



MASARYKOVA UNIVERZITA  
PRÁVNICKÁ FAKULTA

# DNY PRÁVA 2015

## DAYS OF LAW 2015

Část VIII.  
Systémové otázky soukromého práva

ACTA UNIVERSITATIS BRUNENSIS

---

IURIDICA

vol. 552

SPISY PRÁVNICKÉ FAKULTY  
MASARYKOVY UNIVERZITY

---

řada teoretická  
svazek č. 552

# **DNY PRÁVA 2015 – DAYS OF LAW 2015**

## **Část VIII.**

### **Systémové otázky soukromého práva**

Eds.:

Jan Hurdík

Eva Dobrovolná

Jiří Valdhans

Masarykova univerzita

Brno 2016

Recenzenti:

JUDr. Eva Dobrovolná, Ph.D., LL.M.,

JUDr. Věra Hanáková,

Mgr. Michal Králík, Ph.D.

© 2016 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-8199-4

---

# Obsah

<b>The Concession of Public Property in Romanian Law: Public Law and Private Law Relations</b> .....	9
<i>Sevastian Cercei, Mădălin-Savu Ticu</i>	
<b>Procesní legitimace</b> .....	19
<i>Petr Coufalík</i>	
<b>Inštitucionálne novoty v návrhu nového Občianskeho zákonníka</b> .....	37
<i>Anton Dulak</i>	
<b>K systematike a ďalším otázkam právnej úpravy zmluvného záväzkového práva v návrhu nového slovenského Občianskeho zákonníka</b> .....	50
<i>Denisa Dulaková Jakúbeková</i>	
<b>Failed Reform Elements in the New Romanian Code of Civil Procedure</b> .....	58
<i>Daniel Ghita</i>	
<b>Vývoj a obsah sociální politiky EU a její vliv na podobu české úpravy pracovněprávních vztahů</b> .....	77
<i>Zdeňka Gregorová, Jaroslav Stránský</i>	
<b>Neplatnost pro nedostatek formy v komparativním pohledu</b> .....	92
<i>Michal Janoušek, Lukáš Hadamčík</i>	
<b>Niektoré aspekty ochrany osobných údajov v rámci elektronického obchodovania</b> .....	105
<i>Diana Treščáková – Regina Hučková</i>	
<b>Changes in the Contractual Position under the new Hungarian Civil Code</b> .....	119
<i>Ágnes Juhász</i>	
<b>Prolínání civilních a trestních předpisů v reakci na činy jinak trestné páchané dětmi mladšími 15 let</b> .....	140
<i>Katarína Kandová</i>	

<b>Toughts about the Regulation of Matrimonial Property Rights in EU and in Hungary .....</b>	<b>157</b>
<i>Kriston Edit</i>	
<b>Postavení manžela povinného v exekučním řízení po 1. 7. 2015.....</b>	<b>164</b>
<i>Jan Kubizňák</i>	
<b>Vplyv európskeho súkromného práva na súkromné právo národných právnych poriadkov členských štátov Európskej únie .....</b>	<b>180</b>
<i>Marek Maslák</i>	
<b>Promlčení práv na odčinění způsobené újmy při zásahu do osobnostních a přirozených práv.....</b>	<b>197</b>
<i>Martina Mušálková</i>	
<b>Odškodňování pracovních úrazů a nemocí z povolání ve světle nového nařízení vlády č. 276/2015 Sb. ....</b>	<b>209</b>
<i>Ondřej Pavelek</i>	
<b>Kontroverzní judikatura Ústavního soudu ve vztahu k pozemkům označovaným jako veřejné prostranství a k bezdůvodnému obohacení.....</b>	<b>219</b>
<i>Jiří Porkert</i>	
<b>Inner and Outer Challenges of the Hungarian Delictual Liability System in Terms of Highly Dangerous Activities.....</b>	<b>227</b>
<i>Réka Pusztahelyi</i>	
<b>Overview of the System of the European Union Legal Framework in the Field of Copyright Law .....</b>	<b>244</b>
<i>Edit Sági</i>	
<b>Modalities made use of in order to extinguish obligations, as they are ruled by the Romanian Civil Code .....</b>	<b>261</b>
<i>Ștefan Scurtu</i>	
<b>Úvaha o súkromnom práve pre súčasnosť' .....</b>	<b>293</b>
<i>Jozef Štefanek</i>	

**The Right to Privacy in Romania.**

**Modernization, Uniformity, Socio-political Implications.....311**

*Voinea Relu Eduard*

**Verejné a súkromné právo v súčasnosti .....322**

*Tomáš Zverka*





---

# The Concession of Public Property in Romanian Law: Public Law and Private Law Relations

*Sebastian Cercel, Mădălin-Savu Ticu*

## **Abstract in original language**

În dreptul român concesionarea bunurilor proprietate publică este o formă contractuală de exercitare a dreptului de proprietate publică.

Contractul de concesiune este un contract administrativ, cu un conținut specific, care cuprinde două părți. Partea reglementară a contractului de concesiune cuprinde clauze obligatorii, indiferent dacă sunt sau nu incluse expres în contract. Partea propriu-zis contractuală cuprinde clauze stabilite de părți prin acordul lor.

Regulile de drept comun din materia contractelor civile sunt aplicabile numai părții propriu-zis contractuale, iar nu contractului administrativ ca întreg, aspect specific din care decurg mai multe consecințe juridice.

## **Keywords in original language**

drept de proprietate publică; contract de concesiune; drept de concesiune; concedent; concesionar.

## **Abstract**

In Romanian law, the concession of public property is a contractual form of exercising the right to public property.

The concession contract is an administrative contract with a specific content, consisting of two parts. The provisions of the concession contract contain binding terms, whether or not expressly included in the contract. The contract as such contains clauses set out by the mutual agreement of the parties.

The general rules of civil contracts are applicable only to the contractual part, not to the administrative contract as a whole, a specific issue giving rise to several legal consequences.

## **Key words**

Right to Public Property; Concession Contract; Concession Right; Concession Grantor; Concessionaire.

## 1 Introductory issues

The new Romanian Civil Code stipulates in art. 552: “property is public or private” and deals with public property in Title VI of Book III, art. -875. With regard to the legal rules applicable to the two forms of property, art. 554(2) of the Civil Code provides: “If not otherwise provided by law, the provisions applicable to the right to private property *shall be applicable to the right to public property*, but only to the extent that they are compatible with the latter” (our emphasis - *C. S.*)

Pursuant to art. 858 of the Civil Code, public property is the right of ownership which belongs to the state or an administrative-territorial unit over goods which, by their very nature or by law, are of public use or interest, on condition that they are acquired in one of the ways provided by law.

The holders of the right to public property, the state and administrative-territorial units<sup>1</sup>, have this status as subjects of public law, vested with authority. On the other hand, the state and administrative-territorial units are also legal entities<sup>2</sup>, i.e. subjects of civil law, and the right to property is a civil law institution. In this context, the legal regime of the right to public property is a synthesis of elements of public law and private law, and its exercise is not possible only through legal acts and actions under private law. The competent authorities for organizing the exercise of the right to public property are expressly provided by law.

The holders of the right to public property may exercise this right directly or indirectly, by establishing specific real rights in favour of third persons or by leasing the goods making the object of public property.

The ways of exercising the right to public property indirectly are provided in art. 136(4) of the Constitution of Romania, as well as art. 861(3) of the Civil Code: “Under the law, public property can be transferred for management or use and may be granted or leased”. Consequently, the real rights corresponding to public property are expressly and strictly provided by law: the management right, the concession right and the right to free use.

---

<sup>1</sup> MURARU, I.; TĂNĂSESCU, E.S. *Constituția României. Comentariu pe articole*. București: C. H. Beck, 2008, 1507 p., p. 1295. ISBN 978-973-115-419-0.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 1301.

We will present below the concession right acquired through the concession contract covering public property.

## 2 Concession of public property – notion and regulations

The concession of public property is a contractual form of exercising the right to public property, unlike the transfer of property for management or use that is achieved through individual administrative acts.

At present, the regulatory framework in this field in Romania is the Government Emergency Ordinance no. 54/2006 on the regime of public property concession contracts, published in the Official Gazette no. 569 of 30 June 2006, which was approved with amendments by Law no. 22/2007. Methodological rules were developed for the enforcement of this law, rules later adopted by the Government Decision no. 168/2007.

If the concession of public goods is not carried out independently or directly, but with the concession of works or public works, the applicable normative act will be the Government Emergency Ordinance no. 34/2006 on the award of public procurement contracts, works concession contracts and services concession contracts.

Therefore we currently must distinguish between the legal regime of the concession of public property, on the one hand, and that of public works concession contracts and public services concession contracts<sup>3</sup>. The two normative acts aim to ensure business, administrative and legal operations regarding concessions in a competitive, transparent and non-discriminatory framework specific to the European Union.

In turn, the Romanian Civil Code, under art. 871-873, contains dispositions as principles consecrated to the content, exercise and protection of the concession right. For matters concerning the concession procedure, the conclusion, performance and termination of the concession contract, they are referred to in the special law.

The public property concession contract is the contract concluded in writing whereby a public authority, called the *grantor* (in Romanian *concedent*),

---

<sup>3</sup> BÎRSAN, Corneliu. *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*. București: Hamangiu, 2013, 484 p., p. 188. ISBN 978-606-522-923-5.

transfers, for a determined period, to a person called *cessionnaire* (in Romanian *concesionar*), operating at his risk and on his responsibility, the right and obligation to exploit a public property item in return for royalties<sup>4</sup>.

Under this contract, the cessionnaire acquires a principal real right<sup>5</sup>: *the concession right*<sup>6</sup>.

The *grantors*<sup>7</sup> may be, on behalf of the state, county, town or village, first, the ministries or other specialized bodies of central public administration, for the public property of the state. The county councils, local councils, the General Council of Bucharest or local public institutions have this capacity for the public property of the county, town or village.

On the other hand, any natural or legal person, either Romanian or foreign, can have *the quality of cessionnaire*<sup>8</sup>.

Case law has established that a contract of concession of a public property building is an *administrative contract*, in the sense of the Law on administrative dispute, since it is a contract concluded by a public authority with the object of highlighting the value of public property<sup>9</sup>.

The concession contract contains two parts: the regulatory part and the contractual part.

The *regulatory part* consists of the dispositions on specifications and the legal provisions which stipulate: the right of the grantor to control the cessionnaire with regard to the performance of the contract, the right of the grantor to unilaterally change the contract in order to adapt the concession to the needs and requirements of general interest, the right of the grantor to unilaterally terminate the contract if national or local interest so requires, the clause on the duration of the concession.

<sup>4</sup> VEDINAȘ, Virginia. *Drept administrativ, Ediția a VII-a, revăzută și actualizată*. București: Universal Juridic, 2012, 566 p., p. 254. ISBN 978-973-127-726-4; Bîrsan, Corneliu. op. cit., p. 189.

<sup>5</sup> STOICA, Valeriu. *Drept civil. Drepturile reale principale*. Ediția a 2-a, București: C. H. Beck, 2013, 542 p., p. 217. ISBN 978-606-18-0200-5.

<sup>6</sup> CHELARU, Eugen. *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea NCC*- Ediția a 4-a, București: C. H. Beck, 2013, 506 p., p. 116. ISBN 978-606-18-0164-0.

<sup>7</sup> VEDINAȘ, Virginia. op.cit., p. 255.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 258.

<sup>9</sup> The High Court of Cassation and Justice, Commercial Section, Decision no. 640/2010.

The rights of the grantor, namely the right of control and the right to unilaterally change the contract, are incompatible with the legal regime of contracts in the general legal framework. These rights seem highly excessive under civil law, but they are arguments in favour of the concession contract as an administrative contract.

The actual *contractual part* of the concession contract consists of financial clauses, clauses providing for the possibility of extending the duration of the concession, clauses on the sharing of environmental responsibilities between the grantor and the concessionaire, clauses for the termination of the contract other than those expressly provided by law. The rules of the general regulatory framework in matters relating to civil contracts, governed by the Romanian Civil Code, are applicable only to this contractual part of the concession contract.

The concession contract has an *intuitu personae*<sup>10</sup> character, for it can be concluded only with the person who was announced the winner of the award procedure. Moreover, the concessionaire is not allowed, as a rule, to subgrant the object of the concession.

The concession contract is a solemn contract, with a content pre-established by law and must be concluded in writing, *ad validitatem*. It is also a synallagmatic, onerous<sup>11</sup>, commutative contract with successive performance and constituting real rights.

### 3 Award and object of the concession

The concession initiative must be based on a **study of opportunity**, which should include such items as:

- a) description and identification of the property to be granted;
- b) economic, financial, social and environmental grounds justifying the concession;
- c) minimum level of the royalties;
- d) expected duration of the concession. Based on the opportunity study, the grantor draws up the concession specifications.

---

<sup>10</sup> BAIAS, Fl. A.; CHELARU, E.; CONSTANTINOVICI, R.; MACOVEI, I. at al. *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*. Ediția a 2-a, București: C. H. Beck, 2014, 2917 p., p. 901. ISBN 978-606-18-0414-6.

<sup>11</sup> BÎRSAN, Corneliu. op.cit., p. 189.

The concession of public property is approved by the decision of the Government, the local council or county council as appropriate.

The selection of tenderers and the conclusion of the concession contract is based on several principles: transparency, equal treatment, proportionality, non-discrimination, fair competition<sup>12</sup>.

The procedures for the award of property concession are the tender and direct negotiation<sup>13</sup>. A tender is the procedure whereby any interested party is entitled to submit an offer. The grantor has the obligation to award the concession contract, usually by a tender procedure.

Direct negotiation is the procedure whereby the grantor negotiates contractual terms, including royalties, with one or more participants in the procedure for awarding the concession contract. This procedure may be used only if, after the tender was organized twice, at least three valid offers have not been submitted.

As a rule, public property is allocated to public services. In those circumstances, they will be granted with the services. Basically, the following may be granted independently: public property land, beaches, quays, free areas (in Romania there are currently six of such areas), goods that may make the object of energetic concessions, some agricultural goods and some constructed buildings.

#### **4 The concession right and its protection**

The concession right is a real right “corresponding to public property”(art. 866 of the Civil Code). It is enforceable *erga omnes*, including the grantor. The administrative nature of the concession contract does not remove the enforceability of rights to which it gives rise toward one of the parties. The principle of relativity of contract effects (*res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest*) and the principle of the binding force of the contract (*pacta sunt servanda*), generally applicable to civil contracts, are also applicable in this matter.

---

<sup>12</sup> CHELARU, Eugen. op.cit., p. 118.

<sup>13</sup> STOICA, Valeriu. op.cit., p. 215.

Starting from the Civil Code provisions on the content and exercise of the concession right, the concessionaire has the right and, at the same time, the obligation “to exploit the property” (art. 871 of the Civil Code).

The concessionaire may perform “any material or legal acts necessary to ensure the exploitation of property”. However, under the sanction of absolute nullity, the concessionaire cannot alienate or burden the property granted or, where appropriate, the goods intended for or resulting from the fulfilment of the concession, which must, by law or under the articles of association, be transferred to the grantor upon termination, for any reason, of the concession.

The fruits and, within the limits provided by law and under the articles of association, the products of the property granted belong to the concessionaire.

Consequently, the concessionaire possesses and can materially dispose of the property granted, but he cannot, as a matter of principle, legally dispose of it. The use of the property (*usus* and *fructus*) should be completed as provided by law and under the concession contract.

The legal defence of the concession right lies with the concessionaire. He can exercise the *confessory action* based on the concession right. The concession right is proved with the concession contract.

The concessionaire can use *possessory actions* to protect the material possession of the property granted.

The concessionaire may defend his right against the abusive acts of the grantor. In this situation he will use the administrative means and will resort to the *administrative dispute procedure*, not the civil law means. It is true that the law gives the grantor the right to unilaterally change certain contractual clauses or even unilaterally terminate the contract, but this right is not discretionary<sup>14</sup>. Such measures may be taken only if local or national interests require<sup>15</sup>.

The concession right is a *temporary right*. The concession contract is concluded in accordance with the Romanian law, regardless of the nationality

---

<sup>14</sup> CHELARU, Eugen. op.cit., p. 121.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 121.



or citizenship of the concessionaire, for a term which shall not exceed 49 years from the date of signing. Duration is determined by the grantor of the concession based on the opportunity study. The concession contract may be extended for a period equal to no more than half of its original length, by the mere mutual agreement of the parties.

## **5 Termination of the concession and its legal effects**

First, the termination of the concession contract can take place upon expiry of the duration set out in the contract, unless the parties have established its extension.

Secondly, the concession ceases when national or local interest so requires, by unilateral termination by the grantor. This situation requires payment of fair and prior compensation incumbent on the grantor. In case of disagreement on the amount of compensation, the concessionaire may refer to the court.

Thirdly, the concession terminates if the concessionaire fails to perform contractual obligations, through cancellation by the grantor, and payment of compensation incumbent on the concessionaire.

Fourthly, the concession terminates if the grantor fails to perform contractual obligations, through cancellation by the concessionaire, and payment of compensation incumbent on the grantor.

Finally, the concession ceases upon disappearance, in case of force majeure, of the property granted or in case of objective impossibility of the concessionaire to exploit it, by waiving, without payment of compensation.

Upon termination of contract, the concessionaire has the obligation to restitute in full ownership, free of any charge, the property granted. The goods resulting from investments of the concessionaire also belong to the grantor.

The goods of the concessionaire, used during the concession, remain his property.

## **6 Conclusions**

In Romanian law the concession of public property is a contractual form of exercising the right to public property.

The concession contract is an administrative contract<sup>16</sup> with a specific content, consisting of two parts. The provisions of the concession contract contain binding terms, whether or not expressly included in the contract. The contract as such contains clauses set out by the mutual agreement of the parties.

The general rules of civil contracts are applicable only to the contractual part, not to the administrative contract as a whole.

The legal content of the concession right includes attributes specific to real rights provided by the Civil Code.

In relations with third parties, the concessionaire can use the civil legal means to protect his rights: the confessory action based on the concession right or the possessory action.

In relations with public authorities, as grantor, the concessionaire will, as a matter of principle, use administrative legal means and the administrative dispute procedure to protect his concession rights. He can also invoke the concession contract which is, like any agreement, *binding* on the parties, not optional. In this contractual framework, he may practically use all civil legal means provided by law for the performance of contracts, to the extent that they are compatible with the public interest in question.

In this context, the legal regime of the concession right is a synthesis of elements of public law and private law and its exercise is not possible only through legal acts and actions under private law.

Between the concession contract parties, the grantor and the concessionaire, there arise legal relations under public law and private law.

The rights recognized to the grantor, namely the right of control and the right to unilaterally change the contract are excessive rights under civil law. But they have the purpose of keeping public property as the concession object within the area of declared public interest.

## Literature

STOICA, Valeriu. *Drept civil. Drepturile reale principale*. Ediția a 2-a, București: C. H. Beck, 2013, 542 p., pp. 213-218. ISBN 978-606-18-0200-5.

---

<sup>16</sup> Valeriu Stoica, op.cit., p. 214

- BÎRSAN, Corneliu. *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*. București: Hamangiu, 2013, 484 p., p. 187–192. ISBN 978-606-522-923-5.
- CHELARU, Eugen. *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea NCC*. Ediția a 4-a, București: C. H. Beck, 2013, 506 p., p. 115–125.. ISBN 978-606-18-0164-0.
- DOGARU, Ion; CERCEL, Sevastian. *Drept civil. Teoria generală a drepturilor reale*. București: All Beck, 2003, 372 p., p. 96–100. ISBN 973-655-305-1.
- VEDINAȘ, Verginia. *Drept administrativ, Ediția a VII-a, revăzută și actualizată*. București: Universal Juridic, 2012, 566 p., p. 251–259. ISBN 978-973-127-726-4.
- AVRAM, Iulian. *Contractele de concesiune*. București: Rosetti, 2003, 236 p., p. 201-210. ISBN 973-8378-37-0.
- BAIAS, Fl. A.; CHELARU, E.; CONSTANTINOVICI, R.; Macovei, I. at al. *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*. Ediția a 2-a, București: C. H. Beck, 2014, 2917 p., p. 963-966. ISBN 978-606-18-0414-6.
- MURARU, I.; TĂNĂSESCU, E.S. *Constituția României. Comentariu pe articole*. București: C. H. Beck, 2008, 1507 p., p. 1291–1313. ISBN 978-973-115-419-0.
- URS, I.R.; ISPAS, P.-E. *Drept civil. Teoria drepturilor reale*. Ediția a 2-a, Hamangiu, 2015, p. 347–353.

# Procesní legitimace

*Petr Confalík<sup>1</sup>*

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

## **Abstract in original language**

Procesní legitimace je v českém prostředí nepříliš známým institutem procesního práva. Procesní legitimace řeší soudní řízení, v nichž vystupuje jiná osoba než nositel subjektivního soukromého práva či povinnosti a o této osobě to není ani tvrzeno. Jako typický příklad se uvádí poddlužnická žaloba, nicméně zákon předvídá i další situace. V příspěvku bude reflektována právní úprava žaloby oprávněné osoby podle § 18 odst. 1 zákona o majetkovém vypořádání s církvemi a náboženskými společnostmi.

## **Keywords in original language**

Civilní proces; procesní legitimace; účastníci řízení; zákon o majetkovém vypořádání s církvemi a náboženskými společnostmi.

## **Abstract**

The procedural legitimacy is a not very known institute of the civil procedure in the Czech legal community. The procedural legitimacy deals with court processes, in which appears other person than rightholder or a liable person of private legal relationship. Like a typical example, there are given actions against debtor's debtor, but the law recognizes also other legal situations. In the paper, there is described action of a competent person according to an article 18 paragraph 2 the law on property settlement with churches and religious communities.

## **Keywords**

Civil Procedure; Procedural Legitimacy; Participants of Civil Proceedings.

---

<sup>1</sup> Autor je doktorandem na Katedře občanského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity a zároveň asistentem soudce Nejvyššího soudu. Tento příspěvek byl vytvořen v rámci mezikatedrového projektu „Evropské soukromé právo v čase a prostoru“.

## 1 Úvodem

V roce 2012 byl po více jak 20 letech po pádu socialismu přijat zákon o majetkovém vyrovnání s církvemi<sup>2</sup>, čímž se vyřešil dlouhodobě neutěšený stav označený Ústavním soudem v jeho nálezu ze dne 1. 7. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 9/07, dokonce jako protiústavní nečinnost Parlamentu. Tato nečinnost měla spočívat v nepřijetí zvláštního právního předpisu, kterým by byl vypořádán historický majetek registrovaných církví a náboženských společností. Ústavní soud poukázal na legitimní očekávání církví a náboženských společností spojené s existencí tzv. blokačních paragrafů<sup>3</sup>, které měly zaručit, že původní majetek církví a náboženských společností bude chráněn do přijetí příslušného restitučního předpisu. Účelem zákona o majetkovém vyrovnání s církvemi bylo odškodnění některých majetkových křivd vzniklých v minulosti, jakož i ekonomická soběstačnost církví a náboženských společností. Na základě zákona o majetkovém vyrovnání s církvemi mohly do 1. ledna 2014 uplatnit církve a náboženské společnosti, případně jimi zřízené právnické osoby,<sup>4</sup> u státu či dalších povinných osob<sup>5</sup> nárok na vydání věcí na základě skutečností vedoucích k majetkovým křivdám.<sup>6</sup> K vydání majetku může podle zákona dojít za předpokladu, že vlastníkem či správcem požadovaného majetku je stát, takže v zásadě se oprávněné osoby nemohou domáhat vydání majetku po fyzických a právnických osobách včetně obcí a krajů. Výjimku z tohoto pravidla tvoří situace, kdy oprávněným osobám zabavený majetek byl v rozporu s blokačními paragrafy, tedy neplatně, převeden státem na třetí osoby. V takových případech zákon o majetkovém vyrovnání s církvemi předpokládá, že nejdříve dojde k určení vlastnického práva státu a až následně bude odňatý majetek navrácen oprávněným osobám. Toto pojetí ovšem skrývá to riziko, že pokud by se měl domáhat vlastnického práva státu vždy jen stát samotný, nemusel by být z nejrůznějších důvodů k podání určovací žaloby motivován.

<sup>2</sup> Zákon č. 428/2012 Sb., o majetkovém vyrovnání s církvemi a náboženskými společnostmi, ve znění nálezu Ústavního soudu č. 177/2013 Sb. (dále též „ZMVC“).

<sup>3</sup> Ustanovení § 3 odst. 1 zákona č. 92/1991 Sb., o podmínkách převodu majetku státu na jiné osoby, a § 29 zákona č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku.

<sup>4</sup> Úplný výčet oprávněných osob je uveden v § 3 ZMVC.

<sup>5</sup> Úplný výčet povinných osob je uveden v § 4 ZMVC.

<sup>6</sup> Úplný výčet skutečností vedoucích k majetkovým křivdám je uveden v § 5 ZMVC.

Na to upozorňuje i Václav Valeš, podle něhož aktivně legitimovány k podání určovací žaloby by to prvním místě teoreticky mohly být smluvní strany smlouvy, kterou došlo k porušení blokačních paragrafů, ale z praktického hlediska těmto smluvním stranám chyběla motivace určovací žalobu podat, protože obě strany měly z právního jednání prospěch. Dále podle § 42 zákona o státním zastupitelství<sup>7</sup> mohlo podat žalobu na neplatnost smlouvy o převodu vlastnictví v případech, kdy při jejím uzavírání nebyla respektována ustanovení omezující volnost jejich účastníků, také místně příslušné státní zastupitelství. Problematický se však podle Valeše jeví zákonem použitý termín „může“, což otevřelo velký prostor pro uvážení, zda se má státní zastupitelství v dané věci angažovat. Naopak ačkoliv na vyslovení neplatnosti měla zájem církevní právnická osoba, judikatura Nejvyššího soudu takové žaloby odmítla pro nedostatek naléhavého právního zájmu, jak vyplývá např. z rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 26. června 2002, sp. zn. 20 Cdo 1866/2000.<sup>8</sup>

Na tuto situaci reaguje § 18 odst. 1 ZMVC, podle něhož oprávněná osoba může podat soudu žalobu o určení vlastnického práva státu z důvodu, že věc z původního majetku registrovaných církví a náboženských společností byla přede dnem nabytí účinnosti zákona o majetkovém vyrovnání s církvemi převedena nebo přešla z majetku státu do vlastnictví jiných osob v rozporu s § 3 zákona č. 92/1991 Sb., o podmínkách převodu majetku státu na jiné osoby, nebo v rozporu s § 29 zákona o půdě č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění účinném do dne nabytí účinnosti tohoto zákona. Důvodová zpráva k tomuto ustanovení uvádí, že toto ustanovení zakládá registrovaným církvím a náboženským společnostem oprávnění podat žalobu v případě, kdy původní církevní majetek byl státem převeden nebo ze státu přešel v rozporu s blokačními paragrafy. Má se jednat o nutný a logický důsledek neplatného zřízení.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Zákon č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>8</sup> VALEŠ, Václav. § 18 Závěrečná ustanovení. In: KRÍŽ, Jakub; VALEŠ, Václav. *Zákon o majetkovém vyrovnání s církvemi a náboženskými společnostmi: komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, xviii, 387 s., s. 290n, marg. č. 1 a 2. ISBN 978-80-7400-472-8. Obdobně JÄGER, Petr. § 18 Závěrečná ustanovení. In: JÄGER, Petr; CHOCHOLÁČ, Aleš. *Zákon o majetkovém vyrovnání s církvemi a náboženskými společnostmi: komentář*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2015, xxxii, 284 s., s. 184, marg. č. 4. ISBN 978-80-7478-871-0.

<sup>9</sup> Sněmovní tisk 580/0. *Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky* [online]. Poslanecká sněmovna, 6. volební období, 2010-2013. Vydáno dne 19. 1. 2012. [cit. 26. 11. 2015]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=82286>.

V této souvislosti se ovšem z pohledu procesního práva naskýtá zajímavá teoretická otázka, jak kvalifikovat postavení oprávněné osoby v případném soudním řízení. Základním problémem je, zdali může osoba podat žalobu na určení vlastnického práva, aniž by se přitom dovolávala svých vlastních práv. Tato otázka přitom souvisí s problematikou vymezení účastníků civilního sporného řízení.

## 2 Vymezení účastníků civilního sporného řízení

V civilním sporném řízení se pro vymezení účastníků řízení historicky nejprve uplatňovalo tzv. materiální pojetí účastenství vycházející ze Savignyho pojetí procesního práva jako metamorfózy hmotného práva. Podle klasického hmotněprávního pojetí účastníků sporného řízení je žalujícím ten, kdo je ze soudem požadovaného nároku hmotněprávně oprávněný, a žalovaným je ten, který je ze soudem požadovaného nároku povinný. Žalobce a žalovaný tudíž jsou ti, kteří jsou zúčastněni na sporném hmotněprávním vztahu.<sup>10</sup> Z materiálního pojetí účastenství vycházel ve svém původním znění německý ZPO,<sup>11</sup> přičemž čelním zastáncem tohoto pojetí byl Adolf Wach.<sup>12</sup> Materiální teorie byla ovšem podrobena až zdrcující kritice. Jörg Beinert uvádí, že tato teorie v ryzím pojetí vede k závěru, že by se mohlo vést řízení bez stran. Ukáže-li se totiž žaloba jako nedůvodná nebo negativní určovací žaloba jako důvodná, chyběl by mezi stranami hmotněprávní vztah, takže strany sporu by nemohly být jejich subjekty. Materiální teorie účastenství na tuto kritiku reagovala tak, že pro přijetí hmotněprávního pojetí stran následně nečinila nezbytným, aby stranami mohly být pouze subjekty existujícího právního vztahu, neboť postavení strany je založeno již tvrzením, že mezi stranami existuje právní vztah. Hmotněprávní pojetí účastenství se ovšem podle Beinerta jeví z jiných důvodů nedostatečným. Ne vždy, když je tvrzen hmotněprávní vztah, je dán nárok žalobce vůči žalovanému. Dále se ohledně tvrzeného hmotného práva nemusejí vždy soudit jen účastníci hmotněprávního

<sup>10</sup> SCHREIBER, Klaus. Die Prozessführungsbefugnis im Zivilprozess. *JURA – Juristische Ausbildung*. Berlin: De Gruyter. 2010, roč. 32, č. 10, s. 750-753. ISSN 0170-1452, DOI 10.1515/JURA.2010.750. Obdobně DRÁPAL, L. § 90 [První definice účastníků]. In: BUREŠ; DRÁPAL. 2009, op. cit., s. 584.

<sup>11</sup> BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren*. 1. vyd. Berlín: Springer-Verlag, 1963, xix, 785 s., s. 41, marg. č. 2. Bez ISBN.

<sup>12</sup> WACH, Adolf. *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Band I*. 1. vyd. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885. 690 s., s. 518 an. Bez ISBN.

vztahu, nýbrž se mohou soudit i třetí osoby.<sup>13</sup> Obdobně A. Blomeyer uvádí, že hmotněprávní pojetí je neudržitelné kvůli tomu, že v majetkových sporech může být někdo ze zákona stranou sporu a dosáhnout věcného rozsudku, aniž by tvrdil, že je subjektem sporného právního vztahu.<sup>14</sup>

Výše uvedené nedostatky materiálního pojetí účastenství civilního sporného řízení daly vzniknout formální teorii účastenství, která postupem času natolik převládla, že se dnes o správnosti tohoto pojetí již ani příliš nepochybuje,<sup>15</sup> naopak například Petr Lavický zdůrazňuje, že se jedná v současnosti o jediný myslitelný přístup.<sup>16</sup> Uplatňuje se tak koncepce nezávislosti účastenství v civilním procesu na hmotněprávním účastenství v právním vztahu, který je předmětem řízení, neboť hmotněprávní účastenství je v procesu otázkou věcné legitimace, nikoli otázkou účasti ve sporu samém. A proto se zdůrazňuje, že pojem účastenství je třeba chápat v přesně vymezeném formálním slova smyslu.<sup>17</sup>

Například Ljubomír Drápal uvádí, že podle § 90 OSŘ<sup>18</sup> jsou účastníky civilního sporného řízení žalobce a žalovaný. Žalobce je ten, kdo podal u soudu žalobu a vyjádřil v ní vůli vystupovat jako žalující strana ve sporu, a to bez ohledu na (ne)vůli této osoby, neboť rozhodujícím hlediskem je jen žalobcova vůle projevená v žalobě. Žalovaným je naopak ten, koho žalobce v žalobě označil za žalovanou stranu ve sporu. Vymezení účastníků řízení se tak zakládá čistě procesním způsobem, neboť závisí výlučně na údajích obsažených v žalobě. Okolnost, zda žalobce nebo jím označený žalovaný jsou nositeli práv a povinností, o něž v řízení jde, je při vymezení okruhu účastníků zcela nerozhodná.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> BEINERT, Jörg. *Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht*. 1. vyd. Basel: Helbing and Lichtenhahn, 1963, xii, 141 s., s. 3. Bez ISBN.

<sup>14</sup> BLOMEYER, 1963, op. cit., s. 41, marg. č. 3.

<sup>15</sup> Například Renáta Šínová a Marek Juráš přijímají formální vymezení účastenství v civilním sporném řízení jako daný fakt, o němž nikterak nepochybují (ŠÍNOVÁ, Renáta; JURÁŠ, Marek. *Účastenství v civilním soudním řízení*. 1. vyd. Praha: Leges, 2015, 256 s., s. 36–52. ISBN 978-80-87576-78-6).

<sup>16</sup> LAVICKÝ, Petr. *Civilní proces III. Řízení nesporné: Zákon o zvláštních řízeních soudních, zákon o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob (řízení ve věcech veřejného rejstříku)*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2015, xxxi, 979 s., s. 28, marg. č. 4. ISBN 9788074788697.

<sup>17</sup> WINTEROVÁ, Alena. Část třetí – Subjekty civilního procesu, Oddíl C – Účastníci řízení. In: WINTEROVÁ, Alena; MACKOVÁ, Alena et al. *Civilní právo procesní: Část první: řízení nalézací*. 8. vyd. Praha: Leges, 2015, 624 s., s. 129. ISBN 978-80-7502-076-5.

<sup>18</sup> Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>19</sup> DRÁPAL, L. § 90 [První definice účastníků]. In: BUREŠ, Jaroslav; DRÁPAL, Ljubomír et al. *Občanský soudní řád I, II. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, 1600 s., s. 584. ISBN 978-80-7400-107-9.



Obdobně účastníky sporného řízení vymezuje František Ištváněk, podle něhož v souladu se zásadou dispoziční je žalobce „pánem sporu“ v tom smyslu, že vymezuje nejen předmět řízení, ale i jeho účastníky. Žalobcem je pak ten, kdo podal žalobu, a žalovaným je ten, proti komu žaloba směřuje.<sup>20</sup> S tím se ztotožňuje i Petr Lavický, který k uvedenému dodává, že soud do tohoto okruhu osob nesmí, krom procesního nástupnictví při ztrátě způsobilosti být účastníkem řízení, nijak zasahovat, neboť vymezení okruhu účastníků řízení je věcí žalobce.<sup>21</sup>

Vydeme-li z výše uvedených názorů právní vědy, není pochyb o tom, že účastenství civilního sporného řízení je postaveno na ryze formálním vymezení. Formálnost účastenství vyplývá z obsahu žaloby, v níž žalobce vymezuje účastníky civilního sporného řízení a jejímž prostřednictvím se žalobce domáhá soudní ochrany. Pro vymezení účastenství se naproti tomu nevyžaduje tvrzení o tom, že žalobci přináleží tvrzené subjektivní právo a žalovaným tvrzená subjektivní povinnost, neboť takové pojetí sklouzává k materiálnímu vymezení účastníků řízení.

Z formálního vymezení účastenství vyplývá, že ve své podstatě může žalovat kdokoliv kohokoliv, aniž by přitom hrálo jakoukoliv roli, zda se žalobce domáhá přiznání tvrzeného subjektivního práva své osobě či někomu jinému. To povětšinou potvrzuje i procesualistika. Například podle L. Drápala k podání žaloby je procesně legitimován každý, kdo u soudu učiní podání, z něhož vyplývá požadavek, aby jeho záležitost byla projednána a rozhodnuta soudem. Procesní legitimaci k žalobě má nejen každá fyzická nebo právnická osoba nebo stát, ale i ten, kdo nemá způsobilost být účastníkem řízení a sám nemůže vystupovat v právních vztazích; nejsou-li ovšem v řízení zahájeném na návrh splněny všechny podmínky řízení, řízení nemůže proběhnout a soud je zastaví.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> IŠTVÁNEK, F. § 90. In: DAVID, Ludvík et al. *Občanský soudní řád: komentář*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2009, 2056 s. ISBN 978-807-3574-604. Dostupné v ASPI [Právní informační systém], Wolters Kluwer ČR [cit. 13. 11. 2015]. Obdobně ŠÍNOVÁ; JURÁŠ. 2015, op. cit., s. 44nn.; DVORÁK, Bohumil. *Právní moc civilních soudních rozhodnutí: procesní studie*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2008, xvi, 187 s., s. 143, marg. č. 266. ISBN 9788074000959; SPÁČIL, Jiří. *Sporné otázky procesního nástupnictví. Právní praxe*. Praha: Ministerstvo spravedlnosti České republiky. 1995, roč. 43, č. 7, s. 402. ISSN 1211-0825.

<sup>21</sup> LAVICKÝ. 2015, op. cit., s. 28, marg. č. 4.

<sup>22</sup> DRÁPAL, L. § 90 [První definice účastníků]. In: BUREŠ; DRÁPAL. 2009, op. cit., s. 584.

K uvedenému je ovšem vhodné dodat, že takhle široce pojaté žalobní právo není všude přijímáno pozitivně, například podle většiny německých procesualistů je vnímáno jako nedostatek formálního pojetí účastenství řízení. V Německu se v této souvislosti uplatňuje koncepce práva či oprávnění vést řízení (*Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis*). Například Stephan Weth k formálnímu pojetí účastenství uvádí, že umožňuje založení procesněprávního vztahu mezi osobami, které nemají vůči sobě žádný vztah založený hmotným právem. To ale vede k nebezpečí, že někdo začne svévolně prosazovat cizí záležitosti, čímž by se připustily tzv. *actio popularis*. Tomu je třeba zamezit prostřednictvím institutu oprávnění vést řízení (*Prozessführungsbefugnis* či *Prozessführungsrecht*).<sup>23</sup> Tím německá procesualistika rozumí možnost vést svým jménem proces jako strana řízení ohledně konkrétního procesního nároku. Na žalobní straně jde o oprávnění, uplatnit tento nárok, na straně žalované o to být jako strana vystaven dotčenému procesnímu nároku a moci se vůči němu bránit. Toto oprávnění přísluší na straně žalující těm, kteří tvrdí, že jsou nositeli hmotného práva, a na straně žalované těm, o nichž strana žalující tvrdí, že jsou nositeli hmotněprávní povinnosti. Ze zákona či z ujednání stran může být výjimečně toto oprávnění přeneseno na jinou osobu, přičemž zpravidla je současně odňato účastníkovi hmotněprávního vztahu. Tato situace se označuje jako procesní postavení (*Prozessstandschaft*).<sup>24</sup>

Oproti tomu rakouská procesualistika na koncepci práva vést řízení uplatňovanou v Německu nahlíží zpravidla odlišně. Například Hanns W. Fasching uvádí, že oprávnění vést řízení nemůže podle rakouského práva v zásadě mít od hmotného práva samostatný osud, a proto německému pojetí procesní legitimace jakožto procesní podmínky nelze přisvědčit.<sup>25</sup>

Lze souhlasit se zjištěním, že formální pojetí účastenství skutečně vede k tomu, že může kdokoliv zažalovat kohokoliv bez ohledu na to, aby

<sup>23</sup> WETH, Stephan. ZPO § 51 Prozessfähigkeit; gesetzliche Vertretung; Prozessführung. In: MUSIELAK, Hans-Joachim; VOIT, Wolfgang et al. *Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz: Kommentar*. 12. vyd. München: Franz Vahlen, 2015, xxxviii, 3210 s., Marg. č. 14. ISBN 38-006-4951-9.

<sup>24</sup> SCHILKEN, Eberhard. *Zivilprozessrecht*. 1. vyd. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1992, 598 s., s. 163n, marg. č. 272n. ISBN 34-522-2105-9.

<sup>25</sup> FASCHING, Hans Walter. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts: Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis*. 2. vyd. Wien: Manz, 1990, 1232 s., s. 179, marg. č. 345. ISBN 3-214-04697-7.

žalobce byl povinen tvrdit existenci svého nároku vůči žalovanému, což může beze sporu vést k tomu, že namísto nositele narušeného práva bude ve skutečnosti žalovat někdo jiný. Ze zásady *vigilantibus iura* přitom vyplývá, že by se ochrany měli domáhat především nositelé subjektivního práva nebo oprávněného zájmu, a proto je třeba nastavit vhodný režim, jak se s takovými žalobami vypořádat. V zásadě se uplatňují dvě různé koncepce řešení naznačeného problému.

První z nich je již výše zmíněná německá koncepce oprávnění vést řízení, která je založena na tom, že žalující strana musí nejen vymezit účastníky řízení, nýbrž musí zároveň i tvrdit, že osoba uplatňující návrh je nositelem práva či oprávněného zájmu a osoba žalovaná je naopak nositelem povinnosti. Pokud by tomu tak nebylo, vyžaduje se, aby osoba uplatňující nárok, prokázala zvláštní oprávnění vyplývající ze zákona nebo ze smlouvy, že se může ohledně uplatněného nároku soudit, jinak bude žaloba odmítnuta. Tato cesta vede k tomu, že v případě neprokázání oprávnění se žaloba odmítne. Nutno ovšem dodat, že by takový postup měl mít patřičnou zákonnou oporu.

Druhým možným řešením, které se uplatňuje u nás či v Rakousku, je institut procesní legitimace. Tato koncepce neakceptuje existenci zvláštního oprávnění vést řízení, jehož případná absence by vedla k odmítnutí žaloby, ostatně ani právní řády v této souvislosti žádné ustanovení o procesní podmínce neobsahují. Tvrzení o tom, zda je žalobce nositel práva a žalovaný nositel povinnosti, případně že existuje zvláštní oprávnění žalovat či být žalován, aniž by osoba byla nositelem hmotného práva či povinnosti, se však projeví v rámci problematiky projednatelnosti žaloby, následně ve věcném rozhodnutí soudu. Jinými slovy, pokud by zcela absentovala v žalobě patřičná tvrzení o osobě oprávněné a povinné a absenci tvrzení by se nepodařilo odstranit ani na výzvu soudu, žaloba by byla nejspíše neprojednatelná a bylo by ji proto nutné odmítnout. V případě existence patřičných tvrzení se procesní legitimace projeví v rámci řešení důvodnosti žaloby, procesní legitimace je totiž zvláštní formou doplnění věcné legitimace v situacích, kdy věcná legitimace absentuje. Výhodou tohoto řešení je, že striktně odděluje na jedné straně vymezení účastenství řízení, které závisí ryze

na žalující straně,<sup>26</sup> a na druhé straně důvodnost žaloby. Absence procesní legitimace potom nerozhoduje o přípustnosti žaloby, ale o její důvodnosti, stejně jako je tomu i v případě věcné legitimace. Nevýhodu této koncepce by bylo možná snad spatřovat v tom, že se procesní legitimace v zásadě řeší v rámci věcného řešení sporu, řízení by tedy teoreticky mělo být déletrvající., Na druhou stranu je však příznivější k žalující straně, neboť o jejím nároku je věcně jednáno, dalo by se tedy říci, že více odpovídá požadavku na řádné projednání věci soudem.

Ačkoliv je německé pojetí inspirativní, přikláním se spíše k tradičnímu tuzemskému pojetí procesní legitimace. Tento závěr ovšem vede nutně k tomu, že nelze bez dalšího převzít závěry, k nimž v minulosti dospěla německá doktrína oprávnění vést řízení, nýbrž před aplikací německých závěrů je třeba poměřovat jejich souladnost s tuzemskou koncepcí procesní legitimace.

### 3 Vymezení procesní legitimace

Procesní legitimaci<sup>27</sup> lze vymezit několika znaky. Prvním znakem je existence osoby, která vystupuje v řízení ve svém vlastním jméně, nejedná se tudíž toliko o zástupce tvrzeného nositele hmotného práva či povinnosti. Druhým znakem je, že (a) žalobce se domáhá po žalovaném nároku, který žalobci nepřináleží, nýbrž přináleží někomu jinému, přičemž žalobce to o sobě ani netvrdí, nebo že (b) žalobce vznese žalobu vůči osobě, která není nositelem tvrzené povinnosti, neboť nositelem má být někdo jiný, přičemž žalobce to o této osobě ani netvrdí. Třetím znakem je existence určitého titulu, který

<sup>26</sup> LAVICKÝ. 2015, op. cit., s. 28, marg. č. 4.

<sup>27</sup> Pojem procesní legitimace je používán v civilním procesu k popsání různých fenoménů. V první řadě je používán jako synonymum způsobilosti být účastníkem řízení ve smyslu procesním (procesní subjektivitu), tj. mít procesní práva a povinnosti, které účastníku podle zákona náleží (např. STEINER, Vilém. *Základní otázky občanského práva procesního*. 1. vyd. Praha: Academia, 1981, 365 s., s. 239. Bez ISBN.) Dále je tento pojem používán v souvislosti s vymezením okruhu účastenství, je tak dáván do souvislosti s formálním vymezením účastenství (např. DRÁPAL, L. § 90 [Právní definice účastníků]. In: BUREŠ; DRÁPAL. 2009, op. cit., s. 584.). V neposlední řadě je tento pojem používán pro zákonem založené oprávnění domáhat se s úspěchem práva, jehož není daný subjekt ve sféře hmotněprávní nositelem a ani to o sobě netvrdí (srovnej např. WINTEROVÁ, Alena. Část třetí – Subjekty civilního procesu, Oddíl C – Účastníci řízení. In: WINTEROVÁ; MACKOVÁ. 2015, op. cit., s. 137.), tento příspěvek navazuje na třetí význam, byť je trochu jinak definován.

tuto osobu (procesně legitimovaného) opravňuje namísto žalobce či žalovaného v řízení vystupovat, přičemž ve shodě s německou doktrínou v tomto případě dovodit, že v zásadě toto oprávnění může vyplývat jen ze zákona či ze smlouvy.<sup>28</sup> Pro úplnost je vhodné dodat, že procesně legitimovaný nemusí vystupovat v řízení jen namísto jiné osoby, nýbrž může vystupovat v řízení i namísto určité entity, která nemá procesní subjektivitu. Typicky se jedná o situace nejruznější správy, to je případ svěřenského správce vystupujícího v řízení namísto svěřenského fondu,<sup>29</sup> nebo insolvenčního správce vystupujícího v řízení namísto majetkové podstaty.<sup>30</sup>

S ohledem na uvedené lze procesní legitimaci vymezit jako zvláštní oprávnění vyplývající ze smlouvy či ze zákona, na jehož základě (a) se může procesně legitimovaný domoci svým vlastním jménem nároku přínaležejícího jiné osobě (resp. určité entitě bez právní subjektivity) nebo (b) se může nositel hmotného práva domoci nároku vůči procesně legitimovanému namísto skutečného nositele povinnosti (resp. určité entity bez právní subjektivity). V praxi bude převažovat první varianta, tedy procesní legitimace na straně žalující, není však vyloučena ani druhá varianta.

K uvedenému je vhodné dodat, že klasická koncepce procesní legitimace počítá s tím, že osoba oprávněná či povinná z hmotného práva nebude účastníkem řízení. Typickým příkladem jsou incidenční spory v insolvenčním řízení, v nichž vystupuje insolvenční správce a nikoliv úpadce či věřitelé. V praxi ovšem není zcela vyloučeno, aby nositel hmotného práva či povinnosti byl účastníkem řízení. To může být zdůvodněno především s ohledem na potřebu zachování ústavně zaručeného práva na spravedlivý proces a s ohledem na subjektivní účinky právní moci, obzvláště v situacích, kdy by hmotněprávně oprávněný mohl podat samostatnou žalobu, nebo by bylo možné vést řízení přímo proti hmotněprávně povinnému.

<sup>28</sup> SCHREIBER, Klaus. Die Prozessführungsbefugnis im Zivilprozess. *JURA – Juristische Ausbildung*. Berlin: De Gruyter. 2010, roč. 32, č. 10, s. 750-753. ISSN 0170-1452, DOI 10.1515/JURA.2010.750.

<sup>29</sup> S tím počítá § 79 OSŘ.

<sup>30</sup> Srovnej § 40 odst. 1 zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), ve znění pozdějších předpisů.

#### 4 Věcná legitimace a její vztah k procesní legitimaci

Věcnou legitimací právní věda rozumí hmotněprávní vztah účastníka k projednávané věci,<sup>31</sup> případně skutečnost, že účastníci řízení jsou skutečně též nositeli uplatněných subjektivních práv a povinností hmotněprávních, tj. účastníky též ve smyslu hmotněprávním.<sup>32</sup> Uvedené vymezení věcné legitimace je vhodné poněkud upřesnit. Věcnou legitimací se obvykle rozumí skutečný hmotněprávní vztah (ne)existující mezi účastníky řízení, nicméně se domnívám, že podstata věcné legitimace tkví v něčem trochu jiném, a sice v porovnání, zda žalobou uplatněný nárok opřený o patřičná skutková tvrzení odpovídá skutečnému hmotněprávnímu vztahu. Vzhledem k tomu je možné věcnou legitimaci definovat lépe jako vztah mezi žalobním návrhem opřeným o skutková tvrzení a skutečným stavem vyplývajícím z hmotného práva. Odpovídá-li žalobní návrh skutečným hmotněprávním vztahům, je věcná legitimace dána, naopak pokud žalobní návrh skutečným hmotněprávním vztahům neodpovídá, nastane stav označovaný jako nedostatek věcné legitimace.

Věcnou legitimaci procesualistika běžně dělí na aktivní a na pasivní podle toho, koho se věcná legitimace týká. Týká-li se věcná legitimace žalobce, označuje se jako aktivní věcná legitimace, týká-li se naopak žalovaného, označuje se jako pasivní věcná legitimace.<sup>33</sup> Nedostatek aktivní věcné legitimace znamená, že žalobce není nositelem hmotněprávního oprávnění, nedostatek pasivní věcné legitimace znamená, že žalovaný není nositelem hmotněprávní povinnosti, o kterou v řízení jde. Není-li žalobce osobou podle hmotného práva oprávněnou, tedy není aktivně věcně legitimován, či není-li žalovaný osobou podle hmotného práva povinnou, tedy není pasivně věcně legitimován, jsou dány předpoklady pro zamítnutí žaloby a nikoliv předpoklady pro zastavení řízení, neboť věcná legitimace rozhoduje o důvodnosti žaloby a nikoliv o její přípustnosti.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> STAVINOHOVÁ, Jaruška; HLAVSA, Petr. *Civilní proces a organizace soudnictví*. 1. vyd. Brno: Doplněk, 2003, 660 s., s. 230. ISBN 80-210-3271-5. Obdobně DRÁPAL, L. § 90 [První definice účastníků]. In: BUREŠ; DRÁPAL. 2009, op. cit., s. 584 – 585.

<sup>32</sup> STEINER. 1981, op. cit., s. 240.

<sup>33</sup> STAVINOHOVÁ, HLAVSA. 2003, op. cit, s. 230. Obdobně DRÁPAL, L. § 90 [První definice účastníků]. In: BUREŠ; DRÁPAL. 2009, op. cit., s. 584.

<sup>34</sup> Srovnej např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 17. 9. 2002, sp. zn. 28 Cdo 1587/2002, nebo usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 29. 11. 1994, sp. zn. 1 Co 227/94 (publikované v časopise *Právní rozhledy*, 1995, č. 3, s. 111). Obdobně DRÁPAL, L. § 90 [První definice účastníků]. In: BUREŠ; DRÁPAL. 2009, op. cit., s. 584–585.

Toto klasické členění věcné legitimace na aktivní a pasivní se ovšem v praxi ukazuje ne zcela použitelné. Typickým případem, kdy toto členění selhává, jsou žaloby na určení vlastnického práva, a to především ze dvou důvodů. Za první žalovaný v těchto sporech obvykle nebude nositelem hmotněprávní povinnosti vůči žalobci, nýbrž postavení žalovaného ve sporu se bude zpravidla odvíjet od jeho zápisu v katastru nemovitostí.<sup>35</sup> Jelikož žalovaný není nositelem žádné konkrétní povinnosti vůči žalobci, přičemž jeho účast ve sporu odvislá od zápisu v katastru nemovitosti je judikaturou vztahována k problematice naléhavého právního zájmu, je v těchto sporech možné hovořit o problematice aktivní věcné legitimace, nikoliv však o problematice pasivní věcné legitimace. Za druhé v řadě sporů na straně žalované mohou vystupovat i osoby, které by sice z povahy věci měly vystupovat na straně žalující, ale z nějakého důvodu žalovat nechťejí. Jedná se například o manžela, který nesouhlasí s žalobou druhého manžela, aby bylo určeno, že věc patří do společného jmění manželů. Jelikož účinky rozhodnutí působí *inter partes*, připustila judikatura za účelem zamezení odmítnutí spravedlnosti (*denegatio iustitiae*), aby žalobce označil příslušnou osobu na straně žalované a tím se vyhnul riziku zamítnutí žaloby.<sup>36</sup> Vzhledem k tomu není možné dospět k poněkud zjednodušujícímu závěru, že problematika aktivní věcné legitimace se týká vždy jen strany žalující a problematika pasivní věcné legitimace naopak strany žalované.

Ačkoliv věcná legitimace vyplývá z norem hmotného práva, nabývá smysl jedině v rámci civilního procesu, neboť hmotné právo hovoří toliko o nositeli oprávnění nebo povinnosti a pojem věcné legitimace je tak bez vztahu k civilnímu procesu zcela nadbytečným.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> „Naléhavý právní zájem na žalobě o určení vlastnictví k nemovitosti není dán, jestliže nesměřuje proti všem osobám (jež vlastnické právo žalobce popírají), které jsou jako vlastníci zapsány v katastru nemovitostí.“ Srovnej např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. 7. 2002, sp. zn. 22 Cdo 1597/2001 (C 1309).

<sup>36</sup> „Pokud některé osoby zapsané v katastru nemovitosti jako vlastníci nepopírají vlastnické právo žalobce, měly by vystupovat na straně žalobce. Nechtějí-li vystupovat na straně žalující, nezbyvá žalobci, než aby je označil v žalobě za žalované.“ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. 7. 2002, sp. zn. 22 Cdo 1597/2001 (C 1309), taktéž rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 7. 5. 2013, sp. zn. 22 Cdo 585/2012 (publikovaný v časopise Soudní rozhledy, 2013, č. 11-12, s. 39), nebo rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 7. 2014, sp. zn. 22 Cdo 4082/2013 (publikovaný v časopise Soudní rozhledy, 2014, č. 11-12, s. 40).

<sup>37</sup> STEINER. 1981, op. cit., s. 240.

Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že procesní legitimace není totéž co věcná legitimace, každý z uvedených institutů mají své specifické místo a účel. Vztah procesní a věcné legitimace není v tuzemském procesu ani vztahem množiny a podmnožiny, navzájem se tyto instituty nenahrazují, nýbrž procesní legitimace věcnou legitimaci toliko doplňuje. To znamená, že procesní legitimace umožňuje vyhovět výjimečně žalobě v situaci, kdy na straně žalující či žalované není nositel subjektivního hmotného práva (příp. oprávněného zájmu) či nositel subjektivní povinnosti. To ovšem neznamená, že je-li dána procesní legitimace, věcná legitimace se nezkoumá. Věcnou legitimaci je třeba zkoumat i tak, přičemž v takové situaci se poměřuje vztah tvrzeného nositele hmotného práva či povinnosti a nikoliv vztah jednotlivých účastníků řízení.

## 5 Postavení oprávnění osoby v žalobě podle § 18 odst. 1 ZMVC

Oprávněná osoba má podle § 18 odst. 1 ZMVC oprávnění podat svým jménem žalobu na určení vlastnického práva ve prospěch státu či jiné povinné osoby. V této žalobě ovšem oprávněná osoba nemá tvrdit, že ona je vlastníkem předmětného majetku, nýbrž stát či jiná povinná osoba. Je tedy zřejmé, že bez existence zvláštního zákonem stanoveného oprávnění by oprávněné osobě chyběla věcná legitimace a její žaloba by měla být zamítnuta. Existence speciálního zákonného oprávnění obsaženého v § 18 ZMVC však oprávněné osobě umožňuje se určení vlastnického práva s úspěchem domoci, a proto dospívám k jednoznačnému závěru, že se jedná o tzv. procesní legitimaci, založenou zákonem, přičemž oprávněná osoba má postavení procesně legitimovaného.

