prywatnego, Vol. 14a, Warsaw, 2012.
- DU VALL, M.: Prawo patentowe. Warsaw 2008.
- DU VALL, M.: Wynalazek. In: Skubisz R.(ed.), The Industrial Property Law. Warsaw 2012.
- WRONKOWSKA, S.: Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemiańskiego. Warsaw 2007.
- Rullings:
- In Re Alex Zletz, 893 F.2d 319 (Fed. Cir. 1990).
- In re Bernard L. Bilski and Rand A., 545 F.3d 943, 88 U.S.P.Q.2d 1385.
- Julia P. Hotchkiss, Executrix of John G. Hotchkiss, Deceased, John A. Davenport, and John W. Quincy, Plaintiffs in Error v. Miles Greenwood and Thomas Wood, Partners in Trade Under the Name of M. Greenwood & Co., 13 L. Ed. 683; 1850 U.S. Lexis1507; 11 HOW 248.
- Goodyear Tire & Rubber Co. v. Ray-O-Vac Co., 321 U.S. 275, 279 (1944); Potts v. Creager, 155 U.S. 597, 609 (1895).
- KSR Int'l Co. v. Teleflex Inc., 550 U.S. 398 (2007), 127 S. Ct. 1727; 82 U.S.P.Q.2d 1385.
- Urteil von BGH v. 22.04.2008, Az.: X ZR 84/06, JurionRS 2008, 15311.
- William T. Graham, et al. v. John Deere Co. of Kansas City, et al., together with No. 37, Calmar, Inc. v. Cook Chemical Co., and No. 43, Colgate-Palmolive Co. v. Cook Chemical Co., also on certiorari to the same court, 383 U.S. 1, 86 S.Ct. 684, 15 L.Ed.2d 545, 148 U.S.P.Q. 459.
- Winner International Royalty Corporation, Plaintiff-Appellee, V.WANG, Defendant-Appellant. 98-1553 decided, 202 F.3d 1340 (Fed. Cir. 2000).

Contact information:

Joanna Uchańska
joanna.uchanska@uj.edu.pl
Jagiellonian University in Cracow
ul. Gołębia 24
31-007 Kraków
Poland