V této souvislosti je velmi praktickou otázkou vymezení okruhu účastníků řízení, tedy koho má procesně legitimovaná oprávněná osoba všechno žalovat. Mimoto je otázkou, jaké postavení bude mít v řízení stát či jiná povinná osoba jakožto oprávněnou osobou tvrzený vlastník majetku, který je předmětem řízení. Tato otázka je významná i s ohledem na subjektivní meze právní moci, neboť ve shodě s § 159a odst. 1 OSŘ vyvolává výrok pravomocného rozhodnutí účinky jen ve vztahu k účastníkům řízení. Kdybychom tedy dovedli, že povinná osoba nemusí být účastníkem řízení, museli bychom uvažovat o dílčím rozšíření právní moci, jak připouští Bohumil Dvořák.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> DVORÁK. 2008, op. cit., s. 151 a 157nn.



V právní vědě se otázkou vymezení účastníků řízení v žalobě podle § 18 odst. 1 ZMVC zabýval Václav Valeš, podle něhož bude pasivně legitimovanou v případě nemovitých věcí osoba zapsaná jako vlastník v katastru nemovitostí, v případě movitých věcí osoba, která má věci v držbě. S postavením státu či jiné povinné osoby, jejichž vlastnické právo má být určeno, se Václav Valeš vypořádal tak, že povinná osoba by měla v řízení vystupovat v pozici vedlejšího účastníka podle § 93 odst. 1 OSŘ.<sup>39</sup>

Připouštíme, že naznačené řešení se jeví na první pohled intuitivní, nicméně přináší řadu komplikací. V první řadě je otázkou závaznost rozhodnutí ve vztahu k státu právě s ohledem na zmiňované subjektivní meze právní moci, neboť podle klasického pojetí se právní moc vztahuje jen na účastníky řízení, tudíž by neměla dopadat na vedlejšího účastníka, a pokud by povinná osoba nechtěla v řízení vystupovat v pozici vedlejšího účastníka, k čemuž ji nelze nutit, ani na osoby v řízení nevystupující. V důsledku toho by bylo tedy nutné rozšířit právní moc soudního rozhodnutí, neboť by bylo nesmyslné, aby v jednom rozhodnutí bylo vlastnické právo povinné osoby určeno a aby druhé rozhodnutí vyznělo opačně. Nastat v této souvislosti může i situace, že by v průběhu řízení mezi procesně legitimovaným a osobou uvedenou v katastru nemovitostí podal samostatnou žalobu stát. V takovém případě by bylo otázkou, zdali by projednání tohoto později zahájeného řízení bránila překážka litispendence. Neméně významný je problém s ústavně zaručeným právem na spravedlivý proces, pod něhož spadá i právo vystupovat v řízení ve své vlastní věci. Pokud by totiž stát nebyl účastníkem řízení, v zásadě by nemohl uplatnit svou procesní obranu. K prolomení uvedeného práva musí existovat zvláštní legitimační důvod, který vyloučení nositele práva z řízení ospravedlní. Příkladem může být zákonná správa majetku, kam spadá postavení insolvenčního správce, postavení státního podniku při nakládání s majetkem státu, jakož i postavení svěřenského správce při správě majetku svěřenského fondu.

Tato otázka vymezení účastníků řízení v žalobě podle § 18 odst. 1 ZMVC se dostala před Nejvyšší soud v rámci dovolání proti rozsudku odvolacího soudu, který zamítl žalobu pro nedostatek naléhavého právního zájmu,

<sup>39</sup> VALEŠ, Václav. § 18 Závěrečná ustanovení. In: KRŽÍŽ, VALEŠ. 2013, op. cit., s. 291, marg. č. 2.

neboť v řízení nevystupovala povinná osoba jako účastník řízení. Nejvyšší soud naznačení problémy v zásadě reflektoval a dovedl, že je nezbytné, aby výrok soudního rozhodnutí byl závazný pro všechny subjekty právního stavu, což je možné jen tehdy, jestliže všechny subjekty budou i účastníky soudního řízení. To zdůraznil především ve vztahu ke státu, jehož vlastnické právo je určováno. Kdyby stát nebyl účastníkem řízení, rozhodnutí by jej nezavazovalo, a proto by mohl podat samostatnou žalobu, která by mohla vyznít odlišně. Ze znění § 18 ZMVC se přitom podle Nejvyššího soudu nijak nepodává, že by jím zákonodárce mínil rozšířit subjektivní meze závaznosti soudního rozhodnutí na stát i v případě, že není účastníkem řízení. Jelikož stát je pokládán za nositele procesních základních práv podle č. 36 Listiny základních práv a svobod, nelze akceptovat výklad, jenž by stát činil vázaným rozhodnutím vydaným v řízení, v němž neměl příležitost svá procesní práva realizovat. Na situaci by přitom nic neměnilo, kdyby stát vystupoval v pozici vedlejšího účastníka řízení, neboť vůči němu pravomocný rozsudek není závazným. S ohledem na uvedené Nejvyšší soud dovedl, že pokud povinná osoba odmítá v řízení vystupovat jako žalobce, je oprávněná osoba povinna stát označit za účastníka řízení na straně žalované.<sup>40</sup>

Ačkoliv by se na první pohled mohlo zdát, že závěry Nejvyššího soudu jsou v rozporu s tradičním vnímáním procesní legitimace, nutí oprávněnou osobu v řízení žalovat i povinnou osobu, čímž zvyšují náklady řízení, lze se s nimi ztotožnit. Tyto závěry nejsou v rozporu se smyslem § 18 odst. 1 ZMVC, neboť umožňují, aby se oprávněná osoba mohla domáhat určení vlastnického práva bez ohledu na vůli povinné osoby a zapsaného vlastníka v katastru nemovitostí, přičemž zároveň zaručují povinné osobě ústavně zaručené právo na spravedlivý proces. I z praktického hlediska se lépe závěry Nejvyššího soudu vypořádávají s otázkou právní moci a s překážkou litispendence.

## 6 Závěrem

V příspěvku bylo poukázáno na málo známý institut českého civilního procesu, který se uplatňuje i v zahraničí, například v Rakousku či v Německu. Cílem tohoto příspěvku bylo představení institutu procesní legitimace, jeho

<sup>40</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 7. 10. 2015, sp. zn. 28 Cdo 3468/2014.

základní vymezení a souvislost s institutem věcné legitimace. Bylo uvedeno, že v českém civilním procesu se uplatňuje formální vymezení účastnictví řízení, které ve svém důsledku vede k uplatnění tzv. *actio popularis*. V Německém procesu se tomuto fenoménu snaží zabránit prostřednictvím institutu práva vést řízení, který připomíná českou koncepci procesní legitimace. Ve své podstatě se však nejedná o stejné koncepty, neboť české pojetí procesní legitimace se váže spíše k problematice věcné legitimace, kterou doplňuje. Český proces tedy v zásadě připouští i projednání žaloby podané osobou odlišnou od nositele hmotněprávního oprávnění, nicméně absence zvláštního oprávnění (procesní legitimace) povede k zamítnutí žaloby. Připomínám, že naopak podle německé koncepce vede absence práva vést řízení k odmítnutí žaloby. Z naznačení těchto rozdílů je tedy zřejmé, že není možné bez dalšího převzít do tuzemského civilního procesu závěry, k nimž dospěla zahraniční judikatura a právní věda, nýbrž vždy bude třeba pečlivě zkoumat, zda se zahraniční závěry shodují s tuzemským pojetím.

Neprobádanost institutu procesní legitimace přitom vede k zásadním problémům při aplikaci práva, jak to naznačila úprava § 18 odst. 1 ZMVC zakotvující žaloby oprávněných osob na určené vlastnického práva státu či jiné povinné osoby. Problém spočívá především v postavení skutečného nositele hmotného práva, jakož i v otázkách souvisejících s právní mocí rozhodnutí. Otázka procesní legitimace stojí dlouhodobě mimo pozornost české procesualistiky, takže ta odpovědi na praktické otázky, s nimiž se musí potýkat právní praxe, nedává. Nejvyšší soud nakonec v případě § 18 ZMVC našel intuitivní řešení, které má zabránit případným praktickým problémům, nicméně otázka po povaze procesní legitimace a důsledků s ní spojených zůstává otevřena nadále.

## Literature

BEINERT, Jörg. *Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht*. 1. vyd. Basel: Helbing and Lichtenhahn, 1963, xii, 141 s. Bez ISBN.

BLOMEYER, Arwed. *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren*. 1. vyd. Berlín: Springer-Verlag, 1963, xix, 785 s. Bez ISBN.

BUREŠ, Jaroslav; DRÁPAL, Ljubomír et al. *Občanský soudní řád I, II. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, 1600 s. ISBN 978-80-7400-107-9.

- DAVID, Ludvík et al. *Občanský soudní řád: komentář*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2009, 2056 s. ISBN 978-807-3574-604.
- DVOŘÁK, Bohumil. *Právní moc civilních soudních rozhodnutí: procesní studie*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2008, xvi, 187 s. ISBN 9788074000959.
- FASCHING, Hans Walter. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts: Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis*. 2. vyd. Wien: Manz, 1990, 1232 s. ISBN 3-214-04697-7.
- JÄGER, Petr; CHOCHOLÁČ, Aleš. *Zákon o majetkovém vyrovnání s církvemi a náboženskými společnostmi: komentář*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2015, xxxii, 284 s. ISBN 978-80-7478-871-0.
- KŘÍŽ, Jakub; VALEŠ, Václav. *Zákon o majetkovém vyrovnání s církvemi a náboženskými společnostmi: komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, xviii, 387 s. ISBN 978-80-7400-472-8.
- LAVICKÝ, Petr. *Civilní proces III. Řízení nesporné: Zákon o zvláštních řízeních soudních, zákon o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob (řízení ve věcech veřejného rejstříku)*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2015, xxxi, 979 s. ISBN 9788074788697.
- MUSIELAK, Hans-Joachim; VOIT, Wolfgang et al. *Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz: Kommentar*. 12. vyd. München: Franz Vahlen, 2015, xxxviii, 3210 s. ISBN 38-006-4951-9.
- Sněmovní tisk 580/0. *Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky* [online]. Poslanecká sněmovna, 6. volební období, 2010-2013. Vydáno dne 19. 1. 2012. [cit. 26. 11. 2015]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=82286>
- SCHILKEN, Eberhard. *Zivilprozessrecht*. 1. vyd. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1992, 598 s. ISBN 34-522-2105-9.
- SCHREIBER, Klaus. Die Prozessführungsbefugnis im Zivilprozess. *JURA – Juristische Ausbildung*. Berlin: De Gruyter. 2010, roč. 32, č. 10, s. 750-753. ISSN 0170-1452, DOI 10.1515/JURA.2010.750.
- SPÁČIL, Jiří. Sporné otázky procesního nástupnictví. *Právní praxe*. Praha: Ministerstvo spravedlnosti České republiky. 1995, roč. 43, č. 7, s. 402. ISSN 1211-0825.

- STAVINHOVÁ, Jaruška; HLAVSA, Petr. *Civilní proces a organizace soudnictví*. 1. vyd. Brno: Doplněk, 2003, 660 s. ISBN 80-210-3271-5.
- STEINER, Vilém. *Základní otázky občanského práva procesního*. 1. vyd. Praha: Academia, 1981, 365 s. Bez ISBN.
- ŠÍNOVÁ, Renáta; JURÁŠ, Marek. *Účastenství v civilním soudním řízení*. 1. vyd. Praha: Leges, 2015, 256 s. ISBN 978-80-87576-78-6.
- WACH, Adolf. *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts. Band I*. 1. vyd. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885, 690 s. Bez ISBN.
- WINTEROVÁ, Alena; MACKOVÁ Alena et al. *Civilní právo procesní: Část první: řízení nalézací*. 8. vyd. Praha: Leges, 2015, 624 s. ISBN 978-80-7502-076-5.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11. 7. 2002, sp. zn. 22 Cdo 1597/2001.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 17. 9. 2002, sp. zn. 28 Cdo 1587/2002.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 7. 5. 2013, sp. zn. 22 Cdo 585/2012.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 9. 7. 2014, sp. zn. 22 Cdo 4082/2013.
- Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 7. 10. 2015, sp. zn. 28 Cdo 3468/2014.
- Usnesení Vrchního soudu v Praze ze dne 29. 11. 1994, sp. zn. 1 Co 227/94.

# Inštitucionálne novoty v návrhu nového Občianskeho zákonníka

*Anton Dulak*

Fakulta práva Janka Jesenského, Vysoká škola Danubius, Slovensko

## **Abstract in original language**

V polovici septembra 2015 rekodifikačná komisia doručila ministrovi spravodlivosti SR prvú kompletnú pracovnú verziu návrhu Občianskeho zákonníka. Návrh obsahuje 1754 paragrafovaných ustanovení usporiadaných do šiestich častí. V zhode s Legislatívnym zámerom schváleným v roku 2009 je Návrh koncipovaný tak, aby Občiansky zákonník zaujal miesto všeobecného a základného predpisu súkromného práva, ktorý svojím obsahom vytvára priestor pre rozvoj osobnosti človeka v súlade so záujmami iných.

## **Keywords in original language**

Súkromné právo; Občiansky zákonník; zásady práva; sloboda vôle; poctivosť; dobrá viera; náhrada škody.

## **Abstract**

Last September, the Recodification commission has delivered their first complete working version of the New Civil Code proposal to the Slovak Republic's Minister of Justice. This Draft contains 1754 articles, divided into six sections. In accordance with the Legislative Intent approved in 2009, the Draft is conceived in a way that would ensure adopting the Civil Code as the general and fundamental regulation of private law, whose contents would furthermore create the space for personal development of an individual in accordance with the interests of others.

## **Keywords**

Private Law; Civil Code; Principles of Law; Freedom of Will; Fair Dealing; Good Faith; Damages

Dňa 16. septembra 2015 o 12:02 h. komisia zriadená na prípravu návrhu nového Občianskeho zákonníka doručila ministrovi spravodlivosti Slovenskej

republiky prvú kompletnú pracovnú verziu návrhu Občianskeho zákonníka.<sup>1</sup> Návrh nového Občianskeho zákonníka (ďalej len „Návrh“) obsahuje 1754 paragrafovaných ustanovení systematicky usporiadaných do šiestich častí: Po prvej - Všeobecnej časti nasledujú časti nazvané „Rodinné právo“ (2. časť), „Vecné právo“ (3. časť), Dedičské právo (4. časť) a piata, najrozsiahljšia časť „Záväzkové právo“, ktorá sa člení na „Všeobecné ustanovenia“, „Záväzky zo zmlúv a iných právnych úkonov“ a „Záväzky z iných právnych dôvodov“. Posledná, šiesta časť je vyhradená spoločným a záverečným ustanoveniam.

Treba pripomenúť, že ukončenie prác na návrhu paragrafovaného znenia je mimoriadnym počínom, ak berieme do úvahy, že po roku 1989 sa len v jednom prípade podarilo doviest' rekodifikačné práce do podoby paragrafovaného znenia. Išlo o Vládny návrh Občianskeho zákonníka z roku 1998<sup>2</sup>, kedy tento návrh prešiel aj medzirezortným pripomienkovým konaním, avšak v novom legislatívnom období práce na návrhu ďalej nepokračovali. Až v závere ďalšieho legislatívneho obdobia bol v roku 2002 predložený a vládou Slovenskej republiky aj schválený „Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka.“<sup>3</sup> Podľa uznesenia vlády (č. 827 zo 7. augusta 2002), finálna podoba nového slovenského Občianskeho zákonníka mala byť hotová v auguste roku 2005. K realizácii tohto projektu smerom k vypracovaniu paragrafovaného znenia už nedošlo.

V zhode s koncepciou prijatou v schválenom Legislatívnom zámere sa Návrh prvej ucelenej verzie Občianskeho zákonníka sa vymedzuje k ostatným súkromnoprávnym predpisom hneď úvodným ustanovením, kde sa uvádza, že Občiansky zákonník je všeobecným a základným predpisom súkromného práva. Návrh užíva spojenie „súkromné právo“, avšak bez snahy túto oblasť ďalej vymedzovať k právu verejnemu. Autori pritom prihliadali na výhrady, podľa ktorých v súčasnosti, aj napriek ďalekosiahlym zásadným zmenám v právnom poriadku, resp. právnych poriadkoch ešte neexistuje ucelený a vykryštalizovaný dualizmus verejného a súkromného

<sup>1</sup> Návrh Občianskeho zákonníka je prístupný na adrese: <https://www.dropbox.com/sh/nnz24y61axfqb8q/AABQq3obfD8Bqsj3RSM0-Y7Qa?dl=0>

<sup>2</sup> Vládny návrh občianskeho zákonníka č. 1046 z roku 1998.

<sup>3</sup> Publikovaný v prílohe časopisu Justičná revue č. 8-9/2002

práva, ale iba jeho základné kontúry.<sup>4</sup> Podkladom pre takýto postoj sa stali aj kritické názory k textu Občianskeho zákonníka v Českej republika, ktoré poukazovali, že presná hranica medzi súkromným a verejným právom „je obtížne naleziteľná“... definície už úplne nemožná a kromě toho není v kódexu potřebná“.<sup>5</sup>

Na inom mieste, (v rámci úpravy analógie) sa ďalej spresňuje, že Občiansky zákonník upravuje súkromné práva a povinnosti v tom rozsahu, v akom ich neupravujú iné právne predpisy, pričom platí, že iné právne predpisy treba vykladať v súlade s týmto (rozumej OZ) zákonom, ibaže zákon ustanovuje inak. Posledne uvedené pravidlo je do istej miery novinkou, inšpiráciou pre takúto úpravu sa stali najnovšie kódexy v Maďarsku.<sup>6</sup> Pre porovnanie možno dodať, že inak túto situáciu rieši Občiansky zákonník Ruskej federácie. Podľa tam uvedeného pravidla (čl. 3 ods. 2), ustanovenia osobitných predpisov musia byť v súlade s Občianskym zákonníkom.

Návrh Občianskeho zákonníka má teda snahu regulovať „všeobecné“ súkromnoprávne vzťahy. Takto vnímaná generalita zároveň nevyklučuje, že aj Návrh si v rámci svojej úpravy všímá osobitosť určitých vzťahov, pre ktoré ustanovuje iné alebo ďalšie pravidla správania sa. Podstatným kritériom pre odchýlky od všeobecnej úpravy zostáva status zmluvných strán.

Ak teda existuje na to osobitný dôvod, Návrh rozlišuje vzťahy, v ktorých ako jedna zo zmluvných strán vystupuje „podnikateľ“ alebo „spotrebiteľ“, pričom osobitosť sa vníma častejšia v prípadoch ak stranami zmluvy sú podnikateľ a spotrebiteľ a len minimálne vtedy, ak záväzky vznikajú medzi podnikateľia navzájom. Je pochopiteľné, že Návrh pre tieto účely potrebuje definovať tak podnikateľa, ako aj spotrebiteľa. Aj z navrhnutých definícií vyplýva, že toto vymedzenie subjektov má význam len v situáciách, kedy sa tieto subjekty „stretnú“ pri príprave a uzavretí zmluvy. Tým sa naznačuje, že Návrh akceptuje vývojové tendencie súkromného práva, ktoré s globálnymi zmenami trhu konštatujú aj potrebu ochrany slabšej zmluvnej strany.

<sup>4</sup> LAZAR, J. *Otázky kodifikácie súkromného práva*. Iura Edition, 2006, s. 65. ISBN 80-8078-128-1.

<sup>5</sup> PELIKÁNOVÁ, I. Návrh občianskoprávni kodifikace z pohledu Evropských společenství. IN: ŠVESTKA, J.; DVOŘÁK, J.; TICHÝ, L. (eds.). *Sborník statí z diskusních fór o rekonstrukci občanského práva*. Praha ASPI, a. s. 2006, s. 82.

<sup>6</sup> Pozri čl. 1:2, druhý odsek a Litvy Článok 1.3 nazvaný „Sources of Civil Law“.



V zhode s rozšírenou koncepciou sa v Návrhu spotrebiteľom rozumie každá fyzická osoba, ktorá uzatvára zmluvu s podnikateľom mimo rámca svojej podnikateľskej činnosti alebo mimo rámca samostatného výkonu svojho povolania. Definovanie podnikateľa je zložitejšie a preto Návrh vymedzuje podnikateľa viacerými spôsobmi. Predovšetkým, za podnikateľa sa považuje každá osoba, ktorá samostatne, na vlastný účet a na vlastnú zodpovednosť vykonáva zárobkovú činnosť živnostenským alebo obdobným spôsobom, so zámerom konať tak sústavne, za účelom dosiahnutia zisku. Ďalej sa za podnikateľa považuje aj osoba zapísaná v obchodnom registri alebo v inom verejnom registri, ako aj osoba, ktorá získala na podnikanie živnostenské alebo iné oprávnenie podľa osobitného predpisu. Napokon, výhradne pre účely ochrany spotrebiteľa sa za podnikateľa považuje aj každá osoba, ktorá:

- a) uzatvára so spotrebiteľom zmluvu týkajúcu sa jej obchodnej, výrobnnej alebo obdobnej činnosti alebo pri samostatnom výkone svojho povolania
- b) koná v mene alebo na účet podnikateľa,
- c) vystupuje ako podnikateľ a pri ktorej sa spotrebiteľ dôvodne domnieva, že koná v rámci svojej podnikateľskej činnosti.

Všeobecnosť úpravy súkromnoprávných vzťahov v Návrhu sa prejavuje už v ustanoveniach prvej časti. Návrh v texte zákona vymenuje všeobecné zásady súkromnoprávných vzťahov, kde sa na jednej úrovni vyzdvihuje slobodnú vôľu subjektov a zároveň tiež rovnosť a ekvitu (slušnosť) ako aj ďalšie všeobecné uznávané zásady spravodlivosti a práva.

Návrh na prvom mieste uvádza zásadu slobodnej vôle (privátnej autonómie)<sup>7</sup>, čím chce predovšetkým naznačiť, že úlohou základného kódexu súkromného práva je nastaviť široké mantinely sebarealizácie jednotlivca. Dispozitívnosť ustanovení je vyjadrená tak, že subjekty súkromného práva si môžu vzájomné práva a povinnosti upraviť odchylné od zákona, ak to zákon výslovne nezakazuje. Zároveň sa dodáva, že zakázané sú dohody,

<sup>7</sup> Pozri DULAK, A. *Súdne rozhodnutia a právna autonómia*. Príspevok na konferencii „Československé právnické dni“, Omšenie 10. novembra 2015.

ktoré porušujú dobré mravy, verejný poriadok alebo práva týkajúce sa postavenia osob, vrátane práva na ochranu osobnosti. Na druhej strane, konanie, ktorým niekto zneužíva svoje práva, nepožíva právnu ochranu.

Predstava slobodnej vôle ako pilotnej zásady súkromného práva získava svoje obrysy v ďalších ustanoveniach o výkone a ochrane práv. Navrhovaná konštrukcia nastavuje štandard správania sa modelom „rozumného človeka“, ktorý pri výkone práva nesleduje len svoje vlastné záujmy, ale dbá aj na záujmy iných. Konštrukcia „rozumného človeka“, pôvodne navrhovaná ako štandard správania pri stanovení povinnosti hradiť spôsobenú škodu nadobudlo napokon význam všeobecného pravidla. Základ správania sa „rozumného človeka“, ktorý má schopnosť konať s bežnou starostlivosťou a opatrnosťou a u ktorého takéto správanie sa v právnom styku môže každý dôvodne očakávať sa sprísňuje u osôb, ktoré dali najavo osobitné znalosti, schopnosti, odbornosť alebo príslušnosť k určitému stavu. U takýchto osôb nepostačuje „bežná starostlivosť“, vyžaduje sa „zodpovedajúca miera starostlivosti“. To isté sa vzťahuje na osoby, ktoré sa samy zaviazali k činnosti, u ktorej sa vyžadujú osobitné schopnosti alebo ju vykonávali bez toho, aby to bolo nutné. Z uvedeného vyplýva, že Návrh ponecháva priestor na to, aby v prípade sporu súd určil obsah očakávanej „bežnej“ alebo „zodpovedajúcej miery starostlivosti“ a prihliadal pritom na okolnosti konkrétneho prípadu. Je zrejmé, že iná miera správania sa očakáva od spotrebiteľa iná podnikateľa. Na rozdiel od minulosti sa Návrh nespolieha na „hrubé“ rozhraničenie dané zákonným vymedzením statusu jednej alebo druhej strany. Pri návrhu textu zákona sa vychádzalo z toho, že pre hodnotenie správania sa subjektov právnych vzťahov sú potrebné flexibilnejšie pravidlá, ktoré umožnia prihliadať na okolnosti konkrétneho prípadu. V prípade sporu však úvaha súdu nemá byť bezbrehá - návodom a limitom posudzovania relevantných skutočností je príkladný výpočet okolností, ktoré treba zohľadniť pri určení miery starostlivosti a schopností. Tak pre posudzovanie bude dôležitá aj „povaha a hodnota chráneného záujmu“, „predvídateľnosť a závažnosť rizík spojených s plnením povinností“, „očakávané skúsenosti osoby“, ale aj to, či sa plní za odplatu a aká jej výška.

Sloboda vôle subjektov súkromnoprávných vzťahov sa koriguje aj v ďalšom ustanovení, ktoré ukladá povinnosť konať v právnom styku poctivo

a v dobrej viere.<sup>8</sup> Takéto spojenie dvoch zložiek - poctivosti („fair dealing”) a dobrej viery („good faith”) je pre úpravu v Občianskom zákonníku určite novinkou. Dosiaľ Občiansky zákonník o poctivosti hovorí len v súvislosti s „nepoctivým zdrojom”, z ktorého príjem môže zakladať bezdôvodné obohatenie (§ 451 OZ).

Inak k „poctivosti a dobrej viere” pristupuje Obchodný zákonník. Pre komercionalistu je „poctivý obchodný styk” kritériom toho, či konanie požíva právnu ochranu (pozri § 265 ObZ). Poctivosť v obchodnom styku je dôležitá pre určenie obsahu zmluvy (§ 292), aj pre zistenie, či zmluva obsahuje nekalú zmluvnú podmienku (§ 369 ods.8). Poctivosť umožňuje podľa § 381 požadovať náhradu tzv. abstraktného ušlého zisku. Dobrá viera sa zasa objavuje ako kritérium hodnotenia konania konateľa (§ 135a) a aj člena predstavenstva (§ 194 ods. 7). V jednom prípade Obchodný zákonník dokonca používa celé spojenie „konať poctivo a v dobrej viere”, a to vtedy, ak ukladá takúto povinnosť zastúpenému vo vzťahu k obchodnému zástupcovi. Z označenia ustanovenia § 655a vyplýva, že ide o ustanovenie „nové”, ktoré v pôvodnom znení z roku 1991 sa ešte nenachádzalo.

V každom prípade treba priznať, že navrhované kritéria, importované z komunitárneho práva<sup>9</sup> možno dôvodne považovať za niečo nové v slovenskom právnom poriadku, čo sa príznačne označuje termínom „právny iritant”.<sup>10</sup> Je zrejme, že akademické vymedzenie týchto pojmov, osobitne dobrej viery je veľmi zložitá,<sup>11</sup> ak vôbec možné.<sup>12</sup> Napriek tomu tak v prípade európskeho práva, ako aj v domácom práve by dobrá viera a poctivé konanie mali byť vnímané ako dôležitý interpretačný nástroj, ako hľadanie „mravnej a právnej cnosti alebo tiež hodnoty slušnosti a spoľahlivosti, rovnako ako

<sup>8</sup> Pokiaľ ide o dobrú vieru, Občiansky zákonník užíva spojenie „dobromyseľnosť/dobromyseľný, čo svojim obsahom nezodpovedá navrhovanému spojeniu „dobrá viera”.

<sup>9</sup> Na „Good Faith” a „Fair Dealing” sa odvoláva tak Návrh spoločného referenčného rámca (DCFR) v čl. II. 802, ako aj Princípy európskeho zmluvného práva (PECL) v čl. I.201.

<sup>10</sup> TEUBNER, G. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. In: *Modern Law Review*, 1998, č. 1, s. 11 a nasl.

<sup>11</sup> Pozri TELEČ, I. Poctivosť a dôvera, dobrá víra, dobré mravy, verejná morálka a verejný poriadok. In: *Právni rozhlady*, 2011, roč. 19, č. 1, s. 1.

<sup>12</sup> MELZR, F.; TÉGL, P. a kol. *Občianský zákonník. Veľký komentár*, Leges 2013, s. 134.

aj rozumnosti a v určitom ohľade aj oprávnenej očakávateľnosti druhým”.<sup>13</sup> Je tak zrejmé, že vymedzenie dobrej viery a jej obsahu sa líši podľa okolností konkrétneho prípadu. Dôležitým je, aby táto klauzula umožňovala plniť funkciu súdnej tvorby práva, pretože ako píše prof. Hesselink „je potrebné dobrej viere prinavrútiť jej klasickú úlohu ako „základu pre nové záväzky vytvárané sudcami””.<sup>14</sup>

Poctivé konanie sa tak okrem uvedených súvislostí vyskytuje v Návrhu tiež pri právnych úkonoch, v časti o dôvodoch neplatnosti pre omyl, lešť, bezprávnu vyhrážku a neprimeraný prospech. Strana zmluvy sa môže dovolať neplatnosti pre právny alebo skutkový omyl existujúci v čase jeho vzniku, ak bol omyl spôsobený informáciou poskytnutou druhou stranou, ak druhá strana vedela alebo mala vedieť o omyle a v rozpore s dobrou vierou a poctivým konaním ponechala túto stranu v omyle. Súlad s dobrou vierou a poctivým konaním je určujúcim kritériom aj pre ľstivé konanie, pričom podľa Návrhu sa pri určovaní, či dobrá viera alebo poctivé konanie vyžadovali, aby strana uviedla určitú informáciu zohľadnia všetky okolnosti, najmä to, či strana mala osobitnú odbornosť, aké boli náklady na získanie príslušnej informácie, či druhá strana mohla dôvodne informáciu získať sama a zrejmy význam informácie pre druhú stranu.

Mimoriadne význam sa v Návrhu kladie na poctivosť konanie a dobrú vieru vo všeobecnej časti záväzkového práva, kde takéto normatívy sa aplikujú vo všetkých fázach, t.j. pri príprave zmluvy, určovaní jej obsahu aj pri plnení zo zmluvy. V časti nazvanej „rokovanie o zmluve” sa napríklad ustanovuje, že ak strana nerokuje v dobrej viere, alebo v rozpore s ňou zruší rokovanie a nedôjde k uzavretiu zmluvy, nahradí škodu spôsobenú druhej strane v rozsahu márne vynaložených nákladov (tzv. culpa in contrahendo); v rozpore s dobrou vierou je najmä to, keď strana vstúpi do rokovania, alebo v ňom pokračuje, hoci nezamýšľa dospieť k dohode s druhou stranou.

Pri zisťovaní obsahu zmluvy sa napríklad rešpektuje, že zmluva môže okrem výslovne dojednaných podmienok obsahovať aj priamo nevyjadrené

<sup>13</sup> TELEEC, I. Poctivosť a dôvera, dobrá víra, dobré mravy, verejná morálka a verejný poriadok. In: *Právni rozhledy*, 2011, roč. 19, č. 1, s. 1.

<sup>14</sup> HESSELINK, M. W. Common Frame of Reference & Social Justice. In: *European Review of Contract Law*, 2008, č. 3, s. 144.

podmienky, ktoré môžu vyplývať tak z vôle strán, povahy a účelu zmluvy, zaužívanej praxe a zvyklostí, ale aj rozumnosti, dobrej viery a poctivého konania. Ďalej sa prízvukuje, že dobrá viera a poctivé konanie v zmluvných vzťahoch vyžaduje najmä povinnosť strán spolupracovať v záujme dosiahnutia plného účinku zmluvy a ich povinnosť brať ohľad na práva a oprávnené záujmy druhej strany. Význam tohto ustanovenia sa ďalej odzrkadľuje v novej koncepcii riešenia následkov nesplnenia zo zmluvy, čo si však vyžaduje väčší priestor.

Poctivosť konania sa samozrejme objavuje aj v časti o obsahu spotrebiteľských zmlúv pri skúmaní neprijateľnosti štandardnej zmluvnej podmienky, pričom sa ustanovuje v tom zmysle, že pri určovaní, či štandardná zmluvná podmienka v rozpore so zásadou poctivosti spôsobuje značnú nerovnováhu sa prihliada najmä na to, či by poctivý podnikateľ mohol rozumne očakávať, že by spotrebiteľ súhlasil s dotknutou podmienkou, ak by o nej rokoval.

Poctivosť konania ovplyvňuje aj práva zmluvných strán, ak v dôsledku nepredvídateľnej a stranami nezavinenej zmeny okolností sa plnenie stalo pre niektorú zo strán neprímerane zaťažujúcim, alebo ak by sa v dôsledku plnenia nepoctivo obohatila. Vtedy môže každá zo strán navrhnúť, aby súd spravodlivo prispôbil obsah zmluvy s ohľadom na zmenené pomery, alebo aby zmluvu zrušil. Ako ďalší príklad následkov nepoctivé konania možno uviesť spôsob nápravy vadného plnenia dlžníkom. Navrhuje sa, že v určitých situáciách veriteľ nie je povinný poskytnúť dlžníkovi lehotu na nápravu a jedným z takýchto dôvodov je skutočnosť, že veriteľ má dôvodné obavy, že dlžník vedome plnil vadne a nekonal v dobrej viere a poctivo.

Obdobný prístup k správaniu subjektov súkromného práva možno nájsť aj v tej časti Návrhu, ktorá sa zapodieva záväzkami z iných právnych úkonov. Systematicky ide o ustanovenia zaradené do piatej časti nazvanej „Záväzkové právo“, poslednej, tretej hlavy ako „Záväzky z iných právnych dôvodov“ zaradené v 1. diele, pred „Záväzkami z bezdôvodného obohatenia“ a „Konaním bez príkazu“.

Návrh zákona sa z dôvodov uvedených už v Legislatívnom zámere vyhýba termínu „zodpovednosť“ a hovorí buď o „záväzkoch zo spôsobenia škody“, alebo o povinnosti škodu nahradiť. Už Legislatívny návrh naznačil, že pri príprave paragrafovaného znenia sa modelom právnej úpravy stanú Princípy

deliktneho práva z roku 2005, ktoré myšlienkovu nasledujú Wilburgovu teóriu flexibility a ktorú tvorcovia Princípov prevzali ako filozofický základ nielen budúcej harmonizácie európskeho deliktneho práva (ako kompromis medzi nemecko/francúzsko/rakúskou cestou formulovania práva), ale aj ako prijateľný model modernej národnej úpravy. Podstatu celkového prístupu vychádza z poznania, že súčasné rigidné pravidlá sú často nastavené tak, že poškodený získa buď celú náhradu, alebo nezíska nič („all or nothing“). Tomu má zabrániť navrhovaný flexibilný systém zvažovania rozličných faktorov a hodnôt nastavených tak, aby na jednej strane otvárali dostatočné možnosti pre zvažovanie okolností jednotlivého prípadu a na strane druhej limitovali svojvôľu sudcov tak, aby výsledkom rozhodovania boli predvídateľné a konštantné rozhodovania.

Takouto optikou treba vnímať aj návrh novej úpravy. Predovšetkým, ustanovenia o záväzkoch na náhradu škody sledujú nápravu nepriaznivého stavu (tzv. *corrective justice*); podľa Návrhu... poskytnutie peňažnej platby alebo iného plnenia má poškodeného navrátiť do stavu, v akom by sa nachádzal, ak by nedošlo kškodnej udalosti. V tom istom ustanovení sa dodáva, že náhrada škody plní tiež preventívnu funkciu. Oproti platnému preventívnemu pravidlu (§ 415) sa prevencia v Návrhu poníma omnoho užšie, vníma sa ako povinnosť zakročiť na ochranu iného v prípadoch, keď ukladá zákon. Aj okruh povinných zakročiť je obmedzený - vzťahuje sa na toho, komu to ukladá zákon a ďalej na toho, kto vytvoril nebezpečnú situáciu alebo má nad ňou kontrolu. Rovnaká povinnosť vzniká tam, kde si to vyžaduje povaha vzťahu medzi stranami alebo kde medzi závažnosťou ujmy a ťažkosťami s jej odvrátením existuje zrejмый nepomer.

Celkový systém vychádza zo základného pravidla „*casum sentit dominus*“, myšlienky, že škodu, ktorú niekto utrpel, musí v princípe znášať sám. Na to, aby škodu znášal niekto iný ako poškodený musia existovať určité dôvody pričítania. Dôvody pričítateľnosti, alebo ako Návrh uvádza „Dôvody povinnosti nahradiť škodu“ spočívajú buď v tom, že škodu niekto sám zavínil alebo v tom, že niekto vykonáva mimoriadne nebezpečnú činnosť a zdrojom zvýšeného nebezpečenstva spôsobí škodu. Návrh, podobne ako Princípy na rovnakú úroveň dôvodov pričítateľnosti kladie aj „škodu

spôsobenú inými”, kde radí prípady škody spôsobenej tými, ktorí nemôžu posúdiť následky svojho konania, škody spôsobenej pomocníkom a napokon škody spôsobenej osobou s nebezpečnými vlastnosťami.

Škoda sa v Návrhu vníma juridicky, t. j. ako majetková alebo nemajetková ujma na právom chránenom záujme. Za škodu sa považujú aj výdaje na zabránenie bezprostredne hroziacej škody, ak sú zároveň splnené ďalšie jej znaky, ako dôvod a primeranosť ich vynaloženia. Novinkou sú ustanovenia o tom, že sa nenahrádza škoda, ktorá má svoj pôvod v protiprávnej činnosti poškodeného a tiež minimálna škoda.

Z uvedeného vyplýva, že Návrh vôbec nepracuje s protiprávnosťou „ako jedného z predpokladov vzniku zodpovednosti”. Návrh namiesto toho vychádza z konštrukcie „právom chráneného záujmu”, normy, ktorá je na prvý pohľad otvorenou, avšak v skutočnosti limitovanou a vyvažovanou ďalšími pravidlami. V Návrhu sa uvádza, že ochrana záujmu sa riadi najmä jeho významom, hodnotou, zreteľnosťou a rozpoznateľnosťou. Výslovne sa aj v tejto časti Návrhu zdôrazňuje pravidlo uvádzané vo všeobecnej časti o výkone práv, t. j., že pri ochrane záujmov sa berie do úvahy aj záujem iných na slobodnom rozvoji a výkone ich práv v súlade so záujmami celku. Návrh navyše dopĺňa, že v hierarchii chránených záujmov sa na špici nachádza život, telesná a duševná integrita, ľudská dôstojnosť a sloboda. Analogicky, náprava majetkovej ujmy má pri hodnotení zásahov požívať nižšiu právnu ochranu.

Samotné porušenie chráneného záujmu nepostačuje na to, aby sa naplnila „protiprávnosť”, tak ako to dosiaľ poníma civilistická teória aj prax. Pri rozhodovaní má súd pristúpiť k ďalšiemu kroku, v ktorom sa posudzuje správanie subjektu vo vzťahu k požadovanej úrovni správania sa, ktorá sa zasa pomeruje kritériom rozumného človeka. Hodnotenie štandardu správania je závislé od povahy a hodnoty chráneného záujmu, ktorého sa dotýka (čím vyššia je hodnota chráneného záujmu, tým vyššia ochrana je mu priznaná), nebezpečnosti konania (konajúci je povinný prispôbiť svoje správanie povahe a charakteru činnosti, ktorú vykonáva), skúseností, ktoré možno od konajúcej osoby očakávať (ak subjekt koná v rámci výkonu svojho povolania, možno očakávať vyššiu mieru skúseností, na ktoré sa poškodený spolieha), predvídateľnosti vzniku škody (predvídateľnosť ako objektívna

kategória, posudzovaná k okamihu konania, ktoré viedlo k vzniku škody), vzájomného vzťahu medzi škodcom a poškodeným (čím bližší vzťah medzi subjektmi existuje, tým vyššia miera opatrnosti a obozretnosti je predpokladaná na strane konajúceho vzhľadom na oprávnené záujmy druhej strany, ktoré by konajúci škodca mal vzhľadom na blízkosť vzťahu poznať), ako aj od stupňa dosiahnuteľnosti a ceny nákladov potrebných na realizáciu preventívnych alebo alternatívnych metód (ak je cieľ možné dosiahnuť použitím viacerých metód, je potrebné zvoliť metódu, ktorá v čo najnižšej miere ohrozuje oprávnené záujmy iných, pričom je potrebné zvoliť spôsob, ktorý je bezpečný napriek tomu, že jeho cena je vyššia). Treba zdôrazniť, že model štandardu správania sa „rozumnej osoby“ sa v Návrhu neponíma ako správanie sa akéhosi „priemerného člena spoločnosti“, ale ako štandard konania moderného typu „bonus pater familias“ (good family father, le bon père de famille), ktorý nepresadzuje výlučne svoje ciele, ale naopak berie do úvahy aj záujmy iných subjektov. Ide o zásadu, ktorá sa zdôrazňuje od prvých ustanovení všeobecnej časti Návrhu.<sup>15</sup>

Porušenie právom chráneného záujmu spolu s hodnotením správania sa k objektívnemu meradlu požadovanej úrovne správania sa vedie k založeniu povinnosti nahradit' škodu spôsobenú zavinene. Porušenie právom chráneného záujmu pri splnení ďalších predpokladov, ako napr. Pôsobenie zvýšeného nebezpečenstva) môže zasa viesť k situácii, že dôkaz o zachovaní štandardu správania sa musí znášať škodca.

Návrh predpokladá aj situácie, kedy sa škoda pričíta niekomu bez ohľadu na zavinene (tzv. objektívna zodpovednosť, prísna zodpovednosť (strict liability, zodpovednosť za výsledok). Takým je prípad škody spôsobenej pri prevádzke zvlášť nebezpečnej. Už z názvu vyplýva, že ak prevádzka nenaplní kritérium „zvýšeného rizika“ hradí sa škoda, ktorá má pôvod vo vade prevádzky alebo jej výrobku alebo služby. Musí ísť o existujúcu prevádzku podniku, ktorou sa sleduje hospodársky alebo profesijný účel a kde sa pri činnosti využívajú pomocníci alebo technické zariadenie. V takomto prípade sa hodnotí, či prevádzkovateľ dodržal náležitú starostlivosť, pričom bremeno dôkazu znáša prevádzkovateľ.

<sup>15</sup> Pozri tiež WIDMER, P. Liability Based on Fault. In: *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, s. 76.



Povinnosť nahradiť škodu predpokladá, že škoda vznikla v príčinnej súvislosti s porušením právom chráneného záujmu (pozri výklady vyššie). V krátkosti sa preto treba zmieniť aj o návrhu úpravy príčinnej súvislosti, ktorou sa rovnako sleduje vytvorenie flexibilného systému rozhodovania. Návrh počíta s dvojstupňovým skúmaním príčinnosti. V prvom stupni sa skúma (prirodzená) kauzalita, pričom v Návrhu sa na prvom mieste uvádza, že správanie alebo iná skutočnosť je príčinou vzniku škody, ak by pri neexistencii takejto skutočnosti škoda nevznikla („*conditio sine qua non*”). Pretože príčin vzniku škody je spravidla niekoľko a sú spravidla tiež rôznej povahy a pôsobia v rôznom čase autori Návrhu považovali za potrebné uviesť v Návrhu aj modalitu kauzality. Z toho dôvodu Návrh uvádza aj iné podoby príčinnej súvislosti, ako sú súbežné príčiny, alternatívne príčiny, potencionálne príčiny a neurčité dielčie príčiny. Tým sa hodnotenie príčinnosti nekončí. V druhom stupni sa predpokladá aplikovanie „juristického” určenia príčinnosti, kde sa ako pomôcka súdu predkladajú ďalšie okolnosti na ktoré je potrebné prihliadať, ako napríklad predvídateľnosť škody v okamihu jej vzniku, povaha a hodnota chráneného záujmu, dôvod vzniku povinnosti nahradiť škodu, rozsah bežného životného rizika a účel normy, ktorá bola porušená. Založenie povinnosti hradiť škodu môžu vylúčiť alebo obmedziť určité okolnosti. Návrh výslovne vypočítava nutnú obranu, krajnú núdzu, svojpomoc a privolenie poškodeného.

Pokiaľ ide o spôsob náhrady škody, Návrh uprednostňuje relatárnu náhradu. Záverom prichodí pripomenúť, že tvorcovia prvej pracovnej verzie nového Občianskeho zákonníka sledovali zámer vytvoriť flexibilný systém, ktorý by v najširšej miere rešpektoval dnytmiku a rôznorodosť prejavov autonómie vôle subjektu sledujúceho svoje záujmy. Je zrejmé, že povaha vzťahov založených prejavom vôle a tých, ktoré nastupujú ako následok porušenia zásady nikomu neškodiť sa diametrálne líšia. Vo vzťahoch, kedy treba pričítať povinnosť náhrady škody sa už tradične prejavujú normy kogentnej povahy, ktorými spoločnosť vyjadruje snahu chrániť vybrané hodnoty. Na tejto dvojtvárnosti záväzkového práva sa príspevok snažil objasniť vybrané inštitúty Návrhu znenia nového Občianskeho zákonníka, ktorým by sa mala vyjadriť príslušnosť k hodnotám európskej histórií, kultúre a poznaniu. K takým treba zaradiť aj predstavu, o tom, že „právo nie je vždy identické

s množinou písaných zákonov, oproti pozitívnym právnym normám stanoveným štátnou mocou môže za určitých okolností vyvstať „právo na viac“, ktoré nachádza svoj prameň v ústavne konformnom právnom poriadku a môže pôsobiť ako korektív vo vzťahu k písanému zákonu... rozhodnutie súdu tak vyplňuje medzeru v zákone podľa meradiel praktického rozumu a podľa fundovaných všeobecných predstáv o spravodlivosti panujúcej v spoločnosti”.<sup>16</sup>

## Literature

- DULAK, A. *Súdne rozhodnutia a právna autonómia*. Príspevok na konferencii „Československé právnické dni“, Omšenie 10. novembra 2015.
- HESSELINK, M. W. Common Frame of Reference & Social Justice. In: *European Review of Contract Law*. 2008, č. 3.
- LAZAR, J. *Otázky kodifikácie súkromného práva*. Iura Edition, 2006. ISBN 80-8078-128-1.
- MELZR, F.; TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník, Velký komentář*. Leges, 2013.
- PELIKÁNOVÁ, I. Návrh občanskoprávní kodifikace z pohledu Evropských společenství. IN: ŠVESTKA, J.; DVORÁK, J.; TICHÝ, L. (eds.). *Sborník statí z diskusních fór o rekodifikaci občanského práva*. Praha ASPI, a. s., 2006.
- TELEC, I. Poctivost a důvěra, dobrá víra, dobré mravy, veřejná morálka a veřejný pořádek. In: *Právní rozhledy*. 2011, roč. 19.
- TEUBNER, G. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. In: *Modern Law Review*, 1998.
- WIDMER, P. Liability Based on Fault. In: *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*. Wien: Springer, 2005.

## Contact – e-mail

dulak@sba.sk

---

<sup>16</sup> Spolkový ústavný súd, vo veci Soraya Esfandiary-Bakhtiary (BVerfGE 34, 269).

# **K systematike a ďalším otázkam právnej úpravy zmluvného záväzkového práva v návrhu nového slovenského Občianskeho zákonníka**

*Denisa Dulaková Jakúbeková*

Vysoká škola Danubius, Právnická fakulta Janka Jesenského,  
Slovenská republika

## **Abstrakt in original language**

Príspevok sa zameriava najmä na systematické hľadisko právnej úpravy záväzkov zo zmlúv v pracovnej verzii návrhu nového slovenského Občianskeho zákonníka. Sleduje tradičné teórie akademika Lubyho, ktoré prispôsobuje súčasným potrebám. Inšpirácie hľadá aj v iných moderných civilných úpravách.

## **Keywords in original language**

legislatívny zámer; návrh nového slovenského Občianskeho zákonníka; vnútorná systematika; zmluva; zmluvné právo; spotrebiteľ; spotrebiteľské právo.

## **Abstract**

The article is focused on the methodical aspects of the regulation of contracts in the working version of the proposal of the new Slovak Civil Code. It follows classic doctrines created by academic Luby, modified to contemporary demands. It also looks for inspirations in other modern civil codes.

## **Key words**

Legislative Intent; Proposal of the new Slovak Civil Code; Internal Classification; Contract; Contract Law; Consumer; Consumer Law.

Podľa platného legislatívneho zámeru nového slovenského Občianskeho zákonníka (ďalej len „legislatívny zámer“), má byť zmluvné záväzkové

právo upravené v jeho **druhej hlave** piatej časti. Legislatívny zámer počíta s tým, že ju bude tvoriť **14 dielov**, väčšinou pozostávajúcich z ďalších oddielov a pododdielov.

Katalóg zmluvných typov je v **konkrétnej podobe** zverejnený v legislatívnom zámere publikovanom na stránkach Ministerstva spravodlivosti SR a mám za to, že je odbornej verejnosti známy.<sup>1</sup>

V súvislosti s obsahom legislatívneho záveru a odovzdanou **pracovnou verzou** návrhu nového Občianskeho zákonníka<sup>2</sup>, mi prichodí konštatovať, že pri koncipovaní zmluvného záväzkového práva sa jeho tvorcovia **rozhodli vstúpiť do línie navodenej v legislatívnom zámere** a ten – v otázke **vnútornej systematiky zmluvného záväzkového práva** – upravili.

Viedlo ich k tomu najmä dodatočné a dôsledné štúdium riešenej problematiky (legislatívny zámer sa schválil v januári 2009, čo je k dnešnému dňu 7 rokov), ale najmä celkový význam sledovaný rekodifikáciou slovenského súkromného práva, čo so sebou (okrem iného) prináša snahu o vytvorenie racionálneho a zrozumiteľného kódexu.

Ako teda prebiehali práce na zmluvnom záväzkovom práve?

Najskôr bolo potrebné uzavrieť katalóg zmluvných typov, ktoré bude Občiansky zákonník upravovať. Komisia, pochopiteľne, vychádzala z legislatívneho zámeru, ani ten však v niektorých prípadoch nedával jednoznačné či uspokojivé odpovede. Výsledky práce komisie budú predstavené neskôr.

Po tom, ako sa ustálila voľba konkrétnych zmlúv vrátane ich podtypov, prišla narad **kategorizácia** vybraných zmluvných typov **a zároveň** usporiadanie jednak konkrétnych zmlúv v rámci jednotlivých kategórií, ako aj samotných kategórií do uceleného systému.

Pri tejto činnosti sa ponúkali viaceré inšpirácie, najmä:

**A)**

- a) **zoskupenie zmlúv do konkrétnych zmluvných kategórií podľa toho, k čomu konkrétna zmluva smeruje**, t. j. buď k „dare“, teda k „daniu“ určitej veci či už do vlastníctva prípadne do užívania alebo k „faceru“, t. j. k vykonaniu určitej činnosti,

<sup>1</sup> <https://www.justice.gov.sk/.../OZ/Legislativny%20zamer%20OZ.pdf>

<sup>2</sup> Vid' napr. na <http://www.lexforum.sk/>

## b) v rámci jednotlivých kategórií zoradenie zmluvných typov:

- buď spôsobom „od jednoduchších k zložitejším“, pričom jedným z rozlišovacích prvkov sa pri tomto prístupe stala potreba/možnosť/absencia potreby protiplnenia (k tomu porovnaj napr. rakúsky ABGB<sup>3</sup>), alebo
- podľa toho, ktorá zmluva je pre túto kategóriu **typická** – napr. v rámci zmlúv o prevode vlastníctva by bola ako prvá upravená kúpna zmluva, v rámci zmlúv o prenechaní veci na užívanie nájomná zmluva, v kategórii obstarávateľských zmlúv príkazná zmluva a pod.,

- c) usporiadanie **kategórií** vytvorených podľa písm. a) podľa významu, ktorý sa im pripisuje a ktorý vo veľkej miere zohľadňuje mieru ich využiteľnosti v bežnom živote – túto koncepciu sleduje viacero civilnoprávných úprav, samozrejme, každá vo vlastnej réžii, obvykle sa preferujú zmluvy o prevode vlastníctva, za ktorými nasledujú spravidla zmluvy o prenechaní veci na užívanie, ďalej zmluvy o zhotovení veci alebo o vykonaní určitej činnosti a ostatné zmluvy (napr. nemecký BGB, švajčiarsky ZGB, quebecký Code Civil, Občiansky zákonník Ruskej federácie a ďalšie),

**B)**

„kombinácia“ vyššie spomenutých modelov, ktorú sme zaznamenali napr. aj v novom českom Občianskom zákonníku; ten síce zaradil na prvé miesto kategóriu zmlúv o prevode vlastníctva, čo robí väčšina právnych úprav, v rámci nej však nájdeme 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“

<sup>3</sup> ABGB upravuje ako prvú darovaciu, teda typickú bezodplatnú zmluvu, za ktorou nasledujú iné „jednoduchšie“ formy zmluvných záväzkových vzťahov, ktoré sú buď bezodplatné alebo fakultatívne odplatné (napr. zmluva o úschove, zmluva o pôžičke, zmluva o zápožičke/výpožičke a ďalšie).

**výprosa** a za ňou bezodplatná **výpožička**, až za nimi nájom, pacht, pôžička a úver. Obdobnú snahu badať u tvorcov NOZ aj pri ďalších zmluvných kategóriách, prirodzene v medziach, v ktorých to bolo možné...<sup>4</sup>

## C)

**iný prístup** (napr. model francúzskeho Civil Code, španielskeho Código Civil či iného kódexu).

Výsledkom našej práce bolo rozhodnutie, ktoré má z vyššie predstavených modelov pravdepodobne najbližšie k nemeckému, švajčiarskemu, quebeckému či ruskému kódexu.

Pri jeho precizovaní navyiac vystúpil do popredia **nový prvok** – zohľadnenie poznatkov, výstupov a diel **osobností slovenskej právnej vedy**, ktoré sú jedinečné svojím obsahom a poslanstvom a ktoré tým, že vyvstávajú z domáceho (slovenského) právneho prostredia, sú pre nás príznačné.

Zmluvné záväzkové právo by sa tak z hľadiska kategorizácie zmluvných záväzkov **mohlo stať zaslúženou poctou akademikovi Štefanovi Lubymu**, ktorý sa kategorizáciou zmluvného práva zaoberal veľmi precízne a komplexne a jeho diela možno z tohto hľadiska označiť za nadčasové. A keďže z prác akademika Lubyho venovaných kategorizácii zmluvného záväzkového práva vyplynulo, že bez ohľadu na obdobie, ktorého sa Lubyho tvorba týkala, tri zmluvné kategórie, ktoré pomenoval, ostali vo svojej podstate konštantné:

- a) zmluvy smerujúce na výmenu tovaru (resp. obeh majetkovej podstaty),
- b) zmluvy smerujúce na prenechanie užívania majetkovej podstaty,
- c) zmluvy, predmetom ktorých je typické konanie alebo jeho výsledok,

<sup>4</sup> V rámci tzv. **uschovacích** zmlúv je na prvom mieste upravená úchova (§ 2402 - 2414 NOZ), ktorá je fakultatívne odplatná (§ 2406 ods. 2), za ňou nasleduje obligatórne odplatná zmluva o skladovaní (§ 2415 ods. 1). Podobné je to aj pri **kategorii zmlúv príkazného typu** (§ 2430 – 2549), v rámci ktorej je upravený ako prvý inštitút **príkaz**, ktorý je fakultatívne odplatný, za ním nasleduje obligatórne odplatná zmluva o sprostredkovaní (§ 2445 ods. 1) a ďalšie odplatné zmluvné záväzky (komisionárska zmluva, zasielateľská zmluva, obchodné zastúpenie a pod.). Túto logiku v systematicke zmlúv príkazného typu istým spôsobom narúša tzv. „starostlivosť o zdravie“, ktorá je **predposledným zmluvným typom tejto kategórie** (§ 2636 – 2651). Dôvodová správa k § 2636 – 2637 ohľadom starostlivosti o zdravie však uvádza, že **odplatosť nie je pojmovým znakom zmluvy, avšak len preto, že niektoré výkony sú plne hradené z poistenia a tak ich príkazca prípadne ošetrovaný nemusí platiť sám, ale sú hradené z iných zdrojov**.

tvorcovia na tento poznatok nadviazali a **navrhli zracionalizovať pôvodných 14 dielov** zmluvného záväzkového práva obsiahnutých v legislatívnom zámere **do 5 dielov**, z ktorých:

- prvé tri korešpondujú s troma vyššie spomenutými „konštantnými“ kategóriami z diel akademika Lubyho (ich názvy sa upravili len formulačne),
- pričlenili k nim tzv. odvážne zmluvy (aleatórne zmluvy, Glückverträge<sup>5</sup>), ktoré Luby použil ako samostatnú kategóriu v diele z roku 1953<sup>6</sup>,
- ako 5., t. j. posledný diel, sa prevzal pôvodne 14. diel legislatívneho zámeru - záväzky z jednostranných právnych úkonov.

Zmluvné záväzkové právo tak podľa odovzdaného pracovného návrhu pozostáva z týchto 5 základných dielov:

- 1. diel:** zmluvy o prevode vlastníctva,
- 2. diel:** zmluvy o prenechaní veci na užívanie,
- 3. diel:** zmluvy o konaní alebo o výsledku konania,
- 4. diel:** odvážne zmluvy,
- 5. diel:** záväzky z jednostranných právnych úkonov.

Tie sú vnútorne členené nasledovne:

#### 1. **DIEL: Zmluvy o prevode vlastníctva**

1. oddiel: **Kúpna zmluva** (vrátane spotrebiteľskej kúpnej zmluvy a kúpy podniku)
2. oddiel: **Zámenná zmluva**
3. oddiel: **Darovacia zmluva**

#### 2. **DIEL: Zmluvy o prenechaní veci na užívanie**

1. oddiel: **Nájomná zmluva** (všeobecné ustanovenia vrátane nájmu s právom kúpy, nájom budovy alebo jej časti **vrátane** nájmu a podnájmu bytu a „*nového*“ - nájmu priestoru na podnikanie a podnikateľský nájom hnutelých vecí, ktorý pojíma aj zmluvu o dopravnom prostriedku v súčasnosti upravenú v Obchodnom zákonníku)
2. oddiel: **Zmluva o árende** (všeobecné ustanovenia, árenda pozemku, árenda podniku)

<sup>5</sup> Pozri napr. § 1267 a nasl. ABGB

<sup>6</sup> LUBY, Š. Sústava záväzkových zmluvných typov v Občianskom zákonníku. In: *Právnické štúdie*. 1953, ročník II., s. 219–298.

3. oddiel: **Zmluva o výpožičke**
4. oddiel: **Zmluva o ubytovaní**
5. oddiel: **Licenčná zmluva**
6. oddiel: **Zmluva o pôžičke**
7. oddiel: **Zmluva o úvere**
8. oddiel: **Zmluva o spotrebiteľskom úvere**
3. **DIEL: Zmluvy o konaní alebo o výsledku konania**
  1. oddiel: **Obstarávateľské zmluvy** (príkazná zmluva, komisionárska zmluva, sprostredkovateľská zmluva, zmluva o obchodnom zastúpení)
  2. oddiel: **Zmluvy v cestovnom ruchu** (zmluva o obstaraní zájazdu, zmluva o poskytovaní niektorých služieb v cestovnom ruchu<sup>7</sup>)
  3. oddiel: **Zmluvy o preprave** (zmluva o preprave osôb, zmluva o preprave vecí, zmluva o prevádzke dopravného prostriedku, zasielateľská zmluva)
  4. oddiel: **Zmluvy o úschove vecí** (zmluva o úschove, zmluva o skladovaní)
  5. oddiel: **Bankové zmluvy** (zmluva o vedení účtu vrátane právnej úpravy vkladov, zmluva o otvorení akreditívu, zmluva o inkase)
  6. oddiel: **Zmluva o spoločenstve**<sup>8</sup>
  7. oddiel: **Zmluva o diele**
  8. oddiel: **Zmluva o výstavbe, vstavbe alebo nadstavbe domu**
4. **DIEL: Odvážne zmluvy**
  1. oddiel: **Poistné zmluvy**
  2. oddiel: **Zaopatrovateľské zmluvy** (zmluva o finančnej výpomoci, zaopatrovacia zmluva)
  3. oddiel: **Stávka, hra a žreb**
5. **DIEL: Záväzky z jednostranných právnych úkonov**
  1. oddiel: **Verejný prísľub** (prísľub odmeny, prísľub ceny)
  2. oddiel: **Prísľub odškodnenia**

---

<sup>7</sup> Vid' § 4 terajšieho zákona č. 161/2011 Z. z. o ochrane spotrebiteľa pri poskytovaní niektorých služieb cestovného ruchu a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

<sup>8</sup> V tejto kategórii bola zaradená aj v prácach akademika Lubyho, vid' LUBY, Š. Sústava záväzkových zmluvných typov v Občianskom zákonníku. In: *Právnické štúdie*. 1953, ročník II., s. 219–298.



Pri koncipovaní návrhu zmluvného záväzkového práva sa jeho tvorcovia potýkali s viacerými ďalšími otázkami, z ktorých osobitne významnou bola otázka vzťahu nového Občianskeho zákonníka k tzv. spotrebiteľskému právu.

Spotrebiteľská zmluva je v súčasnosti upravená v **prvej**, t. j. všeobecnej časti Občianskeho zákonníka<sup>9</sup>. Nový Občiansky zákonník ju bude upravovať v **5. časti - záväzkovom práve**, avšak v jeho všeobecných ustanoveniach (prvá hlava). Spotrebiteľská zmluva totiž **nie je samostatným zmluvným typom**, ale inštitútom, ktorý má vo vzťahu ku konkrétnym zmluvným záväzkom akúsi „**nadstavbovú**“ povahu a ktorý dáva konkrétnym zmluvným typom osobitný charakter, ak vzťah založený konkrétnou zmluvou, **naplní znaky spotrebiteľského vzťahu**<sup>10</sup>.

Legislatívny zámer je vo vzťahu k spotrebiteľskej zmluve formulovaný tak, že Občiansky zákonník ju pojme do svojho obsahu, avšak len v jej **súkromnoprávnej a základnej rovine**.

Máme za to, že tento prístup bol a je opodstatnený. Mnohé osobitné typy **tzv. spotrebiteľských zmlúv**, osobitne **zmluva o spotrebiteľskom úvere** či **zmluvy o poskytovaní niektorých služieb cestovného ruchu** a ďalšie, totiž upravujú vzťahy, ktoré sú **osobité a mimoriadne náročné**. Normy,

<sup>9</sup> Právna úprava týkajúca sa „spotrebiteľa“ v OZ v mnohom kolide s právnou úpravou zákona č. 250/2007 Z. z., donedávna aj vo vymedzení pojmov „spotrebiteľ“ a „dodávateľ“. Zákon č. 250/2007 Z. z. o ochrane spotrebiteľa sa vzťahoval aj na spotrebiteľa **právnickú osobu**, ak „nakupuje výrobky alebo používa služby pre osobnú potrebu alebo pre potrebu príslušníkov svojej domácnosti.“ V zmysle novely ZOS, zák. č. 102/2014 Z. z., účinné od 01. 05. 2014, sa za spotrebiteľa považuje osoba (už iba fyzická), nekonajúca v rámci predmetu svojej podnikateľskej činnosti, zamestnania alebo povolania.

<sup>10</sup> Jeho ústredným pojmom je „spotrebiteľ“, ktorý je vnímaný ako fyzická osoba – podnikateľ, nový český OZ ho definuje v § 419 ako „každého človeka, ktorý mimo rámec svojej podnikateľskej činnosti alebo mimo rámec samostatného výkonu svojho povolania uzatvára zmluvu s podnikateľom, alebo s ním koná inak“. **Spotrebiteľ z pohľadu Európskej únie:**

Európska únia vo všeobecnosti zastáva názor, že spotrebiteľom môže byť výlučne fyzická osoba, ktorá nekoná v rámci svojej podnikateľskej, obchodnej alebo profesijnej činnosti. Súdny dvor Európskej únie tento výklad potvrdil (v rozsudku C-541/99 v spojení s C-542/99 Cape Snc v. Idealservice Srl a Idealservice). Pri výklade sa riadil **smernicou Rady 93/13/EHS o nekalých podmienkach v spotrebiteľských zmluvách** (vzťahuje sa na všetky záväzky, možno ju preto použiť univerzálne, nie len napr. pri tzv. time-sharingu), ktorá spotrebiteľa definuje ako „akúkoľvek fyzickú osobu, ktorá v zmluvách podliehajúcich tejto smernici koná s cieľom, nevzťahujúcim sa k jej obchodom, podnikaniu alebo povolaniu.“

ktoré ich upravujú, sú po vzore viacerých smerníc **pomerne komplikované** a ich vecný záber je veľmi široký. Pracujú s celou škálou vlastných ustanovení o predzmluvných informačných povinnostiach, náročnými finančnými a ekonomickými pojmami, finančnými vzorcami, odkazujú na osobitné prílohy, obsahujú mechanizmus kontroly a sankcií. Ich podrobnejšia úprava v osobitných predpisoch, na ktorú by mal podľa návrhu odkazovať Občiansky zákonník v rámci ich všeobecnej úpravy, sa preto javí nateraz ako rozumná a vhodná.

**Contact – e-mail**

*d.dulakova@gmail.com*

# Failed Reform Elements in the New Romanian Code of Civil Procedure

*Daniel Ghita*

University of Craiova, Faculty of Law, Romania

## **Abstract in original language**

Noul Cod de procedură civilă român cuprinde numeroase mecanisme procedurale inovatoare a căror reglementare a fost argumentată de legiuitor prin necesitatea creșterii calității actului de justiție. Încă din faza de proiect o parte din soluțiile adoptate au generat dispute teoretice sau controverse cu privire la aplicabilitatea practică, ceea ce a determinat amânarea aplicării lor. După intrarea în vigoare a noului cod criticile doctrinare s-au transpus în soluții ale instanței de control constituțional care au constatat neconformitatea unor texte legale cu legea fundamentală sau cu Convenția europeană a drepturilor omului.

## **Keywords in original language**

noul Cod de procedură civilă; reformă; neconstituționalitate.

## **Abstract**

The new Romanian Code of Civil Procedure contains many innovative procedural mechanisms the regulation of which has been substantiated by the legislature by the need to increase the quality of justice. Ever since the project stage some of the adopted solutions have generated theoretical disputes or controversies with regard to the practical applicability, which caused the delay of their application. After the entry into force of the new code, doctrinal criticisms were translated into solutions of the constitutional review court that found the non-compliance of certain legal texts with the fundamental law or the European Convention on Human Rights.

## **Keywords**

New Code of Civil Procedure; Reform; Unconstitutionality.

## 1 Preliminary issues

Starting from the drawbacks of the procedural system governed by the 1865 Code of Civil Procedure, which was reproached a certain slowness and unpredictability of solutions, the reform of the Romanian legislation in civil procedural matters aimed at ensuring the efficiency of justice and a coherent case law. The new Romanian Code of Civil Procedure, which entered into force on 15 February 2013, contains the appropriate procedural mechanisms meant to provide uniform practices and sensibly reduce the length of the trial. These two goals could not, by themselves, ensure the success of the reform process, if they were not accompanied by certain interventions of the legislature on all procedural institutions, so that the justice act will be not only prompt, effective and predictable, but also of high quality. If such a systematic change did not exist, the consequences on the fluidization of the procedure would be devastating and the outcome would be even contrary to the objectives.

The express regulations in the new code on some fundamental principles of civil procedure, such as free access to justice and the right to a fair trial within an optimal and predictable time were the main reasons for the reform, requiring the reconfiguration of important procedural institutions. The material jurisdiction of the courts and, in particular, the jurisdiction in the matter of appeals, was one of the main concerns of the legislature, which led to the restructuring of the civil trial. Equally important, this substantial intervention of the legislature would not have led to the attainment of the goals unless accompanied by the establishment of appropriate procedural mechanisms necessary to effectively ensure the optimal functioning of judicial proceedings and to prevent, before the end of the trial, non-uniform practices in the same matter. The stages of the civil trial were restructured, emphasizing the preparatory written phase of the process, the legal regime of some procedural exceptions was altered, as well as the rules on the prorogation of jurisdiction. There are new procedural means meant to ensure the celerity of trials, such as the estimation of the length of the trial and the contestation for the delay of the trial. The new code also includes provisions with the purpose of ensuring consistent practices while establishing effective mechanisms in this respect. The rules on the continuity of the panel, the

summoning of the parties or the possibility of trial postponement as agreed by the parties are more rigorously drafted.

These interventions of the legislature aiming at important procedural institutions are supplemented by a number of new, particular regulations subsumed to the same goal declared by the drafters of the new code, namely the acceleration of the trial. This includes the restructuring of the stages of civil proceedings and the preparation of the first or, where appropriate, second appeal file by the court whose judgment has been challenged. These new provisions, although not permanently removed from the new code, as was the case with the provisions which we will analyze below, were suspended in their application, even before the entry into force of the new code. Thus, for reasons of court logistics, initially by Law no. 2/2013<sup>1</sup>, the application of the provisions concerning the trial investigation in the council chamber was delayed, as well as the application of those provisions on the preparation of the case by the court whose judgment may be appealed by 1 January 2016. Yet recently, by the Emergency Ordinance no. 62 of 23 December 2015, this time limit was extended to 1 January 2016. By this new deadline, the provisions of Law no. 2/2013 substituting those of the Code of Civil Procedure are to be enforced.

Therefore until 31 December 2016, the trial investigation and, where applicable, the debate over the facts of the case will be conducted in open court and the preparation of the first appeal or, where appropriate, second appeal file will be completed by the court ruling in that case.

The provisions of the new code suspended from application divide the trial phase into two stages, the investigation and the debate over the facts of the case. The novelty is that the investigation is to be conducted in the council chamber, under conditions of restricted publicity, the participants in the hearing being the parties, their representatives, the defenders of the parties, witnesses, experts or other such persons whose participation in the trial is allowed by the court. As compared with the previous regulations, a novelty is also the preparation of the first appeal or, where appropriate, second

---

<sup>1</sup> Law no. 2/2013 on measures to reduce the workload of the courts, and to prepare the enforcement of Law no. 134/2010 on the Code of Civil Procedure contains enforcement provisions and transitional rules for the implementation of the new Code of Civil Procedure.

appeal file by the court whose judgment has been challenged, a provision laid down for the purpose of reducing the workload of the judicial review courts in this procedure, thus ensuring a faster trial in appeal courts.

An important category of procedural provisions contained in the new code, introduced for the purpose of reducing the workload of the courts and ensuring a high-quality jurisdictional act was from the very beginning an absolute innovation in Romanian civil procedure, and this has generated intense doctrinal disputes ever since the design phase of the code. Divergences continued after the entry into force of the new code, and criticism took the form of unconstitutionality objections brought before the courts or the Ombudsman and ruled on by the Romanian Constitutional Court by admission decisions. Below, we will identify the most relevant aspects of unconstitutionality found in the new Code of Civil Procedure, while providing arguments both from the perspective of the Constitutional Court and from the standpoint of the drafters of the new code.

## **2 Drafting and presenting the second appeal**

A novelty introduced by the new Code of Civil Procedure was the obligation that the appellant should be assisted and, where applicable, represented by a lawyer before the court of second appeal.

Pursuant to art. 82, “in the drafting of the application and the grounds of appeal, as well as in exercising and presenting the second appeal, natural persons shall be assisted and, where appropriate, represented, under the sanction of nullity, only by a lawyer, as provided by law, except for the cases provided under art. 13(2)”. In accordance with art. 13(2) “in the second appeal, the requests and conclusions of the parties can only be submitted and presented by a lawyer or, where appropriate, legal adviser, except for the case where the party or his representative, spouse or relative up to the second degree, has a degree in law”.

With regard to legal persons, the rules are the same, as provided under art. 84. Thus, in drafting the application and the grounds of appeal, as well as in exercising and presenting the second appeal, legal persons shall be assisted and, where appropriate, represented, under the sanction of nullity, only by a lawyer or legal adviser, as provided by law.

The sanction for non-compliance with this requirement is the nullity of the appeal application given that art. 486 provides that the existence of the signature of the lawyer or legal advisor or power of attorney or, where appropriate, the delegation of the legal adviser, are required by law under the sanction of nullity.

Moreover, the requirement of having the applications written by a lawyer is extended with regard to the appellee in the second appeal since, pursuant to art. 490, the defence must be drafted and signed by the appellee's lawyer or legal adviser.

Even in the explanatory memorandum that accompanied the draft of the new Code of Civil Procedure, the solution of drafting the second appeal and of being assisted or represented by a lawyer before the court of second appeal is motivated by imposing a procedural discipline and by avoiding the filing of informal second appeals, which do not rigorously fall within the scope of second appeal grounds.

The solution regarding the obligation to be assisted or represented by a lawyer before the court of second appeal under the new code was justified by its very initiators by the specific nature of the control exercised by way of the second appeal, while also considering that the new provisions introduced in the code were incompatible with the requirements of art. 6 of the European Convention on Human Rights<sup>2</sup>. The Romanian proceedings of the second appeal promote the exclusive control of the legality of the challenged judgment and the illegality reasons for which the second appeal may be lodged are expressly and exhaustively provided by law. Under these conditions, the drafting of the appeal application and, subsequently, the presentation of the case before the court of second appeal must be the prerogative of law experts - lawyers, legal advisers or, in exceptional cases, persons with a degree in law when they represent in the trial their spouse or a relative up to the second degree. In this way, one avoids lodging appeals which do not comply with the legal requirements that might be rejected or cancelled without judging the facts of the case.

---

<sup>2</sup> CIOBANU, V. M. In: CIOBANU, V. M.; NICOLAE, M. (eds.). *Noul Cod de procedură comentat și adnotat. tome I - art. 1-526*. București: Editura Universul Juridic, 2013, p. 36.

The provisions in the matter of the second appeal must be examined not only from the perspective of the principle of free access to justice, as their supporters did at the time of their inclusion in the code, but also from that of their critics.

Art. 5 of the new code, establishing that “judges have the duty to receive and decide on every application falling within the jurisdiction of courts, as provided by law” sets out in a concrete way the principle of free access to justice, more precisely the obligation relating to the right of access to justice<sup>3</sup>. Free access to justice is a right enshrined in art. 21 of the Romanian Constitution, and in art. 6 of Law no. 304/2004 on judicial organization. It also occurs in the new code, under art. 192 “for the protection of his legitimate rights and interests, any person may institute legal proceedings by lodging a claim with the competent court”.

Without being expressly provided for in the Convention, the principle of free access to justice was enshrined in the case law of the European Court of Human Rights. Art. 6(1) of the European Convention on Human Rights expressly provides the right to a tribunal<sup>4</sup>, which is not identical with the right of access to justice. Although interdependent, the two categories of rights do not overlap, the right to a court of law being subsequent to the right of access to justice. The right of access to justice is not confused with “the right to an effective remedy” enshrined in art. 13 of the Convention, the latter having a wider scope, since the “effective remedy” could be exercised not only before a court with jurisdiction in the case, but before any national authority.

Since the right of access to justice is not absolute, material or procedural legal provisions may impose certain requirements, but without the ban to exercise the right of access to a court of law. The requirements may be limitations or restrictions subordinated to “a legitimate aim” and a “proportionality” to that end, in other words, the right may be subject to limitations or prerequisites as long as its actual substance is not affected. In this respect, the

<sup>3</sup> DELEANU, I. *Tratat de procedură civilă*. Vol I. București: Editura Universul Juridic, 2013, p. 207.

<sup>4</sup> “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”.



European Court of Human Rights held that “the limitation of the right of access to court is not compatible with art. 6(1) of the Convention, unless there is a reasonable degree of proportionality between the means employed and the aim pursued”<sup>5</sup>.

In this context the imposition of a stamp duty, security, prior procedure, or the establishment of the jurisdiction of a court, or even the obligation to be assisted by a qualified lawyer, may be accepted.

With regard to the stamp duty, it is accepted that it generally does not affect the right of access to justice in its substance if the obligation is not excessive in relation to the party’s financial resources. Instead, the provisions of the new code regarding the obligation to be assisted or represented by a lawyer before the court of second appeal, under the sanction of nullity, have been from the very moment of their introduction, subject to criticism for unconstitutionality and unconventionality in terms of breach of the principle of free access to justice.

The solution of the Romanian code is consistent with the civil procedural provisions in most European countries<sup>6</sup>. In Germany, one cannot appear before the Supreme Court, courts of appeal and tribunals without being assisted by a lawyer, and in France the rule is that an appeal is lodged by a lawyer with the Court of Cassation. Mandatory assistance by a lawyer in civil proceedings before certain courts or in relation to the nature and value of cases is found in Belgium, Spain, Italy, Greece, Poland, Hungary, Portugal, the Netherlands or Luxembourg.

Ensuring the effective right of access to justice while imposing the assistance of a lawyer, implies the establishment of the mechanisms securing qualified free assistance of a lawyer in civil matters. Public judicial aid governed by the Government Emergency Ordinance no. 51/2008 may be resorted to for this purpose. The critics of the new code solution have estimated that the possibility of making use of public judicial aid is not likely to compensate for the limitations caused by requiring mandatory representation by a lawyer.

<sup>5</sup> DELEANU, I. *Drepturile fundamentale ale părților în procesul civil*. București: Universul Juridic, 2008, pp. 130-135.

<sup>6</sup> ZIDARU, I. Despre obligativitatea asistenței juridice în recurs, prin avocat sau consilier JURIDIC, potrivit noului Cod de procedura civilă. *www.juridice.ro*, 21 June 2010.

The critical comments on the obligation of having the second appeal drafted and presented by a lawyer continued after the entry into force of the new code. Besides the benefit of qualified presentation by a law expert, lawyer or legal adviser, in support of an appeal with a high degree of specialization, like the second appeal, it was considered that this requirement was a real ban affecting the party's right of access to justice in its very substance. Despite the regulations existing in other countries, any possible exceptions to this rule should have been equally considered. The provision of such a requirement under the sanction of nullity of the second appeal is excessive and the party's possibility of resorting to public judicial aid is not likely to solve the interference in the free access to justice<sup>7</sup>.

In response to an objection of unconstitutionality covering statutory provisions governing the obligation to have the second appeal application drafted and the appeal exercised by a lawyer or legal adviser, the Constitutional Court ruled in the sense of declaring unconstitutional the legal provisions establishing the mandatory drafting and presentation of the second appeal claim by a lawyer<sup>8</sup>. Essentially, it held that, although the aim of the legislature was legitimate, "there is no reasonable relation of proportionality between the general interest requirements relating to the good administration of justice and the protection of the fundamental rights of individuals, the legal provisions subject to control establishing an imbalance between the two concurrent interests".

Thus, although the European Court of Human Rights agreed, as a matter of principle, that the special nature of a jurisdictional control before a higher rank court may impose certain formal requirements, which does not necessarily mean the violation of art. 6 of the European Convention on Human Rights (Case *Staroszczyk v. Poland* and case *Anghel v. Italy*, mentioned in the decision), however, excessive requirements that might restrict the right to challenge a decision represent an infringement of the right of access to court (Case *Omerović v. Croatia*).

---

<sup>7</sup> DELEANU, I. *Tratat de procedură civilă*. Vol. I. p. 385; DELEANU, I. *Tratat de procedură civilă*. vol. II. București: Editura Universul Juridic, 2013, p. 260.

<sup>8</sup> Decision no. 462 of 17 September 2014, published in the Official Gazette of Romania no. 775 of 24 October 2014.

The case law of the European Court of Human Rights, in cases against Romania (Case Lungoci v. Romania), is the same, stating that the free access to justice implies by its very nature a regulation by the state and may be subject to limitations, as long as the substance of the law is not affected.

Similarly, the Romanian Constitutional Court held that the obligation to be assisted or represented by a lawyer in the second appeal which constitutes a restriction on access to justice - has a legitimate aim, namely the adaptation of the parties, through the lawyer, to the rigours of a special appeal, exclusively promoting a control of legality, is an appropriate measure for this purpose and is necessary to achieve the goal. The criticism of this legislative solution is precisely the failure to meet the last requirement of complying with the fundamental law and the provisions contained in the European Convention on Human Rights, i.e. proportionality to the legitimate aim pursued from the perspective of the relation between the interest of the good administration of justice and the individual interest of the party to the dispute.

By its decision, the Constitutional Court gave relevance to the critical opinions supporting the inconsistency of the new code texts with the fundamental law and the principles of the European Convention on Human Rights. The justification of such a solution could also be found in the unavailability of the legislative system for such requirements as the one introduced by the new code. The mechanisms that could have compensated for the restriction, such as public judicial aid in the form of free lawyer assistance, are not yet able to achieve this goal and constitute exceptional solutions. Moreover, as shown before, it is not the only case in which the judicial system was not ready to accept new regulations, even if they had been particularly useful in the administration of justice.

### **3 The prior procedure of informing in respect to mediation**

Mediation, as a form of alternative dispute resolution, is a way of reaching an agreement short of litigation, thus enabling the resolution of disputes in a non-contentious way, and has a double role. On the one hand, it offers an alternative to the classical lawsuit, which is usually characterized by slowness and formalism, providing the parties with the possibility of settling their

disputes under circumstances involving increased celerity, fewer expenses and confidentiality; on the other hand, it effectively reduces the workload of the courts. Since it is practically possible in all legal matters, the concrete regulation of the mediation procedure could significantly reduce the number of pending cases and, implicitly, could improve the quality of the act of justice. Yet, this exerted function of mediation should in no way, just by itself, turn mediation from an alternative method to the judicial procedure (and optional for the parties) into a compulsory or otherwise imposed procedure.

Mediation is governed by Law no. 192/2006 on the mediation procedure and the organisation of the mediator's profession, the accurate implementation of which has been altered by successive amendments, especially those having occurred before the enforcement of the new Code of Civil Procedure. First, under Law no. 115/2012, the act of attending an information session on mediation became compulsory in certain legal matters, under the sanction of a fine. Then, by the Government Emergency Ordinance no. 90/2012, the sanction of inadmissibility of the claim was established in case the parties did not attend, prior to the lawsuit, the information session on the benefits of mediation.

In accordance with the provisions of Law no. 192/2006 on the mediation procedure, in the legal matters where mediation was possible, in case the claimant did not perform the obligation to attend the information session on mediation, before submitting the claim form or after having initiated the lawsuit, but within the time limit established by the judicial court to this purpose, the court would be entitled to reject the claim as inadmissible.

The establishment, under a special law, of such an obligation (which is prior to the commencement of the lawsuit) should be correlated with the provisions of the new Code of Civil Procedure in art. 193 on the lodging of a claim. Therefore, should the law explicitly state the existence of a prior procedure, the claim could only be lodged after the procedure has been duly observed; the defendant is entitled to raise or not the failure to observe prior procedure. The provisions contained in the mediation law, generally applicable in virtue of the above-mentioned provisions of the Code of Civil Procedure, lay down the unconditional application of the sanction

of rejecting the claim as inadmissible, based on the absence of a prior procedure which, by its very nature, should be optional. These circumstances have eventually generated some debates upon the infringement of the human right to free access to justice.

With regard to these provisions, as stated by a special law, there has been an objection that inadmissibility as a legal sanction is inadequate, not only because it conditions the human right to free access to justice, but also with regard to the sanction stipulated by the new Code of Civil Procedure for the failure to observe the prior procedure<sup>9</sup>. Furthermore, it has been considered that the fact of putting such a compulsory procedure under inadmissibility as a legal sanction would not only condition the human right to free access to justice, but also affect this human right in its inner substance<sup>10</sup>. Or, these circumstances indeed render those legal provisions both unconstitutional and contrary to the European Convention on Human Rights.

As a consequence, the Constitutional Court has stated, through its Decision no. 266 of 7 May 2014, thereby declaring as unconstitutional the provisions of Law no. 192/2006 on the inadmissibility of the claim as a legal sanction in case the claimant did not attend the information session on the benefits of mediation. The Constitutional Court has appreciated that the obligation of the parties to attend the information session on the benefits of mediation, under the sanction of inadmissibility of the claim, constitutes an infringement on the principle of free access to justice. Mediation is a form of alternative dispute resolution in litigations, which should remain voluntary, while the information session on the benefits of mediation should in no way become mandatory for the parties.

The obligation of the parties to use mediation is just a formal procedure given that its purpose is only to inform them of the benefits that mediation can bring in settling the dispute. Therefore the measure imposed by the legislature is a violation of the right of access to justice, representing a genuine barrier that prevents parties from going to court.

---

<sup>9</sup> FLOREA, Gh. In: CIOBANU, V. M.; NICOLAE M. (eds.). *Noul Cod de procedură comentat și adnotat. tomul I - art. 1-526*. București: Editura Universul Juridic, 2013, p. 553.

<sup>10</sup> DELEANU, I. *Tratat de procedură civilă...* Vol I, p. 855.

The decision of the Constitutional Court is also supported by legislative arguments which establish the non-compulsory nature of mediation. Thus, Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters provides that “mediation should be a voluntary process in the sense that the parties are themselves in charge of the process and may organise it as they wish and terminate it at any time.”

The consequence of declaring unconstitutional the obligation to attend an information session on the advantages of mediation does not mean depriving such a procedure of efficiency, it just means that it will be an option, not an obligation for the parties. Thus, if the parties opt for mediation, they will be present at the information session on the benefits of mediation, and they will be able to settle the dispute in this way.

The establishment of a formal procedure that might influence the trial in the first instance court affects the constitutional and conventional provisions referring to the right to a fair trial in the sense of art. 6 of the European Convention on Human Rights.

#### **4 Other unconstitutionality cases**

The provisions of the new Code of Civil Procedure that we have examined above have been subject to hot debates; thus, they made the object of the most important interference operated by the Constitutional Court. Yet, there are some other texts from the new Code which have been declared as not complying with the fundamental law.

In the matter of enforcement of judgments, the provisions of art. 659(3) of the Code (which, after it was republished in 2015, became art. 660(3)) were declared unconstitutional by Decision no. 473 of 21 November 2013. The criticised legal text concerns the way in which the judicial enforcement officer can obtain some information that third parties might have. Under the sanction of the obligation to pay some judicial fines or even some compensation for causing delay, at the request of the judicial enforcement officer, the third parties owing money to the debtor or detaining goods of the latter, which are sued, should communicate in written form all the information necessary for the enforcement of the judgment. At the request of the

judicial enforcement officer, public institutions, financial bodies or any other natural or legal person have the obligation to provide the judicial enforcement officer with any data and information necessary for the enforcement. These provisions are not subject to objections as to their constitutionality, because they are integrated into the common ways of obtaining from third parties information or written documents which are provided by the new Code of Civil Procedure; as for the obligation itself, its performance is duly ensured through some compulsory judicial fines as sanctions for the failure to observe it. What the legislature has added is the possibility for the Public Ministry to intervene through its prosecutors; this possibility has been taken into account as being contrary to the Constitution. Thus, should the third parties not dispose of the requested information or should they refuse to provide it at the request of the judicial enforcement officer, the Public Ministry would compulsorily initiate the necessary diligent actions in order to find it out. A similar disposition is found in the French legal system, which has, by the way, been the model chosen by the Romanian legislature<sup>11</sup>.

The Constitutional Court has appreciated the objections raised against the above-mentioned legal text by the Ombudsman as justified, and has considered the criticised legal provisions as lacking both clarity and predictability. On the one hand, should powers from the domain of enforcement be transferred to the prosecutor, subordination relationships would be established between the judicial enforcement officer and the prosecutor, and this would lead to the idea that the Public Ministry could find itself under the judicial enforcement officer's control, once reached, in a lawsuit, the stage of enforcement. On the other hand, the procedural means which the Public Ministry might make use of in order to accomplish the action provided by law are not legally defined and the procedural measures which the prosecutor should be able to dispose of are not expressly provided by law.

The fact that the former art. 650(1) of the new Code of Civil Procedure was declared un-constitutional, stipulating that, in the matter of enforcement, the enforcement court is the district court within the jurisdiction of which functions the office of the judicial enforcement officer in charge of enforcing the

---

<sup>11</sup> BOROI, G.; STANCU, M. *Drept procesual civil*. București: Hamangiu, 2015, p. 922, note no. 1.

judgment, has, indeed, been a particular situation<sup>12</sup>. The motivation presented on this occasion by the Constitutional Court is important, but equally important are, as well, the subsequent effects produced by the declaration of this norm as unconstitutional. The Constitutional Court has held the fact that, through this way of determining the competent enforcement court, the legislature has given the creditor a wide range of options, since the latter is the one who, indirectly, establishes the jurisdiction of the enforcement court, through the simple choice he makes regarding the person of the judicial enforcement officer in charge. The legislature is not constitutionally entitled to give the parties the possibility of choosing the jurisdiction of the court with regard to the decision in a case, but instead it is entitled to establish some clear and predictable criteria in this respect. The provisions which were declared unconstitutional did not fulfil the requirements of clarity, precision and predictability, having, thereby, affected constitutional guarantees (and, implicitly, conventional ones) which define the human right to a fair trial.

The declared unconstitutionality of the legal text determining the jurisdiction of the enforcement court has generated the consequence of ceasing the effects of the norm declared unconstitutional. Thereby, there have been created conditions for the existence of a legislative void in this matter. Pursuant to art. 147(1) of the Constitution, the currently enforced laws, once being declared unconstitutional, are no longer effective 45 days after the decision of the Constitutional Court was published in the Official Gazette, unless Parliament or the Government (within the above mentioned period) made the unconstitutional provisions comply with the Constitution. During this period of 45 days, the provisions declared unconstitutional are suspended, as provided by law.

Or, it is by Law no. 138/2014 amending and supplementing the Code of Civil Procedure<sup>13</sup> that the legislature took an effective action in this respect, thus establishing the competent enforcement court in accordance with the new provisions complying with the decision of the Constitutional Court. For the period which remained uncovered by an explicit legal provision, based on analogy considerations, the suggested solution was to adapt the current

<sup>12</sup> Decision no. 348 of 17 June 2014, published in the Official Gazette of Romania no. 529 of 16 July 2014.

<sup>13</sup> Published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 753 of 16 October 2014.



general legal framework governing the judgement phase of the civil trial, that is to say the jurisdiction of the enforcement court should be established according to the criterion of the valid domicile or headquarters of the debtor at the time where the enforcement court was notified<sup>14</sup>. This solution complies with the new provisions, as they were introduced into the code by Law no. 138/2014.

This situation is different with regard to the legal texts of the Code of Civil Procedure which were declared unconstitutional. All other unconstitutionality cases we have analyzed did not raise the question of filling a legislative void but, on the contrary, the decisions of the Constitutional Court removed the effects of the legal texts, once they were declared as not complying with the Constitution.

Law 138/2014 amending and supplementing the Code of Civil Procedure has determined, in turn, an objection of unconstitutionality admitted by the Constitutional Court.

Thus, the approval of the enforcement request by the enforcement court was removed and this power was transferred to the judicial enforcement officer (art. 666), although this solution, also mentioned in the previous code, was declared unconstitutional in 2009.

By decision no. 895 of 17 December 2015, the Constitutional Court ruled that those provisions were contrary to the Constitution by the fact that the approval as to the commencement of the forced enforcement was no longer subject to the control of the court. The judicial enforcement officer is not part of the judicial authority and has no right to impose the enforcement of judgments like a judge. Consequently, in terms of impartiality and independence of the court, which do not exist in the case of judicial enforcement officers, the requirements of the right to a fair trial are violated.

Virtually, all interventions of the Romanian Constitutional Court in the aforesaid situations are circumscribed to the fundamental right to a fair trial and the guarantees established for its observance. Closely related to it is the issue of the predictability, clarity and accessibility of the legal provisions we considered.

---

<sup>14</sup> CIOBANU, V. M.; BRICIU, Tr.C.; ZIDARU, L.Gh. Consecințele declarării neconstituționalității art. 650 alin. 1 din Noul Cod de procedură civilă. *www:juridice.ro*, 25 July, 2014.

In relation to the European Convention and the case law of the European Court, the right to a fair trial was seen as a synthesis of procedural guarantees contained in art. 6, i.e. a fair and public hearing within a reasonable time, by an independent and impartial tribunal. The requirement of a fair trial involves the free access to justice, preceding the right to be heard in a court, the good administration of justice, in the sense of organization and composition of the court (court laid down by law, independent and impartial court), procedure to follow, publicity, right to defence, adversarial principle, equality of arms, proportionality between the means used and the aim pursued, grounds of decision, effective enforcement of the judgment<sup>15</sup>. All these constitute rights, a requirement for a fair trial, and can encompass all the procedural guarantees provided by the code and the special laws.

The right of access to justice is also a guarantee or a requirement as to the exercise of other rights<sup>16</sup> and should be seen in conjunction with the right to a fair trial. In one of its most important judgments - Judgment of 21 February 1975 in case *Golder v. UK* – among the elements of the right to a fair trial the court holds, first of all, the right of access to a court, the other rights including the right to a tribunal, celerity or publicity, and appearing as secondary. The right of access to justice is only a requirement, a (practical and initial) aspect of the right to a tribunal. The latter incorporates the right of access to justice together with the right to a fair trial in the sense of the good administration of justice, the right to obtain a solution by the delivery of a judgment and the right to effective enforcement of the judgment<sup>17</sup>.

Similarly to the right of access to justice, the right to a court is not absolute in nature, being subject to limitations or legal restrictions which, yet, should not affect its substance. Thus, compliant with the legal, constitutional and conventional provisions are those limitations pursuing a legitimate aim, proportionate to the aim pursued, if the means or measures are reasonably related to the purpose (the reasonable relation of proportionality between the means used and the aim pursued is observed).

<sup>15</sup> DELEANU, I. *Tratat de procedură civilă...* Vol I, p. 210; CIOBANU, V.M. In: CIOBANU, V.M.; NICOLAE, M. (eds.). *Noul Cod de procedură comentat și adnotat. tome I...*, p. 12; TĂBĂRCĂ, M. Principiul dreptului la un proces echitabil, în termen optim și previzibil, în lumina noului Cod de procedură civilă. *Dreptul*, no. 12/2010, pp. 42-56.

<sup>16</sup> DELEANU, I. *Drepturile fundamentale...* 2008, p. 157.

<sup>17</sup> VINCENT, J.; GUINCHARD, S. *Procedure civile*. 26e edition, Dalloz, Paris, 2001, p. 100.

As described by the conventional rules, under the principle of subsidiarity, the state legislature has the right, as well as the obligation, positive and pursuing a result, to regulate the right of access to a court and the right to a tribunal, in order to ensure their effectiveness and the conditions of exercise which, yet, should not affect their substance. The regulation of these rights is intrinsically necessary, it imposes itself by its very nature, but it must be “clear, accessible and predictable”<sup>18</sup>.

As consistently held by the European Court in matters of fundamental rights, as well as the Constitutional Court, the regulation must meet the requirements mentioned above, i.e. accuracy, coherence and clarity, so that, by the manner of regulating the proceedings, the procedural steps that the parties must follow should be predictable, the procedural conduct should be properly established, and the parties should predict the consequences of their procedural conduct, adjusting it in accordance with the legal requirements. All these are, in turn, guarantees of the right to a fair trial.

The independence of the courts was seen in two ways<sup>19</sup>. Functional independence or independence of the judiciary involves the separation from the legislative or executive power, having as a basis the principle of separation of powers, therefore “the court” cannot belong to the legislative or executive power, nor can it accept interference from them. Independence is also assessed in relation to the parties in the trial. Personal independence, involving the requirement of settling disputes without any interference, is seen in relation to the status of judge, for the guarantees ensuring it are important, they can be inferred from the case law of the European Court, some constituting criteria for the assessment of independence<sup>20</sup>, recruitment, immovability, protection against external pressure, appearance of independence, as well as the level of remuneration, promotion routes, distribution of files, publicity of sessions, confidential deliberations.

The independence of the judge is a guarantee and a prerequisite for his impartiality. Impartiality is also provided under art. 124 of the Constitution, art. 2 of Law no. 303/2004 and the European Charter on the statute for judges.

18 DELEANU, I. *Drepturile fundamentale...* 2008, p. 159.

19 CIOBANU, V. M. *Tratat teoretic si practic de procedură civilă*. vol. I, Editura National, Bucuresti, 1996, pp. 18–22.

20 BÂRSAN, C. *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole, ediția a 2-a*. Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 471.

Impartiality has the meaning of being unbiased, of objectivity in relation to the parties and represents a fundamental requirement for the existence of a magistrate. In the case law of the European Court, impartiality is the lack of prejudice or preconceived ideas in solving a case and can be regarded as subjective or objective impartiality. Subjective impartiality can be seen as a subjective approach meant to determine the inner conviction of the judge. It is presumed, and to prove the contrary, in the sense that the judge was biased, is difficult since this is a subjective factor. It can be demonstrated only when it becomes objective. Objective impartiality takes into account external circumstances, appearances inducing lack of objectivity, and requires an objective approach that tends to establish whether the judge has all the guarantees in order to exclude any legitimate doubt<sup>21</sup>.

As a conclusion, we believe that the unavoidable theoretical disputes generated by the emergence of a new law as important as a civil procedure code may raise objections that might be eventually accepted by the Constitutional Court. The removal of some solutions initially enforced by the new code is not an argument for questioning the quality of the entire legislative act, but instead this is meant to bring corrections, while meeting the requirements of the Constitution and the conventions, to those provisions which, at a certain moment, might fail to comply, through their effects, with the constitutional principles. The decisions of the Constitutional Court are binding, therefore the norms declared un-constitutional are invalidated from effective enforcement, yet this fact does not stand against a critical analysis of the arguments presented in the decisions of the Constitutional Court, especially the assumption that similar dispositions might be found in the legal systems of other European countries. The Romanian judicial system is, perhaps, not ready to adopt solutions which could be simultaneously innovative and rigorous for the participants in the jurisdictional action, should they be, as well, courts or parties. As for the numerous new solutions, the few ones which have been removed from application are not, numerically, so important. Yet, what we have attempted to demonstrate is the fact that they have been considered important for the reform process we are currently undergoing. To adapt them so that they could meet the requirements

---

<sup>21</sup> THEOHARI, D. N.; EFTIMIE, M. In: BOROI, G. (eds.). *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*. vol. I, București: Editura Hamangiu, 2013, p. 30.

of the Constitution and be eventually reinserted into the Code remains, indeed, the legislature's duty. A time should come when our judicial system is ready to welcome them, as the case stands, for instance, for the reforming measures postponed from effective application which we mentioned at the beginning of our study.

## Literature

- BÂRSAN, C. *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole, ediția a 2-a*. Bucharest: Ed. C.H. Beck, 2010.
- BOROI, G.; STANCU M. *Drept procesual civil*. Bucharest: Hamangiu, 2015.
- BOROI, G. (eds.). *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*. Vol I, Bucharest: Hamangiu, 2013.
- CIOBANU, V. M.; NICOLAE M. *Noul Cod de procedură comentat și adnotat. I - art. 1-526*. Bucharest: Universul Juridic, 2013.
- CIOBANU, V. M. *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*. Vol I, Bucharest: National, 1996.
- CIOBANU, V. M.; BRICIU, Tr. C.; ZIDARU, L. Gh. Consecințele declarării neconstituționalității art. 650 alin. 1 din Noul Cod de procedură civilă. *www.juridice.ro*, 25 July 2014.
- DELEANU, I. *Tratat de procedură civilă*. Vol I, Bucharest: Universul Juridic, 2013.
- DELEANU, I. *Tratat de procedură civilă*. Vol II, Bucharest: Universul Juridic, 2013.
- DELEANU, I. *Drepturile fundamentale ale părților în procesul civil*. Bucharest: Universul Juridic, 2008.
- TĂBÂRCĂ, M. Principiul dreptului la un proces echitabil, în termen optim și previzibil, în lumina noului Cod de procedură civilă. *Dreptul*, no. 12/2010.
- VINCENT, J.; GUINCHARD, S. *Procedure civile*. 26e edition, Paris: Dalloz, 2001.
- ZIDARU, I. Despre obligativitatea asistenței juridice în recurs, prin avocat sau consilier juridic, potrivit noului Cod de procedura civilă. *www.juridice.ro*, 21 June 2010.

## Contact – e-mail

*daniel.ghita74@yahoo.com*

# Vývoj a obsah sociální politiky EU a její vliv na podobu české úpravy pracovněprávních vztahů

*Zdeňka Gregorová, Jaroslav Stránský*

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

## **Abstract in original language**

Sociální politika EU nezahrnuje pracovní právo v té šíři, v jaké je chápáno na úrovni jednotlivých členských států. Soustředí se jen na vybrané výseče, které vycházejí z primárního práva. Přístup sociální politiky k této věci se postupem času měnil. Šlo o komplikovaný proces, v němž se střetávaly odlišné pohledy jednotlivých členských států. Příspěvek se zabývá tímto vývojem a současně s použitím českého příkladu popisuje, v jaké míře jednotlivé aspekty sociální politiky EU ovlivnily podobu národní úpravy pracovněprávních vztahů, a do kterých oblastí naopak sociální politika EU nijak nezasahuje.

## **Keywords in original language**

Sociální politika EU; Evropské pracovní právo; Volný pohyb pracovníků; Vývoj sociální politiky

## **Abstract**

The EU social policy does not cover labour law in the breadth, in what is seen at the national level. It focuses only on selected issues, which are based on the primary law. Social policy approach to this matter has been changing over time. It was a complicated process during which some member states were expressing different views. The paper deals with this development and using the Czech example describes the extent to which the various aspects of the EU social policy have affected the national regulation of labour relations, while it also intends to depict those areas in which the EU social policy does not intervene.

## Keywords

The EU Social Policy; European Labour Law; Free Movement of Workers; Development of the EU Social Policy.

## 1 Úvod

Sociální politika Evropské unie zahrnuje opatření ve dvou základních oblastech, jimiž jsou sociální zabezpečení a pracovněprávní vztahy v tom svém širším smyslu, v němž zahrnují i oblast zaměstnanosti a trhu práce. Ustavení sociální politiky jako jedné z oblastí působnosti EU, jakož i nalezení konkrétního rámce jejího věcného rozsahu, má za sebou spletitý a dynamický vývoj. Jeden z cílů našeho příspěvku spočívá v postihnutí základních milníků tohoto vývoje.

Kontext postupného utváření stávající podoby sociální politiky EU poslouží jako východisko pro další úvahy zaměřené na evropské pracovní právo a jeho význam pro podobu české úpravy pracovněprávních vztahů. Pozornost musíme nutně věnovat samotnému pojmu evropské pracovní právo. Považujeme-li na úrovni vnitrostátního práva pracovní právo za relativně samostatné právní odvětví, v rámci práva EU tomu tak není. Úprava pracovněprávních vztahů na úrovni EU nemá ambici komplexního řešení všech aspektů právních vztahů vznikajících při výkonu nebo v souvislosti s výkonem závislé práce. Musí vycházet z rozsahu působnosti položeném primárním právem a držet se tak výhradně v prostoru, který vykolíkovovaly příslušné články zakládajících smluv zaobírajících se sociální politikou EU.

Naš příspěvek tímto směřuje k zachycení podstaty svébytného přístupu unijního zákonodárce k pracovněprávní materii, jehož kořeny jsou zapuštěny v podobě a obsahu sociální politiky EU. Současně chceme upozornit na to, jak podstatný vliv má unijní úprava pracovněprávních vztahů, navzdory své dílčí a útržkovité povaze, na podobu českého pracovního práva, resp. na jeho vybrané výseče, neboť řadu jiných ponechává zcela stranou své pozornosti.

## 2 Vývoj sociální politiky EU a evropského pracovního práva

Sociální politika se nerozvíjela od počátku vzniku Evropských společností. Římská smlouva (1957) zakládající Evropské hospodářské společenství obsahovala ustanovení o volném pohybu pracovníků jako jedné ze čtyř

základních svobod, na nichž bylo Evropské hospodářské společenství založeno. Vedle základní úpravy volného pohybu pracovníků bylo možné v Římské smlouvě nalézt ještě ustanovení, která vyjadřovala snahu členských států zlepšovat životní a pracovní podmínky s cílem jejich vyrovnávání (původní články 117 až 119). Tato ustanovení lze jen obtížně považovat za široký základ unijní sociální politiky, potažmo pracovního práva. Je třeba si však v této souvislosti uvědomit, že regulace v sociální oblasti nebyla hlavním cílem Evropských společenství, naopak původní myšlenka společného evropského trhu spočívala v ekonomické oblasti.

Sociální vývoj v Evropských společenstvích (ES) můžeme rozdělit na několik období. První, které trvalo od roku 1957 do roku 1974, bylo charakterizováno velmi opatrným přístupem k řešení sociálních otázek. Druhé od roku 1974 do roku 1990 bylo zpočátku tzv. zlatým obdobím pro pracovní právo, a to až do roku 1980, kdy došlo k příkrému zlomu. Další období, které začalo v roce 1990, lze charakterizovat jako období Charty základních sociálních práv pracujících, jejíž obsah se promítl do všech následujících významných dokumentů Společenství a dále jako období intenzivního boje proti nezaměstnanosti<sup>1</sup>. Konečně další období rozvoje sociální politiky je spojeno s ustavením Evropské unie a přijetím Charty základních práv Evropské unie.

## 2.1 Období let 1957 – 1974

Základním cílem Smlouvy o založení ES v roce 1957 v Římě byla výhradně ekonomická spolupráce. Zakládající země ES neschválily tomuto společenství v sociální oblasti žádnou pravomoc. Ta náležela téměř výlučně jednotlivým členským státům. Evropské společenství bylo vytvářeno na základě myšlenky, že proces hospodářské integrace bude probíhat v souladu s filozofií volného trhu. Sociální opatření byla považována pouze za nástroje, jejichž prostřednictvím lze dosáhnout správného fungování společného trhu, nebo za logický důsledek otevřenosti trhu.

Tomuto postoji zcela odpovídalo i původní ustanovení čl. 117 Smlouvy o založení ES, které určovalo, že zlepšování životní úrovně a pracovních podmínek zaměstnanců, které umožní „jejich postupné vyrovnání“, může

<sup>1</sup> K těmto otázkám podrobněji GREGOROVÁ, Z.; PÍCHOVÁ, I. *Základy pracovního práva a sociálního zabezpečení v Evropských společenstvích*. Brno: Masarykova univerzita, 2001, s. 11, 16–17.



být pouze výsledkem fungování společného trhu a kroků, které smlouva předvídá. Vzhledem k absenci jakékoliv regulace v této oblasti se spolupráce mělo dosahovat cestou konzultací, studijních skupin a nezávazných úvah. Díky skutečnosti, že tzv. Římská smlouva vyloučila normativní zásahy do sociální oblasti ze sféry přímé činnosti Komise a zakotvila jednomyslné hlasování členských států, se vytváření pravidel, zavazujících všechny členské státy, stalo značně problematické.

Je nesporné, že právě tento liberální přístup umožnil šesti signatářským státům Římské smlouvy dospět k dohodě zahrnující závazek nijak nenarušovat sociální systémy fungující v jednotlivých zemích.

V průběhu prvního období bylo ekonomické krédo ES plně dodržováno. Nicméně byly učiněny některé kroky týkající se sociálního zabezpečení zaměstnanců v rámci volného pohybu pracovníků za pomoci Evropského sociálního fondu. Nové klima se vytvořilo díky přijetí „předběžné orientační směrnice pro program sociální politiky Společenství“, vytvořené Komisí v roce 1971, která vedla k přijetí důležité deklarace hlav států a ministerských předsedů při příležitosti pařížského summitu v roce 1972, podle níž „příkládají stejnou důležitost důraznému jednání v sociální oblasti jako dosažení monetární a ekonomické unie“. Postupným vývojem Evropská společenství dospěla k poznání, že úroveň pracovních podmínek pracovníků podstatně ovlivňuje fungování společného evropského trhu a v důsledku těchto závěrů se ve vývoji Evropského hospodářského společenství začala vedle ekonomické oblasti více zdůrazňovat i oblast sociální. Postupně byly vytvářeny předpoklady pro Sociální akční program<sup>2</sup>, který byl přijat Radou v roce 1974. Byla v něm zdůrazněna nezbytnost přijmout opatření k realizaci následujících priorit:

- dosáhnout plně a kvalitnější zaměstnanosti ve Společenství,
- zlepšit životní a pracovní podmínky tak, aby se umožnila jejich harmonizace při udržení jejich zlepšení, ochrana před hospodářskými riziky,
- zvýšit zapojení managementu a pracovní síly (představitelů dělníků) do ekonomických a sociálních rozhodnutí Společenství a zapojení dělníků do života podniků,
- zajistit rovnoprávnost mužů a žen v pracovním životě.

<sup>2</sup> Obdobně i BARANCOVÁ, H. *Európske pracovné právo. Flexibilita a bezpečnosť pre 21. storočie*. Bratislava: Sprint dva, 2010, s. 23.

## 2.2 Období let 1974 – 1990

Druhá fáze vývoje sociální politiky byla založena na poznání, že pro úspěch hospodářské integrace je potřebné vytvořit jednotný evropský sociální standard. Toto období můžeme rozdělit na dvě části, první od roku 1974 do roku 1980 a druhou od roku 1980 do roku 1989. První část tohoto období bývá také nazývána „zlatá doba harmonizace“, neboť v této době byly přijaty důležité směrnice z oblasti pracovního práva, např. směrnice o rovném zacházení s muži a ženami, směrnice týkající se insolventnosti zaměstnavatelů atd. V sedmdesátých letech byla rovněž přijata řada směrnic týkajících se zdraví a bezpečnosti zaměstnanců.

V tomto období také poprvé došlo k rozšíření sociálně právních ustanovení Římské smlouvy, a to o ustanovení čl. 118a a 118b, v nichž byly formulované přesnější sociální cíle Společenství. Rozšíření sociální dimenze Římské smlouvy bylo důsledkem přijetí Jednotného evropského aktu (1986), který za cíl Společenství označil:

- podporu zlepšování pracovního prostředí, zejména pokud jde o zdraví a bezpečnost pracovníků,
- vytvoření nové „technologie sociálního dialogu“ na evropské úrovni.

I přes tyto pozitivní kroky však v 80. letech došlo k obratu, zapříčiněným prosazováním neoliberální ideologie. Započalo hnutí za deregulaci, reprezentované M. Thatcherovou. Deregulace a zvláště flexibilita se staly nástrojem boje proti ekonomické a sociální krizi, proti masivní nezaměstnanosti a za získání domácích i zahraničních trhů. Podle vize jejich zastánců více regulace vedlo k nezaměstnanosti a vytvářelo brzdicí efekty pro pracovníky. Díky tomuto novému přístupu nebylo v této době mnoho návrhů nových směrnic Radou přijato. Sociální akční program, který byl za těchto podmínek nově vytvořen, zahrnoval jen poměrně skromné ambice a obsahoval následujících 5 bodů:

- nezaměstnanost, zvláště mladých lidí,
- zavádění nových technologií,
- bezpečnost v průmyslu,
- náklady na sociální zabezpečení a jejich vliv na konkurenceschopnost podniků a životní úroveň dělníků,
- zintenzivnění dialogu mezi zaměstnavateli a zástupci zaměstnanců na evropské úrovni.

Větší pozornost začala být věnována oblasti bezpečnosti při práci, v níž bylo přijato několik směrnic (např. směrnice o ochraně zaměstnanců před hlukem, při práci s metalickým olovem, s azbestem atd.). Období stagnace pracovněprávních úprav skončilo až přijetím Maastrichtské smlouvy v roce 1992, vytvořením Evropské unie a přijetím Dohody o sociální politice.

### **2.3 Období 1990 – 2000**

Období těchto deseti let můžeme charakterizovat jako období stále sílících tendencí k podpoře sociální soudržnosti Společenství, a to jak v jednotlivých členských státech, tak i mezi nimi. Počátky tohoto úsilí můžeme vysledovat již v textu zprávy Komise ze září 1988, v níž jsou konkretizovány základní teze, které měly sloužit jako podklad pro následné iniciativy. Jednalo se o zavedení zcela volného pohybu osob, odstranění dosud existujících překážek, sociální harmonizace v různých oblastech (ženy, invalidé apod.), opatření ke zlepšení ochrany zdraví a bezpečnosti pracovníků, obnovení sociálního dialogu a Listinu sociálních práv, která by vymezila základní sociální práva pracovníků ve Společenství.

V tomto období byly učiněny nejvýznamnější kroky k rozvoji a posílení spolupráce členských států v sociální oblasti, v řadě dokumentů byly vytyčeny zcela konkrétní cíle sociální politiky Společenství. Vyplyvá z nich společné úsilí o sblížení a sladování postupů v sociální oblasti, zejména v politice zaměstnanosti, neboť v tomto období také významně vzrostl počet nezaměstnaných v členských státech Unie, a proto zvláště poslední roky jsou poznamenány intenzivní spoluprací členských států v boji proti nezaměstnanosti.

V Dohodě o sociální politice (uzavřelo pouze 11 členských států bez Velké Británie) se členské státy zavázaly podporovat:

- zaměstnanost,
- zlepšování životních a pracovních podmínek,
- náležitou sociální ochranu,
- dialog mezi vedením podniků a zaměstnanci,
- rozvoj lidských zdrojů s ohledem na udržení vysoké zaměstnanosti a boj proti vyloučení ze společnosti.

Vyvrcholení předchozího vývoje v oblasti sociální politiky představovala Amsterodamská smlouva, hlavní výsledek zasedání Evropské rady v červnu 1997, pod předsednictvím Nizozemí. Smlouva byla podepsána 2. října 1997 a nabyla účinnosti 1. května 1999 poté, co byla ratifikována všemi členskými státy včetně Velké Británie. V oblasti sociální politiky a evropského pracovního práva je smlouva významná zejména přijetím zcela nové Kapitoly o zaměstnanosti a dále Kapitoly o sociální politice, kterou byla maastrichtská Dohoda o sociální politice začleněna do Smlouvy o ES. Tento krok bývá hodnocen jako pokus vyrovnat rozdíly mezi dobře rozvinutou strukturou evropské ekonomiky a mnohem méně rozvinutou sociální dimenzí.

K rozšíření kompetencí Unie v oblasti pracovního práva došlo v důsledku smlouvy uzavřené v Nice (2000). Na tomto jednání byla přijata tzv. Evropská sociální agenda a Lisabonská strategie v oblasti hospodářského a sociálního rozvoje EU. Evropská sociální agenda zaměřila pozornost Unie a členských států na následující oblasti:

- vytvoření více a lepších pracovních míst,
- předvídání změn v pracovním prostředí a jejich využívání vytvářením nové rovnováhy mezi flexibilitou a zajištěností,
- boj proti chudobě a všem formám vylučování ze společnosti s cílem podpořit sociální integraci,
- modernizace sociální ochrany,
- podpora rovnosti pohlaví,
- posilování sociálně politických aspektů rozšiřování a vnějších vztahů Evropské unie.

Lisabonská strategie pak vymezila základní směry unijní strategie v oblasti zaměstnanosti. Lisabonská strategie vycházela z toho, že Evropská unie si s ohledem na celosvětovou konkurenci, technologické změny, výzvy v oblasti životního prostředí a stárnutí populace uvědomila potřebu zvýšit svoji zaměstnanost, produktivitu a konkurenceschopnost, a zároveň posílit sociální soudržnost. V roce 2005 po přezkoumání základních cílů byla Lisabonská strategie obnovena a došlo k výraznějšímu zaměření na růst, větší počet a vyšší kvalitu pracovních míst.

Na základě Lisabonské strategie přijala Rada hlavní směry hospodářských politik a hlavní směry politik zaměstnanosti v rozhodnutí 2005/600/ES<sup>3</sup>, které revidovala rozhodnutím 2008/618/ES<sup>4</sup>. Přijaté hlavní směry představovaly základ národních programů reforem a stanovily klíčové makroekonomické a mikroekonomické reformní priority. Z průběhu jejich realizace se však ukázalo, že vymezené priority nebyly dostatečně jasné a také nebyly dostatečně vzájemně provázané, což způsobilo omezení jejich dopadu na tvorbu vnitrostátních politik.

V souvislosti s finanční a hospodářskou krizí, která začala v roce 2008, došlo postupně k významnému úbytku pracovních míst, zvýšila se prudce nezaměstnanost a výrazně poklesly hrubé národní produkty. V reakci na tyto skutečnosti se ukázalo, že významné výsledky může přinést koordinace politik EU se zdůrazněním vzájemné provázanosti výkonnosti hospodářství a celkového stavu zaměstnanosti členských států. Tyto poznatky se promítly v nové strategii „Strategie Evropa 2020“, která vytyčila hlavní cíle, jež by měly umožnit Unii vyjít z krize a nasměrovat její hospodářství k inteligentnějšímu a udržitelnému růstu, podporujícímu začlenění, doprovázenému vysokou mírou zaměstnanosti, produktivity a sociální soudržnosti. Hlavní myšlenky strategie byly vysloveny v rozhodnutí Rady 2010/707/EU<sup>5</sup> ze dne 21. října 2010 o hlavních směrech politik zaměstnanosti členských států, kterými jsou:

- zvyšování účasti žen a mužů na trhu práce, omezování strukturální nezaměstnanosti a prosazování kvality pracovních míst,
- rozvoj kvalifikované pracovní síly, která bude reagovat na potřeby trhu práce, a podpora celoživotního učení,
- zlepšování kvality a výsledků systémů vzdělávání a odborné přípravy na všech úrovních a zvyšování účasti na terciárním nebo srovnatelném vzdělávání,
- podpora sociálního začlenění a boj proti chudobě.

<sup>3</sup> Úřední věstník Evropské unie č. L 205 ze dne 6. 8. 2005, s. 21.

<sup>4</sup> Úřední věstník Evropské unie č. L 198 ze dne 26. 7. 2008, s. 47.

<sup>5</sup> CELEX 32010D0707.

### 3 Pojem evropské pracovní právo

Evropské pracovní právo je pojem sice užívaný, avšak jeho obsah je nepřímě přesně vymezený vzhledem k tomu, že různí autoři chápou tento pojem různě, v teorii pracovního práva se tento pojem používá obvykle jako zastřešující, zahrnující v sobě pracovní právo Evropské unie a pracovní právo Rady Evropy.<sup>6</sup> Nověji se Helena Barancová přiklání k tomu, že evropským pracovním právem spíše rozumí primární a sekundární právo Evropské unie se zaměřením na pracovněprávní oblast, doplněné národními systémy pracovního práva členských států Evropské unie. S odvoláním na další autory pak evropské pracovní právo definuje jako *právo, které je zakotvené v primárnom ako aj v sekundárnom práve EÚ upravujúce právne vzťahy medzi zamestnancom a zamestnávateľom*.<sup>7</sup> Vrací se však i k původnímu vymezení i tím, že připouští i začlenění pracovního práva Rady Evropy pod pojem evropské pracovní právo.

Pro náš příspěvek budeme evropským pracovním právem, stejně jako jiní autoři<sup>8</sup>, rozumět pracovní právo Evropské unie. Současně však podotýkáme, že unijní právo (primární i sekundární) termín pracovní právo neuznává a nevyskytuje se ani v dalších dokumentech Evropské unie<sup>9</sup>. Úprava pracovněprávních vztahů spadá, jak bylo již v předchozí kapitole nastíněno, pod sociální politiku EU.

Jako východisko dalších úvah musí být zdůrazněno, že pracovní právo plní nejen ochrannou funkci, jejímž prostřednictvím poskytuje zaměstnanci jako fakticky slabší straně pracovněprávního vztahu garanci určité úrovně práv, ale je také významným ekonomickým činitelem. Podoba úpravy pracovněprávních vztahů hraje důležitou roli v ekonomice vzhledem k tomu, že bezprostředně ovlivňuje trh práce a tím do značné míry i rozvoj a efektivnost podnikání. Pracovní právo je na jedné straně ekonomickým rozvojem determinováno, na druhé straně jej však samo výrazně zpětně ovlivňuje. V rámci práva EU sehrává ekonomický rozměr úpravy pracovněprávních vztahů významnou

<sup>6</sup> Viz např. BARANCOVÁ, H. *Európske pracovné právo*. Bratislava: Sprint dva, 2003, s. 13; obdobně i BULLA, M. *Medzinárodné právo súkromné Európskej únie optikou pracovného práva*. Bratislava: Friedrich Ebert Stiftung, 2015, s. 16.

<sup>7</sup> BARANCOVÁ, H. *Európske pracovné právo. Flexibilita a bezpečnosť pre 21. storočie*. Bratislava: Sprint dva, 2010, s. 21.

<sup>8</sup> Např. DAVIES, A. C. L. *EU Labour Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012, s. 3.

<sup>9</sup> Srov. TICHÝ, L.; RAINER, A.; ZEMÁNEK, J.; KRÁL, R.; DUMBROVSKÝ, T. *Evropské právo*. 5. přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 571.

roli. Souvisí totiž s podporou plynulé, nekonfliktní a efektivní produkce zboží a poskytování služeb ve společném zájmu na konkurenceschopnosti všech oblastí hospodářství a zajištění uspokojivého hospodářského růstu.

Ekonomický rozměr pracovního práva odráží mimo jiná skutečnost, že podoba úpravy pracovněprávních vztahů významným způsobem ovlivňuje cenu práce (v součtu mzdových nákladů a nákladů na zajištění pracovních podmínek), což z pohledu zaměstnavatelů představuje jeden z nejvýznamnějších faktorů podnikového hospodaření. Svůj bezprostřední ekonomický dopad má pro zaměstnavatele i přípustný rozsah pracovní doby, pružnost při jejím rozvrhování a vůbec míra vstřícnosti pracovněprávního prostředí z hlediska přizpůsobivosti řízení pracovněprávních vztahů vůči provozním potřebám. Nastíněné ukazatele a jejich odlišnost nebo naopak příbuznost napříč jednotlivými členskými státy EU značnou měrou dokreslují celkový obraz fungování společného trhu a ovlivňují úroveň na něm probíhající soutěže.

Díky tomu členské státy ES dospěly postupně k závěru, že rozdíly v pracovněprávní úpravě jednotlivých států působí na budování a fungování společného trhu negativně. Toto poznání bylo impulsem k vytvoření podmínek pro harmonizaci, tedy sblížení vnitrostátních právních předpisů v oblasti pracovního práva. Nutno podotknout, že důležitou roli v uvedeném procesu sehrála i rozhodovací činnost Evropského soudního dvora, který ve svých rozhodnutích z let 1975 a 1981 zdůraznil sociální cíle Společenství, jež byly poté postupně přijaty a zakotveny v základních dokumentech EU.

#### **4 Věcný rozsah evropského pracovního práva a jeho vliv na podobu české úpravy pracovněprávních vztahů**

Přes veškerý výše uvedený vývoj pracovního práva ve Společenstvích a posléze v Evropské unii se musíme vrátit ke konstatování, podle kterého se pracovní právo začalo rozvíjet jako součást sociální politiky Společenství i EU nikoliv proto, aby v plném rozsahu upravovalo veškeré aspekty postavení zaměstnance a zaměstnavatele v pracovněprávních vztazích, nýbrž proto, aby podporovalo rozvoj společného trhu. Od počátku bylo proto zaměřeno na ty výšece pracovněprávní materie, které určitým způsobem podmiňují správné fungování a rozvoj společného trhu.

Smysl a cíl regulace pracovněprávních vztahů v rámci EU se svým základním přístupovým hlediskem podstatně liší například od normotvorné činnosti Mezinárodní organizace práce, která ve svém historickém kontextu přistupuje k pracovnímu právu jako k normám, které mají jednak chránit zaměstnance a jejich organizace a jednak podporovat a prosazovat právo sociálních partnerů účastnit se vzniku těchto norem. Významový kontext pracovního práva v rámci EU je nutně poznamenán tím, že jako východisko pro jeho budování stojí svoboda pohybu, která představuje jednu ze čtyř základních svobod EU<sup>10</sup>.

Tím, jak postupem času vývoj sociální politiky EU nabíral na dynamice, měnil se, resp. rozvíjel i pohled na účel pracovněprávní regulace. Klasické pojetí, které podstatu unijní pracovněprávní regulace odvozuje pouze od podpory volného pohybu a hospodářské soutěže na společném trhu, se postupně (zejména v návaznosti na přijetí Charty základních sociálních práv pracovníků a Dohody o sociální politice) začalo jevit jako překonané a bylo poukazováno na nutnost jeho revize. Evropské pracovní právo začalo být vnímáno jako nástroj garance sociálních práv zaměstnanců, boje proti segmentaci trhu práce, prostředek podpory celoživotního vzdělávání a v širším měřítku i jako výraz budování evropského sociálního modelu a utváření sociálního rozměru evropské integrace<sup>11</sup>.

I v našich podmínkách je v současné době posláním regulatorních opatření v pracovněprávní oblasti spatřováno jednak v zajišťování rovnosti podmínek soutěže mezi národními hospodářskými systémy členských států (prostřednictvím sblížení podoby právního postavení zaměstnanců), a jednak i ve zvyšování úrovně ochrany zaměstnanců<sup>12</sup>.

Na původní účelové pojetí pracovněprávní regulace v rámci EU i v současné době zřetelně odkazuje skutečnost, že opatření mohou být prováděna pouze v oblastech přímo vyjmenovaných v primárním právu EU. Jde zejména o čl. 153 odst. 1 Smlouvy o fungování EU, který zakládá tzv. sdílenou

<sup>10</sup> BERCUSSON, B. *European Labour Law*. Second Edition. New York: Cambridge University Press, 2009, s. 31.

<sup>11</sup> Srov. WEDDERBURN, Lord of Charlton. *European Community Law and Workers' Rights. Fact or Fake in 1992?* In: *Dublin University Law Journal*. 1991, s. 6.

<sup>12</sup> Srov. TICHÝ, L.; RAINER, A.; ZEMÁNEK, J.; KRÁL, R.; DUMBROVSKÝ, T. *Evropské právo*. 5. přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 579.



působnost EU mimo jiné v oblastech zlepšování pracovního prostředí za účelem ochrany zdraví a bezpečnosti práce, pracovních podmínek, ochrany zaměstnanců při skončení pracovního poměru, nebo informování a projednávání se zaměstnanci. V jiných, než přímo uvedených oblastech EU právní předpisy přijímat nemůže. Pátý odstavec citovaného článku navíc z působnosti EU jednoznačně vylučuje oblast odměňování<sup>13</sup> za práci a dále ještě právo na sdružování, právo na stávku a právo na vyluku. Podle písm. b) v druhém odstavci se navíc zdůrazňuje, že se Rada při vydávání směrnic v pracovněprávní oblasti zdrží ukládání správních, finančních a právních omezení bránících zakládání a rozvoji malých a středních podniků.

Podle ustálené systemizace pracovního práva Evropské unie je možno tuto oblast z hlediska jejího obsahu členit na:

- právo volného pohybu zaměstnanců,
- rovnoprávnost mužů a žen v pracovním životě a další protidiskriminační právo,
- sociální ochrana zaměstnanců,
- technická a zdravotní ochrana zaměstnanců a V porovnání s šíří úpravy pracovněprávních vztahů, kterou známe například z českého právního prostředí, působí výsledná podoba úpravy pracovněprávních vztahů na úrovni EU neuceleně a poněkud nekonzistentně. Spolu s dalšími opatřeními v oblasti sociální politiky poskytuje nicméně most mezi výchozím ekonomickým rámcem evropské integrace a její sociální dimenzí, jakož i krok směrem k vytváření evropské občanské společnosti<sup>14</sup>.

Evropské pracovní právo má navíc na podobu úpravy pracovněprávních vztahů jednotlivých členských států nesporný vliv. Během období, kdy docházelo k intenzivnímu přibližování podob úprav pracovněprávních vztahů v jednotlivých členských státech, tedy zejména v 70. letech 20. století, docházelo k pozoruhodnému vzájemnému ovlivňování a utváření pracovního práva na úrovni tehdejších Evropských společenství a jejich členských

<sup>13</sup> Kritické poznámky k tomu viz in WEDDERBURN, Lord of Charlton: European Community Law and Workers' Rights. Fact or Fake in 1992? In: *Dublin University Law Journal*, 1991, s. 10–12.

<sup>14</sup> BARNARD, Catherine. *EC Employment Law*. Third Edition. Oxford: Oxford University Press, 2006, s. 61.

států. Pro mnohé z nich představovala integrace v pracovníprávní oblasti mocný impuls pro samotné ustavení pracovního práva jako právního odvětví<sup>15</sup>.

V našich podmínkách byla situace poněkud odlišná. V době, kdy se Česká republika ucházela o členství v EU a stála mimo jiné před úkolem přizpůsobit svůj právní řád požadavkům vycházejícím z práva EU, již zde bylo pracovní právo jako právní odvětví mnoho let ustáleno. České pracovní právo tak muselo být k tomu evropskému přiblíženo zejména co do podoby jednotlivých institutů, aniž by bylo v širším rozsahu nutné implementovat zcela nové instituty. Prostřednictvím tzv. harmonizační novely zákona č. 65/1965 Sb., zákoník práce, provedené zákonem č. 155/2000 Sb., kterým se mění zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, a tzv. euronovely zákoníku práce provedené zákonem č. 46/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 312/2002 Sb., o úřednících územních samosprávních celků a o změně některých zákonů, tak došlo například ke změnám v pravidlech uzavírání a opakování pracovních poměrů na dobu určitou, k úpravám v oblasti pracovní doby a dob odpočinku, dovolené nebo bezpečnosti práce.

I v našich podmínkách přeci jen pracovní právo v souvislosti s přijetím výše uvedených novel tehdy platného zákoníku práce zaznamenalo některá doplnění v podobě dosud neznámých institutů. Šlo například o úpravu hromadného propouštění nebo pravidla informování a projednávání se zaměstnanci, v souvislosti s nimiž se v našem právním řádu objevili i další zástupců zaměstnanců odlišní od odborových organizací (rada zaměstnanců, zástupce pro oblast bezpečnosti a ochrany zdraví při práci a evropská rada zaměstnanců). I v našich podmínkách tedy platí, že v důsledku existence evropského pracovního práva došlo ke vzniku určitých výsečí úpravy pracovníprávních vztahů, které mají ryze „evropský“ charakter<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Blíže k tomu viz BERCUSSON, B. *European Labour Law*. Second Edition. New York: Cambridge University Press, 2009, s. 28.

<sup>16</sup> BERCUSSON, B. *European Labour Law*. Second Edition. New York: Cambridge University Press, 2009, s. 35.

Na straně druhé ovšem zůstává v úpravě pracovněprávních vztahů mnoho oblastí, které nebyly ze strany EU nijak dotčeny a ve kterých tedy o konkrétní podobě příslušných pravidel rozhodují samy členské státy. Z uvedeného přímo vyplývá, že se mezi jednotlivými členskými státy zůstávají v uvedených oblastech poměrně značné rozdíly. Jde například o odměňování a kolektivní vyjednávání, což vyplývá z výše popsané výslovně zakotvené nemožnosti EU se těmito oblastmi zabývat. Dále jde například o pravidla rozvázání pracovněprávního vztahu (výpovědní důvody, odstupné, výpovědní doba apod.) nebo náhradu škody.

## 5 Závěr

Sociální politika EU prošla z hlediska svého účelu a smyslu spletitým a zajímavým vývojem. Evropské pracovní právo je samo o sobě rozporuplným a poněkud nejednoznačným pojmem. Přístup EU k pracovnímu právu se vyvinul a oproti původnímu pojetí významně posunul. Podobu a rozsah opatření v pracovněprávní oblasti stále předurčuje úzká vazba k budování a rozvíjení společného trhu, jemuž má pracovní právo napomáhat prostřednictvím přibližování právních řádů členských států na poli pracovních podmínek zaměstnanců.

Sociální politika EU a evropské pracovní právo s ní se ovšem vyvinula do podoby svébytné a významné součásti evropské integrace, která sehrává významnou roli při utváření a rozvíjení tzv. evropského sociálního modelu.

Nabízí se otázka, zda a jak se bude evropské pracovní právo do budoucna vyvíjet. Bude zajímavé sledovat, zda dojde k dalšímu prohloubení nebo proměně jeho funkcí a poslání a zda bude tento případný vývoj směřovat k vytvoření „skutečného“ evropského pracovního práva, tedy ke komplexní úpravě zpracování právních vztahů vznikajících mezi zaměstnanci a zaměstnavateli při výkonu závislé práce.

## Literature

BARANCOVÁ, Helena. *Európske pracovné právo*. Bratislava: Sprint dva, 2003, 192 s. ISBN 80-89085-13-X.

BARANCOVÁ, Helena. *Európske pracovné právo. Flexibilita a bezpečnosť pre 21. storočie*. Bratislava: Sprint dva, 2010, 680 s. ISBN 978-80-893-9342-8.

- BARNARD, Catherine. *EC Employment Law*. Third Edition. Oxford: Oxford University Press, 2006, 798 s. ISBN 978-0-19-928003-2.
- BERCUSSON, Brian. *European Labour Law*. Second Edition. New York: Cambridge University Press, 2009, 752 s. ISBN 978-0-521-61350-7.
- BULLA, Martin. *Medzinárodné právo súkromné Európskej únie optikou pracovného práva*. Bratislava: Friedrich Ebert Stiftung, 2015, 242 s. ISBN 978-80-89149-45-2.
- DAVIES, Anne, C. L. *EU Labour Law*. 304 s. ISBN 978-1-84844-998-5.
- GREGOROVÁ, Zdenka; PÍCHOVÁ, Irena. *Základy pracovního práva a sociálního zabezpečení v Evropských společenstvích*. Brno: Masarykova univerzita, 2001, 167 s. ISBN 80-210-2729-0.
- TICHÝ, L.; RAINER, A.; ZEMÁNEK, J.; KRÁL, R.; DUMBROVSKÝ, T. *Evropské právo*. 5. přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 758 s. ISBN 978-80-7400-546-6.
- WEDDERBURN, Lord of Charlton. *European Community Law and Workers' Rights. Fact or Fake in 1992?* In: *Dublin University Law Journal*. 1991, 36 s. Dostupné prostřednictvím databáze Hein Online.

### Contact – e-mail

[zdenka.gregorova@law.muni.cz](mailto:zdenka.gregorova@law.muni.cz), [jaroslav.stransky@law.muni.cz](mailto:jaroslav.stransky@law.muni.cz)

# Neplatnost pro nedostatek formy v komparativním pohledu

*Michal Janoušek, Lukáš Hadamčík*

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

## **Abstract in original language**

Autoři se v příspěvku zaměří na otázku neplatnosti právního jednání pro nedostatek formy v komparativním pohledu. Budou se zabývat odlišnostmi v zákonných úpravách této problematiky v České republice, Španělsku, Německu, Rakousku, Švýcarsku, Francii, Itálii a Velké Británii. V příspěvku se budou věnovat jednak důsledkům nedodržení zákonné formy, jednak formy smluvené.

## **Keywords in original language**

neplatnost; nicotnost; právní jednání; forma; občanský zákoník.

## **Abstract**

In this article, authors focus there on the nullity of legal acts caused by defect of form. The authors deal with differences in statutory regulations of this problem in the Czech Republic, Spain, Germany, Austria, Switzerland, France, Italy and the United Kingdom. The authors deal partly with the form determined by law and partly with the form negotiated by the parties.

## **Keywords**

Invalidity; Nullity; Legal Act; Form; Civil Code.

## **1 Úvod**

Příspěvek si klade za cíl demonstrovat právní úpravu formy právního jednání v evropském kontextu. Autoři za tímto účelem zvolili několik právních řádů, ze kterých sestavili základní rámec platný pro právní úpravu formy právního jednání. Jelikož se jedná o „evropský kontext“, je závěrečná pasáž tohoto příspěvku věnována i českému pojetí formy právního jednání, kde jsou v rozsahu právní komparatistiky nastíněny základní rozdíly v přístupu

k formě právního jednání v zákoně č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (dále jen „ObčZ“) ve vztahu k dřívějšímu zákonu č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů účinného do 31. 12. 2013 (dále jen „ObčZ 1964“) a zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, účinného do 31. 12. 2013 (dále jen „ObchZ“). Vzhledem k tomu, že forma právního jednání je v základních obrysech typicky dělena na formu zákonnou a formu ujednanou stranami, respektují autoři tuto skutečnost i pro účely tohoto příspěvku, a proto se věnují jednak formě stanovené zákonem, jednak formě ujednané stranami.

## 2 Zahraniční právní úpravy formy právního jednání

### 2.1 Německá právní úprava formy právního jednání

#### 2.1.1 *Zákonná forma*

Německý občanský zákoník (dále jen „BGB“) zvolil v zájmu co možná nejmenšího omezení právního styku tzv. Formfreiheit, tedy svobodu formy právních úkonů<sup>1</sup>. Německý BGB rozeznává několik druhů formy právních úkonů podle stupňovité koncepce. Mezi formy počítá současnou fyzickou přítomnost smluvních stran<sup>2</sup> a písemnou formu, kterou dělí na prostou písemnou formu, formu úředního ověření, které se ovšem nevztahuje na samotný text příslušné listiny (dokumentu), nýbrž pouze na podpis pod písemně zachyceným obsahem listiny, a formu notářského zápisu, která představuje „nejsilnější druh písemné formy“ a v protikladu k úřednímu ověření se nevztahuje pouze na samotný podpis, nýbrž na obsah celé listiny<sup>3</sup>. Formu notářského zápisu BGB určuje pro dispoziční úkony s nemovitostí<sup>4</sup>. Tato forma dispozičních aktů má především varovnou funkci a má upozornit jak zcizitele, tak nabyvatele na významnost jimi realizova-

<sup>1</sup> HEFERMEHL. In: SOERGEL, T. Hans; WOLF, Manfred. *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Allgemeiner Teil. Band 2. § 104-240*. 13. Auflage. Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH, 1999, s. 24.

<sup>2</sup> Např. § 925 BGB při převodu pozemku vyžaduje současnou fyzickou přítomnost zcizitele a nabyvatele nebo § 1410 BGB, který pro formu manželské smlouvy vyžaduje současnou fyzickou přítomnost manželů před notářem, apod.

<sup>3</sup> HEFERMEHL. 1999, op cit., s. 125.

<sup>4</sup> Vedle dispozičních aktů s nemovitostí stanoví formu notářského zápisu např. § 15 odst. 3 a 4 zákona o společnosti s ručením omezeným pro zcizení obchodního podílu ve společnosti s ručením omezeným.

ných právních aktů, chránit smluvní strany před uspěchaností zamýšleného právního úkonu a současně zajistit realizaci právního aktu prostřednictvím profesionální osoby notáře<sup>5</sup>.

Požadavek formy právního jednání může vyplývat jednak ze zákona<sup>6</sup>, jednak z ujednání stran. Rozhodujícím ustanovením, na jehož základě se posuzují právní následky nedostatku formy právního úkonu podle německého BGB je obsažen v § 125 BGB, který stanoví, že „[p]rávní úkon, kterým není dodržena zákonem předepsaná forma, je neplatný.“ (odst. 1) a „[v]ada právním úkonem zvolené formy má v pochybnostech za následek neplatnost.“ (odst. 2). Stranám je ponecháno na vůli, jakou formu pro svůj právní úkon zvolí a jaké právní následky chtějí s jejím nedodržením sledovat. Rovněž zrušení, resp. odvolání ujednané povinnosti stran dodržet ujednanou formu právního úkonu náleží do svobodné dispozice stran. BGB upravuje jediné výkladové pravidlo (§ 125 odst. 2), ve vztahu k formě ujednané stranami<sup>7</sup>.

Následky nedodržení formy podle BGB se liší podle toho, zda povinnost dodržet formu stanoví zákon nebo ujednání stran. Nedodržení zákonného předpisu o formě právního úkonu vede zásadně k jeho neplatnosti<sup>8</sup>, aniž by byl rozlišován účel právního úkonu. Pouze pro některé případy umožňuje BGB zhojení vady formy prostřednictvím plnění stran, případně jedné z nich<sup>9</sup>. Možností zhojení nedostatku formy právního úkonu zákon vyjadřuje skutečnost, že se neplatnost (právní následek jejího nedodržení) orientuje pouze na závazek k plnění, nikoli na samotný právní důvod<sup>10</sup>.

Povinnost dodržet předepsanou formu se vztahuje zásadně na celý právní úkon, resp. zásadně na projevy smluvních stran. Výjimečně zákon vyžaduje formu pouze pro určitý právní úkon jedné strany (viz např. § 766 BGB určující formu ručitélského závazku nebo § 780 BGB vymezující uznání

<sup>5</sup> HEFERMEHL. 1999, op cit., s. 129.

<sup>6</sup> Požadavek písemné formy upravuje BGB např. pro smlouvu o spotřebitelském úvěru, nájemní smlouvu o pozemcích, bytových nebo nebytových prostorech, které jsou uzavřeny na dobu delší než jeden rok (srov. § 578 BGB).

<sup>7</sup> HEFERMEHL. 1999, op cit., s. 124.

<sup>8</sup> HEFERMEHL. 1999, op cit., s. 125.

<sup>9</sup> Takové zhojení stanoví např. § 518 BGB pro formu slibu darování., § 766, který stanoví povinnost písemné formy ručitélského závazku, která, není-li dodržena, je zhojena v případě, že ručitel hlavní závazek splní.

<sup>10</sup> HEFERMEHL. 1999, op cit., s. 129.

dluhu a § 781 BGB regulující převzetí dluhu)<sup>11</sup>. Zákonná povinnost formy se nevztahuje pouze na podstatné náležitosti právního úkonu (smlouvy) – tedy pouze na essentialia negotii (např. ujednání o předmětu, ceně a smluvních stranách u kupní smlouvy) – nýbrž na všechna ujednání, kterým strany přikládají význam – tedy včetně vedlejších ujednání (accidentalia negotii – platební podmínky, lhůty k dodání věci atd.)<sup>12</sup>. Zákonná povinnost dodržení formy se uplatní rovněž pro pozdější změny, doplnění nebo zrušení smlouvy.

Právním následkem nedodržení zákonem předepsané formy je neplatnost právního úkonu (smlouvy) – viz § 125 věta první BGB<sup>13</sup> - nevyžaduje se tedy dovolání se neplatnosti ani jiný projev vůle některé ze stran ani třetí osoby. Vychází se z myšlenky, že právní předpis o formě by bez stanovených následků neplatnosti byl zbytečný<sup>14</sup>. Vzhledem ke skutečnosti, že v případě nedodržení zákonem předepsané formy je sankcí neplatnost právního úkonu, nevzniká ani žádná povinnost (právo – u synallagmatických závazků) na plnění. Otázkou vyvolává neplatnost vedlejšího ujednání u právního úkonu, který je ze zákona spojen s určitou formou. Tehdy je obecně přijímán názor, že je neplatné vedlejší ujednání a v pochybnostech rovněž celý právní úkon<sup>15</sup>.

### 2.1.2 *Forma ujednaná stranami*

Pokud smluvní strany u jinak neformálních právních jednání ujednají, že výsledek jejich vyjednávání v podobě uzavření smlouvy a jejích následných změn, doplňků, jakož i případné její zrušení se má uskutečnit v určité formě (např. písemně), může takové ujednání podle německého BGB plnit rozličné funkce. Předně může takové ujednání mít pouze tzv. **redakční význam**, jehož smyslem je výhradně usnadnění důkazní pozice smluvních stran v podobě jednodušší dokazatelnosti obsahu právního vztahu (pochopitelně se ústní dohoda stran neproказuje tak jednoduše, jako je tomu u formy

<sup>11</sup> HEFERMEHL. 1999, op cit., s. 127.

<sup>12</sup> HEFERMEHL. 1999, op cit., s. 128.

<sup>13</sup> HEFERMEHL. 1999, op cit., s. 134.

<sup>14</sup> Tamtéž.

<sup>15</sup> Srov. § 139 BGB, který upravuje částečnou neplatnost; „*pokud je nicotná pouze část právního úkonu, je nicotný celý právní úkon, pokud není možné přijmout závěr, že by byl učiněn i bez této nicotné části.*“



písemné)<sup>16</sup>. Současně ovšem ujednání o povinnosti dodržení stranami sjednané formy může mít **význam podmínky účinnosti** právního úkonu<sup>17</sup>.

Právním následkem nedodržení formy právního úkonu ujednané stranami je v **pochybnostech** neplatnost právního úkonu<sup>18</sup> – tedy stejný právní následek, který zákon určuje pro nedodržení formy předepsané zákonem (§ 125 věta druhá BGB). BGB v § 154 odst. 1 stanoví, že „*pokud se strany nesjednotily na všech bodech smlouvy, o kterých se podle prohlášení také jedné z nich má týkat ujednání, má se smlouva v pochybnostech za neuzavřenou.*“ a podle odst. 2 „*pokud byla ujednaná dokumentace zamýšlené smlouvy, není v pochybnostech uzavřena, dokud nedojde k její dokumentaci.*“ Platí proto, že § 125 věta druhá BGB a § 154 odst. 2 BGB jsou výkladová pravidla. Podstata spočívá v tom, že smluvní strany mohou klauzuli o dodržení písemné formy „suspendovat“, a to buď všeobecně, nebo pro určité případy (např. jednotlivá ujednání). Proto podle německého práva platí, že i tehdy, pokud např. nájemní nebo společenská smlouva obsahuje ujednání, že změny smlouvy musí být provedeny v písemné formě, mohou se i přes takové ujednání ve smlouvě rovněž ústní ujednání stát (účinnou) součástí písemné smlouvy, a to za předpokladu, že strany chtěly souhlasně ústně ujednat, tedy sjednotit se na tom, že pro jejich smluvní vztah platí vedle listinného obsahu smlouvy rovněž toto ústní ujednání<sup>19</sup>. Shodně požadavek zrušení smlouvy v písemné formě může být vyloučen ústním ujednáním stran nebo i konkludentně. Také plnění z právního úkonu, pro který byla předepsána ujednaná forma lze spatřovat jako jeden z důvodů svědčící o závěru rezignace stran na dodržení formy právního úkonu. Pouze tehdy, pokud není možné zjistit odchýlnou vůli smluvních stran, působí nedodržení formy sjednané stranami neplatnost právního úkonu<sup>20</sup>. Uvedené platí shodně pro všechna vedlejší ujednání právního úkonu (smlouvy). Nedodržení stranami ujednané formy má za následek neplatnost právního úkonu v pochybnostech, že forma právního úkonu je stranami sjednána jako konstitutivní<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Palandt, Otto, Bessenge, Peter. Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen. 74., neu bearbeitete Auflage. C. H. Beck: München, 2015, s. 128.

<sup>17</sup> HEFERMEHL. 1999, op cit., s. 129.

<sup>18</sup> HEFERMEHL. 1999, op cit., s. 136.

<sup>19</sup> Rozhodnutí německého BGH ze dne 2. 6. 1976, sp. zn. VIII ZR 97/74.

<sup>20</sup> HEFERMEHL. 1999, op cit., s. 136-137.

<sup>21</sup> Tamtéž.

Právě v této skutečnosti spočívá podstatný rozdíl mezi zákonnou formou a formou ujednanou stranami. Nedodržení předepsané formy smluvními stranami má podobě jako nedodržení zákonem předepsané formy za následek neplatnost právního úkonu, ovšem pouze tehdy, pokud tato byla sjednána jako konstitutivní. Strana, která se dovolává změny písemně uzavřené smlouvy, která nebyla realizovaná ve smlouvou předepsané formě, musí zásadně dokázat, že došlo k platnému ujednání (změně smlouvy) a nebyla dodržena forma pro její změnu<sup>22</sup>.

Podobně je třeba řešit situace, kdy smluvní strany pominou (z důvodu neuvědomění si) klauzuli o formě stanovené ve smlouvě. V takové situaci ovšem chybí výslovná nebo alespoň mlčky realizovaná suspenze takového ujednání o povinnosti dodržet formu, a proto vzniká otázka, zda např. ústně ujednané je platné nebo podle § 125 věty druhé BGB nicotné<sup>23</sup>. V takových případech je totiž účinnost ústního ujednání vázána na zrušení ve smlouvě ujednané klauzule o formě, a to na základě doktríny *contrarius actus*<sup>24</sup>. Pokud proto strany chtěly učinit jimi ujednané platným, nemůže ve smlouvě obsažená klauzule o povinnosti dodržet určitou formu být na újmu platnosti např. ústně ujednaného. Tehdy totiž strany chtěly souhlasným ústním ujednáním příkaz formy vyloučit.

## 2.2 rakouská právní úprava formy právního jednání

Rakouský ABGB vychází z principu neformálnosti právních úkonů<sup>25</sup>, přičemž výjimky jsou stanoveny buď zákonem (§ 886 ABGB) nebo ujednáním stran (§ 884 a 885 ABGB). Pokud si strany vyhradí pro smlouvu určitou formu, předpokládá se, že nechtějí být vázány, pokud taková forma nebude

<sup>22</sup> Tak např. pokud je posledních dvacet let bez jakéhokoli odporu rozdělován zisk mezi společníky veřejné obchodní společnosti rozdílně od toho, jak stanoví společenská smlouva, vzniká skutečná domněnka, že došlo ke konkludentní změně společenské smlouvy. V takovém případě by musel společník, který se neplatnosti odchylného klíče rozdělování zisku (změny smlouvy) dovolává, dokázat, že vzdor dlouholetému odlišnému zacházení smlouvu změnit nechtěl.

<sup>23</sup> HEFERMEHL. 1999, op cit., s. 127.

<sup>24</sup> HEFERMEHL. 1999, op cit., s odkazem na rozhodnutí německého Říšského soudu ze dne 21. 3. 1919, sp. zn. III 388/18.

<sup>25</sup> Neformální je např. i kupní smlouva, jejímž předmětem je nemovitost. Písemně se sjednává zpravidla pouze jako deklaratorní proto, že písemná forma je vyžadována pro intulaci do veřejného seznamu.

dodržena<sup>26</sup>. V pochybnostech je stranami ujednaná forma dodatečný požadavek platnosti (i jednostranných) právních úkonů<sup>27</sup>. V tomto směru proto rakouský ABGB spojuje s formou právního úkonu podobně jako německý BGB funkci konstitutivní, kterou je třeba odlišit od funkce deklaratorní (sloužící k „pouhé“ dokumentaci obsahu ujednání) bez spojení právních následků s takovým ujednáním<sup>28</sup>. Deklaratorní forma slouží v podstatě pouze k prokázání existence určitého právního poměru, resp. má povahu důkazní listiny.

Ustanovení § 884 ABGB plní roli výkladového ustanovení. Pokud toto ujednání plní roli výkladového ustanovení, dochází k vyvrácení předpokladu § 884 ABGB poukazem na společnou vůli stran, tedy existenci vůle stran být vázán<sup>29</sup>. Pokud proto např. nabídka na uzavření smlouvy obsahuje klauzuli o uzavření smlouvy v písemné formě, nebude smlouva uzavřena ústní nebo konkludentní formou. Pokud si naopak oblat v rámci své „akceptace“ vymíní písemnou formu právního úkonu (smlouva), považuje se to za novou nabídku<sup>30</sup>.

Nedodržení předepsané (zákonné nebo konstitutivní smluvní) formy má za následek zásadně neplatnost právního úkonu<sup>31</sup>. Toto pravidlo má ovšem omezený význam v tom směru, že podle § 1432 ABGB<sup>32</sup> existuje minimálně naturální obligace a vada formy je zpravidla zhojena plněním stran. Vadu formy, právě proto, že jejím následkem je neplatnost právního úkonu, je třeba zohlednit z úřední povinnosti<sup>33</sup>. Vzhledem ke zmiňovanému

<sup>26</sup> Srov. § 884 ABGB.

<sup>27</sup> RUMMEL, Peter. *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden*. 3., nebearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2007, s. 1470.

<sup>28</sup> V tomto směru lze poukázat na dávné rozhodnutí rakouského OGH ze dne 30. 6. 1954, sp. zn. 3 Ob 432/54, ve kterém rakouský OGH uvedl, že „pokud si smluvní strana vyhradí, že závazná bude smlouva tehdy, pokud bude učiněna v písemné formě a druhá strana souhlasí, potom nemůže ani jedna, ani druhá strana žádat před splněním požadavku formy plnění ze smlouvy.“

<sup>29</sup> RUMMEL. 2007, op. cit., s. 1470.

<sup>30</sup> Tamtéž. Shodně i HULMÁK In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 187.

<sup>31</sup> RUMMEL. 2007, op. cit., s. 1478.

<sup>32</sup> § 1432 ABGB stanoví, že „přesto nemohou být požadovány zpět platby na promlčené dluhy nebo dluhy neplatné pouze pro nedostatek formy, nebo k jejichž vymožení zákon zapovídá žalobní právo a stejně tak nemohou být požadována zpět plnění, pokud někdo plnil, ačkoli věděl, že k tomu není povinen.“ Srov. obdobu tohoto ustanovení v § 2997 ObčZ.

<sup>33</sup> RUMMEL. 2007, op. cit., s. 1478.

ustanovení § 1432 ABGB ovšem zákonodárce přiznává formě nižší význam než jiným důvodům neplatnosti, což ostatně připouští tím, že umožňuje zhojení vady prostřednictvím plnění. Právě i ve slově „pouze“ použitým v § 1432 ABGB se projevuje stupňovité vážení důvodů neplatnosti právních úkonů zákonodárcem<sup>34</sup>.

### 2.3 Švýcarská právní úprava formy právního jednání

Švýcarské právo se stejně jako právo německé a rakouské hlásí k všeobecné svobodě ve volbě formy právních úkonů (tzv. Formfreiheit), a to konkrétně v čl. 11 odst. 1 OR<sup>35</sup>. Zákonná písemná forma je v čl. 12-15 OR normována podobně jako v německém BGB, zejména v ustanovení čl. 12, který stanoví, že „*pokud je pro smlouvu zákonem stanovena písemná forma platí tento předpis rovněž pro každou změnu, s výjimkou doplňujících vedlejších ustanovení, která nejsou s listinou v protikladu*“. Vedle zákonem určené formy pro právní úkony si mohou rovněž strany ujednat formu vlastního právního úkonu (smlouvy), a to v režimu čl. 16 OR<sup>36</sup>. Švýcarský OR vedle zákonné formy a formy ujednané stranami rozlišuje rovněž formu úředního ověření, kterou vyžaduje (čl. 216 OR) např. pro kupní smlouvu, jejímž předmětem je nemovitost. Porušení zákonem předepsané povinnosti formy vede ve smyslu čl. 11 odst. 2 OR zásadně k neplatnosti právního úkonu.

### 2.4 Francouzská právní úprava formy právního jednání

Francouzské právo rozlišuje mezi jednoduchou písemnou formou (acte sous seing privé) – např. čl. 1325 CC pro účely synallagmatických smluv a úředním ověřením (acte authentique). Porušení prosté (jednoduché) písemné formy nevede k neplatnosti, nýbrž pouze k důkazním složitostem, protože podle čl. 1347 CC je předepsána ein commencement de preuve par octet. Nedodržení formy notářského zápisu naopak vede zásadně k neplatnosti právního úkonu.

<sup>34</sup> HEISS, Helmut. *Formmängel und ihre Sanktionen. Eine Privatrechtsvergleichende Untersuchung*. Mohr Siebeck: Tübingen, 1999, s. 19.

<sup>35</sup> A contr. znění „[s]mlouvy vyžadují k jejich platnosti zvláštní formu pouze tehdy, pokud tak předepisuje zákon.“ (odst. 1) a „[p]okud není o významu a účinku zákonem předepsané formy určeno něco jiného, závisí na jejím dodržení platnost smlouvy.“ (odst. 2).

<sup>36</sup> Který stanoví, že „[p]okud je pro smlouvu, která ze zákona nebyla spojena s určitou formou, aplikace takové byla vyhrazena, předpokládá se, že strany nechťely být před splněním formy zavázány.“

## 2.5 Španělská právní úprava formy právního jednání

Ve španělském právu nalezneme obecnou úpravu formy právních jednání v občanském zákoníku (Código civil), a to v knize čtvrté, která upravuje závazky a smlouvy. Španělský občanský zákoník totiž neobsahuje obecnou úpravu právních jednání, ale pouze obecnou úpravu smlouvy. Čtvrtá kapitola nese název „O účinnosti smluv“, přestože jejím obsahem je právě obecná úprava formy smluv. Tento zdánlivý rozpor plyne z historického vývoje. V původním návrhu občanského zákoníku byla tato kapitola nazvána „O formě smluv“, nicméně při projednávání návrhu parlamentem došlo ke změně názvu. Název tak odpovídá funkci, kterou podmínka náležitosti formy má<sup>37</sup>.

Španělské právo je shodně jako převážná většina evropských kodifikací postaveno na svobodě formy právních jednání, resp. smluv. Tento základní princip je vyjádřen v čl. 1278 CC. Podle tohoto ustanovení se smlouva stává závaznou, ať už je učiněna v jakékoliv formě, pokud jsou splněny základní podmínky její platnosti. Čl. 1279 dále stanoví: „*Pokud zákon vyžaduje písemnou nebo jinou zvláštní formu pro účinnost závazků plynoucích z dané smlouvy, mohou se smluvní strany navzájem domáhat naplnění této formy od té chvíle, kdy bylo dosaženo konsenzu a dalších nezbytných náležitostí pro její platnost.*“

Španělská teorie práva rozlišuje mezi formou „ad solemnitatem“ a „ad probationem“, což doslovně znamená „pro vážnost“ a „pro důkaz“. Je-li vyžadována forma „ad solemnitatem“, pak dodržení této formy je nezbytné pro samotnou platnost právního jednání<sup>38</sup>. Naopak v případě formy „ad probationem“ jde pouze o požadavek formy za účelem prokázání právního jednání. Nedodržení formy „ad probationem“ tak nijak neovlivňuje platnost právního jednání<sup>39</sup>.

V uvedeném smyslu je nutné rozumět rovněž výše citovanému čl. 1279, neboť ten zjevně hovoří o formě „ad probationem“. Pokud by totiž byla

<sup>37</sup> REGLERO CAMPOS, L. Fernadno. *De la eficacia de los contratos* [online]. vLex, 2015 [cit. 10. 10. 2015]. Dostupné z: [http://libros-revistasderecho.vlex.es/vid/articulos231167?\\_ga=1.136134776.856941013.1444480014](http://libros-revistasderecho.vlex.es/vid/articulos231167?_ga=1.136134776.856941013.1444480014).

<sup>38</sup> Ad solemnitatem. *Enciclopedia jurídica* [online]. Theodakis publishing Ltd. © 2014 [cit. 10. 10. 2015]. Dostupné z: <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/ad-solemnitatem/ad-solemnitatem.htm>

<sup>39</sup> Ad probationem. *Enciclopedia jurídica* [online]. Theodakis publishing Ltd. © 2014 [cit. 10. 10. 2015]. Dostupné z: <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/ad-probationem/ad-probationem.htm>.

zákonem vyžadována forma „ad solemnitate“, nebyla by naplněna jedna z náležitostí právního jednání, a proto by ani nešlo o platné právní jednání. Např. čl. 633 CC vyžaduje formu veřejné listiny pro darování nemovité věci, přičemž výslovně uvádí, že je tato forma podmínkou platnosti tohoto darování. Jde tak z pohledu španělského práva o formu „ad solemnitate“. Naopak např. v čl. 1280 CC je vyžadována písemná forma pro takovou smlouvu, podle níž plnění jedné nebo obou stran přesahuje 1 500 peset (cca 9 €). V tomto případě jde však o požadavek formy „ad probationem“<sup>40</sup>. Pro posouzení, zda zákonný požadavek určité formy právního jednání (smlouvy) ovlivňuje současně jeho platnost, je tak nutné se vždy zabývat tím, zda zákon vyžaduje danou formu jako základní podmínku platnosti (jde o formu „ad solemnitate“). Je-li tomu tak, je ve španělské právní teorii v případě nedodržení této formy dovozována dokonce nicotnost právního jednání<sup>41</sup>. Ve španělské doktríně ovšem nepanuje jednoznačná shoda v rozlišení nicotnosti (*la inexistencia*) a absolutní neplatnosti (*la nulidad de pleno Derecho*). Proto část španělské doktríny přichází s třetím pojmem úplná neplatnost (*la nulidad radical*), jakožto jedinečným pojmem zastřešujícím oba předcházející. Při této teorii je tak nedodržení formy, která je zákonem vyžadována jako základní podmínka, důvodem úplné neplatnosti<sup>42</sup>.

## 2.6 Italská právní úprava formy právního jednání

Italské právo rozeznává formu úředního ověření (*atto pubblico*) v souvislosti s všeobecným předpisem o důkazu v čl. 2699 *Codice Civile* a jednoduchou (prostou) písemnou formu (*scrittura*), kterou *Codice civile* upravuje v čl. 2702 CC. Porušení požadavku úředního ověření jakožto případů, které *Codice civile* vypočítává v čl. 1350, vedou podle tohoto předpisu k neplatnosti právního úkonu<sup>43</sup>. Případy jednoduché písemné formy, které jsou vypočítány zejména v čl. 1350 a 2643 CC podle italského práva stejně

<sup>40</sup> *Contratación mercantil y bancaria*. Madrid: Grupo El Derecho y Quantor, 2010, 880 s. ISBN 978-841-5145-189, s. 433.

<sup>41</sup> PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de derecho civil español*. (2. ed. rev. y puesta al día). Pamplona: Aranzadi, 1972. ISBN 84-368-0043-5, s. 867.

<sup>42</sup> Tamtéž, s. 870.

<sup>43</sup> Jedná se zejména o případy smluv, jejichž předmětem je převod vlastnického práva k nemovitosti, nájemní smlouvy, které jsou uzavřeny na dobu delší než devět let, smlouvy o zřízení věcného břemene, apod.

jako v případě práva francouzského nepůsobí neplatnost právního úkonu (smlouvy), nýbrž její nedodržení vede k důkazním složitostem, protože v čl. 2721 a násl. CC prakticky pro každý spor, který převyší určitou hranici, vylučuje „ústní svědectví“ (dokazatelnost).

## 2.7 Anglická právní úprava formy právního jednání

Anglické právo rozeznává stran formy právního úkonu tzv. contract under seal a písemnou formu. Prvně jmenovaná forma platí podle common law např. pro závazek darování. Jednoduchá písemná forma postačí podle Law of Property Act z roku 1925 např. pro právní úkony týkající se nemovitostí. Porušení formy nepůsobí zásadně neplatnost právního úkonu, nýbrž má vztah pouze do oblasti procesní dokazatelnosti, neboť není-li dodržena forma, je vyloučena dokazatelnost takového právního úkonu. Částečné plnění účastníky zhojuje podle práva ekvity vadu formy, pokud by jednání protistrany bylo třeba hodnotit jinak jako podvodné.

## 2.8 Česká právní úprava formy právního jednání

V souvislosti s nabytím účinnosti ObčZ odpadla trojí právní úprava formy právního jednání obsažená v ObčZ 1964, Obchoz, jakož i v zákoně č. 262/2006 Sb., zákoníku práce, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „PrZ“). ObčZ 1964 upravoval následky nedodržení formy právního jednání v § 40 ObčZ 1964, a to tak, že „[n]ebyl-li právní úkon učiněn ve formě, kterou vyžaduje zákon nebo dohoda účastníků, je neplatný.“ a „[p]ísemně uzavřená dohoda může být změněna nebo zrušena pouze písemně.“ Právní následky se podle právní úpravy v ObčZ 1964 lišily podle toho, zda byla porušena zákonem stanovená forma nebo forma ujednaná stranami. Zatímco porušení zákonem předepsané formy bylo stíháno absolutní neplatností (§ 39 ObčZ 1964), porušení formy ujednané stranami bylo stíháno neplatností relativní (§ 40a ObčZ 1964).

Právní úprava formy právního úkonu v ObchZ byla obsažena v § 272, který stanovil, že „[s]mlouva vyžaduje k platnosti písemnou formu pouze v případech stanovených v tomto zákoně nebo když alespoň jedna strana při jednání o uzavření smlouvy projeví vůli, aby smlouva byla uzavřena v písemné formě.“ (odst. 1) a „[o]bsahuje-li písemně uzavřená smlouva ustanovení, že může být měněna nebo zrušena pouze dohodou stran v písemné formě, může být smlouva měněna nebo zrušena pouze písemně.“ (odst. 2).

Podle nové právní úpravy se liší právní následky nedodržení formy právního jednání stanovené zákonem a formy ujednané stranami. Současně je třeba rozlišit formu právního jednání pro uzavření smlouvy (§ 1758 ObčZ) a formu právního jednání pro její případnou změnu či zrušení (*lex specialis* § 582).

Právním následkem nedodržení formy stanovené zákonem je vždy absolutní neplatnost právního jednání (§ 588 ObčZ), nejde-li ovšem o případy, kdy je forma stanovena zákonem v části čtvrté občanského zákoníku (relativní majetková práva). Tehdy je následkem nedodržení formy neplatnost pro ta právní jednání, ze kterých ještě nebylo plněno. Bylo-li již plněno, dochází ke zhojení vady zákonem předepsané formy. Proto je třeba v tomto směru rozlišovat, za jakým účelem je zákonem předepsaná forma obsažena v té které části občanského zákoníku.

Právní následky nedodržení formy ujednané stranami jsou rozdílné v závislosti na tom, zda je stranami ujednaná konstitutivní forma právního jednání, jejíž nedodržení (při uzavírání smlouvy, nikoli při její změně, zrušení apod. – srov. § 1758 ObčZ) je sankcionováno absolutní neplatností (srov. „*strany nechťjí být vázány*“) a právní následky nedodržení formy právního jednání v podobě relativní neplatnosti, jde-li o právní jednání v podobě případné změny či zrušení již existující smlouvy (srov. § 582 ObčZ).

ObčZ tedy v rámci formy právního jednání rozlišuje více podkategorií, které v ObčZ 1964 a v ObchZ nebyly rozlišovány. Vedle kategorie smluvní a zákonné formy právního jednání dělí ObčZ právní následky nedodržení zákonné formy právního jednání (zhojení zákonem předepsané formy plněním pro účely části čtvrté ObčZ – relativní majetková práva) a právní následky nedodržení smluvní formy, v rámci které rozlišuje konstitutivní formu (oproti formě deklaratorní, jejíž nedodržení žádné negativní právní následky nepůsobí), a to při sjednávání smlouvy (§ 1758 ObčZ) a pro případnou její změnu či zrušení (účinné) smlouvy. V takovém případě je právním následkem relativní neplatnost právního jednání.

### 3 Závěr

Autoři se v příspěvku zabývali náležitostí formy právního jednání a důsledky jejího nedodržení v evropském kontextu. Touto problematikou se zabývali



ve vztahu k německé, rakouské, švýcarské, francouzské, španělské, italské a české právní úpravě. Společným pro tyto právní řády je základní východisko, a to svoboda volby formy právního jednání, jež je uplatňována až na zákonné výjimky. Důsledky nedodržení formy právního jednání, ať už zákonné nebo stranami zvolené, se však již v jednotlivých právních řádech liší, zejména s ohledem na funkci, jíž právní řád v tom kterém případě formě právního jednání přikládá. Funkce může být buď konstitutivní, tedy vedoucí ke vzniku daného právního jednání, anebo pouze deklaratorní, jež vede k jednodušší prokazatelnosti existence právního jednání, aniž by však dodržení dané formy mělo na existenci právního jednání vliv.

### Literature

SORGEL, Hans-Theodor; WOLF, Manfred. *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Allgemeiner Teil. Band 2. § 104-240.* 13. Auflage. Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH, 1999, 880 s. ISBN 978-3-17-015793-4.

PALANDT, Otto; BESSENGE, Peter. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen.* 74., neubearbeitete Auflage. München: C. H. Beck, 2015, 3198 s. ISBN 978-3-406-67000-8.

RUMMEL, Peter. *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden.* 3., neubearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2007, 862 s. ISBN 978-3-214-07015-1.

HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář.* 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, 2046 s. ISBN 978-80-7400-287-8.

HEISS, Helmut. *Formmängel und ihre Sanktionen. Eine Privatrechtsvergleichende Untersuchung.* Mohr Siebeck: Tübingen, 1999, 503 s. ISBN 3-16-147162-8.

PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de derecho civil español.* (2. ed. rev. y puesta al día). Pamplona: Aranzadi, 1972, 696 s. ISBN 84-368-0043-5.

### Contact – e-mail

[michal.janousek@law.muni.cz](mailto:michal.janousek@law.muni.cz)

[lukas.hadamcik@law.muni.cz](mailto:lukas.hadamcik@law.muni.cz)

# Niektoré aspekty ochrany osobných údajov v rámci elektronického obchodovania<sup>1</sup>

*Diana Treščáková – Regina Hučková*

Právnická fakulta UPJŠ v Košiciach, Slovensko

## **Abstract in original language**

V dnešnom elektronickom a digitálnom svete sa do popredia čoraz častejšie dostáva elektronické obchodovanie, ktoré je súčasťou nášho denného fungovania. Mnoho obchodných operácií prebieha vo virtuálnom svete a týka sa nielen podnikateľov, ktorí medzi sebou obchodujú elektronicky, ale aj bežného občana, ktorý sa dostáva do styku s uzatváraním zmlúv v elektronickej forme. Práve v tomto ohľade je podľa názoru autoriek potrebné zaoberať sa aj otázkami ako je virtuálna identita, ochrana osobných údajov, ochrana obchodného tajomstva a zachovávanie mlčanlivosti v rámci obchodnoprávných vzťahov. Autorky sa v tomto príspevku rozhodli, okrem iného, venovať niektorým aspektom ochrany osobných údajov v rámci elektronického obchodovania, nevynechajúc aj skúmanie virtuálnej identity účastníkov či už obchodnoprávných vzťahov alebo občianskoprávných vzťahov vznikajúcich vo virtuálnom svete.

## **Keywords in original language**

Osobné údaje; virtuálna identita; ochrana osobných údajov; elektronický obchod.

## **Abstract**

Electronic commerce, which is a part of our daily operations, increasingly gains ground in today's electronic and digital world. Many business operations takes place in the virtual world and concerns not only of businessmen who trade between themselves electronically, but also ordinary citizens who get into contact with the conclusion of a contracts in electronic form. It is in this respect, in the opinion of the authors necessary to deal with

---

<sup>1</sup> Tento príspevok vznikol v rámci riešenia grantovej úlohy APVV č. 14-0598 „Elektronizácia v podnikaní s akcentom na právne a technické aspekty“.

issues such as virtual identity, personal data protection, business confidentiality protection and confidentiality in the framework of commercial law relations. The authors in this paper decided, inter alia, to cover some aspects of personal data protection in e-commerce, but also to explore virtual identity of participants of either commercial law relations or civil law relations arising in the virtual world.

## Keywords

Personal Data; Virtual Identity; Personal Data Protection; Electronic Commerce.

## 1 Virtuálna identita

Úvodnou časťou príspevku, zaoberajúcom sa ochranou osobných údajov v rámci elektronického obchodovania, musí byť nevyhnutne časť pojednávajúca o virtuálnej identite.

Virtuálna identita, resp. identifikácia subjektu elektronického právneho úkonu je pri elektronickom obchodovaní viac než nevyhnutná. Právne úkony vo virtuálnom svete sa uskutočňujú voči neprítomným osobám, a preto sa vo zvýšenej miere kladie dôraz na zistenie totožnosti subjektu právneho úkonu.<sup>2</sup>

Na identifikáciu fyzickej osoby pri realizácii právnych úkonov bežným, teda nie elektronickým spôsobom sa bežne používa meno a priezvisko, prípadne aj občiansky preukaz, resp. aj iný preukaz. V prípade identifikácie fyzickej osoby podnikateľa, výpis zo Živnostenského registra a v prípade slobodných povolání, licencia. K identifikácii právnickej osoby je možné použiť výpis z Obchodného registra. No pri realizovaní právnych úkonov vo virtuálnom svete je situácia iná. Adresát už konkrétneho právneho úkonu si v prostredí Internetu nemá ako overiť skutočnú identitu konajúcej osoby. Pre komunikáciu v kyberpriestore je podmienkou vytvorenie vlastnej virtuálnej identity. Nie je možné sa pripojiť k sieti bez IP adresy<sup>3</sup>, nie je možné poslať

---

<sup>2</sup> FRIMMEL, M. *Elektronický obchod*. 1. vyd. Praha: Prospektum, 2002, 324 s. ISBN 80-7175-114-6.

<sup>3</sup> IP adresou je číslo, ktoré označuje každý prístroj pripojený do komunikačnej siete.

email bez emailovej schránky, a neexistuje emailová schránka bez domény.<sup>4</sup> Vo všeobecnosti, fyzické osoby, ale aj právnické, pri komunikácii vo virtuálnom svete nepoužívajú svoje presné mená, resp. označenia, ale vystupujú pod určitou e-mailovou adresou. Možno povedať, že podoba virtuálnej identity je výlučne v dispozícii osoby, ktorá ju vytvára, a preto bez ďalších identifikačných znakov nie je možné určiť o akú osobu sa jedná.

Lawrence Lessig a Hale Abelson vo svojej publikácii *Digital Identity in cyberspace*<sup>5</sup>, upozornili na základný rozdiel medzi skutočným (reálnym) svetom a virtuálnym svetom. V uvedenej publikácii uvádzajú, že kým pri internetovej komunikácii, samotný právny úkon neobsahuje, okrem informácií, ktoré ma v úmysle jeho odosielateľ poskytnúť, žiadne ďalšie informácie navyše. Naopak, pri realizovaní právnych úkonov v reálnom svete, sa adresátovi (chtiac, či nechtiac) poskytnú aj iné tzv. „druhotné informácie“, ktoré dokáže svojimi zmyslami vnímať.<sup>6</sup>

Z tohto teda vyplýva, že pre zistenie pôvodcu právneho úkonu vo virtuálnom svete je potrebné k prvotným informáciám (email, doména) pripojiť ďalšie, druhotné informácie.

V súčasnosti je známych niekoľko foriem overenia deklarovanej virtuálnej identity so skutočnou reálnou identitou. Jedná sa napríklad o elektronický podpis, prípadne o zaručený elektronický podpis.

Virtuálnou identitou sa tiež zaoberá zákon č. 22/2004 Z.z. o elektronickom obchode, ktorý vo svojom ustanovení § 4 uvádza, že všetci poskytovatelia informačných služieb sú povinní poskytnúť na elektronickom zariadení najmä tieto informácie: názov, obchodné meno a sídlo poskytovateľa služieb, ak ide o právnickú osobu, alebo meno, priezvisko, miesto podnikania a adresu bydliska poskytovateľa služieb, ak ide o fyzickú osobu, daňové identifikačné číslo, ak je platiteľom dane z pridanej hodnoty, adresu elektronickej

<sup>4</sup> Doménové meno je reťazec znakov ktorý umožňuje ľahko zapamätateľnú identifikáciu uzla pripojeného do internetovej siete. K doménovému menu je potom v tzv. databáze DNS priradená IP adresa, na ktorú bude užívateľ po zadaní doménového mena presmerovaný.

<sup>5</sup> Dostupné na: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/student-papers/fall98-papers/identity/linked-white-paper.html>

<sup>6</sup> Pri kúpe cigariet v trafike, predávajúci vždy (aspoň približne) dokáže identifikovať, či ide o osobu plnoletú alebo nie, avšak pri objednávke kartónu cigariet prostredníctvom e-shopu nie je možné zistiť vek pri absencii druhotných informácií.

pošty a telefónne číslo, označenie registra, ktorý ho zapísal, a číslo zápisu, názov a adresu orgánu dozoru alebo dohľadu, ktorému činnosť poskytovateľa služieb podlieha.

Obdobné ustanovenie obsahuje aj Obchodný zákonník, ktorý vo svojom ustanovení § 3a ods. 3 ukladá povinnosť uvádzať obchodné meno, sídlo alebo miesto podnikania, právnu formu právnickej osoby a IČO, ak bolo pridelené, na svojom webovom sídle, ak ho má zriadené. Táto povinnosť sa vzťahuje na všetkých podnikateľov, ktorí majú zriadené svoje webové sídlo, nielen na poskytovateľov informačných služieb. Podľa § 2 zákona o elektronickom obchode:

- a) *službou informačnej spoločnosti rozumie služba poskytovaná na diaľku počas spojenia elektronických zariadení elektronickou komunikačnou sieťou, spravidla za úhradu na žiadosť príjemcu služby informačnej spoločnosti, najmä komerčná komunikácia, spracovanie, prenos, uchovávanie, vyhľadávanie alebo zhrmažďovanie dát a elektronická pošta okrem osobnej elektronickej pošty; službou informačnej spoločnosti nie sú rozhlasové a televízne vysielanie vrátane teletextu, hlasové telefonické služby, telefaxové služby a služby, ktorých obsah vylučuje ich poskytovanie na diaľku,*
- b) *poskytovateľom služieb informačnej spoločnosti (ďalej len „poskytovateľ služieb“) sa rozumie fyzická osoba alebo právnická osoba, ktorá na účely podnikania alebo na iné účely poskytuje služby informačnej spoločnosti; ak je poskytovateľ služieb podnikateľom, umiestnenie elektronických zariadení potrebných na poskytovanie služieb informačnej spoločnosti nie je pre určenie sídla alebo miesta podnikania rozhodujúce.“*

Pri určovaní virtuálnej identity môže častokrát nastať problém s presným určením, či osoba, ktorej je pridelená IP adresa aj skutočne vykonala určitý elektronický právny úkon a či aj reálne bude týmto právnym úkonom viazaná. Môže ísť buď o zneužitie IP adresy, resp. e-mailovej adresy, ak bol

právný úkon vykonaný odoslaním e-mailu, alebo o situácie, kedy elektronický právny úkon vykoná mladistvá osoba, ktorá nemá právnu subjektivitu na právne úkony.

Čo sa týka zneužitia e-mailovej adresy, či už v podobe tzv. phishingu<sup>7</sup> alebo vo forme, odoslania e-mailu cudzou osobou z e-mailovej adresy používateľa e-mailu, k tomuto zaujal stanovisko aj Najvyšší správny súd ČR, ktorý vo svojom rozhodnutí konštatuje, že: „*Na drubou stranu však je zřejmé, že důkazu o odeslání emailu z určitého počítače (respektive v daném případě z IP adresy přidělené pevné telefonní lince, jejímž prostřednictvím je realizováno připojení k internetu) je nutno přiznat jistou relevanci. Jedná se totiž v zásadě o nepřímý důkaz, který lze s jistou mírou zjednodušení připodobnit důkazu svědeckému o tom, že dopravní přešůpek byl spáchán při jíždě určitým konkrétním dopravním prostředkem. V takovém případě také nelze majitele daného dopravního prostředku bez dalšího považovat za pachatele přešůpeku, avšak důkaz o tom, že přešůpek byl spáchán např. jeho vozidlem, jistě představuje významné vodítke, které může za pomoci dalších nepřímých důkazů vyústit v to, že je uznán vinným.*“<sup>8</sup>

## 2 Niektoré aspekty ochrany osobných údajov vo virtuálnom svete

Otázka ochrany osobných údajov je (nielen) v poslednom období intenzívne pertraktovaná. Už dlhodobejšie sa touto otázkou zaoberá tak právna teória, ako aj aplikčná prax. Bez formulky „ochrana osobných údajov“ a „súhlas so spracovaním osobných údajov“ sa dnes nezaobíde ani len otvorenie bankového účtu, vyplnenie tlačív na úradoch verejnej správy, či tlačív u lekára atď.

<sup>7</sup> Phishing (z angl. password fishing – doslova rybolov hesiel) je činnosť, pri ktorej sa podvodník snaží vylákať od používateľov rôzne heslá, napr. k bankovému účtu. Väčšinou prebieha tak, že sa založí webstránka, ktorá vyzerá ako presná kópia už existujúcej dôveryhodnej stránky, alebo ponúka nejaké výhody po prihlásení cez ich webstránku. Meno a heslo zadané do phishingovej stránky, sa odošlú podvodníkovi, ktorý ich môže zneužiť. Phishing môže prebiehať aj tak, že sa rozposielajú e-maily, ktoré oznamujú používateľom zmenu účtu alebo jeho obnovenie a tak lákajú heslá od ich používateľov.

<sup>8</sup> Rozsudok Najvyššieho správneho súdu ČR sp. zn. 1 As 90/2008 – 189, zo dňa 04. 02. 2009.

Právne aspekty ochrany osobných údajov sú obsiahnuté v zákone č. 122/2013 Z.z. o ochrane osobných údajov. Uvedený zákon sa vzťahuje na

- ochranu práv fyzických osôb pred neoprávneným zasahovaním do ich súkromného života pri spracúvaní ich osobných údajov,
- práva, povinnosti a zodpovednosť pri spracúvaní osobných údajov fyzických osôb
- postavenie, pôsobnosť a organizáciu Úradu na ochranu osobných údajov Slovenskej republiky
- a vzťahuje na každého, kto spracúva osobné údaje, určuje účel a prostriedky spracúvania alebo poskytuje osobné údaje na spracúvanie

V zmysle ustanovenia § 4 ods. 1 tohto zákona sú osobnými údajmi údaje týkajúce sa určenej alebo určiteľnej fyzickej osoby, pričom takou osobou je osoba, ktorú možno určiť priamo alebo nepriamo, najmä na základe všeobecne použiteľného identifikátora alebo na základe jednej či viacerých charakteristík alebo znakov, ktoré tvoria jej fyzickú, fyziologickú, psychickú, mentálnu, ekonomickú, kultúrnu alebo sociálnu identitu. Môže sa teda jednať o údaje ako sú meno, dátum narodenia, bydlisko, fotka, e-mailová adresa, kontaktné informácie, číslo bankového účtu, zdravotné informácie, ale aj počítačová IP adresa, čo je dôležité pre určenie virtuálnej identity.

V zmysle § 5 ods. 1 tohto zákona, osobné údaje možno spracúvať len spôsobom ustanoveným týmto zákonom a v jeho medziach tak, aby nedošlo k porušeniu základných práv a slobôd dotknutých osôb, najmä k porušeniu ich práva na zachovanie ľudskej dôstojnosti alebo k iným neoprávneným zásahom do ich práva na ochranu súkromia.

Kým ochrana osobných údajov v nevirtuálnom svete je už v povedomí asi každého, keďže sa „skloňuje“ v takmer každej oblasti nášho bežného fungovania a realizácie sa, vo virtuálnom svete nie je až tak jednoznačná, a to aj napriek tomu, že v súčasnosti možno bádať rapídny vývoj technológií a napredovania realizácie e-commerce aj v bežnom živote každého z nás.

Je na mieste si však uvedomiť, že ani e-commerce, či už v tom zložitejšom ponímaní na úrovni B2B alebo na úrovni B2C vo forme internetového obchodovania, sa bez ochrany osobných údajov a princípov ich spracovania nezaobíde. Taktiež sa bez ochrany osobných údajov nezaobíde ani elektronický styk občana s úradmi pri realizácii právnych úkonov v rámci e-governmentu.

Ako uvádzajú autori Schwarcz, J. a Stec A. už v roku 2012 Európska komisia vo svojej rámcovej správe týkajúcej sa posilnenia dôvery spotrebiteľov v „on-line“ obchodovanie uvádzala, že elektronický obchod a predovšetkým „on-line“ služby sa dostali do stredu záujmu spotrebiteľov, obchodných spoločností a všeobecne občanov. S tým spojenou otázkou je práve otázka optimálnej ochrany osobných údajov. V uvedenej správe Európska komisia ešte zdôrazňuje, že prudký rast objemu zozbieraných osobných údajov, ako aj progres v možnosti ich spracovania spôsobuje, že naša virtuálna identita je čoraz detailnejšia, presnejšia a užitočnejšia.<sup>9</sup>

Uvedené, podľa týchto autorov, súvisí s nedôverou občanov v elektronické obchodovanie a nakladanie informácií, najmä ich osobných údajov, ktoré boli pri týchto úkonoch poskytnuté. Podľa výsledkov nedávneho štatistického výskumu Európskej komisie, v rámci tzv. eurobarometra ohľadom ochrany osobných údajov zo dňa 24. júna 2015, dôvera občanov v digitálne prostredie je naďalej veľmi nízka. Dve tretiny osôb, ktoré odpovedali na zadané otázky<sup>10</sup>, uviedli, že majú obavy vzhľadom na skutočnosť, že nevykonávajú žiadnu kontrolu nad informáciami, ktoré poskytli „on-line“. Len 15% respondentov malo pocit plnej kontroly nad predmetnými údajmi. Šesť z desiatich respondentov uviedlo, že nedôverujú, napríklad, „on-line“ obchodovaniu<sup>11</sup>.

Ako už bolo uvedené, EÚ má záujem na dodržiavaní základných práv a slobôd jej občanov, a to najmä v dnešnom digitalizovanom svete. Potvrďuje to skutočnosť, že už v roku 2000 bola v Nice prijatá Charta základných práv Európskej únie, ktorá bola inkorporovaná do primárneho práva EÚ,

<sup>9</sup> SCHWARCZ, J.; STEC, A. Ochrana osobných údajov. In: SUCHOŽA, J.; HUSÁR, J.; HUČKOVÁ, R. (eds.). *Právo, obchod, ekonomika V*. Košice: Univerzita P.J.Šafárika v Košiciach, 2015, s. 356 a nasl. ISBN 978-80-8152-315-1

<sup>10</sup> Otázky boli zadané v marci 2015 v rámci približne 28.000 osobných „interview“, a to prierezovo, v rámci celej EÚ.

<sup>11</sup> [Http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/240615\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/240615_en.htm)



a to zmluvou z Lisabonu. Charta sa skladá z Preambuly, siedmych hláv a 54 článkov. Samotné práva sú obsiahnuté v prvých šiestich hlavách a siedma hlava obsahuje interpretačné ustanovenia.

Našej témy sa bude týkať najmä druhá hlava nazvaná „Slobody“, a to konkrétne čl. 7 tejto Charty, ktorý uvádza, že každý má právo na rešpektovanie svojho súkromného a rodinného života, domova a komunikácie. Bližšie k našej téme má čl. 8 tejto Charty, ktorý v odseku 1 potvrdzuje, že každý má právo na ochranu svojich osobných údajov a odsek 2 upresňuje, že tieto údaje musia byť riadne spracované na určené účely zo súhlasom príslušnej osoby alebo na inom legitímnom základe ustanovenom zákonom. Uvedené ustanovenie zabezpečuje každému právo na prístup k zhromaždeným údajom, ktoré sa ho týkajú a právo na ich nápravu<sup>12</sup>.

Otázka ochrany osobných údajov je pertraktovaná aj v početnej judikatúre Súdneho dvora Európskej únie. Z pomedzi mnohých považujeme za vhodné poukázať na rozhodnutie zo 6. októbra 2015, vo veci Digital Rights Ireland (C362/14). Uvedené rozhodnutie sa týkalo sťažnosti fyzickej osoby Maximilliana Schremsa proti Data Protection Commissioner za účasti Digital Rights Ireland Ltd. z dôvodu prenosu osobných údajov tejto fyzickej osoby z Európskej Únie do Spojených štátov amerických, a to tak, že Facebook Ireland Ltd zasiela do Spojených štátov osobné údaje svojich používateľov a uchováva ich na serveroch umiestnených v tejto krajine. Sťažnosť bola okrem iného posudzovaná podľa čl. 7, 8 a 47 Charty základných práv Európskej únie a prejudiciálne konanie sa týkalo výkladu čl. 25 ods. 6 a čl. 28 smernice Európskeho parlamentu a Rady 95/46/ES z 24. októbra 1995 o ochrane fyzických osôb pri spracovaní osobných údajov a voľnom pohybe týchto údajov zmenenej a doplnenej nariadením (ES) č. 1882/2003 Európskeho parlamentu a Rady z 29. septembra 2003.

Uvedená smernica predstavuje referenčný dokument na úrovni Európskej únie v oblasti ochrany osobných údajov. Zavádza regulačný rámec, ktorý vytvorí rovnováhu medzi vysokou úrovňou ochrany súkromia osôb a voľným tokom osobných údajov v Európskej únii. Na tento účel smernica

<sup>12</sup> Je tiež potrebné pripomenúť, že v zmysle Zmluvy o Fungovaní EÚ (ZFEÚ), Článok 16 (pôvodný článok 286 ZES): „1. Každý má právo na ochranu osobných údajov, ktoré sa ho týkajú.“

určuje prísne hranice pre zhromažďovanie a používanie osobných údajov a požaduje vytvorenie nezávislého vnútroštátneho orgánu povereného dohľadom nad akoukoľvek činnosťou súvisiacou so spracovaním osobných údajov v každom členskom štáte. V SR je to Úrad na ochranu osobných údajov Slovenskej republiky so sídlom v Bratislave. Je nezávislým štátnym orgánom, ktorý vykonáva dozor nad ochranou osobných údajov a podieľa sa na ochrane základných práv a slobôd fyzických osôb pri spracúvaní ich osobných údajov.

Smernica 95/46/ES sa týka automaticky spracúvaných údajov, ako aj údajov obsiahnutých v súbore alebo vyžiadaných na zapísanie do súboru, ktorý sa nespracúva automaticky, ale v tlačenej podobe. Smernica sa netýka spracovania údajov:

- vykonaného fyzickou osobou pri výkone výhradne osobných činností alebo činností týkajúcich sa domácnosti;
- použitých pri výkone činností, ktoré nespádajú do rozsahu pôsobnosti práva Spoločenstva týkajúceho sa verejnej bezpečnosti, obrany a bezpečnosti štátu<sup>13</sup>

V zmysle uvedenej smernice, systémy spracúvania údajov majú slúžiť ľuďom a musia v nich byť rešpektované základné práva a slobody fyzických osôb, najmä právo na súkromie, bez ohľadu na národnosť a miesto pobytu týchto osôb a že tieto systémy musia prispievať k hospodárskemu a sociálnemu pokroku, rozširovaniu obchodu a blahobytu jednotlivcov.

Európska únia, ako aj jej legislatíva podporuje tok osobných údajov, pričom máme za to, že tok osobných údajov je v súčasnej dobe neprehliadnuteľný, dokonca nevyhnutný, najmä vzhľadom k ekonomickej a sociálnej integrácii, ktorá je výsledkom vytvorenia a fungovania vnútorného trhu v zmysle článku 7a Dohovoru. Táto integrácia nevyhnutne povedie k značnému nárastu cezhraničných tokov osobných údajov.

Skutočnosťou je v súčasnej dobe aj to, že narastá výmena osobných údajov medzi podnikmi v rôznych členských štátoch. Tiež v zmysle komunitárneho práva by mali národné orgány rôznych členských štátov navzájom spolupracovať a vymieňať si osobné údaje, aby mohli plniť povinnosti alebo

---

<sup>13</sup> Prevzaté zo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=uriserv%3AAl14012>

úlohy v mene orgánu iného členského štátu v rámci priestoru bez vnútroštátnych hraníc vytvoreného vnútorným trhom. Ďalšou oblasťou, kde je tok osobných údajov nevyhnutný je vedecká a technická spolupráca, a to nielen v rámci Európskej únie. Tiež zosúladené zavádzanie nových telekomunikačných sietí v Európskej únii si okrem toho vyžaduje a aj napomáha cezhraničným tokom osobných údajov.

Legislatíva Európskej únie má za cieľ, okrem iného, aj odstraňovať prekážky toku osobných údajov, no práve z dôvodu odstraňovania týchto prekážok a podporovania toku osobných údajov práve z vyššie uvedených dôvodov, legislatíva Európskej únie kladie dôraz na to, aby úroveň ochrany práv a slobôd jednotlivcov pri spracovaní osobných údajov v členských štátoch ekvivalentná a zabezpečená tak, aby nedochádzalo k porušovaniu základných práv a slobôd občanov Európskej únie.

Ako už bolo uvádzané, neprehliadnuteľné, ako aj nevyhnutné sú aj prenosy osobných údajov z členských štátov Európskej únie do tretích krajín. Tieto, ak sú vykonané pri primeranom stupni ochrany a pri dodržiavaní základných práv a slobôd občanov EÚ, sú povolené, avšak transfer osobných údajov do tretej krajiny, ktorá nezaistuje adekvátnu úroveň ochrany, sa musí zakázať.

Keďže v rámci každého pravidla sa vyskytujú aj výnimky, aj v tomto prípade je výnimkou napríklad situácia, kedy napr. samotná osoba pracujúca s údajmi súhlasí s prevodom, v prípade uzatvorenia zmluvy, keď je to nutné na základe verejného záujmu, ale aj keď boli v členskom štáte povolené záväzné podnikové pravidlá alebo štandardné zmluvné doložky.

Vrátíme sa však k načrtnutému prípadu Maximillian Schrems/Data Protection Commissioner za účasti Digital Rights Ireland Ltd., v ktorom išlo o prenos osobných údajov tejto fyzickej osoby z Európskej Únie do Spojených štátov amerických, a to tak, že Facebook Ireland Ltd zasielal do Spojených štátov osobné údaje svojich používateľov a uchovával ich na serveroch umiestnených v tejto krajine. Podstatou sťažnosti bola skutočnosť, že pán Schrems podal komisárovi sťažnosť, v ktorej od neho žiadal, aby uplatnil svoju štatutárnu právomoc a zakázal spoločnosti Facebook Ireland prenos jeho osobných údajov do Spojených štátov. Uviedol, že platné právo a prax v tejto krajine nezabezpečujú dostatočnú ochranu osobných údajov uchovávaných

na ich území pred činnosťami sledovania, ktoré tam vykonávali orgány verejnej moci. Sťažnosť sťažovateľa však bola zamietnutá ako nedôvodná, pretože sa komisár, posudzujúci túto sťažnosť domnieval, že nemal povinnosť vyšetriť skutočnosti namietané pánom Schremsom v jeho sťažnosti. Sťažovateľ následne podal žalobu na Vyšší súd (High court). High Court však konštatoval, že táto vec sa týka vykonávania práva Únie v zmysle článku 51 Charty, takže zákonnosť rozhodnutia dotknutého vo veci samej by sa mala posúdiť z hľadiska práva Únie a preto konanie prerušil a položil Súdnemu dvoru prejudiciálne otázky. Podstatou týchto prejudiciálnych otázok bola právomoc vnútroštátnych dozorných orgánov (komisára) vo vzťahu posudzovaniu prenosov osobných údajov do tretích krajín.

K tomu je treba uviesť, že smernica 95/46 vo svojom článku 28 ods. 1 ukladá členským štátom povinnosť zriadiť jeden alebo viac orgánov verejnej moci zodpovedných za nezávislé monitorovanie uplatňovania pravidiel Únie týkajúcich sa ochrany fyzických osôb pri spracovaní takýchto údajov a tieto orgány musia mať možnosť nezávisle preskúmať, či prenos týchto údajov spĺňa požiadavky stanovené uvedenou smernicou.

V rozsudku bolo konštatované, že ak osoba, ktorej osobné údaje boli alebo by mohli byť prenesené do tretej krajiny, ktorá je predmetom rozhodnutia Komisie podľa článku 25 ods. 6 smernice 95/46, podá na vnútroštátny dozorný orgán žiadosť týkajúcu sa ochrany jej práv a slobôd pri spracovaní týchto údajov a spochybňuje v rámci tejto žiadosti zlučiteľnosť tohto rozhodnutia s ochranou súkromia a slobôd a základných práv osôb, je úlohou tohto orgánu preskúmať túto žiadosť so všetkou náležitou starostlivosťou, ktorá sa vyžaduje. Za predpokladu, že uvedený orgán dospeje k záveru, že skutočnosti uvedené na podporu takejto žiadosti sú nedôvodné a túto žiadosť z tohto dôvodu odmietne, osoba, ktorá ju podala, musí mať, ako vyplýva z článku 28 ods. 3 druhého pododseku smernice 95/46 v spojení s článkom 47 Charty, možnosť podať súdne prostriedky nápravy, ktoré jej umožnia spochybnit' takéto rozhodnutie, ktoré jej spôsobuje ujmu, na vnútroštátnych súdoch. Tieto súdy sú povinné prerušiť konanie a predložiť Súdnemu dvoru návrh na začatie prejudiciálneho konania o posúdenie platnosti, pokiaľ sa domnievajú, že jeden alebo viaceré dôvody neplatnosti uvedené účastníkmi konania, prípadne vznesené z úradnej moci, sú dôvodné.

Tiež bolo konštatované, že aj napriek existencii rozhodnutia, akým bolo rozhodnutie Komisie 2000/520, ktoré bolo prijaté Komisiou na základe článku 25 ods. 6 smernice 95/46, ktorým Komisia konštatuje, že tretia krajina zaist'uje primeranú úroveň ochrany, nebráni tomu, aby dozorný orgán členského štátu v zmysle článku 28 tejto smernice preskúmal žiadosť osoby v súvislosti s ochranou jej práv a slobôd pri spracovaní osobných údajov, ktoré sa jej týkajú a ktoré boli prenesené z členského štátu do tejto tretej krajiny, ak táto osoba tvrdí, že platné právo a prax v tejto krajine nezaist'ujú primeranú úroveň ochrany.

Pri skúmaní úrovne ochrany ponúkanej tret'ou krajinou musí Komisia posúdiť obsah pravidiel uplatniteľných v tejto krajine, ktoré vyplývajú z vnútroštátneho práva alebo medzinárodných dohôd, ktoré podpísala, ako aj prax smerujúcu k zabezpečeniu dodržiavania týchto pravidiel, pričom táto inštitúcia musí v súlade s článkom 25 ods. 2 smernice 95/46, zohľadniť všetky okolnosti týkajúce sa prenosu osobných údajov do tretej krajiny.

Dôležitou otázkou bolo napokon aj skúmanie platnosti rozhodnutia Komisie 2000/520, najmä skúmanie toho, či je toto rozhodnutie v súlade s požiadavkami vyplývajúcimi z tejto smernice v spojení s Chartou. Súdny dvor však konštatuje, že rozhodnutie 2000/520 neobsahuje ustanovenia o existencii účinnej právnej ochrany pred zásahmi do základných práv osôb, ktorých údaje sú prenesené z Únie do Spojených štátov, teda zásady, ktoré by subjekty verejnej moci tejto krajiny boli oprávnené uskutočniť v rámci sledovania legitímnych cieľov, akým je napríklad národná bezpečnosť. Súdny dvor dospel k záveru, že rozhodnutie Komisie 2000/520 je neplatné.

Čo sa týka právomoci vnútroštátnych orgánov, Súdny dvor napokon konštatuje, že vykonávacia právomoc priznaná Komisii normotvorcom Únie v článku 25 ods. 6 smernice 95/46 nepriznáva tejto inštitúcii právomoc obmedziť právomoci vnútroštátnych dozorných orgánov, z čoho teda vyplýva, že Komisár posudzujúci sťažnosť v danom prípade mal právomoc, dokonca povinnosť vyšetriť skutočnosti namietané pánom Schremsom v jeho sťažnosti.

V danom rozsudku sa Súdny dvor odvolával aj na Zásady uvedené v čl. 25 Hlavy IV tejto smernice nazvanej ako „Prenos osobných údajov do tretích krajín.“ V uvedenom čl. smernica konštatuje, že k prenosu a po prenose

k spracovaniu týchto údajov môže dôjsť iba ak dotyčná tretia krajina zaručí primeranú úroveň ochrany, pričom primeranosť úrovne ochrany poskytovanej treťou krajinou sa bude hodnotiť na základe všetkých okolností súvisiacich s operáciou prenosu údajov alebo súboru prenosových operácií. Tiež sa bude hodnotiť povaha údajov, účel a trvanie navrhovanej spracovateľskej operácie alebo operácií, krajina pôvodu a krajina konečného určenia, právne normy, tak všeobecné ako aj rezortné, ktoré platia v príslušnej tretej krajine a profesionálne predpisy a bezpečnostné opatrenia, ktoré sa tam dodržiavajú. Z uvedeného rozsudku, ako aj z iných rozsudkov, zaoberajúcimi sa ochranou osobných údajov a ich prenosom do tretích krajín (najmä rozsudok Google Španielsko C131/12, Zb., EU:C:2014:317<sup>14</sup>), vyplýva, že základné práva a slobody človeka, spočívajúce aj v ochrane a rešpektovaní súkromia a práva na ochranu osobných údajov majú prednosť pred hospodárskym záujmom poskytovateľa vyhľadávачa a že tieto práva vo všeobecnosti tiež prevažujú nad záujmom používateľov internetu na prístupe k predmetnej informácii. Súdny dvor v rámci týchto rozhodnutí uložil povinnosť rešpektovať právo na ochranu súkromného života a ochranu osobných údajov tak členským štátom, ako aj firmám a inštitúciám Európskej únie.

### 3 Záver

Vo virtuálnom svete je okrem osobných údajov fyzických osôb treba chrániť aj informácie a údaje o právnických osobách, ktoré nie sú verejne prístupné, napríklad v Obchodnom registri. Pri právnických osobách, ktoré sú subjektmi obchodného práva, je potrebné venovať pozornosť najmä ochrane obchodného tajomstva, spočívajúce napríklad v rôznych informáciách, postupoch vo výrobe, know how a iné. Tiež je neprehliadnuteľná zásada zachovávanía mlčanlivosti pri realizácii obchodov medzi obchodnoprávnymi subjektmi, t.j. vzťahy B2B. Mnoho obchodov, ako aj rokovaní o uzavretie obchodnoprávnej zmluvy sa realizuje prostredníctvom elektronických prostriedkov. Tiež, v dnešnej dobe nie je ničím výnimočným aj samotné uzavretie zmluvy v elektronickej podobe. Aj v rámci takýchto elektronických úkonov je dôležité zachovávať zásady poctivého obchodného styku a v prípade, ak jedným

<sup>14</sup> Pozri SCHWARCZ, J.; STEC, A. Ochrana osobných údajov. In: SUCHOŽA, J.; HUSÁR, J.; HUČKOVÁ, R. (eds.). *Právo, obchod, ekonomika V*. Košice: Univerzita P.J.Šafárika v Košiciach, 2015, s. 356 a nasl. ISBN 978-80-8152-315-1.

zo subjektov je fyzická osoba, je nepochybne treba klásť dôraz na ochranu základných práv a slobôd týchto osôb, najmä v súvislosti s ochranou osobných údajov, ktoré sú poskytované v elektronickej forme.

### **Literature**

FRIMMEL, M. *Elektronický obchod*. 1. vyd., Praha: Prospektum, 2002, 324 s. ISBN 80-7175-114-6.

SCHWARCZ, J.; STEC, A. Ochrana osobných údajov. In: SUCHOŽA, J.; HUSÁR, J.; HUČKOVÁ, R. (eds.). *Právo, obchod, ekonomika V*. Košice: Univerzita P.J.Šafárika v Košiciach, 2015, s. 356 a nasl. ISBN 978-80-8152-315-1.

<http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/student-papers/fall98-papers/identity/linked-white-paper.html>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=uriserv%3A114012>

[http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/240615\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/240615_en.htm)

Rozsudok Súdneho dvora EÚ zo 6. októbra 2015, vo veci (C362/14) Maximilian Schrems / Data Protection Commissioner za účasti Digital Rights Ireland Ltd.

### **Contact – e-mail**

*diana.trescakova@gmail.com, regina.buckova@upjs.sk*

# Changes in the Contractual Position under the new Hungarian Civil Code

*Ágnes Jubász*

University of Miskolc, Faculty of Law, Hungary

## **Abstract**

The main aim of this study is the review of the new and modified rules on those civil law cases, in which either of the subject of an obligation (i.e. either the obligee or obligor) changes. After defining the legal institutions, which fall into the scope of these provisions, detailed rules related to them are introduced. According to the assumption of debt we also deal with marking-off questions.

## **Keywords**

Hungarian Civil Code; change of contractual position; cession; assignment; assumption of debt; subrogation; transfer of contract.

## **Introduction**

After a ten-year long preliminary work, a new Civil Code was adopted in Hungary in 2013 (hereinafter HCC). The new code comprehensively reforms the whole field of civil law. Several previously existing legal institutions and legal relations are re-regulated; some pass out of the sight and some other appear as new instrument.

*This study concerns on the changes occurring in the contractual position, where we face with both re-regulated and newly introduced legal instruments. On the one hand, we intend to present the modified rules of the cession (assignment of claim) and assumption of debt. On the other hand, the main provisions on the subrogation and transfer of contract and the dogmatical aspects of their introduction are to be drafted. Beyond the review of the operative regulation of the above mentioned legal institutions the study also aims at the deficiencies and emerging problems related to them.*



*The expression ‘changes in the contractual position’ is to be used in the widest sense in this study. It includes not only the transfer of contract, which means a real change within the complex contractual relationship but it also comprises the assignment of claim and assumption of debt, too.*

## 1 Assignment of claims

### 1.1 Definition. Dual nature of the legal transaction

As to the HCC, obligee is allowed to transfer his claim from the obligor to a third party; thus, in wider sense, *assignment is the transfer of claims*.

According to the paragraph (2) of Section 6:193 of the HCC, for the acquisition of a claim by assignment a contract for transfer or other legal title (*causa*) is required on the one hand and the claim also shall be assigned (actual transfer), on the other hand. Therefore, assignment is a specific legal institution, where the transfer of claim – according to the unified civil law approach – *includes two moments*: one of them *has obligation nature* (*Verpflichtungsgeschäft*) and the other is the *property law nature* (*Verfügungsgeschäft*). The mentioned two acts can proceed concurrently or separately. The act having obligation nature is fulfilled, if there is a contract (generally sale or donation) or another legal title (e.g. compensation for damage, return of unjustified enrichment, etc.); this is the legal ground, upon which the acquisition of law is based. There is no legal rule on the form of the agreement on the assignment, i.e. it can be concluded either oral or written form.

*The act having property law effect*, which effects the transfer of the right over the claim, *means the assignment in a narrower sense*. In this sense, assignment is an agreement between the assignor and the assignee, upon which the assignee takes the place of the assignor. This *act generates a change in the position of the obligee*: after the assignment, the former obligee is relieved by a new person (new obligee) in the legal relationship for the obligor.

The legal transaction only results the transfer of a certain claim, if both the act having obligation nature and act having property law nature is granted. If there is a mere assignment without valid legal title or an agreement without actual assignment, the claim would not be transferred because of the imperfection of the legal act.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> KISFALUDI, András. Transfer of Property, Claims, Rights and Contracts in the New Hungarian Civil Code. In: *ELTE Law Journal*, 2014/2, pp. 109–122, p. 113.

## 1.2 Subjects

Assignment is a *bilateral agreement*, which is concluded between the assignor ('old obligee') and the assignee ('new obligee'). The obligor of the original contractual relationship does not participate in the assignment contract.

### 1.3 The object of assignment: the assignable (transferable) claim

*The object of the assignment* (as a claim-transferring) *is the claim*, which shall be *assignable* (transferable). A claim can be transferred, if it is *negotiable*, i.e. it can be an object of a transfer. In connection with the claim, the HCC sets further requirements:

- a) The *relationship* from which the claim originates already exists at the time of assignment (act having property law effect).
- b) The assigned claim *shall be identified* either by indicating the obligor, the legal title, the sum and maturity, or by other means facilitating identification of the assigned claim at the time of assignment, or at the latest at the time when the claim is created in the case of future claims;
- c) Under the HCC the *assignment of any claim that is bound to the person of the obligor is not possible*<sup>2</sup>; assignment of such claims shall be null and void.<sup>3</sup>

The identification of the claim is particularly important in the case of pecuniary claims, because the fate of the principal (*capital*) and accessory claims (*interest*) can part from each other. Since there is not any prohibitive provision, the assignor can assign either the principal or the accessory claim. (Before the adoption of the HCC this possibility was recognized by the commentary literature.<sup>4</sup> However, the judicial practice was not such homogenous regarding the above mentioned question.<sup>5</sup>) For today, the assignment of future claims (*global cession*) is not controversial.<sup>6</sup> Nevertheless, in the case of these claims the appropriate identification is also required.

<sup>2</sup> The claim for the reimbursement of an infringement of a personality right or for the reimbursement of such a damage, which was caused in the administrative sphere of an authority, can not be assigned, since these claims are bounded to the person. See judicial decision: Hungarian Supreme Court Pf. V. 20 517/1998, BH 1998. 379.

<sup>3</sup> HCC Section 6:194, paragraph (1)-(3).

<sup>4</sup> GELLÉRT, György (ed.). *A Polgári Törvénykönyv magyarázata*. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1998.

<sup>5</sup> See judicial decisions BH 1993. 95. , BH 1996. 31. , BH 1997. 449., BH 2007. 194.

<sup>6</sup> The possibility to assign future claims was controversial for a long time. Not only the commentary literature, but scholars also argued the reason for the existence of this legal institution. See: GELLÉRT, p. 882; LAJÉR, Zsolt. A jövőbeni követelések engedményezése mint hitelbiztosíték. In: *Magyar Jog*, 1997/1, pp. 19-25.

## 1.4 The exclusion of assignment

The adjudication of such conditions, which exclude the assignment of certain claims originate from a given contractual relationship has been controversial for a long time.<sup>7</sup> As to the principle of freedom of contract, contractual parties (i.e. assignor and assignee) have the right to determine the content of the assignment. However, with regard to the prohibition of abuse of law, their freedom can not be aimed at forming negatively third persons' legal relations or impairing their rights.

The operative HCC states, that any term, which excludes the assignment is valid, but shall be null and void in respect of third parties. *When parties assign a claim even the existence of a term excluding the assignment, the claim transfers from the old obligee to the new obligee, but the assignor's conduct is qualified as breach of contract in the original contractual relationship, upon which the claim is based. At this time, obligor is entitled to claim the assignor (original obligee) for breach of contract; this claim can only tend to the reimbursement of the obligor's damages, which arose due to the assignment. Any contract term that allows the right to terminate or stipulates the payment of a contractual penalty for non-performance shall be null and void.*<sup>8</sup>

Since the terms excluding assignment generally appear in general contract terms, a certain term shall be examined not only from the viewpoint of the assignment, but with regard to the HCC's provisions on the general contract terms.

## 1.5 Legal effect. Notification of assignment

*As a result of the assignment subject-changing is occurred in the obligee's position; a new obligee (assignee) takes the place of the original obligee (assignor) and gets not only the right of disposal over the claim, but also the rights proceeding from the lien and suretyship, which assured the claim.*<sup>9</sup>

However, the change in the person of the obligee does not affect on its own the obligor's duty to perform. From the viewpoint of the obligor's legal position not the assignment, but the getting knowledge of the

---

<sup>7</sup> See judicial decision BH 2002. 3. and BDT 2009. 2090.

<sup>8</sup> HCC Section 6:195, paragraph (2).

<sup>9</sup> HCC Section 6:193, paragraph (3).

transaction (notification) and the performance instruction have significance. Consequently, any defect existing in the agreement on the assignment (e.g. deficiency, invalidity, etc.) has also no effect on the obligor's legal position<sup>10</sup>, since the duty to perform the original contract still exists irrespective the fate of the assignment agreement.

#### 1.5.1 Method of notification

As to the HCC, *assignee is entitled to choose the method of the notification*. Nevertheless, *assignor and assignee also can agree with consensus about it*.

1. *Obligor can be notified by the assignor*. In: this case, assignor's statement shall include the fact of assignment and the identification of the assigned claim. These are compulsory and minimum elements at the same time. Moreover, the obligor's statement can contain some other – non-compulsory – elements, e.g. the assignee's designation (and personal data) or performance instruction. The assignor's statement shall always be made in written.
2. *Assignee also has the right to notify the obligor*. Concurrently, he shall justify somehow that he is the assignee. Towards this, assignee can require from the assignor the giving of the deed of assignment, which compulsorily shows the name of the assignee.<sup>11</sup> HCC states as separate duty for the assignor to make available for the assignee all information that may be deemed necessary to enforce the claim, and to hand over to the assignee documents in his possession evidencing existence of the claim.<sup>12</sup>
3. Notification about the assignment can also be fulfilled, when *the parties* (either the assignor or the assignee or both of them) *forward the assignment contract and the deed of assignment* (including the obligatory transaction and property law transaction) to the obligor.
4. *Notification can also occur in any other way*, which trustworthy justifies the transaction (e.g. legally binding verdict).

#### 1.5.2 The notification's legal effect

*The notification about the assignment has several legal effects*, which are to be sum up in the followings.

<sup>10</sup> KISFALUDI, p. 113.

<sup>11</sup> HCC Section 6:197, paragraph (1).

<sup>12</sup> HCC Section 6:196.

1. After the obligor is notified, *any amendment of the contract between the obligor and the assignor shall be inoperative towards the assignee.*<sup>13</sup> It means, if the original obligee (assignor) and obligor intend to amend their legal relationship, their act will be valid between them, but will not come into force in relation to the assignee. Nevertheless, the parties' act only amount to this legal effect, if they amend the legal relationship existing between them after the notification. *If the modification is occurred after the assignment, but still before the notification, it will be valid and comes into force in relation of the assignee, too.*<sup>14</sup>
2. After the notification the obligor, he is *entitled to enforce only those objections and offset only those counterclaims* against the assignee *that arose with regard to the assignor* on the legal grounds prevailing at the time of notification.<sup>15</sup>

It is important, that legal effects mentioned in points 1-2 are only resulted by the notification, if it originates from the assignor or if the assignee is able to verify that the assignment has in fact been effected by way of the deed of assignment or other reliable means.<sup>16</sup> Any other way, which makes possible for the obligor to get knowledge about the assignment, does not amount to the above mentioned legal effects.

3. The HCC does not state any right (e.g. consent) for the obligor related to the assignment, since the person of the obligee is mostly irrelevant from the obligor's viewpoint. However, *the subject-changing*, which occurs in the obligee's position, *sometimes* can affect the obligor's situation, e.g. it *causes extra costs* for him. Getting wise to this fact, Hungarian legislator stated in the code that *expenses* of the obligor arising from the assignment *shall be covered by the assignor and the assignee collectively.*<sup>17</sup>

## 1.6 Performance instruction

The HCC introduces a new legal instrument related to the assignment. It is the so-called performance instruction, which shall be distinguished from the notification.

<sup>13</sup> HCC Section 6:197, paragraph (2).

<sup>14</sup> Cf. judicial decision EBD 2013. P.9.

<sup>15</sup> Cf. judicial decision BH 2013. 14. , BH 2008. 298., BH 2004. 410.

<sup>16</sup> HCC Section 6:197, paragraph (3).

<sup>17</sup> HCC Section 6:200.

*Performance instruction is a unilateral, direct legal statement, which basically is not formally bounded, but in the legal practice it mostly appears in written. With this statement, which originates either from the assignor or the assignee, the performance's 'direction' can be determined, i.e. this statement defines for the obligor the person, to whom the claim shall be performed. Regarding the fact, that performance instruction affects the obligor's performance, it shall arrive to the obligor at latest at the time of the coming-in of the performance's period. Until the arriving of such a performance instruction obligor shall perform to the assignor. After its receiving, obligor shall perform accordingly to this document.*<sup>18</sup>

As it was mentioned before, performance instruction originates either from the assignor or the assignee. In the first case, the assignor's statement shall indicate the person of the assignee and those other data of the assignee (e.g. place of business / registered office, home address / habitual residence, account number), which are necessary on behalf of the obligor's conventional performance. The performance instruction, which originates from the assignor, always results the change of the direction of performance. Contrarily, assignee's statement only invokes this legal effect, if the assignee is able to verify that the claim has in fact been assigned to him by way of the deed of assignment or other reliable means.<sup>19</sup>

*Performance instruction can originate only from the assignee in all those cases, when the notification about the assignment has already indicated the assignee, without reference to the fact, from whom the notification originated and the notification did not contain performance instruction.*

As it can be seen, *the performance instruction's most important legal effect is the changing of the performance's direction.* This legal effect is taken out only by the performance instruction, i.e. the transfer of a claim (e.g. sale, donation), the conclusion of a transaction (assignment), the notification about the assignment or any other method of getting knowledge about the assignment maintains the obligor's duty to perform toward the original obligee (assignor), until getting the regular performance instruction.

If after the getting of the notification about the assignment, but in the lack of performance instruction obligor performs to the assignor, this latter shall

---

<sup>18</sup> HCC Section 6:198, paragraph (1).

<sup>19</sup> HCC Section 198, paragraph (2).

keep the assets received in performance of the service separate from his own assets, and shall deliver them to the assignee without delay. The assignor's creditors are not entitled to lay claim to such assets.<sup>20</sup>

### 1.7 Multiple and subsequent assignment

*'Multiple assignment'* is a case, when the assignor assigns the same claim more than once<sup>21</sup>, i.e. more transaction is to be concluded, which result the transfer of the right of disposal over the claim. In this case, *the right of disposal transfers to the first assignee*; other assignees do not acquire right of disposal over the claim, since after the first transaction the assignor is not obligee, i.e. he does not have the right of disposal, therefore these further assignments are not valid. Nevertheless, if the legal effect of the former assignment dissolves by any way (e.g. withdrawing from the transaction, breaking down or 'assigning back'), a further assignment is legally possible.

As to the wording of the HCC, in the case of *'multiple assignment'* obligor is freed from the obligation, if he performs according to the first received performance instruction. However, the person from whom this performance instruction originates, is not necessarily the first assignee. Although, the assignee staying far in the 'assignment range' does not acquire the claim, he still has the right to give performance instruction for the obligor because of his assignee nature. If the first performance instruction originates from such an assignee, he is entitled for the claim; therefore obligor is only freed from the obligation, if he performs to this person.

Although, this provision of the HCC seems to be problematic, the ministerial justification of the code explains its necessity. The justification reveals that *obligor basically is not able to find out the occurring of a prior assignment. It is the reason, why the obligor's performance to the assignee, from whom the first performance instruction originates, results the obligor's get-out from the obligation. The assignee staying before in the assignment range can claim the assignee getting performance upon the provisions on unjustified enrichment.*

After the rules of 'multiple assignment', HCC regulate another legal institution. In case of *'subsequent assignment'* also more assignment is occurred;

<sup>20</sup> HCC Section 6:198, paragraph (3).

<sup>21</sup> HCC Section 6:199, paragraph (1).

contrary to the ‘multiple assignment’ *not the original, but the new obligee (assignee) assigns the claim acquired by assignment*, i.e. the assignment is followed by another, where the assignee of the first transaction will be the assignor and so on.

As to the HCC, *obligor is freed from the obligation, if he performs provided in the performance instruction last received.*<sup>22</sup>

### 1.8 Transfer of claim under statutory provision

Though the assignment is typically based on the intention of the parties and their consensus results the *subject-changing in the obligee’s position*, sometimes this change is occurred not as a result of the parties, but the claim transfers under a statutory provision (*cessio legis*), i.e. the assignment operates by virtue of the law. As to the HCC, provisions on assignment shall be duly applied. In this case the liability of the assignor only maintains, if so prescribed by a specific provision.

## 2 Subrogation

The new HCC contains rules on the subrogation (transfer of rights). This is a novelty of the code, since its ancestor (the code from 1959) did not provide about the transferability of rights. Since a full enumeration of rights can not be given because of their diversity, HCC states the transferability of right as principal, i.e. rights can be transfer, provided that the right is declared non-transferable by law or unless non-transferability follows unambiguously from the nature of the right.<sup>23</sup> Consequently, any right that meets these general requirements can be transferred. Nevertheless, the expression „nature of the rights” is fairly problematic. It is a „high flexible term”<sup>24</sup>, which has no exact content; therefore its interpretation must be clarified by the courts in the future.

*In the course of judging about the transferability of a certain right it shall be examined, if the right has such a speciality, which unambiguously excludes its transferability. For instance, rights in the field of family law (e.g. right to maintenance, right of connection, etc.) are obviously non-transferable.* The same is true for the *usufruct*.

<sup>22</sup> HCC Section 6:199, paragraph (2).

<sup>23</sup> HCC Section 6:202, paragraph (1).

<sup>24</sup> KISFALUDI, p. 115.



The acquisition of – an absolute or relative – right by way of subrogation is a compound legal transaction, which requires a contract for transfer or other legal title and, in that context, the right shall be subrogated. This latter – as a property law transaction – is such an agreement between the (subrogor) and the new obligee (subrogee), upon which the subrogee takes the place of the subrogor.<sup>25</sup> Though the provisions on assignment shall apply to the subrogation *mutatis mutandis*<sup>26</sup>, in all those cases, where a certain right is verified by a public register<sup>27</sup>, subrogation shall be considered effective – in addition to assignment – if the subrogee is registered in that register.<sup>28</sup> With this provision, Hungarian legislator intends to ensure legal protection for those persons, who acquire a certain right on the chance of a register.<sup>29</sup>

### 3 Assumption of debt

#### 3.1 Definition and subjects

*Assumption of debt is a trilateral agreement among the obligor, obligee and a third person ('transferee').<sup>30</sup> This third person assumes the obligor's debt owed to the obligee<sup>31</sup>, so this legal transaction results the changing of subject in the obligor's position: old obligor is freed from the obligation and new obligor steps into the old obligor's place in the legal relationship.*

<sup>25</sup> HCC Section 6:202, paragraph (2).

<sup>26</sup> The application of the provisions on assignment hardly can be interpreted in the course of transferring absolute rights. While in the case of assignment both of the parties (i.e. the obligor and obligee) is known and therefore the notification or order to perform has specific function, in the case of absolute rights only the entitled person is known, so there is no reason to apply the above mentioned rules. About this question see in detail KISFALUDI, p. 116.

<sup>27</sup> Hungarian Intellectual Property Office keeps a record of works, which fall into the scope of intellectual property protection, e.g. patent, utility model, trademark and design.

<sup>28</sup> HCC Section 6:202, paragraph (4).

<sup>29</sup> BLUTMAN, László. Alapvető alanyi jogi pozíciók a Polgári Törvénykönyvben. In: *Jogtudományi Közlemény*, 2013/6, pp. 273-285.

<sup>30</sup> Under the prior regulation, i.e. Act. No. IV from 1954, Section 332, paragraph (1), the agreement on the assumption of debt was concluded between the old and the new obligor, Obligee did not participate directly in the legal transaction, but the assumption of debt only came into force, if the obligee gave his consent. It was confirmed by the judicial practice too. See: BH 1996. 32.

<sup>31</sup> HCC Section 6:203, paragraph (1).

### 3.2 Legal effects

1. After the assumption of debt, *the third party* ('new obligor', transferee) *is entitled to all rights to which the original obligor was entitled* in respect of the obligee under contract.<sup>32 33</sup>
2. The subject-changing resulted by the assumption of debt also affects the claim for performance, since after the transaction *obligee can claim for the performance only from the new obligor*.
3. The guarantees of the claim cease to exist upon the assumption of debt. However, *guarantees remain in place if the obligor* thereof (e.g. guarantor) *consents to the assumption of debt*.<sup>34</sup>
4. *The object of the assumption of debt is only a claim originates from the legal relationship*, not the whole position of the obligor. A whole position can be transfer by the transfer of contract.

### 3.3 Prior consent to the assumption of debt

As it was mentioned before, subject-changing in the obligor's position is resulted by the trilateral agreement of the parties. However, the expression 'trilateral' does not mean the simultaneity of the parties' legal statements.

As to the provisions of the HCC, assumption of debt can also come off in two steps, when the bilateral agreement of the old and new obligor is completed by the obligee's prior consent. In this case the obligor's agreement comes into force with the notification of the obligee.<sup>35</sup>

Obligee can gives this prior consent either irrevocably or revocably, since obligee is entitled to vindicate the right of revocation at the time of giving his statement.<sup>36</sup> Vindicating the right of revocation is in the obligee's own interest, since with the giving of an irrevocable statement the changing occurred in the obligor's position becomes wholly uncontrollable. It means that obligee has not right to make steps in the case of such an assumption of debt, which is disadvantageous for him or her, e.g. In a certain case obligee could not prevent the coming out of a less solvent person into the obligor's position.

<sup>32</sup> HCC Section 6:203, paragraph (2).

<sup>33</sup> Cf. judicial decision BDT 2006. 1381.

<sup>34</sup> HCC Section 6:203, paragraph (3).

<sup>35</sup> HCC Section 6:204, paragraph (1).

<sup>36</sup> HCC Section 6:204, paragraph (2).

### 3.4 Similar legal institutions, marking-off questions

HCC also deals with some other legal institution, which can be inserted into the process of the assumption of debt, but can also be defined as independent legal institution, which shall be circumscribed from each other.

- a) *Assumption of performance: if a third party agrees with the obligor to assume the obligor's debt.*<sup>37</sup> Contrary to the assumption of debt, assumption of performance is based on a *bilateral agreement*, which *does not result subject-changing*. Obligee does not participate neither directly, nor indirectly (e.g. by consent) in the conclusion of this agreement.

The third party does not step into the obligor's place; the third party is only liable to satisfy the obligor's debt (if he or she does not perform) or to enable the obligor to satisfy his debt when it falls due.

Assumption of performance can be conceived as 'started assumption of debt', which is not to be ended; therefore its legal effect also differs from the legal effects of the assumption of debt and the obligee has no right to demand the satisfaction of the debt from the third party, even if the obligor's does not perform.

- b) *Undertaking a debt.* This is also a *bilateral agreement between the obligor and a third party*, in which they agree about the assumption of the obligor's debt.<sup>38</sup> However, undertaking a debt is more, than a simple agreement. It is a 'forth-rolled assumption of performance', where parties notify the obligee about their transaction. Though this notification does not alter the undertaking of debt to assumption of debt, but shows the third party's stronger badinage to the original obligation. Moreover, joint and several liability comes off, i.e. the third party as joint and several obligor is entitled to all rights to which the obligor was entitled in respect of the obligee under contract.

According to the complete ('perfect') assumption of debt there is an important difference: *the third person undertaking the debt is not entitled to offset the obligor's other existing claims against the obligee.*

*Undertaking of debt is similar to the suretyship in many ways. Under a contract of suretyship the surety undertakes the obligation of performance to the creditor in the event of non-performance by the principal debtor.*<sup>39</sup> Then, surety is entitled

<sup>37</sup> HCC Section 6:205.

<sup>38</sup> HCC Section 6:206.

<sup>39</sup> HCC Section 6:416, paragraph (1)

*to include his own and the debtor's counterclaims in the creditor's claims, and may effect – in addition to his own objections – the same objections that can be enforced by the debtor against the creditor.*<sup>40</sup>

- c) Statutory remise of a debt. *A debt can pass to another person not only on the basis of a trilateral agreement of the parties (i.e. obligor, obligee and a third person), but on the basis of a statutory provision.* In: this latter case the obligor's debt changes hands, while parties are passive, but the provisions on the assumption of a debt shall apply *mutatis mutandis*.<sup>41</sup> *A debt passes to another person on the basis of statutory provision in the case of succession, where successor steps into the testator's place in all those legal relations, which are existed at the time of the testator's death. Though the succession is a special case of statutory remise of debt, HCC determines proper rules to the successor's liability.*<sup>42</sup>

## 4 Transfer of contract

### 4.1 Defining, placing and main characteristics of the legal institution

*Transfer of contract* is a legal institution, where *the party withdrawing from, the party remaining in and the party entering into the contract may reach an agreement for transferring the rights and obligations of the withdrawing party to the party entering into the contract.*<sup>43</sup> This agreement, which is based on a *trilateral consensus*, has mixed obligation nature, since it simultaneously carries the different features of several civil law institutions. Transfer of contract is an extremely complex legal institution, which has dual nature, similarly to the assignment. However, it composes two moments, an obligatory transaction and the property law act, it can not be defined simply as a unity of assignment, assumption of debt and transfer of right. It is a *sui generis* legal institution, which has autonomous legal face and specific rules. (Although the Hungarian legislator rightly decided to regulate the transfer of contract as a *sui generis* legal institution, there are some other foreign theories, which comprehend the

<sup>40</sup> HCC Section 6:417, paragraph (2).

<sup>41</sup> HCC Section 6:207.

<sup>42</sup> HCC Section 7:96, paragraph (1).

<sup>43</sup> HCC Section 6:208, paragraph (1).

transfer of contract as a mixture of assignment, assumption of debt and transfer of rights.)<sup>44</sup>

Despite the sui generis, independent nature of the transfer of contract, it closely relates to the assignment and assumption of debts, since the provisions on the former shall apply to transfers of contracts in terms of claims and rights, and the provisions on the latter shall apply *mutatis mutandis* in terms of obligations.<sup>45</sup>

With the creation of the specific rules on the transfer of contractual position, the Hungarian legislator jointed to those European states, which not only de facto (with the deduction from the contract freedom) recognise the transfer of contract (e.g. France, Austria, Germany and Switzerland), but design the concrete regulatory frames of the examined legal institution (e.g. Holland, Portugal, Italy and Bohemia).<sup>46</sup> Despite the specific legal regulation of the mentioned countries, their theoretical approach of the transfer of the contractual position is different: Portugal, Italy and Bohemia treat this legal institution as a type of assignment, while Holland expressly defines it as transfer. The Hungarian solution follows the Dutch model.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> The legal nature of the transfer of contract was strongly argued in the German civil law literature. The representatives of the „*Zerlegungstheorie*” (e.g. treat the transfer of contract as a hybrid of the assignment and assumption of debt. Contrary to this, representatives of the „*Einheitsstheorie*” emphasize, that transfer of contract extends over the limits of the assignment and assumption of debt; therefore it shall be treated as a single legal institution, which is proper for the simultaneously transfer of claims, rights and debts. About the theories see in detail: KLIMKE, Dominik. Die Vertragsübernahme. In: *Ius Privatum 150*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, pp. 20-26; DEMELIUS, Heinrich. Die Vertragsübernahme. In: *Jherings Jahrbuch* 72. (1923), pp. 241–292; BAUER, Christoph. *Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang. Unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht*. Zürich – St. Gallen: Dike Verlag, 2010, p. 40.

<sup>45</sup> HCC Section 6:210.

<sup>46</sup> About the regulation of the transfer of contract in the above mentioned countries see: GÁRDOS, Péter. Szerződésátruházás. In: *Polgári Jogi Kodifikáció*, 2005/3., pp. 20-26 and DVOŘÁK, Bohumil. Assignment of a Contract in the new Czech Civil Code. In: *ELTE Law Journal*, 2014/2., pp. 123-129.

<sup>47</sup> Before the adoption of the new HCC, the nomination of the examined legal institution (i.e. assignment of contract or transfer of contract) was also controversial in Hungary. About this dispute see: LÁSZLÓFI, Pál; LESZKOVEN, László. Gondolatok a szerződés-engedményezés jogi természetéről. In: *Polgári Jogi Kodifikáció*, 2004/4., pp. 17-24; JUHÁSZ, Ágnes. A szerződéses pozícióban bekövetkező alanyváltozás. In: SÁRY, Pál (ed.). *Publicationes Universitatis Miskolcensis: Sectio Juridica et Politica Tomus XXXII*. Miskolc: Miskolci Egyetemi Kiadó, 2014, pp. 425-438.

Transfer of contract is nearly related not only to the assignment, assumption of debt and transfer of right, but also to some other civil law instrument. In certain cases, transfer of contract can be treated as a special modification of the contractual relationship, since one of the essential elements of the obligation, the subject is to be changed as a result of the transfer of contract. However, it is also really important, that transfer of contract is more than a simple change in the contract's subject.

Transfer of contract also relates closely to some other legal institutions, e.g. entering to the contract<sup>48</sup> and novation.<sup>49</sup> In Hungary, the exploration of the relationship between the novation and the transfer of contract is extremely important, since the commentary literature relate to the new HCC is not uniformed in that question. (In January 2015 a working group shaped up within the Ministry of Justice, which also deals with the above mentioned question.) Thought the marking-off questions are particularly interesting, the extent limitations of this study make it not possible to examine them in detail; it will be the theme of another essay.

## 4.2 Subjects and object of the legal institution

1. Transfer of contract requires a *trilateral consensus*; the three subjects of this consensus are appraised by the HCC as 'party withdrawing from the contract', 'party remaining in the contract' and 'party entering into the contract'. This consensus can come off either by the simultaneous making of the statements or *they can be independently made*. In: this latter case, if the party withdrawing from and party entering into the contract agree, they need the prior consent of the party remaining in the contract. This prior consent has big significance since the transfer of contract comes into effect when the party remaining in the contract is to be notified about the act.<sup>50</sup> HCC

---

<sup>48</sup> See: PIEPER, Helmut. *Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertragsverhältnis*. Köln-Berlin: Grote Verlag, 1963.

<sup>49</sup> JUHÁSZ, Ágnes. A novációról. In: SZABÓ, Miklós (ed.). *Studia Iurisprudentiae Doctorandorum Miskolciensium*, Tomus: 15/1., Miskolc: Bíbor Kiadó, 2014. pp. 285-311, PETRIK, Béla. Alanyváltozások az új Ptk.-ban. In: *Gazdaság és Jog*, 2013/12., pp. 3-9, p. 8; NÓRR, Knut Wolfgang; SCHEYHING, Robert; PÖGGELER, Wolfgang. *Sukzessionen: Forderungszession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 184.

<sup>50</sup> HCC Section 6:209, paragraph (1).

does not determine the person from whom the notification shall originate; therefore the party remaining in the contract presumably can be informed either by the party withdrawing from or the party entering into the contract.

*The prior consent can be irrevocable or revocable*, in this latter case, provided that the party remaining in the contract vindicated the right of revocation at the time of making the statement.<sup>51</sup> With this provision the Hungarian legislator made it obvious that the position of the party remaining in the contract can not change without his will.<sup>52</sup>

2. *Determining the object of transfer of contract is fairly problematic.* Though *the name of the legal instrument suggests, that the contract is the object of the legal transaction, with regard to the rules of transfer, contract on its own can not be contractual object.* This statement is also true for the contractual position. As to the related section of the HCC, the object of the transfer of contract can be defined as an ‘obligation-complex’, i.e. the entirety of rights and obligations of the party withdrawing from the contract.

HCC expressly does not restrain the scope of transferable contract considering neither the duration (i.e. one-off or permanent contracts), nor the confidential character or the type of the contract. In: virtue of this, we presume that complete subject-changing is given for all contractual relationship. However, another standing point is also known in the Hungarian legal literature. The representatives of this approach – with regard to the underlying application of the rules of assignment – states that transfer of contract is excluded in all those cases when the assignment is not possible regarding the nature of the supply (e.g. confidential or intellectual nature) or an exclusive statutory provision (e.g. maintenance contract).<sup>53</sup>

## 5 The form of the transferring act

*HCC does not contain any provision on the form of the transfer of contract*; therefore the agreement theoretically can be made oral, written or by implied conduct.

<sup>51</sup> HCC Section 6:209, paragraph (2).

<sup>52</sup> Cf. SZLADITS, Károly (ed.). *Magyar magánjog mai érvényben III. rész, Kötelmi jog I. kötet.* Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1934, p. 755.

<sup>53</sup> See KÉSMÁRKI-MESZÁROS, Gyöngyi. A szerződésátruházás jogintézményének rövid bemutatása, *THEMIS*, 2013/6., pp. 177-188.

Nevertheless, contracts aiming at the transfer of contract mostly come off in written form in the practice because of their economical significance. Moreover, in those cases when the party remaining in the contract gives his prior consent to the transfer of contract, the use of written records will certify the occurring of the act.

However *HCC does not prescribe compulsory written form* for the legal transaction, some Hungarian scholars adopt the German standing point<sup>54</sup> and confess that in all those cases, *when statutory provision prescribes extra formal requirement for a certain contract* (e.g. countersign by a lawyer or judicial authentication), *the form of the transfer of contract shall be the same.*<sup>55</sup>

## 5.1 Legal effects

1. As a result of the transfer of contract legal succession is occurred in the complete contractual position, i.e. a certain person ('party withdrawing the contract') is to be changed by a third party ('party entering into the contract') in a position of a given obligation relationship.
2. All rights and obligations of the party withdrawing from the contract conferred under the contract in respect of the party remaining in the contract shall be transferred to the party entering into the contract. Nevertheless, set-off is limited by the HCC. On the one hand, the party entering into the contract shall not be entitled to offset other existing claims of the party withdrawing from the contract from the party remaining in the contract. On the other hand, the party remaining in the contract shall not be entitled to offset his other

<sup>54</sup> In the German civil law it is accepted, that the form of the transfer of the contract goes by the form of the contract which is to be transferred. If there is no prescription on the form of the contract (e.g. the written form or any other further requirement is not defined), the parties of the transfer transaction have the right to decide about the application or omission of the written form. Nevertheless, if the form of the contract is determined by statutory act, it affects the form of the transfer of the contractual position. See: KLIMKE, pp. 156-157; MARTINEK, Michael (ed.). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen: Eckpfeiler des Zivilrechts*. De Gruyter Verlag, 2005, p. 277; RAPPENGLITZ, Uwe. Die Formbedürftigkeit der Vertragsübernahme. In: *Juristische Arbeitsblätter*, 2000, p. 472; WAGNER, Ebenhard. Form und Beschränkung der Vertragsübernahme sowie der einwilligung hierzu. *Juristische Schulung*, 1997, pp. 690-696.

<sup>55</sup> Cf. MENYHARD, Attila: Engedményezés, jogátruházás, tartozásátvállalás és szerződéstartuházás. In: OSZTOVITS, András (ed.). *A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény és a kapcsolódó jogszabályok nagykommentárja*. III. kötet, Budapest: Opten Kft., 2014, pp. 468-493, p. 491.



existing claims due from the party withdrawing from the contract.<sup>56</sup> The referred provision of the HCC on the set-off is not cogent, therefore parties have the right to deviate with consensus from it and make possible the set-off of other claims in the relationship existing between them.

3. The guarantees of the contract cease to exist upon the transfer of the contract. Nevertheless, similarly with the restraint of the set-off, this provision is not cogent, therefore the parties can deviate from it with their consensus and can dispose about the continuance of a certain guarantee, provided that the obligor gives his consent.

The HCC pays heed to the lien. The code states the exceptional continuance of the lien, if the obligor consents. Toward this, Hungarian legislator chooses a specific legal technical solution: with the lienor's consent the new lien shall be established at the place of ranking of the original lien.<sup>57</sup>

## 5.2 Transfer of contract under statutory provision

Similarly to the assignment and assumption of debt, transfer of contract can also be based on statutory provision. In this case, all rights of a person arising from a contract passes to another person not on the basis of the parties' agreement, but a statutory provision. At this time the provisions on the transfer of contract shall apply *mutatis mutandis*.<sup>58</sup>

Transfer of all rights and obligations is also mentioned separately in different places in the HCC and some other legal also contains cases, which can be comprehended as transfer of contract.

In the case of a lease contract, if the lessor transfers ownership of the leased thing following the conclusion of the lease agreement, the rights and obligations of the owner arising out of or in connection with the lease agreement accrue to the new owner.<sup>59</sup> As a result of the transfer, a subject-changing occurs in the position of the owner, thus the new owner enters into the place of the lessor regard to rights and obligations deriving from the lease contract. Whereas according to the general provisions of the transfer

---

<sup>56</sup> HCC Section 6:208, paragraph (2).

<sup>57</sup> HCC Section 6:208, paragraph (3).

<sup>58</sup> HCC Section 6:211.

<sup>59</sup> HCC Section 6:340, paragraph (2).

of contract, the party withdrawing from the contract is entirely freed from the obligation, in the case of a lease contract, the lessor and the new owner are jointly and severally liable toward the lessee for the lessor's obligations arising out of or in connection with the lease agreement.

The HCC contains a similar provision in connection with the travel contract. Thus, the customer is entitled to transfer before the start of the journey his rights and obligations stemming from the contract for travel services to a third party, who meets the conditions set out in the contract for travel services.<sup>60</sup>

In this case, the transfer of the customer's position – contrary to the lessor's position in the case of the ownership-changing of the leased property – is not automatically, but it needs the consent of the parties. Thus, it can be perceived as a special case of the transfer of contract named in the HCC. Although, there are several derivations: its rules differ significantly from the general provisions of the transfer of contract.

## Literature

- BAUER, Christoph. *Parteivchsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang. Unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht.* Zürich – St. Gallen: Dike Verlag, 2010.
- BLUTMAN, László. *Alapvető alanyi jogi pozíciók a Polgári Törvénykönyvben,* Jogtudományi Közlöny, 2013/6, pp. 273-285.
- DEMELIUS, Heinrich. Die Vertragsübernahme. In: *Jherings Jahrbuch* 72. (1923), pp. 241–292.
- DVOŘÁK, Bohumil: Assignment of a Contract in the new Czech Civil Code. In: *ELTE Law Journal*, 2014/2, pp. 123-129.
- GÁRDOS, Péter. Szerződésátruházás. In: *Polgári Jogi Kodifikáció*, 2005/3, pp. 20-26.
- GELLÉRT, György (ed.). *A Polgári Törvénykönyv magyarázata.* Budapest: Complex Kiadó, 2007.

<sup>60</sup> HCC Section 6:254, paragraph (3).

- JUHÁSZ, Ágnes. A novációról. In: SZABÓ, Miklós (ed.). *Studia Iurisprudentiae Doctorandorum Miskolciensium*. Tomus: 15/1, Miskolc: Bíbor Kiadó, 2014, pp. 285-311.
- JUHÁSZ, Ágnes. A szerződéses pozícióban bekövetkező alanyváltozás. In: SÁRY, Pál (ed.). *Publicationes Universitatis Miskolcínensis: Sectio Juridica et Política Tomus XXXII*. Miskolc: Miskolci Egyetemi Kiadó, 2014, pp. 425-438.
- KÉSMÁRKI-MÉSZÁROS, Gyöngyi. A szerződésátruházás jogintézményének rövid bemutatása. *HEMIS*, 2013/6., pp. 177-188.
- KISFALUDI, András. Transfer of Property, Claims, Rights and Contracts in the New Hungarian Civil Code. In: *ELTE Law Journal*, 2014/2., pp. 109-122.
- KLIMKE, Dominik. *Die Vertragsübernahme, Ius Privatum 150*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- LAJER, Zsolt. A jövőbeni követelések engedményezése mint hitelbiztosíték. In: *Magyar Jog*, 1997/1, pp. 19-25.
- LÁSZLÓFI, Pál; LESZKOVEN, László. Gondolatok a szerződés-engedményezés jogi természetéről. In: *Polgári Jogi Kodifikáció*, 2004/4., pp. 17-24.
- MARTINEK, Michael (ed.). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Eckpfeiler des Zivilrechts*. De Gruyter Verlag, 2005.
- MENYHÁRD, Attila. Engedményezés, jogátruházás, tartozásátvállalás és szerződésátruházás. In: OSZTOVITS, András (ed.). *A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény és a kapcsolódó jogszabályok nagykommentárja*, III. kötet, Budapest: Opten Kft., 2014, pp. 468-493.
- NÖRR, Knut Wolfgang; SCHEYHING, Robert; PÖGGELER, Wolfgang. *Sukzessionen: Forderungszession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.
- PETRIK, Béla. Alanyváltozások az új Ptk.-ban. In: *Gazdaság és Jog*, 2013/12, pp. 3-9.

PIEPER, Helmut. *Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertragsverhältnis*. Köln-Berlin: Grote Verlag, 1963.

RAPPENGLITZ, Uwe. Die Formbedürftigkeit der Vertragsübernahme. In: *Juristische Arbeitsblätter*, 2000, p. 472.

SZLADITS, Károly (ed.). *Magyar magánjog mai érvényben III. rész; Kötelmi jog I. kötet*. Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1934, p. 755.

WAGNER, Ebenhard. *Form und Beschränkung der Vertragsübernahme sowie der Einwilligung hierzu*. Juristische Schulung, 1997, pp. 690-696.

**Contact – e-mail**

*civagnes@uni-miskolc.hu*

# Prolínání civilních a trestních předpisů v reakci na činy jinak trestné páchané dětmi mladšími 15 let<sup>1</sup>

Katarína Kandová

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

## Abstract in original language

Autorka se v předkládaném příspěvku zamýšlí nad právní úpravou reakce státu na činy, jichž se dopouští děti mladší 15 let, a které by za předpokladu splnění podmínky věku jejich pachatele byly trestným činem. Tyto trestně neodpovědné osoby *ipso facto* nejsou schopny porušit normy trestního práva a vedle několika ustanovení hlavy III. zákona č. 218/2003 Sb., o soudnictví ve věcech mládeže, se tudíž v reakci na činy jinak trestné subsidiárně užijí civilní předpisy. Autorka se ve svém příspěvku zaměřuje především na problematická místa předmětné právní regulace, poněvadž zde dochází k prolínání poměrně inkompatibilních právních odvětví s ohledem na jejich rozdílné řazení v systému práva.

## Keywords in original language

Děti mladší 15 let; čin jinak trestný; civilní řízení; trestní právo; soud pro mládež.

## Abstract

In submitted contribution, the author deals with legal regulation of the state's reaction to the acts committed by children under the age of 15, which would be of criminal nature provided that the condition of an offender's age was met. These criminally irresponsible persons are not capable of breaching the norms of criminal law and therefore, beside few provisions of the Chapter III of the Act No. 218/2003 Coll., on Juvenile Justice, civil law regulation is subsidiarily used in reaction to these otherwise criminal

<sup>1</sup> Uvedený příspěvek byl zpracován v rámci řešení projektu specifického výzkumu na téma „Specifika zacházení s dětmi do 15 let, které se dopustily činu jinak trestného (MUNI/A/1257/2014)“.

acts. The author in her contribution aims mainly at the problematic areas of this legal regulation, seeing the fact that there is an intersection of rather incompatible legal branches as a consequence of their different position in the system of law.

## Keywords

Children under the Age of Fifteen; Otherwise Criminal Act; Civil Proceeding; Criminal Law; Juvenile Court.

## 1 Úvodem

Problematika reagování na činy jinak trestné, jichž se v České republice dopouští děti mladší 15 let, je poměrně spleť interdisciplinární výšečí práva. Primárně je zde dotčeno odvětví trestního práva, které stanoví, že čin spáchaný trestně neodpovědným dítětem by za předpokladu jeho dostatečného věku<sup>2</sup> byl činem natolik společensky škodlivým, že by jeho spáchání postihovaly normy trestního práva. Právě s ohledem na nedostatek věku pachatele činu jinak trestného (dále jen „ČJT“) nepřichází jeho trestněprávní odpovědnost v úvahu, nicméně nějaká reakce ze strany státu na takové závažné jednání nezletilce je nepochybně nezbytná. A právě zde přichází do „hry“ civilněprávní odvětví, když český zákonodárce stanoví, že dětští pachatelé ČJT a právní následky jejich protiprávního jednání se posuzují v občanskoprávním konání. Neobvyklý střet těchto dvou právních disciplín přináší řadu teoretických, ale i praktických úskalí. Na jedné straně se „trestáři“ zbavují svých kompetencí v dotčené oblasti s odkazem na skutečnost, že trestní odpovědnost dětí je vyloučena, na straně druhé „civilistům“ není tato problematika s ohledem na odlišnou povahu protiprávního jednání vlastní, a tak se od jejího hlubšího řešení též radši distancují.

Po tom, co ve svém příspěvku vymezím hmotněprávní a procesní rovinu reglementace nastíněné výšečí práva, zaměřím se především na problémové aspekty prolínání předmětem své regulace dosti vzdálených civilních a trestních předpisů. Pro lepší uchopení dotčené tematiky provedu rovněž její komparaci s několika zahraničními úpravami a následně se pokusím formulovat

---

<sup>2</sup> V České republice je hranice trestní odpovědnosti v porovnání s jinými evropskými zeměmi nastavena poměrně „vysoko“, a to na 15 let [§ 25 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku (dále jen „TZ“)].

návrhy *de lege ferenda*, jež by vedle jiného mohly vést k minimalizaci, potažmo i řešení problematických střetů civilního a trestního práva.

## 2 Hmotněprávní reakce na činy jinak trestné

Na začátek si dovolím konstruovat stručnou charakteristiku ČJT, jichž se dopouští děti mladší 15 let. Činem jinak trestným se tedy rozumí zaviněné (úmyslné, popř. i nedbalostní) jednání trestně neodpovědné osoby vymezené v některé ze skutkových podstat uvedených ve zvláštní části TZ, které kauzálně vedlo k porušení nebo ohrožení zájmu chráněného normami trestního práva. Takové protispolečenské jednání trestně neodpovědných dětí tedy naplňuje téměř všechny formální znaky trestného činu (subjektivní stránku, objektivní stránku i objekt), postrádá pouze znak subjektu, konkrétně věk pachatele trestného činu. Český zákonodárce tudíž stanovil, že děti věku nižšího 15 let ještě nejsou schopny uvědomit si právní následky svého „kriminálního“ jednání, v důsledku čehož jsou nezpůsobilé porušit normy trestního práva.

Z výše uvedeného a rovněž z doktríny<sup>3</sup> plyne, že děti mladší 15 let, jež se dopouštějí ČJT, jsou trestněprávně nepostížitelné. Tato premisa se dle mého soudu ne úplně ztotožňuje s českou právní úpravou *de lege lata*. Řízení ve věcech dětí mladších 15 let je upraveno primárně v hlavě III. zákona č. 218/2003 Sb., o soudnictví ve věcech mládeže (dále jen „ZSM“), kde v § 93 odst. 1 je uveden taxativní výčet opatření, jež soud pro mládež ukládá v civilním řízení těmto dětem v reakci na spáchání ČJT. Jedná se konkrétně o:

- a) výchovnou povinnost,
- b) výchovné omezení,
- c) napomenutí s výstrahou,
- d) zařazení do terapeutického, psychologického nebo jiného vhodného výchovného programu ve středisku výchovné péče,
- e) dohled probačního úředníka,
- f) ochrannou výchovu,
- g) ochranné léčení.

<sup>3</sup> Viz ŠÁMAL, P. a kol. *Zákon o soudnictví ve věcech mládeže: komentář*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 699.

Lze konstatovat, že dané instituty nejsou tresty, ani trestními opatřeními, jež připadají v úvahu u dospělých pachatelů trestných činů nebo u mladistvých pachatelů provinění.<sup>4</sup> Nicméně opatření pod písm. a) – e) jsou výchovnými opatřeními a pod písm. f) – g) ochrannými opatřeními, jež mohou být ukládány rovněž v trestním řízení trestně odpovědným mladistvým pachatelům. V hmotněprávní rovině jsou tudíž trestně neodpovědným dětem ukládána stejná opatření jako starším trestně odpovědným mladistvým, jež bez dalšího považují za instituty trestního práva, což blíže objasním na příkladu dvou opatření z výše uvedeného taxativního výčtu.

*Dohled probačního úředníka* je výchovné opatření přicházející v úvahu jako postih kriminálního jednání dítěte nebo mladistvého (§ 16 ZSM), ale zároveň může být ukládán vedle některých alternativ trestního práva hmotného i dospělým pachatelům.<sup>5</sup> Zákon č. 257/2000 Sb., o Probační a mediační službě ve svém úvodním ustanovení § 1 odst. 1 navíc stanoví, že Probační a mediační služba provádí úkony probace a mediace ve věcech projednávaných v *trestním řízení*. Probační a mediační služba byla tedy zřízena pouze pro účely trestního řízení ve věcech trestně odpovědných (dospělých a mladistvých) pachatelů jakožto orgán působící v rámci trestněprávních alternativ. V možnosti ukládání dohledu probačního úředníka dětem mladším 15 let proto spatřuji rozpor nejen s účelem zákona č. 257/2000 Sb., ale i se samotnou koncepcí netrestněprávní reakce na ČJT trestně neodpovědných dětí.

*Ochranná výchova* je ochranné opatření, jehož uložení přichází v úvahu u dětí mladších 15 let a mladistvých pachatelů (§ 22 ZSM). Mezi ochrannou výchovou a jejím rodinněprávním protějškem – ústavní výchovou – je jediným diferenciativním kritériem spáchání provinění (nebo ČJT), a tedy jednání vymezeného ve zvláštní části TZ. V praktické rovině se tento rozdíl projevuje

<sup>4</sup> *Mladistvým* pachatelem se s ohledem na § 2 odst. 1 písm. c) ZSM rozumí ten, kdo v době spáchání provinění dovršil patnáctý rok a nepřekročil osmnáctý rok svého věku. *Proviněním* je dle § 6 odst. 1 ZSM trestný čin spáchaný mladistvým (rozdíl mezi trestným činem a proviněním spočívá opět jen ve věku pachatele).

<sup>5</sup> Předmět dohledu probačního úředníka je vymezen v § 49 - 51 TZ a jeho uložení připadá u dospělých pachatelů v úvahu v rámci tzv. „alternativ“ trestného práva hmotného při podmíněném upuštění od potrestání podle § 48 TZ nebo vedle některých alternativních trestů (typicky např. podmíněné odsouzení k trestu odnětí svobody s dohledem dle § 84-6 TZ).



v podobě restriktivnějších podmínek výkonu ochranné výchovy,<sup>6</sup> kterou vykonávají trestně neodpovědné děti ve společných školských zařízeních s trestně odpovědnými mladistvými. Institut ochranné výchovy nelze najít v žádném jiném předpise kromě ZSM a s ohledem na skutečnost, že podmínky jeho uložení, ale i jeho samotný výkon je u trestně neodpovědných dětí obdobný jako u trestně odpovědných mladistvých, nelze než uzavřít, že ochranná výchova stejně jako dohled probačního úředníka, ale i další opatření vyčtená v § 93 odst. 1 ZSM jsou instituty trestního práva hmotného.

Nad rámec pojednání o úpravě hmotněprávní reakce na ČJT *de lege lata* si dovoluji uvést, že před přijetím samostatného zákona o soudnictví ve věcech mládeže účinného od 1. 1. 2004, ale i v jeho osnově z roku 2000<sup>7</sup>, mohl soud v případě trestně neodpovědných dětí dopouštějících se ČJT ukládat rovněž opatření dle § 43 zákona č. 94/1963 Sb., o rodině a nemusel tudíž reagovat pouze trestněprávními instituty. Dnes však stran hmotněprávních následků ČJT páchaných trestně neodpovědnými dětmi paradoxně nedochází k žádnému prolínání civilních a trestních předpisů, jelikož veškeré opatření přicházející v úvahu jsou upravena v ZSM a jsou trestněprávní povahy. Zdali je tento stav *de lege lata* vyhovující i vzhledem k nevyhnutelnosti netrestněprávní reakce na ČJT, se pokusím posoudit níže v úvaze o problematických aspektech (ne)prolínání předmětných právních odvětví.

### 3 Procesněprávní reakce na činy jinak trestné

K prolínání civilního a trestního práva sice nedochází v rovině hmotněprávní, zato rovina procesní je stran různých střetů těchto dvou právních odvětví dosti bohatá. Řízení ve věcech dětí mladších 15 let je zvláštním druhem nesporného občanskoprávního řízení, v němž se rozhoduje o vině a sankci za spáchaný ČJT.<sup>8</sup> Jak již bylo výše zmíněno, toto řízení je upraveno

<sup>6</sup> V školských zařízeních pro výkon ochranné výchovy jsou používány speciální stavebně technické prostředky k zabránění útěku, děti nemají povoleny samostatné vycházky, či návštěvy osob jiných než blízkých atd. Blíže viz zákon č. 109/2002 Sb., o výkonu ústavní výchovy nebo ochranné výchovy ve školských zařízeních a o preventivně výchovné péči ve školských zařízeních a o změně dalších zákonů.

<sup>7</sup> Osnova ZSM z roku 2000 uváděla ve výčtu opatření rovněž umístění dítěte v jiné rodině, omezení či zbavení rodičovské zodpovědnosti, nebo možnost přenechat „potrestání“ dítěte rodičům či škole Blíže viz LORTIE, S. a kol. *Soudnictví pro mladistvé v Kanadě a v České republice*. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR, 2000, s. 318.

<sup>8</sup> HRUŠÁKOVÁ, M. Dopad nového občanského zákoníku a předpisů souvisejících na řešení činů jinak trestných spáchaných dětmi do 15 let. *Trestněprávní revue*. 2014, č. 1, s. 10.

v několika ustanoveních hlavy III. ZSM (§ 89 – 96 ZSM). Tato poměrně strohá regulace, v níž lze nalézt modifikace<sup>9</sup> oproti standardnímu modelu nesporného civilního procesu, se subsidiárně řídí úpravou řízení ve věcech péče o nezletilé dle § 466 a násl. zákona č. 282/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních (dále jen „ZŘS“), jakož i ustanoveními jeho obecné části a některými ustanoveními zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu<sup>10</sup> (dále jen „OSŘ“).

Uvedené předpisy sice relativně obšírně určují průběh soudního konání ve věcech dětí mladších 15 let, nicméně předsoudní stadium řízení vůči těmto osobám, tzn. postup policejního orgánu a státního zastupitelství od zjištění ČJT až do podání návrhu na zahájení soudního konání, není nikde upraveno. Pokusím se proto ve stručnosti načrtnout, jak tato fáze řízení probíhá, popř. jakými předpisy se řídí.

Na začátku odhalování spáchaného činu, jež vykazuje znaky činu trestného, ještě zpravidla policejní orgán neví, že se ho dopustilo trestně neodpovědné dítě, a tudíž postupuje podle ustanovení o prověřování skutečností nasvědčujících tomu, že byl spáchán trestný čin v souladu s § 158 a násl. zákona č. 141/1961 Sb., trestního řádu (dále jen „TŘ“), a tudíž podle obecného předpisu trestního práva procesního. Teprve až ve fázi, když je podezření dítěte ze spáchání prověřovaného činu plně odůvodněno<sup>11</sup>, policejní orgán trestní řízení odloží na základě § 159a odst. 2 s odkazem na § 11 odst. 1 písm. d) TŘ pro nepřipustnost trestního stíhání z důvodu nedostatku věku pachatele. Policejní orgán věc následně předá státnímu zastupitelství, které je vzhledem k § 90 odst. 1 ZSM povinno podat návrh na zahájení soudního řízení dle hlavy III. ZSM a souvisejících předpisů. Vedle TŘ přichází v úvahu též užití dalších zákonů<sup>12</sup>,

<sup>9</sup> V § 90 je zvláště upraveno výlučné návrhové oprávnění státního zastupitelství (popř. soud pro mládež může zahájit řízení *ex officio*), v § 91 jsou upraveny účastníci řízení (dítě, OSPOD, zákonní zástupci, státní zastupitelství, opatrovník – advokát, popř. jiné osoby – např. pěstoun, či školské zařízení, v němž dítě vykonává ústavní výchovu) a konečně v § 92 jsou uvedeny modifikace samotného jednání (zejména jeho neverejnost).

<sup>10</sup> Zejména ustanoveními o dokazování (§ 120 a násl. OSŘ), či zajištění důkazu (§ 78 OSŘ), jelikož je v tomto řízení nezbytné dokázat vinu dítěte za spáchaný ČJT, nicméně v ZSM ani ZŘS dokazování blíže upraveno není.

<sup>11</sup> ŠÁMAL, P. a kol. *Zákon o soudnictví ve věcech mládeže: komentář*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 709.

<sup>12</sup> Konkrétně zákon č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky a zákon č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství.

jakož i interních normativních aktů<sup>13</sup>, které obsahují ustanovení o zacházení s dětmi mladšími 15 let.

Tento nejasný, resp. chaoticky a nedostatečně právně regulovaný proces eventuálně vyústí v již lépe upravenou proceduru před soudem pro mládež, který po prokázání viny dítěte ukládá jedno z opatření dle § 93 odst. 1 ZSM, příp. může od jeho uložení za splnění podmínek uvedených v § 93 odst. 10 ZSM upustit. V opačném případě, a tedy za předpokladu nedokázání viny dítěte za spáchaný ČJT, soud pro mládež návrh státního zastupitelství na zahájení řízení zamítne, popř. řízení zahájené *ex offo* zastaví.

## 4 Problematické aspekty

V této kapitole nastíním stěžejní problémové oblasti střetů civilních a trestních předpisů, k nimž dochází v procesní rovině řešení ČJT páchaných trestně neodpovědnými dětmi, z nichž jsou některé paradoxním důsledkem neprolínání civilního a trestního práva ve hmotněprávní rovině dotčené problematiky.

### 4.1 Nemožnost užití institutů rodinného práva

Jak jsem již naznačila výše v kapitole 2 svého příspěvku, soud pro mládež může v reakci na ČJT páchané dětmi mladšími 15 let uložit pouze opatření stanovené v § 93 odst. 1 ZSM, a tedy opatření trestního práva. Stěžejním nedostatkem této úpravy je dle mého skutečnost, že takové instituty by neměly být vůči trestně neodpovědným dětem užívány vůbec. Na tomto místě bych se však chtěla zaměřit zejména na skutečnost, že soudce pro mládež nemůže vůči těmto dětem užít vedle zmíněných opatření jiné, často vhodnější instituty, i když podmínky pro jejich uložení jsou z hmotněprávního hlediska častokrát splněny. Těmito „jinými“ instituty mám na mysli zejména opatření rodinného práva, přičemž v úvahu by přicházelo např. užití výchovných opatření stanovených v § 925 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (dále

<sup>13</sup> Závazný pokyn policejního prezidenta č. 30/2009, o plnění úkolů v *trestním řízení* ze dne 21. 4. 2009; Pokyn obecné povahy nejvyšší státní zástupkyně č. 7/2009, o *trestním řízení* ve věcech mládeže ze dne 8. 9. 2009. V názvech těchto právních dokumentů se paradoxně objevuje formulace 'trestní řízení', i když se v případech dětí mladších 15 let o trestní řízení jednat nemá. Jde sice o pouhý formalizmus, který však může v povědomí orgánů činných v trestním řízení evokovat nerozdílnost postupu vůči trestně odpovědné a trestně neodpovědné mládeži.

jen „OZ“), či nařízení ústavní výchovy podle § 971-5 OZ. Děti se obecně dopouštějí protiprávních činů více než z důvodu jejich kriminální povahy spíše v důsledku jejich nedostatečné až zanedbané výchovy. Uvedené instituty by dle mého měly na tyto děti nižšího věku zásadně „lepší“, resp. důležitější výchovně-preventivní vliv než např. zmiňovaný dohled probačního úředníka či ochranná výchova. Vedle toho soud pro mládež nemá v rukách žádné prostředky, jimiž by mohl v případě potřeby zasáhnout do výchovy dítěte na straně rodičů, jelikož po projednání spáchaného ČJT a zjištění, že výchova dítěte je ze strany rodičů výrazně zanedbána, může dítěti akorát uložit dosti restriktivní ochrannou výchovu. Naopak nemá pravomoc např. upravit předběžné poměry dítěte v souladu s § 924 OZ, či omezit nebo zbavit rodiče jejich rodičovské odpovědnosti dle § 870-1 OZ.

Jsem si vědoma toho, že soud pro mládež má po skončení řízení dle hlavy III. ZSM možnost dát soudu péče o nezletilé podnět ke vhodnosti užití některého z uvedených institutů rodinného práva. Nicméně nevidím důvod, proč by tyto instituty nemohl užít bezodkladně již samotný soud pro mládež, který je se stavem výchovy dítěte po projednání ČJT zpravidla velice důkladně obeznámen, aby se s ním následně nemusel seznamovat od začátku soud péče o nezletilé. Především tak stávající praxe staví překážky zákoněmu předpokladu, že zrovna věci péče o nezletilé by měly být s ohledem na § 471 odst. 2 ZŘS projednávány s co největším urychlením.

## 4.2 Předběžné opatření upravující poměry dítěte

Následkem prolínání rozdílných předpisů civilního a trestního procesu došlo v praxi obecných soudů právě v souvislosti s institutem předběžného opatření dle § 452 ZŘS (předtím § 76a OSŘ) k obcházení zákona. Toto opatření je v případech dětí dopouštějících se ČJT nařizováno zcela běžně, jelikož v průběhu šetření ČJT může jednoduše vyjít najevo nezbytnost úpravy poměrů těchto dětí z důvodu nedostatku řádné péče nebo vážného ohrožení jejich důležitých zájmů. Ve věci, která se dostala až před Ústavní soud<sup>14</sup>,

<sup>14</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 17. 2. 2015, sp. zn. III. ÚS 916/13, kde Ústavní soud krom jiného konstatoval, že řízení ve věcech dětí mladších 15 let dle hlavy III. ZSM má s ohledem na povahu sankcí v něm ukládaných povahu *quasitrestního řízení*. Toto poměrně směle prohlášení tak bezprostředně podporuje moje tvrzení o tom, že opatření ukládána podle hlavy III. ZSM jsou svou povahou instituty trestního práva (neboli slovy Ústavního soudu instituty *quasitrestní* povahy).

došlo k situaci, kdy obecný soud nařídil předběžné opatření na základě § 452 ZŘS, jež spočívalo v hospitalizaci dítěte na psychiatrické klinice, jelikož bylo potřebné vyšetřit jeho duševní stav pro účely eventuálního soudního řízení podle hlavy III. ZSM a zároveň mu zamezit v ohrožení sebe či svého okolí. Obecný soud v tomto případě užil institut předběžného opatření v podstatě pro účely následného *quasitrestního řízení* ve věcech dětí mladších 15 let, a tedy ze zcela odlišných důvodů, než k jakým má předběžné opatření dle § 452 ZŘS sloužit, čímž navíc zasáhl do základních práv a svobod nezletilého stěžovatele, jelikož Ústavní soud stížnosti v dané věci vyhověl.

Tímto příkladem jsem chtěla především naznačit, jak v důsledku „tříštivé“ úpravy procesu ve věcech trestně neodpovědných dětí, v němž se nevyhnutelně setkávají předpisy civilního a trestního práva, může docházet a v praxi i dochází ke směřování účelu jednotlivých institutů, které mohou vést až ke způsobení ústavně relevantní újmy na právech těchto dětí. Ostává proto doufat, že i vzhledem ke zmíněnému nálezu Ústavního soudu se podobným nesrovnalostem alespoň v souvislosti s nařizováním předběžných opatření dle § 452 ZŘS praxe bude vyhýbat.

### 4.3 Dokazování viny

Stěžejním problematickým aspektem stran prolínání „civilu“ a „trestu“ ve věcech dětí mladších 15 let je dle mého soudu právě dokazování viny za spáchaný ČJT. Prvně je třeba konstatovat, že nezbytným předpokladem hmotněprávní reakce na ČJT v podobě uložení opatření dle § 93 odst. 1 ZSM je prokázání toho, že se dítě skutečně dopustilo ČJT.<sup>15</sup> Neprokázalo-li se vina dítěte bez důvodných pochybností, soud pro mládež musí návrh na řízení dle hlavy III. zamítnout, příp. řízení zahájené *ex officio* zastavit. Avšak zrovna za předpokladu pouhé pravděpodobnosti viny konkrétního dítěte by bylo více než vhodné reagovat na spáchaný ČJT alespoň prostřednictvím výchovných institutů rodinného práva v těch případech, kdy by byly splněny předpoklady pro jejich užití. Ovšem před uložení opatření dle hlavy III. ZSM, a tedy institutu trestního práva, by se otázka viny měla prokázat v obdobném rozsahu, jaký je vyžadován pro odsouzení v trestním řízení. Na druhé straně však vyvstává otázka, zda je takové prokázání viny dostatečně možné na základě obecně nižších důkazních standardů civilního pro-

<sup>15</sup> HULMÁKOVÁ, Jana. *Trestání delikventní mládeže*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 59.

cesu? Domnívám se, že právě zde dochází k neslučitelnému střetu zásad a pravidel civilního vs. trestního práva procesního.

Zaprvé, podklady opatřené policejním orgánem v předsoudním (zpočátku zásadně trestním) řízení o ČJT je možné užít v civilním řízení před soudem jako věcné či listinné důkazy, což je ovlivněno i tím, že v civilním procesu se neuplatňuje zásada bezprostřednosti.<sup>16</sup> I v průběhu hlavního líčení je za předpokladu důsledného splnění podmínek stanovených v § 207 – 212 TR možné např. číst protokol o výslechu svědka z přípravného řízení, avšak osoba, proti níž se trestní řízení vede, má jako obviněný v předsoudním stadiu trestního řízení garantovaná určitá procesní práva, jež vyvažují tyto výjimky ze zásady bezprostřednosti (jakož i jiných zásad) uplatňované v hlavním líčení. Obdobné práva však dítě v legislativně nepodchyceném předsoudním stadiu řízení o ČJT zaručené nikterak nemá.

Zadruhé, při výslechu účastníka v civilním soudním řízení má tento vypovídat pravdu a nic nezamlčovat. Naproti tomu stojí trestněprocesní zásada *nemo tenetur se ipso accusare*, na základě níž nemůže být osoba v trestním řízení donucována k sebeobvinění. Dítě mladší 15 let je před výslechem v soudním řízení podle hlavy III. ZSM v souladu s § 131 OSŘ poučeno, že má vypovídat pravdu a nikoliv, že má právo mlčet a nepřispět k vlastnímu obvinění<sup>17</sup>, jak je tomu s ohledem na jiné a zároveň vyšší důkazní standardy v trestním řízení.

Zatřetí, soud pro mládež může v souladu s § 120 odst. 3 OSŘ vzít v civilním řízení o ČJT za svá skutková zjištění rovněž shodná tvrzení účastníků, což je ovšem v trestním řízení zásadně vyloučeno<sup>18</sup>. Bude-li např. dítě ovliv-

<sup>16</sup> Jedním z aspektů zásady bezprostřednosti legislativně zakotvené v § 2 odst. 12 TR je požadavek, aby soud rozhodoval na základě před ním provedených důkazů, a tedy na základě svého bezprostředního dojmu z provedeného řízení. (ŠÁMAL, P. a kol. *Trestní právo procesní*. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 115.)

<sup>17</sup> K zásadě *nemo tenetur se ipso accusare* jakožto aspektu práva na spravedlivý proces v rovině zásady presumce nevinny viz blíže REPÍK, B. *Evropská Úmluva o lidských právech a trestní právo*. 1. vyd. Praha: Orac, 2002, s. 185-190.

<sup>18</sup> Jedinou výjimkou je podle § 314d TR zjednodušené řízení před samosoudcem, v němž může být rozhodnuto o upuštění od dokazování těch skutečností, které státní zástupce a obviněný označí za nesporné. Tento výjimečný postup je důsledkem toho, že zjednodušené trestní řízení následuje po zkráceném přípravném řízení, které připadá v úvahu pouze u méně závažných trestných činů, jsou-li dostatečné podklady pro postavení podezřelého před soud ve lhůtě 2 týdnů nebo v případech, že byl podezřelý přistižen při páčání trestného činu, a tedy v případech, kdy je vysoce pravděpodobné až jisté, že trestný čin byl spáchán konkrétním podezřelým.

něné rodičem, který ho jako nepřímý pachatel<sup>19</sup> navedl ke spáchání ČJT, tvrdit stejné skutečnosti jako tento ovlivňující rodič, soud pro mládež to bez dalšího může vzít za svá skutková zjištění. V této souvislosti lze ještě zmínit, že soud pro mládež v civilním řízení dle hlavy III. ZSM v případech pochybností o skutkových okolnostech a následné potřeby dohledat další důkazy nemá pravomoc požadovat součinnost po policejním orgánu,<sup>20</sup> jak ji má soud v trestním řízení.

Ve výčtu problematických oblastí v důsledku protichůdných zásad a pravidel civilního vs. trestního procesu bych mohla nepochybně pokračovat ještě dále. Mým úmyslem však není uvést veškeré v úvahu přicházející možnosti, ale poukázat na to, že důkazní standardy občanského soudního řízení jsou dle mého posouzení zcela nedostatečné na to, aby prokázaly vinu dítěte za spáchaný čin, který by byl za předpokladu jeho vyššího věku činem trestným. Jiné by to ovšem bylo za předpokladu, že za spáchání ČJT by přicházela v úvahu vskutku opatření netrestněprávní povahy, kdy by vina dítěte nemusela být dokázána za každou cenu, ale instituty rodinného práva by bylo možné ukládat i za pouhé pravděpodobnosti spáchání ČJT, byly-li by splněny předpoklady pro jejich uložení v souladu s příslušnými ustanoveními OZ. Dle české právní úpravy *de lege lata* však tomu tak není a neostává než konstatovat, že za současného právního stavu lze trestně neodpovědným dětem ukládat po prokázání viny za užití civilněprávních důkazních standardů opatření *quasitrestní* povahy, což vskutku není stavem ideálním.

#### 4.4 Výkon opatření ukládaných za činy jinak trestné

V důsledku prolínání civilních a trestních předpisů v reakci na ČJT dochází k praktickým problémům v neposlední řadě rovněž ve fázi výkonu opatření ukládaných dle § 93 odst. 1 ZSM, a to konkrétně v souvislosti s jejich vynutitelností. V hlavě III. ZSM jsou zvláště upraveny pouze možnosti nařízení výkonu ochranného léčení v § 95a ZSM. V případech výkonu některých dalších opatření (konkrétně výchovných povinností / omezení, dohledu probačního

<sup>19</sup> Nepřímým pachatelem je podle § 22 odst. 2 TR ten, kdo k provedení činu užil jiné osoby, která není trestně odpovědná pro nedostatek věku, nepřítčnost, omyl atd.,

<sup>20</sup> Viz HRUŠÁKOVÁ, M. Specifika řízení ve věcech dětí mladších patnácti let, které se dopustí činu jinak trestného. In: KURUC, P. (ed.). *Trestněprávní a kriminologické aspekty kriminality mládeže*. Žilina: Eurokódex, 2013, s. 235.

úředníka a napomenutí s výstrahou) odkazuje § 93 ZSM na analogické užití ustanovení hlavy II. ZSM, která vymezuje sankce a řízení ve věcech trestně odpovědných mladistvých<sup>21</sup>. Výkon těchto, ani zbylých opatření, jejichž výkon není v hlavě III. ZSM upraven vůbec (zařazení do vhodného výchovného programu a ochranná výchova), nicméně není vynutitelný, jelikož pro případ jejich dobrovolného nevykonání soud pro mládež nedisponuje žádnými právními prostředky k jejich nucenému nařízení a v úvahu nepřichází ani případná hrozba uložení přísnější sankce.

Co se týče subsidiárních civilněprávních předpisů, ani tyto neobsahují ustanovení aplikovatelná pro účely vynucení výkonu opatření dle hlavy III. ZSM. Zákonodárce při relativně nedávné tvorbě ZŘS takřka pozapomněl na civilněprávní povahu nesporného řízení o ČJT a tuto v novém předpisu vůbec nezohlednil,<sup>22</sup> jelikož výkon rozhodnutí ve věcech péče o nezletilé dle § 500 a násl. ZŘS je „šitý na míru“ opatřením rodinného práva<sup>23</sup> a současně možnosti výkonu rozhodnutí vydaných v řízení dle OSŘ jsou přizpůsobeny zejména výkonu peněžitých pohledávek, přičemž možnosti výkonu nepeněžitých plnění dle hlavy VIII. OSŘ<sup>24</sup> jsou na výkon opatření dle § 93 odst. 1 ZSM rovněž nepoužitelné. Na základě výše uvedeného proto ostává v případě „sankcionovaných“ dětí mladších 15 let doufat, že opatření uložená jim v řízení dle hlavy III. ZSM vykonají více méně dobrovolně. V této souvislosti si opětovně neodpustím poznámku, že v případě přípustnosti reakce na ČJT instituty rodinného práva by nebyl žádný problém ani v oblasti případného vynucení jejich nedobrovolného výkonu, a to právě s ohledem na dostatečnou úpravu výkonu rodinněprávních opatření v příslušných ustanoveních ZŘS.

<sup>21</sup> Možnost užití analogie v případě výkonu opatření ukládaných trestně neodpovědným dětem s úpravou výkonu trestněprávních opatření ukládaných trestně odpovědným mladistvým dle hlavy II. ZSM mimo jiné opět potvrzuje mou tezi o *quasitrestní* povaze opatření a řízení dle hlavy III. ZSM.

<sup>22</sup> Srov. též HRUŠÁKOVÁ, M. Dopad nového občanského zákoníku a předpisů souvisejících na řešení činů jinak trestných spáchaných dětmi do 15 let. *Trestněprávní revue*. 2014, č. 1, s. 10.

<sup>23</sup> Soud péče o nezletilé může nařídit výkon rozhodnutí opětovným uložením pokuty do výše 50 000 Kč nebo odnětím dítěte, popř. může užit alternativní opatření dle § 503 ZŘS (např. nařídit první setkání s mediátorem).

<sup>24</sup> Uspokojení práv na nepeněžitá plnění může být vynuceno nařízením vyklizení, odebrání/rozdělení věci, nebo provedením prací a výkonů.



## 5 Komparativní analýza

Za účelem hlubšího proniknutí do problematiky civilního řízení o ČJT a eventuálního vyvození hodnotících závěrů o české právní úpravě *de lege lata* jsem dotčenou právní oblast porovnávala s několika hmotněprávními a procesními legislativami jiných evropských zemí. Výsledkem provedené komparace jsou 3 kategorie zahraničních právních úprav řešení ČJT, jichž se dopouští trestně neodpovědné děti:

1. KATEGORIE (Německo, Rakousko, Anglie,<sup>25</sup>... -> převážná většina zahraničních právních úprav<sup>26</sup>)

V těchto zemích jsou zřízeny specializované soudy pro mládež, stejně jako v České republice. Tyto soudy se však zabývají pouze trestnou činností páchanou trestě odpovědnými mladistvými, jimž ukládají opatření trestního práva (v některých případech mohou dokonce přímo ukládat i opatření rodinného práva<sup>27</sup>). Případy trestně neodpovědných dětí dopouštějících se ČJT se zabývají soudy opatrovnické, které těmto dětem v civilním řízení ukládají výlučně opatření rodinného práva.

2. KATEGORIE (Slovensko, Polsko<sup>28</sup>...)

V další kategorii států chybí specializace soudů pro mládež. Trestně odpovědným mladistvým ukládají opatření trestního práva soudy obecné – trestní, zatímco trestně neodpovědným dětem ukládají opatření rodinného práva soudy obecné – opatrovnické. Jedinou výjimku představuje možnost uložení ochranné výchovy trestně

<sup>25</sup> Viz MARTIN, J.; STOREY, T. *Unlocking criminal law*. 5 ed. London: Routledge, 2015, p. 173.

<sup>26</sup> Ve většině států se trestně neodpovědné děti páchající „jinak trestnou činností“ ocitají v systému sociální péče (v českém právním prostředí by se jednalo o systém sociálně-právní ochrany dětí). Viz ALLEN, R. *Children and Crime: taking responsibility*. London: Institute for public policy research, 1996, p. 65.

<sup>27</sup> Např. rakouská právní úprava dovoluje přímo soudům pro mládež ukládat trestně odpovědným mladistvým i opatření rodinného práva v případech, kdy to např. zájem na jejich výchově vyžaduje (KREJČÍŘIKOVÁ, K. Trestní právo nad mládeží v Rakousku. *Státní zastupitelství*. 2007, č. 5, s. 50.)

<sup>28</sup> ZEZULOVÁ, J. *Trestní zákonodárství nad mládeží*. Brno: Masarykova univerzita, 1997, s. 149.

neodpovědným dětem dle slovenské právní úpravy<sup>29</sup>, což lze považovat za „pozůstatek“ předchozího společného trestního předpisu (zákona č. 140/1961 Sb., trestního zákona), nicméně ochranná výchova je jediným opatřením quasitrestní povahy, jež lze trestně neodpovědným dětem dle slovenského trestního práva uložit, navíc zde existuje institut ochranné rodinné výchovy, která se vykonává v rodinách, a nikoliv v ústavních školských zařízeních (čímž se nepochybně snižuje restriktivní prvek tohoto opatření).

### 3. KATEGORIE (Nizozemsko<sup>30</sup>...)

Poslední kategorie počítá se specializovaným soudnictvím pro mládež, které řeší veškeré otázky mládeže – trestně odpovědných i neodpovědných dětí, jež se dostaly do konfliktu s (nejen trestním) právem, ale i mládeže „ohrožené“, tzn. dětí se zanedbanou výchovou či dětí v postavení obětí protiprávních činů. Tento model je poměrně odlišný od toho českého (viz 4. kategorií), ale i od právních úprav předešlých dvou kategorií, pro účely mé komparace je však podstatná skutečnost, že trestně neodpovědným dětem jsou i v této 3. kategorii ukládány opatření netrestního charakteru.

### 4. KATEGORIE *sui generis* - česká právní úprava *de lege lata*

Jak již bylo pojednáno v předchozích kapitolách, v České republice byla zákonem č. 218/2003 Sb. stanovena specializace soudů pro mládež podobně, jak je tomu v právních úpravách států kategorie č. 1. Rozdíl však spočívá v tom, že české soudy pro mládež ukládají opatření nejen trestně odpovědným mladistvým, ale i trestně neodpovědným dětem. Z tohoto úhlu pohledu se české řízení o ČJT podobá tomu holandskému, avšak soudy pro mládež dle kategorie č. 3 ukládají trestně neodpovědným dětem opatření netrestněprávní povahy, zatímco české soudy jim ukládají instituty trestního práva mládeže bez oprávnění ukládat opatření netrestní povahy (ideálně instituty rodinného práva dle OZ). Druhá kategorie států sice specializované

<sup>29</sup> Ustanovení § 105 zákona č. 300/2005 Z. z. trestního zákona stanoví v podstatě stejné podmínky pro ukládání ochranné výchovy trestně neodpovědným dětem, jaké byly stanoveny v § 86 zrušeného společného zákona č. 140/1961 Sb., trestního zákona a jaké jsou v české úpravě *de lege lata* stanoveny v § 93 odst. 2, 3 ZSM.

<sup>30</sup> ZEZULOVÁ, J. *Trestní zákonodárství nad mládeží*. Brno: Masarykova univerzita, 1997, s. 135.

soudnictví pro mládež nemá, avšak trestně neodpovědné děti jsou za ČJT postihovány ze strany civilních soudů (neboli systému „sociální péče o nezletilé“) opatřeními rodinného práva.

Na základě výše uvedeného jsem dospěla k závěru, že česká právní úprava řízení o ČJT, alespoň v rámci mnou několika komparovaných států, nemá obdobu. Důvody zvolení zrovna takového modelu jsem nicméně nikde nedohledala. Provedená komparace mne krom jiného utvrdila v mnou již v minulosti formulované tezi<sup>31</sup>, že česká koncepce úpravy řízení ve věcech trestně neodpovědných dětí se sice tváří jako civilněprávní, jelikož odkazuje na subsidiární užití předpisů občanského práva procesního a jakožto „řízení o občanských právech a závazcích“ poskytuje dětem mladším 15 let záruky spravedlivého procesu pouze v rozsahu čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Úmluva“). Avšak ve své podstatě se s ohledem na *quasitrestní* charakter sankcí, jejichž uložení těmto trestně neodpovědným dětem za spáchání ČJT hrozí, jedná bezesporu o „řízení o trestním obvinění“, jež si zasluhuje i procesní garance dle čl. 6 odst. 2, 3 Úmluvy.

## 6 Závěrem neboli de lege ferenda

V mém příspěvku jsem chtěla poukázat zejména na prolínání civilních a trestních předpisů v reakci na ČJT páchané trestně neodpovědnými dětmi. Dospěla jsem k závěru, že i navzdory trestní neodpovědnosti dětí k průniku těchto dvou odvětví dochází pouze v rovině procesní, zatímco v rovině hmotněprávní řeší otázky právních následků za ČJT normy trestního práva. V této specifické právní úpravě řízení ve věcech dětí mladších 15 let jsem následně vypíchlá problematické oblasti, které určitě nejsou zanedbatelné, zejména s ohledem na odlišné zásady a účel trestního vs. civilního procesu. Po analýze těchto problémů a následné komparaci české právní úpravy řízení o ČJT se zahraničím, jsem se utvrdila v premise, že stav *de lege lata* není zcela vyhovující a zvážila jsem proto 2 varianty *de lege ferenda*, jež by dle mého posouzení mohly alespoň korigovat nedostatky současné právní regulace.

<sup>31</sup> Prezentace přednesená na konferenci *Bratislavské právnické fórum 2015* konané ve dnech 9. – 10. 10. 2015 na téma „Je konanie vo veciach detí, ktoré páchajú činy inak trestné, spravodlivé?“.

**VARIANTA A:**

Mnou nabízená první varianta vychází z předpokladu změny úpravy hmotněprávní reakce na ČJT. Úplně ideálním stavem by byla její celková reconcepce v takovém rozsahu, že by místo současných opatření dle § 93 odst. 1 ZSM bylo možné trestně neodpovědným dětem ukládat pouze opatření rodinného práva dle příslušných ustanovení OZ. Prvně by se trestně neodpovědným dětem za jejich protiprávní ČJT dostávalo skutečně netrestněprávní reakce, ale v neposlední řadě by se takovou právní úpravou dle mého eliminovaly problematické oblasti prolínání civilních a trestních předpisů v procesní rovině, a to z důvodů naznačených v kapitole 4 mého příspěvku. Reální změnou v dohledné budoucnosti by však mohla být alespoň akceptace oprávnění soudů pro mládež ukládat dětem mladším 15 let vedle opatření § 93 odst. 1 ZSM (jež by se s ohledem na jejich *quasitrestní* povahu dle mého měla užívat minimálně) rovněž instituty rodinného práva.

**VARIANTA B:**

Tato varianta realisticky předpokládá zachování současné hmotněprávní koncepce právních následků ČJT, a tudíž ponechání opatření trestního práva ukládaných trestně neodpovědným dětem podle hlavy III. ZSM. Změnu ale navrhuji v procesní rovině, v níž by těmto dětem měly být nevyhnutelně garantovány veškeré aspekty práva na spravedlivý proces v souladu s čl. 6 odst. 1, 2 i 3 Úmluvy, a to zejména s ohledem na nižší důkazní standardy v civilním řízení. Ideální by ovšem bylo legislativně vymezit jak předsoudní, tak i vykonávací stadium řízení ve věcech dětí mladších 15 let, aby se uvedené problematické aspekty prolínání civilních a trestních předpisů v procesní rovině eliminovaly v co možno největší míře.

**Literature**

ALLEN, R. *Children and Crime: taking responsibility*. London: Institute for public policy research, 1996, 104 p. ISBN 18-603-0047-2.

HRUŠÁKOVÁ, M. Dopad nového občanského zákoníku a předpisů souvisejících na řešení činů jinak trestných spáchaných dětmi do 15 let. *Trestněprávní revue*. 2014, č. 1, s. 9-11.

- HRUŠÁKOVÁ, M. Specifika řízení ve věcech dětí mladších patnácti let, které se dopustí činu jinak trestného. In: KURUC, P. (ed.). *Trestnoprávne a kriminologické aspekty kriminality mládeže*. Žilina: Eurokódex, 2013, s. 225-239. ISBN 978-80-8155-025-6.
- HULMÁKOVÁ, J. *Trestání delikventní mládeže*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, 235 s. ISBN 978-80-7400-450-6.
- KREJČIŘÍKOVÁ, K. Trestní právo nad mládeží v Rakousku. *Státní zastupitelství*. 2007, č. 5, s. 47-52.
- LORTIE, S. a kol. *Soudnictví pro mladistvé v Kanadě a v České republice*. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR, 2000, 319 s. ISBN 80-902656-1-8.
- MARTIN, J.; STOREY, T. *Unlocking criminal law*. 5th ed. London: Routledge, 2015, 601 p. ISBN 978-1-138-78093-4.
- REPÍK, B. *Evropská Úmluva o lidských právech a trestní právo*. 1. vyd. Praha: Orac, 2002, 263 s. ISBN 80-86199-57-6.
- ŠÁMAL, P.; MUSIL, J.; KUČHTA, J. a kol. *Trestní právo procesní*. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, 1009 s. ISBN 978-80-7400-496-4.
- ŠÁMAL, P. a kol. *Zákon o soudnictví ve věcech mládeže: komentář*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 968. ISBN 978-80-74003-50-9.
- ZEZULOVÁ, J. *Trestní zákonodárství nad mládeží*. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 247 s. ISBN 80-210-1643-4.

## Contact – e-mail

*Katarina.Kandova@law.muni.cz*

# **Thoughts about the Regulation of Matrimonial Property Rights in EU and in Hungary**

*Kriston Edit*

University of Miskolc, Faculty of Law, Hungary

## **Abstract**

The family relationships over the frontiers have today more and more significance. That is the way not only in personal relationships, but regarding to the property rights. In its interest the EU felt necessary to make a universal regulation, what is now in progress. In my presentation I would like to share my personal opinion about this, and to present some aspects of the Hungarian regulation.

## **Keywords**

Family Law; Family Relationship; Property Rights; Matrimonial Property Regime; Hungary; EU.

## **1 Introduction**

The regulations of matrimonial property regime are always changing. The expectations of the society will be bigger day after day and the legal system has to find solutions for that. In Hungary the new Civil Code came into force on the 15th of March, 2014. The disposition of family law get into Civil Code, and it is a huge result, because earlier it was separated, and it was found wanting. Now the legislator supplements the rules of matrimonial property regime with the practice and creates new orders to the regulation of marriage contract.

Above all we must take account of the subsistence of the European Union. The increased mobility of persons within an area which has no internal frontiers leads to a marked increase in the number of couples formed by nationals of different Member States who may live in a Member State of which they do not have the nationality and acquire property in more than one Union country. The European Union is trying to create an ideal system of orders, but it is not so simple.

The purpose of this proposal is to establish a clear legal framework in the European Union for determining jurisdiction and the law applicable to matrimonial property regimes and facilitating the movement of decisions and instruments among the Member States.

In this paper I would like to introduce the proposal of 2011, because I think that there are some mistakes and wantingness in the regulation of European Union. Besides that, I would like to introduce shortly the Hungarian regulations of the matrimonial property regime.

## 2 The history of the European Union's regulation

Legal harmonization is always a giant challenge for the European Union. It is true for the family law too, and especially for the matrimonial law. Matrimonial property regimes has been excluded from Community instruments adopted so far. The Hague Convention on the law applicable to matrimonial property regimes of 14 March 1978 has been ratified only by France, Luxembourg and the Netherlands. It was the first trial, but not the last one.<sup>1</sup>

The adoption of European legislation on matrimonial property regimes was among the priorities identified in the 1998 Vienna Action Plan. The Hague programme, which was adopted by the European Council on 4 and 5 November 2004, set the implementation of the mutual recognition programme as a top priority and called on the Commission to submit a Green Paper on 'the conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition', and stressed the need to adopt legislation by 2011.

The Stockholm Programme, which was adopted by the European Council on 2009, also states that mutual recognition must be extended to matrimonial property regimes and the property consequences of the separation of unmarried couples.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Green Paper on conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition (SEC(2006) 952) /\* COM/2006/0400 final, p. 4.

<sup>2</sup> TÓTH, Barbara. A határon átnyúló családjogi ügyek uniós szabályozásának hiányzó láncszeme – A házassági vagyoni jogi rendeletjavaslatok (study). In: *Dr. Zoványi Nikolett: Jogalkotás és Jogalkalmazás a XXI. század Európájában*. Budapest – Debrecen, 2014, p. 483–484.

The European Union finished the Green Paper on 2009, they appraise the results and stressed the need to adopt legislation by 2011. The proposal was finished in 2011, but they couldn't accept it yet.

### 3 Differences between the matrimonial regimes of european countries

The Commission on European Family Law (CEFL) finished a national reports about the regulation of matrimonial property regimes in Europe. It simply reflects the fact that the european countries uses different legal solution. Basically there are three typical system of matrimonial property regime<sup>3</sup>:

1. *Separation-of-property system*: it means, that the spouses excluded marital community of property fully before and under the marriage. The parties are independent owners, so there is not any common property.
2. *Community property system*: it is the opposite of the Separation-of-property system, everything belong to the spouse's community property.
3. *Marital property acquisition regime* which is the combination of the two previous form. Community property of the spouses shall include the things the things acquired in return for consideration, but the other things (for example a gift) belong to the separate property of the spouses.

These are the most occurring form of matrimonial property regimes in EU, we can find examples for all in the reports of CEFL. Lately there is more and more significant of the marriage contract. The opportunity of property agreement is permissioning in most european country, but every nation has a regulation system for that. There are differences and similarities of regulation system. The greatest similarity is a principle - the freedom of contract - we can find that in most legal system. This principle provide bigger space for the spouses, they can decide about the property questions. On the other side the freedom of contract is limited, for example in Bulgaria or in Austria the spouses can enter into a contract, but they cannot exclude full the regulations of matrimonial property regimes.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> In detail: BARZÓ, Tímea. *Családi Jog*, Miskolc: Novotni Publisher, 2004, p. 50-51. and WOPERA, Zsuzsa. *Európai Családjog*, Budapest: HVG Orac Publisher, 2009, p. 175-177.

<sup>4</sup> In detail: SZEIBERT, Orsolya. *Házassági vagyonyjog az európai országokban part 1.*, Családi jog (magazine), number 3, 2009, p. 31-36. and SZEIBERT, Orsolya. *Házassági vagyonyjog az európai országokban part 2.*, Családi jog (magazine), number 1, 2010, p. 28-32.



#### 4 Rules of procedure or substantive law?

As I earlier wrote, in 2011 two proposals were created by the European Union, one for the spouses and one for the registered partners. The legal security and the effective handling of cross border cases was the most important target of these proposals. The purpose of EU was to establish a clear legal framework in the European Union for determining jurisdiction and the law applicable to matrimonial property regimes and facilitating the movement of decisions and instruments among the Member States. First of all they created rules of procedure for the sake of that in the proposals. The European Union acknowledges the fact, that it is impossible to unify the substantive law in every member states. If they try it, the nation sovereignty would be damaged, but the apply of rights would be easier in cross border cases.

My opinion is that there is some rules of substantive law, which are absolutely necessary to be unified. I would like to call your attention to some article of the proposal. The Article one said, that this rules shall apply to matrimonial property regimes, and after that it make whit the definition clear: *matrimonial property regime*: a set of rules concerning the property relationships of spouses, between the spouses and in respect of third parties<sup>5</sup>. We can see more specify in this article, because there is a list, what contain the exceptions from the scope of this regulation. Here can we find the gifts between spouses. This element belong to *Regulation No 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*. The legislator regard as an independent contract, but it is a mistake.

Hungary is one of the European Union's member states, so here is the great time to introduce the Hungarian regulation system of matrimonial property regime. Especially because the Hungarian system is not consistent whit the conception of proposal.

The new Civil Code bring to the fore the opportunity, that the spouses enter into a marriage contract. It is a huge result, because the regulation was found

---

<sup>5</sup> Proposal for a COUNCIL REGULATION on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes /\* COM/2011/0126 final, article 2 point a).

wanting earlier<sup>6</sup>. In the new Civil Code try the fill in the gap. Now as the Civil Code say: „*The function of the marriage contract is to permit the parties to the marriage or the spouses to define a property regime - in lieu of marital community of property - with a view to governing their property relationships during the marriage from the time specified in the agreement.*”<sup>7</sup> The conditions does not change, the marriage contract shall be concluded in person by the parties to the marriage or the spouses. The agreement shall be considered valid if executed in an authentic instrument or in a private document countersigned by an attorney. New element in the rules is the protection of third parties. In the sense of this, the marriage contract shall not contain any clause having retroactive effect for changing, to the detriment of a third party, any obligation a spouse may have in dealing with third parties arising before the marriage contract was concluded. The Civil Code contain besides of these regulation two form of property regimes. These are the marital property acquisition regime and the Separation-of-property system. These are alternatives opportunity as a possibly contain of the marriage contract.

If the spouses don't want to enter into a contract, the law bring the property relationships under control. „Unless otherwise provided by the marital agreement, marital community of property (matrimonial property regime) shall exist between the spouses for the duration of the matrimonial relationship.”<sup>8</sup> In this case marital community of property means property acquired by the spouses during the community of property, irrespective of whether such property is acquired together or separately. Community property of the spouses shall include the burdens of their common assets and - unless the Civil Code provides otherwise - they shall collectively shoulder the debts arising out of or in connection with obligations undertaken by either of the spouses during community of property. The spouses shall

<sup>6</sup> Earlier the legislator said about the content of the contract, that the spouses can depart from rules and they can decide that which property will be common, and which one separate.” This definition could not be equal whit the real situations, because it is more sides and elements of the spouses' property relationship. Otherwise the regulations did not offer alternative solution of property sytem, so the new Civil Code try to fill int he gap. – KÖRÖS, András. „Fontolva haladás” – az új Ptk. Családjogi Könyve 4. rész: A házassági vagyoni jogi szerződés. *Családjog (magazine)*, number 1., 2006.

<sup>7</sup> Act V of 2013. (Civil Code), section 4:63 (1) article.

<sup>8</sup> Act V of 2013., section 34 (2) article.

be entitled to an undivided and equal share of the marital property. The statutory matrimonial property regime shall enter into effect from the beginning of life partnership, even if the spouses lived together as domestic partners before the marriage. Upon entering into marriage the existence of life partnership shall be presumed.

After this glancing we have to return to the regulations of the European Union. In: Hungarian law-theory the conception by Éva Csűri is authoritative for the content of marriage contract. She said there is 3 form of marriage contract<sup>9</sup>:

1. The spouses enter into a contract with a view to discontinue their property relationships,
2. The second form is an agreement, what contain one service (for example a gift, or exchange), and
3. The third form of contract give an opportunity for the spouses to depart from the rules of law.

This last agreement mean marriage contract in the narrow sense. The proposal – return to the rules of European Union – give too the definition of marriage contract as, *any agreement by which spouses organise their property relationships between themselves and in relation to third parties*<sup>9</sup>. If we analyse this definition, we can see, that the contract of donation between the spouses has to be part of the definition. By the gift change hands the different elements of property, so it happens property-movement.

It follows from this all reasonable, that it would not be enough to unify the rules of procedure. In my opinion, it is necessary to unify some element of substantive law.

## 5 Conclusion

The increased mobility of persons within an area without internal frontiers leads to a marked increase in the number of couples formed by nationals of different Member States who may live in a Member State of which they do not have the nationality and acquire property in more than one Union country. It was a big challenge, to solve these problems. The opinion

---

<sup>9</sup> CSŰRI, Éva. *A házassági vagyoni jog gyakorlati kérdései*. Budapest: Complex Publisher, 2006, p. 229.

of theorist and the practice was different about this question, so it would be necessary to find some solution. The established of European Union amplify this problem. They took the necessary steps and now the finished the proposal, what I introduced in this paper. I am of the same opinion as earlier, the unification could be a good solving. They can executing the unification of procedure' rules, but impossible in case of substantive law. The nation sovereignty would be damaged by that, and this is incompatible with the principles of EU. Otherwise to provide married couples with legal certainty as to their property and offer them a degree of predictability, all the rules applicable to matrimonial property regimes should be covered in a single instrument. I think, this to aspect is the source of problem. The proposal is a promising beginning, but my opinion that the European Union have to continue this work. They have to supplement the number of regulations with some element of substantive law.

### Literature

BARZÓ, Tímea. *Családi Jog*. Miskolc: Novotni Publisher, 2004.

CSÚRI, Éva Katalin. *A házassági vagyonyjog gyakorlati kérdései*. Budapest: Complex Publisher, 2006.

KŐRÖS, András. „Fontolva haladás” – az új Ptk. Családjogi Könyve 4. rész: A házassági vagyonyjog szerződés. *Családjog (magazine)*, number 1, 2006.

SZEIBERT, Orsolya. Házassági vagyonyjog az európai országokban part 1., *Családi jog (magazine)*, number 3, 2009.

SZEIBERT, Orsolya. Házassági vagyonyjog az európai országokban part 2., *Családi jog (magazine)*, number 1, 2010.

TÓTH, Barbara. A határon átnyúló családjogi ügyek uniós szabályozásának hiányzó láncszeme – A házassági vagyonyjogi rendeletjavaslatok (study). In: Dr. Zoványi Nikolett: *Jogalkotás és Jogalkalmazás a XXI. század Európájában*, Budapest – Debrecen, 2014.

WOPERA, Zsuzsa. *Európai Családjog*. Budapest: HVG Orac Publisher, 2009.

### Contact – e-mail

*jogedit@uni-miskolc.hu; kristonedit01@gmail.com*

# Postavení manžela povinného v exekučním řízení po 1. 7. 2015

*Jan Kubizňák*

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

## Abstract in original language

Exekuční řízení prošlo v posledních třech letech dynamickými změnami. Oblastí, která se permanentně proměňuje, je i problematika postavení manžela povinného. Účinná právní úprava byla vyvolána především společenskou poptávkou po větší ochraně manžela povinného. Příspěvek kriticky rozebírá vývoj právní úpravy, nastalé změny a poukazuje na sporné otázky.

## Keywords in original language

Exekuční řízení; manžel povinného; společné jmění manželů.

## Abstract

The execution proceedings faced dynamic changes in last three years. The area with permanent modifications is also the obligated person's spouse status. The effective law of execution arises especially from social demand for wider obligated person's spouse protection. This article critically deals with law development, changes made and notices issues.

## Keywords

Execution Proceedings; Obligated Person's Spouse; Community Property of Spouses.

## 1 Úvod

Právní úprava vykonávacího řízení neustále prochází zásadními legislativními turbulencemi. Pro přehlednost se pro ně mnohdy užívá „populárního“ pojmenování, nehovoří se pak o čísle a roku vydání ve Sbírce zákonů. Problém může nastat v případech, kdy je jedna z novel označena jako „velká“.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> V oblasti exekučního řízení se tohoto názvu užívá pro zákon č. 396/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, ve znění pozdějších předpisů. Viz např. KORBEL, František; PRUDÍKOVÁ, Dana. Velké změny exekučního práva od 1. ledna 2013. *Právní rozhledy*. 2013, č. 1, s. 1.

Na straně odborné právnické veřejnosti, osob, které denně s právní úpravou pracují, jakož i u ostatních jinak dotčených změnami zákonů, pak logicky nastává legitimní očekávání po období relativní nedotknutelnosti novot tak, aby se jejich výklad a zejména aplikace ustálily a mohly vůbec přinést očekávané klady.

Leč údajná společenská poptávka je tak zásadní, že zákonodárce neváhá stále opakovaně novelizovat tytéž instituty či přinejmenším tatáž ustanovení.<sup>2</sup> Mezi roky 2012 a 2015 existovaly (či se stále uplatňují) celkem 4 režimy<sup>3</sup> postihu majetku náležejícího do společného jmění manželů (dále také jen „SJM“), respektive vylučných majetkových hodnot manžela povinného.

Príspevek se zaměřuje na aktuální otázky související s přijetím zákona č. 139/2015 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti (exekuční řád) a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 256/2013 Sb., o katastru nemovitostí (katastrální zákon), který pro přehlednost budu označovat jako „manželskou novelu“. Pojednává především o novinkách, které manželská novela přinesla.

## 2 Základní východiska nové právní úpravy

### 2.1 Některé intertemporální otázky

Právní úprava exekučního řízení postihujícího majetkové hodnoty ve společném jmění manželů a vylučný majetek manžela povinného se vyznačuje neostrými hranami, pokud by mělo dojít k rozlišování mezi hmotně a procesněprávními normami. Jinak řečeno, do přijetí manželské novely procesní předpisy do jisté míry suplovaly úpravu, která principiálně měla být obsažena spíše v hmotném právu, případně po účinnosti zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „OZ“ či „občanský zákoník“), byl tento režim upraven duplicitně.

<sup>2</sup> O čemž svědčí kupříkladu ustanovení § 58 odst. 2 zák. č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti (exekuční řád) a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ER“ či „exekuční řád“), který byl doplněn s účinností od 1. 7. 2015, respektive následně zcela modifikován od 1. 9. 2015.

<sup>3</sup> Do 31. 12. 2012, v období od 1. 1. 2013 do 31. 12. 2013, dále pak od 1. 1. 2014 do 30. 6. 2015 a nejnověji od 1. 7. 2015 dosud.

Od 1. 7. 2015 tak již v občanském soudním řádu<sup>4</sup> ani exekučním řádu nena-  
lezneme předpoklady, za nichž lze vést vykonávací řízení na majetek ve spo-  
lečném jmění manželů. Odpověď na tuto otázku bez dalšího poskytuje část  
druhá, hlava I, díl 4, oddíl 1 občanského zákoníku.

Tato okolnost však v souvislosti s přechodnými ustanoveními k manželské  
novele, kdy podle čl. II (respektive čl. IV) bodu 1 „*není-li dále stanoveno jinak,  
použije se* [exekuční řád]<sup>5</sup> a občanský soudní řád ve znění účinném ode dne  
nabytí účinnosti tohoto zákona i pro řízení zahájená přede dnem nabytí  
účinnosti tohoto zákona“, přináší několik problémových okruhů. Zejména  
není patrné, jakým právním režimem se mají řídit dluhy (závazky) vzniklé  
za účinnosti zák. č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění účinném  
do 31. 12. 2013 (dále jen „OZ 1964“).

Odpověď na nastolenou otázku nutno rozdělit na dvě části. V rámci hmot-  
ného práva lze poukázat na přechodná ustanovení občanského zákoníku.  
Obsahují sice samostatný oddíl věnující se majetkovému právu manžel-  
skému, viz § 3038-3040 OZ, avšak ve zmíněných ustanoveních není nikter-  
ak řešena problematika právní úpravy aplikovatelné na dříve vzniklé dluhy  
(závazky). Není-li k dispozici speciální právní úprava, pak se uplatní obecný  
režim obsažený v § 3028 odst. 3 OZ. Právní poměry související s man-  
želským majetkovým právem (kromě výše zmíněné výjimky) vzniklé před  
1. 1. 2014 se řídí dosavadními právními předpisy, tedy OZ 1964.

Dle čl. II (respektive pro exekuční řízení čl. IV) bod 1 přechodných usta-  
novení k velké novele pak v případě vykonávacích řízení zahájených  
do 31. 12. 2012 „řízení zahájená přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona  
se dokončí podle dosavadních právních předpisů.“<sup>6</sup> Proto se v řízeních zahá-  
jených před 1. 1. 2013 uplatňuje občanský soudní řád ve znění účinném  
do 31. 12. 2012. V tomto případě navíc ani nemůže dojít k překonání napo-  
sledy zmíněných přechodných ustanovení velké novely, neboť byla vytvo-  
řena zábrana pro případné změny právní úpravy.<sup>7</sup> Jinak řečeno, aktuální

<sup>4</sup> Zák. č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále také jen „OSŘ“).

<sup>5</sup> Pouze v případě exekučního řízení vedeného dle exekučního řádu, neplatí pro výkon rozhodnutí.

<sup>6</sup> Pro úplnost podotýkám, že u exekučních řízení zákon počítá s určitými výjimkami, jež však nejsou v daném případě relevantní.

<sup>7</sup> Shodně též nález Ústavního soudu ze dne 31. 3. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 1/14.

přechodná ustanovení manželské novely nemění nic na nutnosti pokračovat v exekučních řízeních zahájených do 31. 12. 2012 podle tehdy platných právních předpisů.<sup>8</sup>

Jiná situace však nastává u řízení zahájených po 1. 1. 2013, v nichž se vymáhá dluh (závazek), jehož právní režim se řídí OZ 1964. Jak již bylo konstatováno, procesně se tato řízení od 1. 7. 2015 řídí novou právní úpravou, která předpokládá úzké propojení s hmotným právem, občanským zákoníkem. Současně však občanský zákoník, s ohledem na okamžik vzniku vymáhaného dluhu (závazku), nelze pro danou situaci aplikovat. Překlenout tuto zjevnou mezeru v právním řádu lze v zásadě dvojím způsobem. Buď podle § 10 odst. 1 OZ analogickou aplikací manželského majetkového režimu obsaženého v občanském zákoníku, nebo připuštěním použití části zrušené právní úpravy obsažené v § 262a odst. 1 OSŘ účinného do 30. 6. 2015<sup>9</sup> s poukazem na její částečně hmotněprávní charakter.

Prvé z nabízených řešení však do jisté míry představuje prolomení zásady zákazu retroaktivity obsažené v § 3028 OZ.<sup>10</sup> Navíc by znamenalo do exekučních řízení zahájených i před účinností občanského zákoníku vnos nástrojů souvisejících až s jím zavedeným právním režimem. Příkladem lze uvést projevení nesouhlasu a kvazivypořádání společného jmění manželů dle § 732 OZ. Ani posléze uvedená varianta však není bezrozporná. Připustíme-li použití již zrušené právní úpravy s ohledem na její hmotněprávní charakter (viz také § 3028 odst. 3 OZ), lze vznést logický protipřípad argument přinejmenším proti rozsahu aplikace. Jinak řečeno, proč se má užít pouze první věta odstavce 1 a nikoli již odstavec druhý.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Srov. usnesení Městského soudu v Praze 5. 5. 2015, sp. zn. 14 Co 465/2015, 14 Co 508/2014.

<sup>9</sup> A to ve zvláště části: **Výkon rozhodnutí na majetek patřící do společného jmění manželů lze nařídit také tehdy, jde-li o vydobytí dluhu, který vznikl za trvání manželství nebo před uzavřením manželství jen jednomu z manželů. Za majetek patřící do společného jmění povinného a jeho manžela se pro účely nařízení výkonu rozhodnutí považuje také majetek, který netvoří součást společného jmění manželů jen proto, že bylo rozhodnutím soudu zrušeno společné jmění manželů nebo zúžen jeho stávající rozsah nebo že byl smlouvou zúžen rozsah společného jmění manželů, že byl ujednan režim oddělených jmění nebo že byl smlouvou vyhrazen vznik společného jmění ke dni zániku manželství.**

<sup>10</sup> Analogicky srov. také nálezy Ústavního soudu ze dne 31. 3. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 1/14.

<sup>11</sup> *Výkon rozhodnutí srážkami ze mzdy nebo jiného příjmu manžela povinného, příkázáním pohledávky manžela povinného ze účtu u peněžního ústavu, příkázáním jiné peněžité pohledávky manžela povinného nebo postoupením jiných majetkových práv manžela povinného lze nařídit tehdy, jde-li o vydobytí dluhu, který patří do společného jmění manželů. Ustanovení hlavy druhé a třetí se použije průměrně.*



Osobně se přikláním k přiměřené aplikaci občanského zákoníku. Současná procesněprávní úprava spočívá na propojení s hmotným právem. Pokud jí zákonodárce podřídil i dříve zahájená exekuční řízení, dále již nelze předchozí právní režim použít. Navíc majetkové hodnoty, které manželé po 1. 1. 2014 nabývají do společného jmění manželů, se rovněž řídí občanským zákoníkem. Současně se ale domnívám, že by manželský majetkový režim podle občanského zákoníku neměl být na dříve vzniklé dluhy (závazky) používán bez dalšího v plném rozsahu. Nelze souhlasit s nutností, aby nedlužný manžel měl vznášet výhradu podle § 732 OZ, když OZ 1964 takový nástroj neznal a navíc věřitel nemohl tuto okolnost očekávat. Případný nepoměr výše závazku s ohledem na míru přiměřenou majetkovým poměrům manželů by se měl posoudit podle § 143 odst. 1 písm. b) OZ 1964 a bude mít význam pouze v případě exekuce příkázáním pohledávky z účtu u peněžního ústavu.

## 2.2 Význam Seznamu listin o manželském majetkovém režimu

Zásadní změnu přinesla manželská novela v případě modifikace zákonného režimu společného jmění manželů za předpokladu zveřejnění smlouvy, dohody či rozhodnutí soudu v Seznamu listin o manželském majetkovém režimu (dále jen „Seznam“). Rekodifikace soukromého práva přinesla mimo jiné nový veřejný seznam obsahující změny manželského majetkového režimu, tedy Seznam vedený Notářskou komorou České republiky.

Seznam existuje již od 1. 1. 2014, avšak jeho význam pro vykonávací řízení byl právně zakotven až s účinností od 1. 7. 2015. Seznam je veřejně dostupný, každý do něj může nahlížet (byť za poplatek) na internetových stránkách Notářské komory České republiky. Proto mu je také podle § 351 odst. 1 zák. č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „NŘ“),<sup>12</sup> přiznána zásadní důležitost. Účinky modifikačních smluv či rozhodnutí soudu tedy vůči třetím osobám nastávají zápisem do Seznamu bez ohledu na to, zda jim byl obsah listin znám.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> *Je-li smlouva o manželském majetkovém režimu nebo rozhodnutí soudu o manželském majetkovém režimu zápisáno v Seznamu listin o manželském majetkovém režimu, manželé se jich mohou dovolat vůči třetím osobám, i když tyto s jejich obsahem nebyly seznámeny.*

<sup>13</sup> KONEČNÁ, Petra. Vliv nového pojetí společného jmění manželů na exekuční řízení z pohledu manžela povinného. *Komorní listy*. 2015, č. 2, s. 17.

Nelze pochopitelně zasahovat do již existujících právních vztahů, účinky se proto mohou vztahovat pouze na v budoucnu vzniklá práva a povinnosti. Do 30. 6. 2015 byly modifikace zákonného režimu společného jmění manželů v exekučním řízení účinné vůči třetím osobám pouze tehdy, byl-li jim jejich obsah předem (již v okamžiku uzavírání závazku) znám, což se mohlo projevit úspěchem v řízení o vylučovací žalobě.<sup>14</sup> V současné době při postihu majetkových hodnot ve společném jmění manželů, prakticky však vždy, je-li vedeno exekuční řízení proti povinnému, který uzavřel manželství, musí v první fázi dojít k prověření Seznamu, zdali v něm není evidována modifikační listina.

Ve druhém kroku, jehož předpokladem je existence modifikační listiny v Seznamu, se prověří okamžik vzniku závazku ve vztahu k datu zápisu listiny do Seznamu. Mohou nastat čtyři situace:

- a) závazek vznikl před zápisem listiny do Seznamu,
- b) závazek vznikl před zápisem listiny do Seznamu a vymáhající věřitel vyslovil souhlas s jejím obsahem,
- c) závazek vznikl po zápisu listiny do Seznamu,
- d) nelze zjistit, zda závazek vznikl po zápisu listiny do Seznamu.

V případě variant b) a c) je soudní exekutor (respektive soud) povinen při vydání exekučního příkazu (nařízení výkonu rozhodnutí) vycházet z obsahu modifikační listiny. Majetek, jinak standardně náležející do společného jmění manželů, by v takovém případě nebyl exekučně postižen, pokud by z listiny vyplývala jednoznačná separace majetku manželů, případně sjednání režimu oddělených jmění.

Oproti předchozí právní úpravě můžeme vysledovat zcela zásadní změny. Do přijetí manželské novely bylo podstatné, zdali dluhy (závazky) jsou součástí SJM či nikoli. Současně se ale ve fázi vydání exekučního příkazu (nařízení výkonu rozhodnutí) nepřezkoumávala otázka, kdy dluh vznikl, zdali za trvání manželství, tedy zda je součástí společného jmění manželů

<sup>14</sup> V tomto kontextu lze z poslední doby poukázat na rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 1. 7. 2015, sp. zn. 21 Cdo 4936/2014, podle něhož však (překvapivě) by za jistých okolností mohlo postačovat, pokud manželka povinného o závazku nevěděla a tudíž ani nemohla věřitele nejpozději do vzniku závazku seznámit s obsahem modifikační listiny.

či nikoli.<sup>15</sup> Nově se však hodnotí problematika vzniku závazku ve vztahu k datu zápisu modifikační listiny do Seznamu, a to dokonce již v úvodní (nařizovací) fázi vykonávacího řízení.

Analogicky lze říci, že dochází k překonání zmíněné konstantní judikatury Nejvyššího soudu, přičemž stejně jako ustálená rozhodovací praxe přistupovala k otázce zjišťování vzniku dluhu ve vztahu k uzavřenému manželství i doktrína. Podotýká, že ostatně v některých případech ani není možné zjistit z exekučního titulu okamžik vzniku dluhu, a dále dodává, že „[p]rovádění takových zjištění by bylo plně v rozporu s účelem výkonu rozhodnutí a vedlo by ke jeho neefektivitě.“<sup>16</sup>

Jednou z podstat exekučního řízení je totiž jeho rychlost a vyčlenění řešení složitých případů do samostatných řízení (byť ne nutně mimo rámec tohoto druhu civilního procesu). Nově se výrazným způsobem posiluje zásada ochrany povinného (a manžela povinného), a to již do fáze samotného zajištění majetku. Na druhou stranu se kladou značné požadavky na osoby, které rozhodují o postihu majetkových hodnot, které by mohly být součástí společného jmění manželů, případně výlučným majetkem jednoho z manželů.

K obsahu modifikační listiny se nepřihlíží, nastane-li varianta ad a) nebo d). Pozdější modifikace společného jmění manželů nemůže vést ke zkrácení práv třetích osob, jak uvádí také ustanovení § 719 odst. 2 a § 727 odst. 2 OZ, ledaže by s ní věřitel vyjádřil souhlas. Na tomto místě se nelze nezmínit o nejasném dopadu § 733 OZ. Implicitně totiž předpokládá vliv modifikační listiny na dříve vzniklé závazky. Respektive normuje půlroční dobu před vznikem modifikační listiny, v níž vzniklé závazky mohou být uspokojeny ze všeho, co by náleželo do společného jmění manželů, kdyby ke smlouvě nebo rozhodnutí soudu nedošlo. Takový závěr se však rozumí sám sebou, zejména vzhledem k absenci účinků modifikačních listin na v minulosti uzavřené závazky. Práva třetích osob nemohou být dotčena ujednáním mezi manžely. Jedinou eventualitu představuje modifikace zákonného majetkového režimu, která se nedotýká práv věřitele, kdy i po vynětí majetku ze společného jmění manželů bude mít dlužný manžel dostatečné majetkového

<sup>15</sup> Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. 11. 2003, sp. zn. 20 Cdo 238/2003, R 8/2004.

<sup>16</sup> MELZER, Filip; TĚGL, Petr; ŠÍNOVÁ, Renáta. Odpovědnost za dluhy manžela dle nového občanského zákoníku. *Právní rozhledy*. 2014, č. 19, s. 655.

hodnoty k úhradě dluhu. Pak i tato jinak účinná modifikace společného jmění manželů nemá vliv na postavení věřitele, jenž se může uspokojit i z majetku, který nedlužný manžel nabyl v době 6 měsíců po modifikaci.<sup>17</sup> Taková situace bude v praxi skutečně raritní. Je spíše otázkou, zdali zákonodárce neměl původně v úmyslu upravit principiálně opačnou situaci, kdy by dluh ze závazku vzniklého po zveřejnění modifikační listiny v Seznamu mohl být uspokojován z majetku, který by (nebyť modifikace) náležel do společného jmění manželů. Zvýšila by se tím ochrana věřitelů před účelovými změnami zákonného majetkového režimu učiněnými bezprostředně před uzavřením závazku.

Ustanovení § 262a odst. 2 věta druhá OSŘ dále zakotvuje vyvratitelnou domněnku o vzniku závazku před zápisem modifikační listiny do Seznamu pro případ, kdy tuto okolnost není možné nijak zjistit [viz případ ad d)]. Respektive jedinou relevantní listinou, z níž je možné zjistit vznik závazku, představuje exekuční titul. V praktické rovině lze pouze poznamenat, že činnost dříve prováděná v řízení o návrhu na (částečné) zastavení exekuce, respektive v excindačním řízení bude nyní probíhat již ve fázi postihu majetkových hodnot.

Lze se setkat také s názorem, podle něhož prostý jazykový výklad ustanovení § 262a odst. 2 OSŘ a § 35j NŘ vede k absurdnímu závěru, kdy by při vydávání exekučních příkazů (nařizování výkonu rozhodnutí) nebylo nutné k obsahu modifikačních listin vůbec přihlížet. Má se z ní spolu s exekučním titulem totiž zjišťovat, kdy byla zapsána do Seznamu ve vztahu ke vzniku závazku. Samotný okamžik zápisu modifikační listiny do Seznamu však (pochopitelně) není součástí jejího obsahu, nalezneme jej pouze v rejstříku, viz § 35j odst. 2 a 3 NŘ a § 4 odst. 1 písm. b) předpisu Notářské komory České republiky o Seznamu listin o manželském majetkovém režimu. Teleologickým výkladem však lze (zejména v souvislosti s úmyslem zákonodárce) dospět k závěru, že je nutné kromě samotné modifikační listiny přihlídnout i k dalším údajům zjistitelným ze Seznamu.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> PSUTKA, Jindřich. In: HRUŠÁKOVÁ, Milana; KRÁLÍČKOVÁ, Zdeňka; WESTPHALOVÁ, Lenka a kol. *Občanský zákoník II. Rodinné právo (§ 655-975). Komentář*. Praha: C. H. Beck, s. 296.

<sup>18</sup> Blíže FLAM, Jirí. Součinnost třetích osob v exekučním řízení s přihlídnutím k novele exekučního řádu, zákonu č. 139/2015 Sb. *Komorní listy*. 2015, č. 2, s. 31, 32.

### 2.3 Obrana proti postihu majetku ve větším rozsahu

V případě postihu majetku náležející do společného jmění manželů v rozsahu, který hmotné právo nepřipouští, se mohl manžel povinného do 30. 6. 2015 excindační žalobou domáhat jeho vyloučení.<sup>19</sup> Soudní praxe však již v období po 1. 1. 2013 začala (byť nedošlo ke sjednocení rozhodování a objevovaly se tak i odlišné názory) připouštět obranu manžela povinného nejen ve formě excindační žaloby, ale i prostřednictvím návrhu na (částečné) zastavení exekuce.<sup>20</sup>

Důvodová zpráva k manželské novele poukazuje na nutnost „*zefektivnit ochranu manžela povinného v případě, že je výkonem rozhodnutí postihován majetek ve společném jmění manželů, který nelze postihnout, nebo jej nelze postihnout v takovém rozsahu. Vylučovací žaloba dle § 267 odst. 2, o. s.ř. je prostředek dosti zdoluhavý a relativně nepružný, rozhodnutí o návrhu na zastavení výkonu rozhodnutí bude zpravidla rychlejší a návrh na zastavení není na rozdíl od vylučovací žaloby zatížen soudním poplatkem.*“<sup>21</sup>

V tomto ohledu je třeba rozlišovat několik aspektů. Z praktického pohledu skutečně lze návrhem na (částečné) zastavení exekuce v drtivé většině případů docílit rychlejšího rozhodnutí ve věci než v případě excindačního řízení. Principiálně však spory o zachování/vyloučení některé majetkové hodnoty z exekučního řízení patří do řízení o vylučovací žalobě, a to z mnoha důvodů. V rámci samotného exekučního řízení není prostor pro řešení složitých otázek týkajících se (v předmětném kontextu) rozsahu majetku náležejícího do společného jmění manželů. Tato problematika má být řešena v rámci standardního civilního (sporného) procesu. Svoji roli totiž sehrává i uplatnění procesních zásad, které se v rámci řízení o návrhu na (částečné) zastavení exekuce liší od excindačního řízení. Takto se manžel povinného nemusí v rámci řízení o návrhu na (částečné) zastavení exekuce obávat koncentrace, veškeré skutkové námítky může vznést a důkazy označit až v rámci odvolacího řízení, neboť se neuplatňuje princip neúplné apelace.

<sup>19</sup> Srov. také MELZER, op. cit., s. 655.

<sup>20</sup> Např. usnesení Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 4. 6. 2015, č. j. 11 Co 207/2015-76.

<sup>21</sup> *Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky: Jednání a dokumenty: Sněmovní tisky: Sněmovní tisk 337/0, část č. 1/6: Důvodová zpráva.* [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky [cit. 23. 11. 2015].

Manžel povinného se navíc stává velmi privilegovaným subjektem civilního procesu. Na rozdíl od ostatních osob, které uplatňují právo k majetku nepřipouštějící jeho postih, může využít návrh na zastavení exekuce namísto excindace jako samostatného sporu mimo rámec exekučního řízení. Tuto „pozitivní diskriminaci“ manžela povinného lze stěží racionálně zdůvodnit, což ostatně nečiní ani zákonodárce v důvodové zprávě. Obdobně by bylo lze argumentovat ve prospěch tvrzených vlastníků především movitých věcí, kteří v případě neúspěchu v řízení o vyškrtnutí věci ze soupisu musí postupovat cestou excindačního řízení. Tyto osoby také mají zájem na co nejrychlejším projednání a rozhodnutí ve věci, leč jim zákonodárce žádný benefit (zatím) neposkytl.

Nelze se rovněž kriticky nevyjádřit k samotné (ne)provázanosti exekučních předpisů. Zákonodárce by se měl v rámci rekonstrukce civilního procesu věnovat otázce, pokud bude chtít zachovat soudní exekutory, zdali by nebylo vhodnější, aby exekuční řád obsahoval samostatnou, svébytnou a především komplexní úpravu exekučního řízení. Respektive by cílem mělo být „narovnání“ vztahu mezi exekučním řízením a výkonem rozhodnutí podle části šesté OSŘ. Nepovažuji za nejpodstatnější, zdali zůstane zachována dvojkořejnost či nikoli<sup>22</sup>, ale sjednocení obou typů vykonávacího řízení. V současné době je třeba problematice otázky vycházející z exekučního řízení neustále řešit v rámci občanského soudního řádu. Současně však přetrvává tendence zvětšování rozdílů mezi oběma řízeními.

V rámci manželské novely lze poukázat na specifický postup při projednávání návrhu na (částečné) zastavení exekuce podaného manželem povinného dle § 262 b OSŘ. Soudní exekutor nově dle § 55 odst. 1 věty třetí až páté EŘ sice může o návrhu rozhodnout i bez souhlasu oprávněného, současně však exekuční řád zakotvuje zrychlené projednání oproti jakémukoli jinému návrhu na zastavení exekuce. Pro soud, kterému případně soudní exekutor věc předá k rozhodnutí, žádné (byť pořádkové) lhůty stanoveny nejsou. Úmysl zákonodárce však zjevně směřuje k přednostnímu rozhodování právě těchto návrhů, ačkoli občanský soudní řád žádné takové výslovné ustanovení neobsahuje a návrh manžela povinného na (částečné) zastavení exekuce nijak nezvýhodňuje.

<sup>22</sup> Byť i v tomto ohledu by byl posun kupředu velmi vítaný.

## 2.4 Omezení postihu „výlučných“ majetkových hodnot manžela povinného

Manželská novela přináší významné změny v případě vymezení rozsahu postížitelného „výlučného“ majetku manžela povinného, když ruší exekvovatelnost mzdy a všech pohledávek manžela povinného vyjma pohledávky z účtu u peněžního ústavu. Důvodová zpráva k manželské novele k omezení postihu zmíněných majetkových hodnot pouze lakonicky poznamenává, že „*tato možnost není zcela v souladu s hmotněprávní úpravou obsaženou v novém občanském zákoníku.*“<sup>23</sup>

Důvod umožnění postihu mzdy a pohledávek manžela povinného za svými poddlužníky velkou novelou<sup>24</sup> spatřují Melzer, Těgl a Šínová v reakci zákonodárce na judikaturu Nejvyššího soudu<sup>25</sup>, „*podle které přes dikci § 143 odst. 2 a § 145 odst. 3 ObčZ 1964 ve znění účinném do 31. 12. 2013 nebylo možné získat exekuční titul vůči druhému manželu, pokud byl dluh za trvání manželství převzat jedním z manželů, a tedy se jednalo o dluh společný.*“<sup>26</sup> Podle zmíněných autorů bylo procesně umožněno vymáhat dluh náležející do společného jmění manželů i z výlučného majetku jednoho manžela, „*byť by exekuční titul směřoval vůči druhému manželu, a to vzhledem k tomu, že jde o vydobytí společného dluhu, tedy dluhu i druhého manžela, který za něj též odpovídá. Rozdíl oproti situaci, kdy by toto ustanovení občanský soudní řád neobsahoval, by tedy byl jen v tom, že by bylo nutno žalovat i druhého manžela a získat tak přímo vůči němu exekuční titul.*“<sup>27</sup>

Z dosud uvedeného by bylo možné uzavřít, že manželskou novelou se proto v případě vymáhání společných dluhů, kdy věřitel disponuje exekučním titulem pouze vůči jednomu z manželů, téměř zcela vracíme do období před 1. 1. 2013. Je pravdou, že § 711 odst. 2 OZ bez dalšího přejímá myšlenkově i hodnotově překonanou (byť oportunisticky využívanou) judikaturu, podle níž se součástí bezpodílového vlastnictví manželů stává až vyplacená mzda,

<sup>23</sup> *Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky: Jednání a dokumenty: Sněmovní tisky: Sněmovní tisk 337/0, část č. 1/6: Důvodová zpráva.* [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky [cit. 23. 11. 2015].

<sup>24</sup> V období od 1. 1. 2013 do 31. 12. 2013 se jednalo o ustanovení § 262a odst. 3, od 1. 1. 2014 do 30. 6. 2015 pak § 262a odst. 2 OSŘ.

<sup>25</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 12. 9. 2007, sp. zn. 31 Odo 677/2005 (R 24/2008).

<sup>26</sup> MELZER, op. cit., s. 654.

<sup>27</sup> MELZER, op. cit., s. 654.

právo (nárok) na mzdu však součástí bezpodílového spoluvlastnictví není.<sup>28</sup> V tomto ohledu proto právní úprava obsažená v procesních předpisech před přijetím manželské novely „překonávala“ hmotné právo. Jak již však bylo konstatováno, zmíněné ustanovení je zbytečně rigidní, což ostatně konstatují i další autoři.<sup>29</sup>

Logikou zákonodárce (zmíněnou v důvodové zprávě, viz výše) by však nemělo být možné exekvovat ani pohledávku z účtu manžela povinného, neboť tato majetková hodnota není součástí společného jmění manželů, což v minulosti konstantně dovozovala i judikatura.<sup>30</sup> Ke zrušení postihu pohledávky na účtu manžela povinného ale nedošlo. V tomto ohledu, jak bude dále konstatováno, se procesní úprava nicméně dále posunula směrem vedoucím k jejímu ještě většímu znepréhlednění a nesnadnějšímu používání.

## 2.5 Příkázání pohledávky z účtu manžela povinného

Byť jednotným záměrem manželské novely bylo omezit exekvovatelnost výlučných majetkových hodnot manžela povinného, v případě exekuce příkázáním pohledávky z účtu zákonodárce dosáhl (možná nechtěného) rozšíření. V období od 1. 1. 2013 do 30. 6. 2015 se možnost postihu pohledávky z účtu manžela povinného fixovala na povahu vymáhaného dluhu, který musel být součástí společného jmění manželů. Jestliže exekvovaný dluh nespadal do společného jmění manželů, nebylo možné provádět exekuci tímto způsobem.

Ustanovení § 262a odst. 4 OSŘ však nově rozšiřuje možnosti vedení exekuce příkázáním pohledávky z účtu manžela povinného, kdy je již lhotečné, jaký dluh je v exekuci vymáhan. Dikce zmíněného paragrafu nejprve, nutno podotknout že zcela nadbytečně, byť ve shodě s předchozí právní úpravou, zmiňuje nutnost, aby byl vymáhaný dluh součástí společného jmění manželů. Dále se však dozvídáme, že postačí, pokud jde o dluh *povinného, pro který lze nařídít výkon rozhodnutí na majetek ve společném jmění manželů*. Podmínky, za nichž lze vést exekuci na majetkové hodnoty ve společném jmění manželů, stanovuje občanský zákoník v § 731 a 732.

<sup>28</sup> Rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 8 Co 558/65 ze dne 29. 9. 1964 (R 8/1966).

<sup>29</sup> MELZER, op. cit., s. 656.

<sup>30</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 14. 4. 2000, sp. zn. 21 Cdo 1774/99 (R 4/2001).



Z ustanovení § 732 OZ pak vyplývá, že lze exekučně postihnout majetek ve společném jmění manželů i v případech, kdy vymáhaný dluh dokonce není vůbec součástí SJM. Jedná se o významný posun oproti dřívější právní úpravě, neboť již nelze realizovat tzv. útek do manželství. Jinak řečeno, je lhostejné, jestli se jedná o společný dluh, výlučný dluh povinného či dokonce dluh vzniklý před uzavřením manželství.

I když dlužník, jehož dluh vznikl před uzavřením manželství, vstoupí do manželství, lze pro vymáhaný dluh postihnout i majetek v SJM, byť v omezeném rozsahu odpovídajícímu podílu dlužného manžela při vypořádání společného jmění manželů. Jelikož § 262a odst. 4 OSŘ odkazuje na obecný režim, kdy lze vést exekuci na majetek ve společném jmění manželů, dochází tedy k rozšíření situací, za nichž lze exekvovat pohledávku z účtu manžela povinného. Lépe řečeno, již není nutné přezkoumávat, zda je vymáhaný dluh součástí SJM, neboť tato okolnost není pro předmětný exekuční prostředek rozhodující. Podstatná je pouze existence společného jmění manželů. Exekvovat pohledávku na účtu manžela povinného proto lze až na nepatrné výjimky<sup>31</sup> vždy, byla-li exekuce zahájena po 1. 1. 2013.

### 2.5.1 Obrana manžela povinného

Důvod, proč zákonodárce i přes výslovnou deklaraci v důvodové zprávě v omezeném režimu zachoval možnost postihu pohledávky na účtu manžela povinného, lze implicitně vysledovat v ustanovení § 262 b odst. 2 OSŘ. Stanovuje se zde vyvratitelná domněnka, podle níž by peněžní prostředky na účtu manžela povinného náležely do společného jmění manželů, jestliže by došlo k jejich vyplacení. Lze si přitom představit, že tato okolnost představuje i jakousi další podpůrnou, byť validní podmínku, která musí být splněna, aby vůbec mohlo dojít k provedení tohoto způsobu exekuce. Jestliže totiž manžel povinného prokáže, že se na jeho bankovním účtu nenacházejí žádné finanční prostředky, které by jinak náležely do společného jmění manželů, jedná se o důvod k zastavení exekuce.

Jinak řečeno, zcela nesystematicky a v rozporu se základními zásadami exekučního řízení se má přezkoumávat „kvalita“ finančních prostředků nacházejících se na účtu manžela povinného. Tento požadavek přitom zcela odhlíží od účelu posuzovaného exekučního prostředku, jímž je postih *pohledávky*

<sup>31</sup> Související se zánikem SJM, respektive především BSM.

vůči poddlužníku, zde peněžnímu ústavu. Nepochází totiž k příkázání konkrétních finančních prostředků, nýbrž neurčité pohledávky manžela povinného, kterou má za svým dlužníkem.

V dalším pak lze odkázat na podkapitolu 2.3, v níž již bylo pojednáno o okolnostech souvisejících s podáním návrhu na zastavení exekuce manželem povinného.

### 2.5.2 Rozsah postihu pohledávky z účtu manžela povinného

Dluhy, které jsou součástí společného jmění manželů, explicitně vymezuje § 710 OZ. Pokud je dluh součástí SJM a nelze uplatnit ani žádnou z výluk uvedených v § 732 OZ, pak by logicky měl mít věřitel možnost uspokojit svoji pohledávku ze všeho, co náleží do společného jmění manželů. Pro všechny případy postihu pohledávky z účtu manžela povinného však procesní právo stanovuje limit nově uvedený v § 304 b odst. 4 OSŘ ve výši poloviny finančních prostředků nacházejících se na účtu v době dojití usnesení o nařízení výkonu rozhodnutí/exekučního příkazu. Procesní právo tak zcela nedůvodně diskriminuje věřitele, jehož pohledávka odpovídá dluhu patřícího do společného jmění manželů. Občanský zákoník na žádném místě nepředpokládá, že by takovéto dluhy nemohly být vymoženy z kompletní pohledávky z účtu manžela povinného.

Na druhou stranu omezení postihu pohledávky z účtu manžela povinného se vztahuje pouze **?????????? chybí text ??????**

Teprve v případech zmíněných v ustanovení § 732 OZ by bylo lze očekávat postih majetku náležejícího do SJM v nižším rozsahu. Avšak dopředu není možné určit výši vypořádacího podílu dlužného manžela. Občanský zákoník sice připouští stejnoměrné určení podílů obou manželů [srov. § 741 odst. 1 písm. a)], na druhou stranu dále uvádí celou řadu kritérií, k nimž je nutné přihlídnout. Bez dalšího šetření, respektive v prostředí procesního práva dokazování, bude proto určení konkrétních podílů nemožné. Zákonodárce tak směšuje dvě rozdílné situace v rámci jednoho ustanovení.

Omezení postihu co do jedné poloviny výše finančních prostředků se vztahuje pouze na finanční prostředky nacházející se na bankovním účtu v okamžiku uvědomění peněžního ústavu o vedeném vykonávacím řízení. Další peněžní prostředky, které na účet dojdou později, již nejsou tímto způsobem

chráněny. Obdobně manžel povinného ani nemusí svého benefit využít a pak dojde k odepsání všech peněžních prostředků nacházejících se na bankovním účtu. Na druhé straně však nelze vzít ze zřetele ustanovení § 262 b odst. 2 OSŘ. Budou-li se na účtu nacházet výlučně prostředky, které nejsou součástí společného jmění manželů, nedlužný manžel se může domoci zastavení exekuce.

### 3 Závěr

Manželská novela přinesla opětovně novátorské pojetí ve vztahu k postavení manžela povinného v exekučním řízení. Vybrané (což zdůrazňuji) problematické aspekty jsem se pokusil výše v textu popsat a ukázat možné cesty jejich řešení.

Závěrem lze vyslovit pouze přání po nepřijímání dalších opětovných novel upravujících znovu a znovu těžce instituty. Zákonodárce by měl dovolit doktríně důkladně analyzovat aktuální právní stav a umožnit právní praxi adaptovat se nové úpravě. Teprve tak bude možné nalézt *skutečné* problémy, které je třeba vyřešit případnou změnou zákonů.

Ostatně již lze vysledovat neustále se snižující počet adjektiv pro pojmenovávání nově přijímaných zákonů. Zákonodárce by tak snadno mohl docílit naprosté rezignace adresátů právních norem na jejich změny. Přejde-li totiž někdo s populárním pojmenováním nového zákona, znamená to, že se jím ještě vůbec nějaká osoba zabývá. Apatie nemůže přinést nic dobrého.

### Literature

#### Knihy a časopisecké články

FLAM, Jiří. Součinnost třetích osob v exekučním řízení s přihlédnutím k novele exekučního řádu, zákonu č. 139/2015 Sb. *Komorní listy*. 2015, č. 2, s. 30-33. ISSN 1805-1081.

HRUŠÁKOVÁ, Milana; KRÁLÍČKOVÁ, Zdeňka; WESTPHALOVÁ, Lenka a kol. *Občanský zákoník II. Rodinné právo (§ 655-975). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 1380 s. ISBN 978-80-7400-503-9.

KONEČNÁ, Petra. Vliv nového pojetí společného jmění manželů na exekuční řízení z pohledu manžela povinného. *Komorní listy*. 2015, č. 2, s. 10-18. ISSN 1805-1081.

KORBEL, František; PRUDÍKOVÁ, Dana. Velké změny exekučního práva od 1. ledna 2013. *Právní rozhledy*. 2013, č. 1, s. 1-12. ISSN 1210-6410.

MELZER, Filip; TÉGL, Petr; ŠÍNOVÁ, Renáta. Odpovědnost za dluhy manžela dle nového občanského zákoníku. *Právní rozhledy*. 2014, č. 19, s. 649-656. ISSN 1210-6410.

## **Judikatura**

Nález Ústavního soudu ze dne 31. 3. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 1/14.

Rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 8 Co 558/65 ze dne 29. 9. 1964 (R 8/1966).

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 1. 7. 2015, sp. zn. 21 Cdo 4936/2014.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 12. 9. 2007, sp. zn. 31 Odo 677/2005 (R 24/2008).

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 14. 4. 2000, sp. zn. 21 Cdo 1774/99 (R 4/2001).

Usnesení Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 4. 6. 2015, č. j. 11 Co 207/2015-76.

Usnesení Městského soudu v Praze 5. 5. 2015, sp. zn. 14 Co 465/2015, 14 Co 508/2014.

Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. 11. 2003, sp. zn. 20 Cdo 238/2003, R 8/2004.

## **Ostatní zdroje**

*Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky: Jednání a dokumenty: Sněmovní tisky: Sněmovní tisk 337/0, část č. 1/6: Důvodová zpráva.* [online]. Poslanecká sněmovna Parlamentu České republiky [cit. 23. 11. 2015]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=7 & CT=337 & CT1=0>

## **Contact – e-mail**

*321821@mail.muni.cz*

# Vplyv európskeho súkromného práva na súkromné právo národných právnych poriadkov členských štátov Európskej únie<sup>1</sup>

*Marek Maslák*

Trnavská univerzita, Právnická fakulta, Slovenská republika

## **Abstract in original language**

Príspevok sa zaoberá vznikom, formovaním, rozvojom a súčasným stavom európskeho súkromného práva, najmä európskeho zmluvného práva a jeho interakciou s vnútroštátnym právnym poriadkom v tomto smere. Ako ovplyvňuje európske zmluvné právo národné zmluvné práva a aký budúci vývoj možno očakávať? Majú tieto systémy koexistovať popri sebe alebo má európske súkromné právo nahradiť domáce právo? Sú národné právne poriadky v oblasti súkromného či zmluvného práva výrazom osobitných hodnôt prislúchajúcim len danému národu? Je možné a nutné zblížovanie vnútroštátnych právnych poriadkov v rámci Európskej únie?

## **Keywords in original language**

európske súkromné právo; európske zmluvné právo; Spoločný referenčný rámec; voliteľný nástroj; jednotný vnútorný trh.

## **Abstract**

The paper deals with the formation, development and current position of European Private Law, particularly of European Contract Law and its interaction with national legislation of Member States of European Union. How the European Contract Law affect to national contract law and how future development of European Contract Law can be expected? Do these systems coexist side by side or a European Private Law must substitute domestic law? Are the national legal systems in the area of private law or contract law expression of specific values pertaining only to that nation?

<sup>1</sup> Príspevok vznikol v rámci riešenia grantovej projektu APVV – 14 – 0061 s názvom „Rozširovanie sociálnej funkcie slovenského súkromného práva pri uplatňovaní zásad európskeho práva“.

It is possible and necessary convergence of national legal systems within the European Union?

### **Keywords**

European Private Law, European Contract Law, The Common Frame of Reference, Optional Instrument, Single Internal Market.

## **1 Úvod**

Možno povedať, že motorom európskeho súkromného práva sú okrem európskeho zákonodarcu a Súdneho dvora EÚ (oprávneného interpretovať právne záväzné normy Európskej únie) najmä právnici z rôznych štátov Európskej únie. V rámci rozvoja európskeho súkromného práva boli vytvorené rôzne akademické skupiny. Smernice, nariadenia ako aj judikatúra Súdneho dvora EÚ v oblasti súkromného práva vytvárajú ostrovčeky v mori zvanom európske súkromné právo. Zástancovia europeizácie súkromného práva argumentujú potrebou odstránenia právnych prekážok pri cezhraničnom obchode spočívajúcich najmä v nákladoch na zistenie obsahu práva v inom štáte ako v domovskom štáte subjektu (čo je obzvlášť zaťažujúce pre malých podnikateľov – tzv. SME). Na druhej strane oponenti európskeho súkromného práva poukazujú na stále pretrvávajúce divergentné interpretácie právnych noriem súdmi ako aj národnými právnymi tradíciami a jazykovými bariérami (nejednotná právna terminológia).

Treba povedať, že jedným z hlavných dôvodov procesu integrácie medzi štátmi Európy bolo, a zároveň aj je zabezpečenie mieru ako aj vytvorenie jednotného vnútorného trhu za účelom podpory podnikania a obchodu. Práve vytvorenie stále jednotnejšieho a jednotnejšieho vnútorného trhu je príčinou vzniku, existencie, formovania a vývoja európskeho súkromného práva. Tento jednotný vnútorný trh má slúžiť blahu občanov štátov Európskej únie. Teda cieľom európskeho súkromného práva je zvyšovať úroveň blaha občanov štátov Európskej únie. V tomto smere je výstižná konštatácia Janča, podľa ktorého, ak má európske právo iba slúžiť na dosiahnutie integračných vízií (jednota vnútorného trhu), potom bude len prostriedkom, nie cieľom činnosti zákonodarcu.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> JANČO, M. Perspektívy európskeho súkromného práva. In: *Justičná revue*, 61, 2009, č. 2, s. 184.

## 2 Vznik a vývoj európskeho súkromného práva

Už v 80-tych rokoch 20. storočia (1989) vydal Európsky parlament rezolúciu týkajúcu sa požiadavky začatia prác na vytvorení jednotného európskeho zákonníka súkromného práva.<sup>3</sup> Od roku 1982 pracovala Komisia pre európske zmluvné právo pod vedením Oleho Landa na vytvorení Princípov európskeho zmluvného práva, ktoré boli publikované v rokoch 1995 až 2003, pričom v roku 2010 boli preložené aj do slovenského jazyka.<sup>4</sup> Cieľom Princípov európskeho zmluvného práva bolo vytvoriť modelovú úpravu zmluvného práva slúžiacu národných legislatívam a súdom, prípadne ich využiť na konkrétne zmluvné vzťahy na základe voľby zmluvných strán.

Významným míľnikom pre rozvoj európskeho súkromného práva je Oznámenie Európskej komisie Rade Európskej únie a Európskemu parlamentu z roku 2001 o európskom zmluvnom práve.<sup>5</sup> Na základe uvedeného Oznámenia, Európska komisia v roku 2003 prijala ďalšie Oznámenie - Akčný plán s názvom „Koherentnejšie európske zmluvné právo“.<sup>6</sup> Cieľom Akčného plánu bolo zlepšiť kvalitu a koherenciu zmluvného práva Európskej únie prostredníctvom Spoločného referenčného rámca (CFR); podporiť vypracovanie štandardných zmluvných podmienok na úrovni Európskej únie a uvažovať nad možnosťou vytvorenia všeobecného voliteľného nástroja v oblasti zmluvného práva. Na základe uvedeného mal byť vypracovaný tzv. Spoločný referenčný rámec (CFR).

Prvá predbežná verzia (Interim Outline Edition) akademického návrhu Spoločného referenčného rámca (DCFR) bola vydaná v roku 2008<sup>7</sup>, druhá predbežná verzia (Outline Edition) bola publikovaná v roku 2009<sup>8</sup>. Ešte v tom istom roku 2009 bola publikovaná úplná verzia DCFR (Full Edition).<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Rezolúcia Európskeho parlamentu o zámere zjednotiť súkromné právo členských štátov (1989) Ú.V. C158/400 (26. 3. 1989). Rezolúcia Európskeho parlamentu o harmonizácii určitých oblastí súkromného práva členských štátov (1994) Ú.V. C205/518 (6. 5. 1994).

<sup>4</sup> JANČO, M. a kol. *Princípy európskeho zmluvného práva*. Bratislava: Iura Edition, 2009.

<sup>5</sup> COM(2001) 398 v konečnom znení.

<sup>6</sup> COM(2003) 0068 v konečnom znení.

<sup>7</sup> C. von BAR et al. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference (DFCR); Interim Outline Edition*. Mníchov: Sellier, 2008.

<sup>8</sup> C. von BAR et al. 2009. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference (DFCR); Outline Edition*. Mníchov: Sellier, 2009.

<sup>9</sup> C. von BAR et al. 2009. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference (DFCR); Full Edition*. Mníchov: Sellier, 2009.

Táto európska iniciatíva (soft law) je dôsledkom európskej právnej vedy, a to činnosti spoločnej siete zahŕňajúcej viacero univerzít a inštitúcií (najmä Študijnej skupiny pre Európsky občiansky zákonník a Acquis skupiny).<sup>10</sup> Ide síce o akademický návrh a nie politický dokument, ktorý by bol právne záväzný, avšak aj napriek tomu je to dôležitý výsledok činnosti európskych právnych vedcov pre ďalšie formovanie a budovanie európskeho súkromného práva.

V Štokholmskom programe na roky 2010-2014<sup>11</sup> bola Európska komisia vyzvaná, aby predložila návrh Spoločného referenčného rámca a pokračovala v skúmaní otázok týkajúcich sa európskeho zmluvného práva. V roku 2010 došlo k zriadeniu expertnej skupiny<sup>12</sup>, ktorá má pomáhať Európskej komisii pri príprave používateľsky jednoduchého a právne istého nástroja európskeho zmluvného práva, ktorý by slúžil v prospech spotrebiteľov a podnikov, a zároveň by poskytoval právnu istotu. Následne vydala Európska komisia Zelenú knihu.<sup>13</sup> Ako sa v nej uvádza, povaha takéhoto nástroja európskeho zmluvného práva môže byť nasledujúca:

- nezáväzná uverejnenie výsledkov expertnej skupiny (dobrovoľné zblížovanie vnútroštátnych úprav zmluvného práva)
- oznámenie alebo rozhodnutie Európskej komisie o európskom zmluvnom práve (bez potreby súhlasu Rady Európskej únie a Európskeho parlamentu) – využitie pri vypracúvaní návrhov nových právnych predpisov alebo pri preskúmaní súčasných opatrení Európskou komisiou
- medziinštitucionálna dohoda medzi Európskou komisiou, Európskym parlamentom a Radou Európskej únie – európsky zákonodarca by musel zohľadniť obsah tejto dohody pri prijímaní nových právnych predpisov
- odporúčanie Európskej komisie o európskom zmluvnom práve určené členským štátom

<sup>10</sup> JANČO, M. a kol. *Európske súkromné právo*. Bratislava: EUROIURIS, 2012, s. 267-268.

<sup>11</sup> Akt Rady Európskej únie zo dňa 02. 12. 2009, č. 17024/09.

<sup>12</sup> Rozhodnutie Európskej komisie zo dňa 26. 04. 2010, ktorým sa zriaďuje skupina odborníkov pre spoločný referenčný rámec v oblasti európskeho zmluvného práva (Ú. v. EÚ L 105, 27. 4. 2010, s. 109).

<sup>13</sup> COM (2010) 348 v konečnom znení.



- nariadenie, ktorým by sa zriadil voliteľný nástroj európskeho súkromného práva – koncipovaný ako tzv. druhý režim v rámci národných právnych poriadkov, aplikovaný v závislosti od voľby zmluvných strán
- smernica o európskom zmluvnom práve – harmonizácia na základe minimálnych spoločných noriem
- nariadenie o zriadení európskeho súkromného práva – nie voliteľný nástroj, európske zmluvné právo by nahradilo vnútroštátne zmluvné právo (aplikované buď len na cezhraničné zmluvy alebo aj na domáce zmluvy)
- nariadenie o zriadení európskeho občianskeho zákonníka – vzťahujúci sa nielen na zmluvné právo<sup>14</sup>

Jurčová a Novotná odporúčajú prijať Spoločný referenčný rámec vo forme nariadenia, ktorým sa zavedie voliteľný nástroj európskeho zmluvného práva, avšak ktorý sa bude vzťahovať len na spotrebiteľské cezhraničné kúpne zmluvy uzavreté online ako aj na cezhraničné zmluvy medzi podnikateľmi na princípe opt-in (t. j. výber tohto nástroja na základe zmluvnej slobody podnikateľov, inak sa neuplatní). Naopak, neodporúčajú aplikáciu Spoločného referenčného rámca na vnútroštátne zmluvy ako ani na cezhraničné zmluvy medzi nepodnikateľmi. Zároveň upozorňujú: „*tzv. plíživý spotrebiteľizmus*“, ako ho vtipne nazýva Vogenauer, ktorým sa do určitej miery dal strhnúť aj pripravovaný maďarský občiansky zákonník. V tomto prípade ide o využitie spotrebiteľských ustanovení generálne pre celé zmluvné právo, obvykle ako kogentné ustanovenie pre spotrebiteľské zmluvy, v ostatných vzťahoch pomenované ako dispozitívna norma. Pod tlakom nejasných požiadaviek by sa takejto brožby mala vyvarovať aj Expertná skupina, hoci žiadanie Komisie skôr poukazuje na tvorbu osobitných ustanovení pre spotrebiteľov.“<sup>15</sup>

Oznámenie Európskej komisie s názvom „Európa 2020“<sup>16</sup> pripomína potrebu jednoduchšieho a lacnejšieho uzatvárania cezhraničných

<sup>14</sup> Bližšie sa týmito možnosťami venovali Jurčová a Novotná. JURČOVÁ, M.; NOVOTNÁ, M. Zelená kniha Komisie a európske zmluvné právo, perspektívy voliteľného nástroja zmluvného práva ako 28. právneho poriadku v EÚ. In: *Justičná revue*, 63, 2011, č. 4, s. 595–610 a JURČOVÁ, M.; NOVOTNÁ, M. Zelená kniha Komisie a európske zmluvné právo, perspektívy voliteľného nástroja zmluvného práva ako 28. právneho poriadku v EÚ – 2. časť. In: *Justičná revue*, 63, 2011, č. 5, s. 778–792.

<sup>15</sup> JURČOVÁ, M.; NOVOTNÁ, M. Zelená kniha Komisie a európske zmluvné právo, perspektívy voliteľného nástroja zmluvného práva ako 28. právneho poriadku v EÚ – 2. časť. In: *Justičná revue*, 63, 2011, č. 5, s. 788 a 792.

<sup>16</sup> COM(2010) 2020 v konečnom znení.

zmlúv medzi podnikmi a spotrebiteľmi. Rovnako v Oznámení s názvom „Digitálna agenda pre Európu“<sup>17</sup> sa hovorí o potrebe voliteľného nástroja zmluvného práva, obzvlášť v online prostredí.

Ako možný syndróm spomalenia rýchlosti rozvoja európskeho zmluvného práva treba uviesť stiahnutie návrhu Nariadenia o spoločnom európskom kúpnom práve, a to Európskou komisiou v roku 2014.<sup>18</sup> Následne v máji 2015 zverejnila Európska komisia správu týkajúcu sa podrobností o jednotnom digitálnom trhu, podľa ktorej Komisia vytvorí jasné právne pravidlá, pokiaľ ide o online predaj (napr. oblečenie, knihy, nábytok).<sup>19</sup> Spojenie „vytvoriť jasné právne pravidlá“ nás vedie skôr k myšlienkam o priamej unifikácii, nie o voliteľnom nástroji súkromného práva. Možno povedať, že Únia sa v súčasnosti zameriava na oblasť telekomunikačných služieb (napr. roamingové poplatky), oblasť poskytovania energií, online predaja a nákupu. Naproti tomu návrh Nariadenia o spoločnom európskom kúpnom práve ako voliteľný nástroj súkromného práva (opt in) malo širší dosah. Vyššie uvedené však neznamená kontinuitu naďalej existujúcej fragmentácie európskeho súkromného práva de lege lata?

Ako sa uvádza v Pracovnom programe Európskej komisie na rok 2016, Európska komisia sa chce zamerať na legislatívne zmeny majúce dopad na rast zamestnanosti, životné prostredie, sociálne blaho a bezpečnosť. Už len na základe tejto skutočnosti badať, že nálady v Európskej únii sú zjavne sociálne zamerané. Komisia ďalej v pracovnom programe uvádza, že sa je potrebné zamerať na prekonanie roztrieštenosti, zlepšiť ponuku pre európskych spotrebiteľov a otvoriť možnosti podnikateľom. V dôsledku uvedeného sa Európska komisia zamerala na vytvorenie digitálneho vnútorného trhu. Komisia má za cieľ podporovať a uľahčovať cezhraničný obchod v rámci Európskej únie, a to aj prostredníctvom odstránenia právnych prekážok.<sup>20</sup>

17 COM(2010) 245 v konečnom znení.

18 COM (2014) 910 v konečnom znení.

19 European Commission – Fact Sheet, 06. 05. 2015. Dostupné na <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-4920\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4920_en.htm)> (08. 11. 2015).

20 COM (2015) 610 v konečnom znení.

### 3 Povaha a podstata európskeho súkromného práva

Ako uvádza Dulaková Jakúbeková: „*Európska únia totiž už dávnejšie upustila od myšlienky akceptovať priestor, v ktorom budú popri sebe existovať viaceré, navzájom celkom nezávislé národné systémy súkromného práva. Diskutovanou sa stala najmä otázka potreby, či skôr vhodnosti vytvoriť univerzálny kodifikovaný právny základ, ktorý by predovšetkým prekonal rozdiely medzi právnymi poriadkami členských štátov únie a stanovil by jednotnú líniu regulácie súkromného práva. V neposlednom rade by viedol k odstráneniu komplikácií v rámci obchodného styku a k posilneniu právnej istoty bežných spotrebiteľov, čo by prispelo k výraznejšiemu stotožneniu sa bežnej úrovne občanov s európskou integráciou.*“<sup>21</sup> Práve otázka stotožnenia sa občanov členských štátov Európskej únie s integráciou má výrazný vplyv aj na ďalšie formovanie európskeho súkromného práva (resp. užšie poňato európskeho zmluvného práva). Súčasná ekonomická, politická a sociálna situácia v Európskej únie má totiž rozhodujúci vplyv na ďalšie rozvíjanie európskej integrácie, od ktorej závisí európske súkromné právo. Možno teda konštatovať, že cieľom Európskej únie je zasahovať aj do oblasti súkromného práva členských štátov, otázne je však v akom rozsahu.

Smits predpokladá, že v budúcnosti môže byť situácia odlišná v tom, že súkromné právo bude obsahovať viac kogentných noriem za účelom realizácie distributívnej spravodlivosti a dosahovania cieľov vo verejnom záujme, pričom uvádza príklad, podľa ktorého by boli neplatné spotrebiteľské zmluvy (v dôsledku ich nemorálnosti), ktorých predmetom by boli výrobky vyrábané v dehonestujúcich pracovných podmienkach.<sup>22</sup> Micklitz hovorí o dvoch vlnách regulácie v súkromnom práve, prvá vlna je spojená s ochranou zamestnancov, nájomcov a spotrebiteľov a druhá s liberalizáciou a privatizáciou oblastí dosiaľ patriacich pod verejný sektor (telekomunikačné, poštové služby; energetika; čoraz viac sa to dotýka aj zdravotníctva a vzdelania).<sup>23</sup> Európske súkromné právo (najmä *de lege lata*) obsahuje množstvo

21 DULAKOVÁ JAKÚBEKOVÁ, D. *Privátne pokusy pri formulovaní európskeho súkromného práva: podiel študijnej skupiny pre Európsky občiansky zákonník na tvorbe jednotného civilného práva*. In: *Justičná revue*, 58, 2006, č. 6–7, s. 1021.

22 SMITS, J. M. The future of contract law in Europe. In: *MAASTRICHT EUROPEAN PRIVATE LAW INSTITUTE WORKING PAPER* No. 2015/2., s. 8–9. Dostupné na: <<http://ssrn.com/abstract=2566149> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2566149>> (17. 11. 2015).

23 MICKLITZ, H.-W. The internal vs. the external dimension of european private law – a conceptual design and a research agenda. *EUI Department of Law Research Paper* No. 2015/35. s. 2. Dostupné na: <[SSRN:http://ssrn.com/abstract=2627718](http://ssrn.com/abstract=2627718)> (15. 11. 2015).

kogentných ustanovení, hlavne v dôsledku ochrany slabšej strany. V tomto smere je zaujímavá konfrontácia medzi liberálnym prístupom k súkromnému právu a sociálnym prístupom k nemu.

Európske súkromné právo má slúžiť jednotnému vnútornému trhu, teda hlavný účel European Private Law je daný (determinovaný vnútorným trhom). Práve túto skutočnosť vníma Dulak ako rozdiel medzi súkromným právom na európskej úrovni (ktoré slúži fungovaniu vnútorného trhu) a na úrovni vnútroštátnej (ktoré je svojbytné, bez ohľadu na účel, ktorému slúži).<sup>24</sup> S týmto konštatovaním sa však nemožno úplne stotožniť, keďže právo je vhodným systémom ako dosiahnuť požadovanú morálku spoločnosti, resp. ako zakotviť hodnoty spoločnosti. Teda právo nemusí byť len systémom, ktorý odráža ducha spoločnosti a jej hodnoty, ale aj systémom, ktoré tohto ducha a hodnoty vytvára. Ako aj z histórie slovenského a českého národa vieme, socialistické právo bolo vhodným nástrojom riadenia spoločnosti vzhľadom na mocenské prvky práva. Teda aj vnútroštátne právo slúži určitým cieľom, ktoré závisia od spoločenského kontextu. Máme za to, že právo, vrátane súkromného práva, je vždy ovplyvnené osobou toho, kto ho vytvára, interpretuje, resp. aplikuje. Ako tvrdí Csach: „*spoločensko – právny kontext právneho inštitútu má zásadný význam pre jeho ďalší rozvoj a riadne fungovanie.*“<sup>25</sup> Obdobne Havel: „*Právo je nepresná ľudská kategória, ktorá podľehá nejen dobovým záujmom, ale súčasne není nikdy nezávislá na tvórných, interpretátorech, aplikátorech a jejich zájmech, cílech a zadáních. Právo není přírodní věda, nevýkazuje kauzalitu, je to pragmatický obor lidského myšlení, který podléhá vkusu a módě, jedno jak je chápeme.*“<sup>26</sup>

Na druhej strane je v súčasnosti pravdou, že európske súkromné právo je v oveľa väčšej miere determinované cieľom jeho použitia ako národné

<sup>24</sup> DULAK, A. Európske právo a jeho vplyv na slovenské súkromné právo. In: LAZAR, J. a kol. *Občianske práv hmotné 1*. Bratislava: Iura Edition, 2010, s. 74.

<sup>25</sup> CSACH, K. Rezistencia vnútroštátneho práva a problém právnych transplantátov. In: DOLOBÁČ, M.; GREGOROVÁ ŠIRICOVÁ, E. (eds.). *Rezistencia vnútroštátneho práva a právne transplantáty*. Zborník vedeckých prác. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2011, s. 12. Dostupné tiež v elektronickej forme na <[http://www.upjs.sk/public/media/1084/Zbornik\\_28.pdf](http://www.upjs.sk/public/media/1084/Zbornik_28.pdf)> (15. 11. 2015).

<sup>26</sup> HAVEL, B. Úvaha o koloběhu právních transplantátů aneb cesta tam a zase zpátky. In: DOLOBÁČ, M.; GREGOROVÁ ŠIRICOVÁ, E. (eds.). *Rezistencia vnútroštátneho práva a právne transplantáty*. Zborník vedeckých prác. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2011, s. 14. Dostupné tiež v elektronickej forme na <[http://www.upjs.sk/public/media/1084/Zbornik\\_28.pdf](http://www.upjs.sk/public/media/1084/Zbornik_28.pdf)> (15. 11. 2015).

súkromné práva členských štátov, ktoré sa zdajú byť viac svojbytné. V dôsledku uvedeného je na úrovni Európskej únie preferovaná teleologická metóda výkladu právnych noriem.<sup>27</sup> Avšak európskym právnym normám chýba určitá miera abstraktnosti a európsky zákonodarca reaguje väčšinou ex post na situácie, ku ktorým dochádza v praxi (najmä pokiaľ ide o právne normy týkajúce sa ochrany spotrebiteľa). Takýto prístup je na úkor koherentnosti, konzistentnosti, systematizácii a abstraktnosti európskeho súkromného práva.

Naopak, v porovnaní s európskym súkromným právom (najmä de lege lata), národné kodifikácie noriem súkromného práva, ako napríklad Code Civil, BGB, ABGB, slovenský či český Občiansky zákonník sú postavené na vyššej miere abstraktnosti. Veď normy súkromného práva, najmä normy zmluvného práva tu nemajú byť na to, aby regulovali správanie zmluvných strán až do podrobných marginalít. Súkromné právo je založené najmä na zmluvnej slobode účastníkov právnych vzťahov a ich možnosti upraviť si svoj zmluvný vzťah podľa ich konkrétnych potrieb. Samozrejme, určitá miera regulácie, alebo inak povedané, kogentnosti súkromnoprávných noriem, je potrebná vzhľadom na verejný záujem pri úprave súkromnoprávných vzťahov. Tento protekcionalizmus však nemôže zájsť až tak ďaleko, kedy sa bude dotýkať podstaty súkromného práva ako takého a právnej istoty pri úprave zmluvných vzťahov.

Csach tvrdí, že v dôsledku autonómnosti európskej normotvorby sa jej kontext odlišuje od vnútroštátneho kontextu a tým dochádza k nižšej miere možnej deformity európskeho práva pri jeho presune do práva vnútroštátneho. Z toho vyplýva, že nárast európskej normotvorby nevyhnutne vedie aj vytváraniu nového kontextu, vrátane metodológie výkladu a aplikácie

<sup>27</sup> Uprednostnenie tejto metódy výkladu zvolil aj zákonodarca pri rekodifikácii civilného procesu v Slovenskej republike, t. j. pri prijatí zákona č. 160/2015 Z. z. Civilného sporového poriadku, kde Čl. 3 ods. 1 znie: „Každé ustanovenie tohto zákona je potrebné vykladať v súlade s Ústavou Slovenskej republiky, verejným poriadkom, princípmi, na ktorých spočíva tento zákon, s medzinárodnoprávnymi záväzkami Slovenskej republiky, ktoré majú prednosť pred zákonom, judikatúrou Európskeho súdu pre ľudské práva a Súdneho dvora Európskej únie, a to s trvalým zreteľom na hodnoty, ktoré sú nimi chránené.“ Ods. 2 predmetného ustanovenia: „Výklad tohto zákona nesmie protirečiť tomu, čo je v jeho slovách a vetách jasné a nepochybné. Nikto sa však nesmie dovolávať slov a viet tohto zákona proti ich účelu a zmyslu podľa odseku 1.“ Citované ustanovenie sa primerane použije aj na výklad zákona č. 162/2015 Z. z. Správneho súdneho poriadku a rovnako je vyjadrené aj v čl. 2 zákona č. 161/2015 Z. z. Civilného mimosporového poriadku.

práva.<sup>28</sup> Otázne však je, akým spôsobom bude prebiehať interakcia medzi týmto novým kontextom a dosiaľ existujúcim kontextom vo vnútroštátnom práve. Ak väčšina európskych akademikov tvrdí, že právne poriadky členských štátov sú konvergentné, a teda nie sú medzi nimi značné rozdiely, potom prečo sú členské štáty častokrát rezistentné voči európskym vplyvom? A prečo potom hovoríme o kontexte európskych noriem a noriem vnútroštátnych?

Dôležitou otázkou je tiež demokratická legitimita európskeho zákonodarcu na prijímanie noriem zasahujúcich do vnútroštátneho súkromného práva. Základom pre túto činnosť je čl. 26 v spojení s čl. 114 Zmluvy o fungovaní Európskej únie.<sup>29</sup> Avšak pokiaľ ide o legitimitu orgánu vytvárajúceho práva nemožno ju preceňovať, lebo sú to aj samé strany zmluvného vzťahu, ktoré tvoria právo medzi sebou v rámci zmluvnej slobody. Ako tvrdí Smits: „*Ak legitimita voliteľného kódexu spočíva v tom, že zmluvné strany si ho môžu zvoliť, vzniká určitá forma trhového pôsobenia, ktorá môže mať väčší význam pre legitimizáciu dispozičných noriem, ako sa obvykle uznáva. Rovnako ako kvalitné školy priťahujú viac uchádzačov o štúdium než menej kvalitné školy, atraktívnejší voliteľný systém sa bude používať častejšie ako menej atraktívne vnútroštátne právo.*“<sup>30</sup>

#### 4 Možno európske súkromné právo unifikovať alebo vyjadrujú národné poriadky súkromného práva rozdielne hodnoty?

Podľa Hurdíka a Fialu sú dôvody odmietania europeizácie českého súkromného práva rôzne, ale stále ide o subjektívne dôvody. Sú nimi inštitucionálne a personálne dôvody (nedostatok inštitúcií ako aj ľudských zdrojov zaoberajúcich sa európskym súkromným právom), a tiež ideologické a politické

<sup>28</sup> CSACH, K. Rezistencia vnútroštátneho práva a problém právnych transplantátov. In: DOLOBÁČ, M.; GREGOROVÁ ŠIRICOVÁ, E. (eds.). *Rezistencia vnútroštátneho práva a právne transplantáty*. Zborník vedeckých prác. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2011, s. 12. Dostupné tiež v elektronickej forme na <[http://www.upjs.sk/public/media/1084/Zbornik\\_28.pdf](http://www.upjs.sk/public/media/1084/Zbornik_28.pdf)> (15. 11. 2015).

<sup>29</sup> Čl. 26 ods. 1 Zmluvy o fungovaní Európskej únie: „Únia prijíma opatrenia s cieľom vytvoriť vnútorný trh alebo zabezpečiť jeho fungovanie v súlade s príslušnými ustanoveniami zmlúv.“ Čl. 114 ods. 1 Zmluvy o fungovaní Európskej únie: „Nasledujúce ustanovenia sa použijú na dosiahnutie cieľov uvedených v článku 26, pokiaľ zmluvy neustanovujú inak. Európsky parlament a Rada v súlade s riadnym legislatívnym postupom a po porade s Hospodárskym a sociálnym výborom prijímajú opatrenia na apraximáciu ustanovení zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení členských štátov, ktoré smerujú k vytváraniu a fungovaniu vnútorného trhu.“

<sup>30</sup> SMITS, J. M. O jedinečnej legitimitate voliteľného kódexu. In: *Justičná revue*, 63, 2011, č. 11, s. 1469.

dôvody (neochota až odpor k europeizácii). Na záver príspevku sa autori pýtajú, či české občianske právo vyjadruje národné hodnoty, a ak áno, či ide o odlišné hodnoty od hodnôt európskeho práva? Autori pritom vychádzajú zo spoločných koreňov rímskeho práva a kresťanstva, pričom implicitne tvrdia, že národné právo obsahuje maximálne marginálne špecifická hodnôt.<sup>31</sup>

Vyššie uvedení autori veľmi kriticky hodnotia možnosť vyčlenenia spotrebiteľskej úpravy z Občianskeho zákonníka: „*Jako odstrašujúci príklad se nabízí text návrhu ze zasedání Legislativní rady vlády v Kroměříži z dubna 2011 – zvažit vynětí spotřebitelského práva z textu obč. zákoníku a začlenit jej do zvláštního zákona. Jde o výraz striktního oddělení evropské a české dimenze občianského práva a odmítnutí vnímání procesu evropeizace jako vzájemného sblížení a pronikání evropské a národní úpravy i ve výhledu do dlouhodobé budoucnosti českého práva.*“<sup>32</sup> K tomu možno dodať, že úprava spotrebiteľských noriem a spotrebiteľského práva ako takého je v mnohých smeroch podrobná, nehodiaca sa k úprave v rámci Občianskeho zákonníka z hľadiska abstraktnosti. Preto možno uvažovať o tom, ako vhodne zaradiť spotrebiteľskú úpravu do všeobecného predpisu občianskeho práva, resp. v akom rozsahu túto problematiku vylúčiť z kodifikácie do osobitných zákonov.

Kritický k neochote preberať európske trendy do vnútroštátnych právnych poriadok je aj Havel, ktorý tvrdí, že „*současné judikatura stále trvá na základních konceptech původního socialistického práva – favorizace absolutní neplatnosti, tendence ke kogentnosti právních norem, ex post recharakterizace právních jednání a pod... Předsudky, zastaralost myšlení, absence moderních znalostních přístupů či formalistický konzervatismus tak formulují právní řád, který se „úspěšně“ brání řadě možných transplantátů, protože ty jsou, i když je tělo přijme, zabíjení aplikační praxí.*“<sup>33</sup>

31 HURDÍK, J.; FIALA, J. Evropské a národní (zde se zřetelem na české) rozměry občianského práva. In: *Európske a národné rozmery civilného práva, etický rozmer a zodpovednosť právnických profesií*. Pezinok: Justičná akadémia Slovenskej republiky, 2011, s. 20. Dostupné na <[http://www.ja-sr.sk/files/C\\_P\\_D\\_final\\_tlac.pdf](http://www.ja-sr.sk/files/C_P_D_final_tlac.pdf)> (14. 11. 2015).

32 HURDÍK, J.; FIALA, J. Evropské a národní (zde se zřetelem na české) rozměry občianského práva. In: *Európske a národné rozmery civilného práva, etický rozmer a zodpovednosť právnických profesií*. Pezinok: Justičná akadémia Slovenskej republiky, 2011, s. 19. Dostupné na <[http://www.ja-sr.sk/files/C\\_P\\_D\\_final\\_tlac.pdf](http://www.ja-sr.sk/files/C_P_D_final_tlac.pdf)> (14. 11. 2015).

33 HAVEL, B. Úvaha o koloběhu právních transplantátů aneb cesta tam a zase zpátky. In: DOLOBÁČ, M.; GREGOROVÁ ŠIRICOVÁ, P. (eds.). *Rezistencia vnútroštátneho práva a právne transplantáty*. Zborník vedeckých prác. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2011, s. 18. Dostupné tiež v elektronickej forme na <[http://www.upis.sk/public/media/1084/Zbornik\\_28.pdf](http://www.upis.sk/public/media/1084/Zbornik_28.pdf)> (15. 11. 2015).



Podľa Legranda, jedného z hlavných odporcov europeizácie súkromného práva, právne pravidlá vytvárajú len povrchnú predstavu o danom právnom systéme. Podľa neho je nesmierne dôležitá právna kultúra, resp. právna mentalita.<sup>34</sup> „Právna argumentácia v systéme „common law” je založená na induktywnej metodológii, ktorá zdôrazňuje empirickú skúsenosť. Vývoj práva sa tak zabezpečuje cestou analógie. Naproti tomu, civilnoprávna tradícia je založená na intelektuálnej schéme, ktorá prekračuje hranice jedinečného prípadu. Zatiaľ čo argumentácia v systéme „common law” je analogická, v civilnoprávnej tradícii je argumentácia inštitucionálna.“<sup>35</sup> Z uvedeného vyplýva, že systematizácia v common law nie je až tak dôležitá, čo neplatí v kontinentálnom systéme. V common law je dôležitá práve predchádzajúca skúsenosť (preto sa prikladá väčšia váha súdnej moci), kdežto v rámci kontinentálneho systému práva je dôležitejšia rola zákonodarcu, pričom úloha súdov je len právo hľadať, nie ho vytvárať.

Podstatu toho, že právo nemožno vnímať izolovane od externých skutočností, vystíhol Brösl: „Zákony musia byť tak vhodne prispôbené národu, pre ktorý sú vytvorené, že len skutočne náhodou môžu zákony jedného národa vyhovovať zákonom druhého národa. Musia sa zhodovať s povahou a princípom vlády, ktorá je ustanovená alebo ktorá sa má ustanoviť... musia súvisieť so stupňom slobody, ktorú chce štátne zriadenie pripustiť, s náboženstvom obyvateľstva, s jeho sklonmi, bohatstvom, počtom, obchodnými stykmi, mravmi, spôsobmi. Napokon sú zákony aj v určitom vzájomnom vzťahu; súvisia aj so svojím pôvodom, cieľom zákonodarcu, poriadkom vecí, pre ktoré sú ustanovené. Práve zo všetkých týchto hľadísk treba o nich uvažovať. Všetky tieto vzťahy vytvárajú to, čo nazývame duch zákonov.“<sup>36</sup>

Hoci je pravdou, že v právnych poriadkoch členských krajín Európskej únie nájdeme množstvo rovnakých právnych inštitútov, resp. pri riešení konkrétnych problémov väčšinou dochádzame k rovnakým výsledkom, neznamená to, že tieto právne poriadky sú úplne zlučiteľné a možno zaviesť unifikovanú právnu úpravu na európskej úrovni. Rozdiely nájdeme jednak v právnej

<sup>34</sup> LEGRAND, P. European Legal Systems are not converging. In: *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, Vol. 45, Issue 1, s. 52-81.

<sup>35</sup> BENKO, R. Právo – teoretické aspekty potencionálnej rezistencie vnútroštátneho práva voči nadnárodnému právu Európskej únie. In: DOLOBÁČ, M.; GREGOROVÁ ŠIRICOVÁ, E. (eds.). *Rezistencia vnútroštátneho práva a právne transplantáty*. Zborník vedeckých prác. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2011, s. 29–30. Dostupné tiež v elektronickej forme na <[http://www.upjs.sk/public/media/1084/Zbornik\\_28.pdf](http://www.upjs.sk/public/media/1084/Zbornik_28.pdf)> (15. 11. 2015).

<sup>36</sup> BRÖSTL, A. *Dejiny politického a právneho myslenia*. Iura Edition: Bratislava, 1999, s. 128-129.



terminológii, v prístupe k právu ako aj v spoločenskom kontexte ako takom. Nemožno nevidieť, že slovenský národ je v mnohom konzervatívnejší ako národy západnej Európy. Napr. v oblasti rodinného práva sú na Slovensku otázky homosexuálnych manželstiev, transsexuálov či surogáčnym materstiev prijímané negatívnejšie v porovnaní inými krajinami Európskej únie, resp. v porovnaní s judikatúrou Európskeho súdu pre ľudské práva, ktorý je v týchto otázkach neutrálny, resp. zdržanlivý (ponecháva dané otázky na rozhodnutie každého štátu).

Pokiaľ ide o inšpiráciu pri tvorbe zmluvného práva v rámci pripravovaného nového Občianskeho zákonníka v Slovenskej republike, Dulak uvádza: „*Do procesu tvorby razantnejšie vstúpil nový prvok - budovanie kódexu na poznatkoch, výstupoch a dielach osobností slovenskej právnej vedy, ktoré sú jedinečné svojím obsahom a posolstvom a ktoré tým, že vystávajú z domáceho (slovenského) právneho prostredia, sú pre nás príznačné. Zmluvné záväzkové právo by sa tak malo stať zaslúženou poctou akademikovi Štefanovi Labyemu, ktorý sa kategorizáciou zmluvného práva zaoberal veľmi precízne a komplexne a jeho diela s touto problematikou možno označiť za nadčasové.*“<sup>37</sup>

Nemožno síce nezhladnúť na fakt, že osoby podieľajúce sa na vytváraní zmluvného práva v novom Občianskom zákonníka, sa taktiež inšpirovali aj normami európskeho soft law (PECL, DCFR), ako aj zahraničnou úpravou (napr. estónsky obligáčny zákon).<sup>38</sup> Napriek tomu aj pri príprave nového Občianskeho zákonníka v Slovenskej republike sa jeho autori výrazne inšpirovali tradíciami slovenskej právnej vedy.

Aj podľa Smitsa budúcnosť európskeho zmluvného práva v najbližších desaťročiach závisí od ekonomického, politického a sociálneho vývoja spoločnosti, pričom medzi významné faktory ovplyvňujúce jeho formovanie budú patriť technologické zmeny, privatizácia, pluralizmus, globalizácia, stieranie rozdielov medzi súkromným a verejným právom a ďalšie.<sup>39</sup> Smits pred-

<sup>37</sup> DULAK, A. *Vnútná systematika zmluvného záväzkového práva v prvom odovzdanom pracovnom návrhu nového slovenského Občianskeho zákonníka*. Dostupné na: <<http://www.lexforum.cz/556>> (17. 11. 2015).

<sup>38</sup> JURČOVÁ, M.; NOVOTNÁ, M.; CSACH, K. *Jednotný systém právnych následkov nesplnenia zmluvy. Vhodné riešenie pre nové slovenské súkromné právo?* In: *Medzinárodné sympóziom právo, obchod, ekonomika*. Dosiaľ nepublikované.

<sup>39</sup> SMITS, J. M. *The future of contract law in Europe*, s. 3. In: *MAASTRICHT EUROPEAN PRIVATE LAW INSTITUTE WORKING PAPER No. 2015/2*. Dostupné na: <<http://ssrn.com/abstract=2566149> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2566149>> (17. 11. 2015).

pokladá, že denacionalizácia práva bude pokračovať, ale už nie tak rýchlo ako doteraz. Proces europeizácie súkromného práva tiež záleží od toho, kto tvorí, resp. sa podieľa na živote práva. Ako zjednodušene dodáva, v Anglicku tvoria právo súdy, v Nemecku akademici a vo Francúzsku zákonodarca. Podľa neho proces harmonizácie súkromného práva stráca v súčasnosti na sile. Európska komisia chce síce naďalej vylepšovať a rozvíjať európske zmluvné právo, členské štáty sa voči tomuto trendu ohradujú.<sup>40</sup> Hovorí, že európsky zákonodarca stráca pozíciu motora konvergencie v oblasti európskeho zmluvného práva, o čom svedčí stiahnutie návrhu Nariadenia o spoločnom európskom kúpnom práve Európskou komisiou v roku 2014.<sup>41</sup> Aj Micklitz tvrdí, že pokiaľ ide o európsky projekt občianskeho zákonníka ekvivalentný národných kodifikáciám v oblasti súkromného práva, tento sa zdá mŕtvý.<sup>42</sup>

Určitým problémom v tomto smere je aj dosiaľ nevytvorená generácia európskych právnikov, resp. európskej právnej vedy, tá sa stále len formuje a je v počiatočnej fáze. Práve právna veda môže zosystematizovať a zkoherentniť zmluvné právo v Európskej únii.

Naďalej možno konštatovať, že v podmienkach Slovenskej republiky je ovplyvnenie právnej praxe (advokátov, sudcov) akademickými nástrojmi soft law výrazne marginálne, ba až nulové. Väčšina ľudí pohybujúcich sa v právnej praxi netuší, čo je obsahom týchto akademických iniciatív. Neexistujú rozhodnutia slovenských súdov, ktoré by pri vyplňaní medzier v domácom práve používali tieto iniciatívy. Ako výnimku možno spomenúť uznesenie Najvyššieho súdu SR zo dňa 31. 01. 2012, sp. zn. 6 M Cdo 11/2010, v ktorom súd poukázal na úpravu príčinnej súvislosti v Princípoch európskeho deliktneho práva. Toto uznesenie však bolo neskôr Ústavným

<sup>40</sup> SMITS, J. M. The future of contract law in Europe, s. 5–6. In: *MAASTRICHT EUROPEAN PRIVATE LAW INSTITUTE WORKING PAPER No. 2015/2*. Dostupné na: <<http://ssrn.com/abstract=2566149> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2566149>> (17. 11. 2015).

<sup>41</sup> SMITS, J. M. The future of contract law in Europe, s. 5–6. In: *MAASTRICHT EUROPEAN PRIVATE LAW INSTITUTE WORKING PAPER No. 2015/2*. Dostupné na: <<http://ssrn.com/abstract=2566149> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2566149>> (17. 11. 2015).

<sup>42</sup> MICKLITZ, H.-W. *The internal vs. the external dimension of european private law – a conceptual design and a research agenda*. EUI Department of Law Research Paper No. 2015/35. s.2. Dostupné na: <[SSRN:http://ssrn.com/abstract=2627718](http://ssrn.com/abstract=2627718)> (15. 11. 2015).

súdom SR zrušené, avšak z dôvodov procesného charakteru.<sup>43</sup> V Českej republike možno badať mierne vyššiu odozvu ako na Slovensku, pokiaľ ide o inšpiráciu uvedeným *sof law*.<sup>44</sup>

## 5 Záver

Ako sme chceli poukázať v tomto príspevku, trend europeizácie súkromného, najmä zmluvného, práva nemožno opomenúť, a to aj v dôsledku globalizácie a rozvoja cezhraničného obchodu. Orgány Európskej únie majú za cieľ tento obchod podporovať a rozvíjať. No na druhej strane treba rešpektovať tradície a kultúry každej z členských krajín Európskej únie a vhodne vyvažovať európsku a národnú úroveň v rámci tejto problematiky. Pretrvávajúcim problémom existujúceho *acquis* Európskej únie je jeho roztrieštenosť, nekonzistentnosť a nesystematickosť. V tomto smere je podľa nášho názoru nesmierne dôležitá úloha právnej vedy a výsledky jej práce, ktoré budú iste základom normotvornej činnosti európskeho zákonodarcu.

Ďalej možno dodať, že nepovažujeme za správne, aby európske súkromné právo, resp. európske zmluvné právo nahrádzalo národné úpravy. Europeizácia súkromného práva iste nie je nesprávny trend, avšak aj tu treba dodržať isté mantinely, keďže právo pôsobí v určitom teritoriálnom priestore a pôsobí naň morálka spoločnosti ako taká (vrátane tradícií a zvykov spoločnosti), a tá ovplyvňuje jeho výklad a prístup k nemu. Je nepochybné, že právne poriadky členských štátov Európskej Únie v oblasti súkromného práva sú si blízke, no v súčasnom stave nemožno uvažovať o úplnej harmonizácii, prípade unifikácii súkromného práva.

## Literature

### Knihy/Monografie

BRÖSTL, A. *Dejiny politického a právneho myslenia*. Bratislava: Iura Edition, 1999, 315 s. ISBN 80-88715-39-3.

<sup>43</sup> Nález Ústavného súdu SR zo dňa 12. 02. 2013, sp. zn. III. ÚS 307/2012.

<sup>44</sup> Napr. rozsudok Najvyššieho súdu ČR zo dňa 27. 3. 2013, sp. zn. 30 Cdo 3631/2011, nález Ústavného súdu ČR zo dňa 13. 7. 2006, sp. zn. I. ÚS 85/04; nález Ústavného súdu ČR zo dňa 19. 6. 2007, sp. zn. II. ÚS 247/07; uznesenie Ústavného súdu ČR zo dňa 17. 1. 2007, sp. zn. I. ÚS 642/06; nález Ústavného súdu ČR zo dňa 11. 10. 2006, sp. zn. IV. ÚS 428/05.

- C. von BAR et al. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference (DFCR); Interim Outline Edition*. Mníchov: Sellier, 2008, 396 s. ISBN 978-3-86653-059-1.
- C. von BAR et al. 2009. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference (DFCR); Outline Edition*. Mníchov: Sellier, 2009, 643 s. ISBN 978-3-86653-097-3.
- C. von BAR et al. 2009. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference (DFCR); Full Edition*. Mníchov: Sellier, 2009, 6563 s. ISBN 978-3-86653-098-0.
- JANČO, M. a kol. *Európske súkromné právo*. Bratislava: EUROIURIS, 2012, 540 s. ISBN 978-80-89406-19-7.
- JANČO, M. a kol. *Princípy európskeho zmluvného práva*. Bratislava: Iura Edition, 2010, 366 s. ISBN 978-80-8078-301-3.
- LAZAR, J. *Občianske práv hmotné 1*. Bratislava: Iura Edition, 2010, 715 s. ISBN 978-80-8078-346-4.

### Články z časopisov

- DULAKOVÁ JAKÚBEKOVÁ, D. Privátne pokusy pri formulovaní európskeho súkromného práva: podiel Študijnej skupiny pre Európsky občiansky zákonník na tvorbe jednotného civilného práva. In: *Justičná revue*, 58, 2006, č. 6 – 7, s. 1020 – 1026. ISSN 1335-6461.
- JANČO, M. Perspektívy európskeho súkromného práva. In: *Justičná revue*, 61, 2009, č. 2, s. 169 – 185. ISSN 1335-6461.
- JURČOVÁ, M.; NOVOTNÁ, M. Zelená kniha Komisie a európske zmluvné právo, perspektívy voliteľného nástroja zmluvného práva ako 28. právneho poriadku v EÚ. In: *Justičná revue*, 63, 2011, č. 4, s. 595 – 610. ISSN 1335-6461.
- JURČOVÁ, M.; NOVOTNÁ, M. Zelená kniha Komisie a európske zmluvné právo, perspektívy voliteľného nástroja zmluvného práva ako 28. právneho poriadku v EÚ – 2. časť. In: *Justičná revue*, 63, 2011, č. 5, s. 778 – 792. ISSN 1335-6461.
- SMITS, J. M. The future of contract law in Europe, s. 4. In: *MAASTRICHT EUROPEAN PRIVATE LAW INSTITUTE WORKING PAPER No. 2015/2*.

SMITS, J. M. O jedinečnej legitimitě voliteľného kódexu. In: *Justičná revue*, 63, 2011, č. 11, s. 1464 – 1470. ISSN 1335-6461.

MICKLITZ, H.-W. The internal vs. the external dimension of european private law – a conceptual design and a research agenda. *EUI Department of Law Research Paper* No. 2015/35.

### Príspevky zo zborníkov

BENKO, R. Právno – teoretické aspekty potencionálnej rezistencie vnútroštátneho práva voči nadnárodnému právu Európskej únie. In: DOLOBÁČ, M.; GREGOROVÁ ŠIRICOVÁ, E. (eds.). *Rezistencia vnútroštátneho práva a právne transplantáty. Zborník vedeckých prác*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2011, 218 s., s. 20–40. ISBN 978-80-7097-916-7.

CSACH, K. Rezistencia vnútroštátneho práva a problém právnych transplantátov. In: DOLOBÁČ, M.; GREGOROVÁ ŠIRICOVÁ, E. (eds.). *Rezistencia vnútroštátneho práva a právne transplantáty. Zborník vedeckých prác*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2011, 218 s., s. 10–13. ISBN 978-80-7097-916-7.

HAVEL, B. Úvaha o koloběhu právních transplantátů aneb cesta tam a zase zpátky. In: DOLOBÁČ, M.; GREGOROVÁ ŠIRICOVÁ, E. (eds.). *Rezistencia vnútroštátneho práva a právne transplantáty. Zborník vedeckých prác*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2011, 218 s., s. 14–20. ISBN 978-80-7097-916-7.

HURDÍK, J.; FIALA, J. Evropské a národní (zde se zřetelem na české) rozměry občanského práva. In: *Európske a národné rozmery civilného práva, etický rozmer a zodpovednosť právnických profesií*. Pezinok: Justičná akadémia Slovenskej republiky, 2011, 336 s. ISBN 978-80-970207-3-6.

LEGRAND, P. European Legal Systems are not converging. In: *International and Comparative Law Quarterly*. 1996, Vol. 45, Issue 1, s. 52-81. ISSN 0020-5893.

### Contact e-mail

*maslak.marek.mm@gmail.com*

# Promlčení práv na odčinění způsobené újmy při zásahu do osobnostních a přirozených práv

*Martina Mušálková*

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

## **Abstract in original language**

Příspěvek se zabývá výkladovými problémy § 612 zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, který měl vyřešit v minulosti velmi diskutovanou otázku promlčitelnosti osobnostních práv a práv na odčinění způsobené újmy při jejich zásahu. Nový OZ přinesl pouze částečné řešení, když upravil nepromlčitelnost osobnostních práv, ale pomocí generální klauzule otevřel prostor k diskusi, o jaký rozsah práv osobní povahy se jedná a jaká práva na odčinění způsobené újmy budou nakonec podléhat promlčení. Další souvislosti rozvíjí výkladové možnosti pozitivně právního zakotvení přirozených práv, které bude nutné v oblasti osobnostních práv do budoucna zohlednit.

## **Keywords in original language**

osobní práva; osobnostní práva; přirozená práva; promlčení; odčinění způsobené újmy.

## **Abstract**

The paper deals with interpretative difficulties with § 612 of the Act. no. 89/2012 Coll., the Civil Code. The new Civil Code established the limitation of personality rights and determined the limit of rights to redress injury, but also raised the question of what rights can be considered rights of a personal nature and what rights to compensation for the damage will be eventually barred. Other connections open a legal definition of natural rights, which will be necessary in the future of personal rights into account.

## **Keywords**

Personal Rights; Natural Rights; Natural Law; Lapse of Rights; Harm of Personal Rights; Harm of Natural Rights.

## 1 Úvodem

*„Být vyvracen není nebezpečné. Být nepochopen ano...“ Immanuel Kant*

Zadání letošního ročníku konference Dny práva 2015 „Systémové otázky soukromého práva“ vybízelo k výběru tématu, které by přiblížilo korelace práva soukromého a veřejného. V případě tohoto příspěvku byla velkou inspirací reflexe vlivu základních a lidských práv na právo soukromé, konkrétně ochrana osobnostních práv. Od 1. ledna 2014 se Česká republika stala první evropskou zemí<sup>1</sup>, která v textu moderního civilního kodexu výslovně zakotvila odkaz přirozených práv člověka. Tento do jisté míry překvapivý počín vyvolává mnoho otázek, příkladem může být správná interpretace odkazu iusnaturalistické koncepce v kontextu nového civilního kodexu. Výše naznačená otázka představuje výzvu k diskusi, jak se vypořádat s nejasnou vůlí zákonodárce, která byla v důvodové zprávě mlhavě předestřena, vezmeme-li v úvahu skrovný počet odborných reakcí na toto téma. V rámci nejistých odpovědí lze s určitou jistotou uvést, že pozitivněprávní zakotvení přirozených práv nemělo způsobit revoluci ve vnímání ustálených vazeb pozitivního a přirozeného práva. Přínosem tohoto příspěvku je analýza nových koncepčních změn, které zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „občanský zákoník“) v oblasti osobnostních práv přinesl a nástin myslitelných interpretačních variant, mj. také zjištění souladu či nesouladu úpravy osobnostních práv s ryzí koncepcí přirozeného práva. Zvolené téma bylo rovněž podrobena kritice, zda vývoj ochrany osobnostních práv, který český zákonodárce zvolil, vyhovuje trendům moderního evropského práva soukromého.

## 2 Ochrana osobnostních práv

Osobnostním právům náleží v rámci civilního práva významné postavení, někteří autoři mají tuto oblast za *vyjádření stěžejní sociální hodnoty moderní*

<sup>1</sup> Tento závěr platí, odhlédneme-li, že již známý § 16 všeobecného zákoníku občanského (ABGB) prohlašoval, že každý člověk má vrozená, již rozumem poznatelná práva, a lze ho tedy považovat za osobu. Ustanovení, proklamující existenci přirozených práv člověka, chápáno v čase přijetí, mělo svou podstatou úlohu, neboť občanský zákoník plnil v oblasti ochrany lidských a přirozených práv úlohu dnešních ústavních předpisů. Trend je v současnosti zcela opačný a zakotvení přirozených práv v novém OZ je zcela ojedinělé.

*demokratické společnosti*<sup>2</sup>. Dělení práv<sup>3</sup> na osobní<sup>4</sup> a majetková zdůrazňuje jejich výsostné postavení. Z koncepce občanského zákoníku plyne, že osobní práva hrají prim a člověk se stal ústředním motivem či hodnotou soukromého práva. Každému člověku po celý jeho život náleží subjektivní všeobecné osobnostní právo<sup>5</sup>, které je nepřevoditelné, nezříčitelné, nezadatelné, časově neomezené, nepromlčitelné a neprekludovatelné<sup>6</sup>. Moderní přístupy hovoří o všeobecných osobnostních právech jako o občanských lidských právech, což odráží evropské trendy v oblasti „konstitucionalizace soukromých práv“ či „horizontálního působení základních a lidských práv v soukromém právu“.<sup>7</sup> Byť se hodnotový systém v našem demokratickém státě po přijetí občanského zákoníku nezměnil, alespoň ne do té míry, aby bylo možné zaznamenat výrazný posun, musíme přistoupit k výkladu ustanovení o ochraně osobnosti pozorněji, nezátížení starou právní úpravou, která si od roku 1964 nesla určité břímě minulosti stále s sebou.

Systematicky jsou osobnostní práva řazena v obecné části občanského zákoníku. Dle rozsahu paragrafového znění lze soudit, že občanský zákoník jejich ochranu oproti předchozí právní úpravě<sup>8</sup> rozšířil. Při bližším zkoumání zjistíme, že došlo toliko k promítnutí výsledků rozhodovací praxe, jinak zůstal obsah staré právní úpravy téměř zachován. Co se však změnilo, je požadavek větší míry ochrany člověka a jeho práv. Právě větší míra ochrany představuje dlouho předjímaný přínos občanského zákoníku. Text zákona vypovídá

<sup>2</sup> KNAP, K.; ŠVESTKA, J.; JEHLÍČKA, O.; PAVLÍK, P.; PLECITÝ, V. *Ochrana osobnosti podle občanského práva*. 4. podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, a. s. Právnícké a ekonomické nakladatelství a knihkupectví Bohumily Hořínkové a Jana Tuláčka, 2004, s. 54.

<sup>3</sup> Odlišný názor považuje za tradiční dělení práv na statusové věci a majetková práva. In: GAIUS: Učebnice práva ve čtyřech knihách, J. Kincl, 1981.

<sup>4</sup> Všeobecné osobnostní právo je jednou ze složek osobního práva.

<sup>5</sup> Teorie dělí osobnostní práva na všeobecné osobnostní právo a na zvláštní osobnostní práva. Zvláštním osobnostním právům, které vznikají až v důsledku projevu určité tvůrčí duševní schopnosti fyzické osoby, není v tomto příspěvku věnována pozornost.

<sup>6</sup> KNAP, K.; ŠVESTKA, J.; JEHLÍČKA, O.; PAVLÍK, P.; PLECITÝ, V. *Ochrana osobnosti podle občanského práva*. 4. podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, a. s. Právnícké a ekonomické nakladatelství a knihkupectví Bohumily Hořínkové a Jana Tuláčka, 2004, s. 96.

<sup>7</sup> HURDÍK, J. (2015) Two-Way Influencing of the Categories of Fundamental (Constitutional) Rights and Private Law Principles as the Result of Constitutionalization of Private Law in Light of the New Czech Civil Code. *J Civil Legal Sci* 4: 143. doi:10.4172/2169-0170.1000143.

<sup>8</sup> § 11 - 16 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník.



o zřejmé snaze postihnout zásah i ohrožení jakéhokoliv osobnostního práva. Generální klauzule místo katalogizace jednotlivých práv, která představuje pomyslené vodítko pro právní praxi a přirozenoprávní přístup, jsou logickým výrazem monistické teorie<sup>9</sup>, kterou autoři při koncepci osobnostních práv zvolili.

Můžeme shrnout, že předmětem osobnostních práv jsou neoddělitelné, nehmotné aspekty osobnosti člověka v jeho celistvosti, které jsou hodny ochrany. Zákon musí pamatovat na prevenci a na řádný způsob nápravy při zásahu do těchto práv, přičemž zejména aplikační praxe musí zohlednit všechny potřeby člověka, které jsou přiměřené zájmům napříč celou společností, tak, aby byla zachována jeho důstojnost a přirozenost.

### 3 Přirozená práva člověka

*„...přirozená práva člověka představují limit pro zákon, a nikoli naopak.“*

Rozvedeme-li výše uvedenou myšlenku, která je součástí atributu přirozenoprávní právně filozofické koncepce občanského zákoníku, dojdeme k závěru, že jsme motivováni, abychom respektovali člověka jako nositele přirozených práv, tuto skutečnost zohlednili v rámci uspořádání celé společnosti a k omezením přistupovali výjimečně z racionálních důvodů.

Ideu přirozených práv v občanském zákoníku můžeme vnímat prostřednictvím dvou vlivů, z nichž jeden tvoří odkaz iusnaturalistické koncepce úpravy ABGB. Další vyčteme z textu důvodové zprávy, kde jsou vyzdvihnuty demokratické tradice českého právního myšlení, standardy, na nichž stojí občanské právo evropských demokratických států a základní direktivy pro myšlenkové pojetí občanského zákoníku, které nalézají svůj předobraz v Listině základních práv a svobod (dále jen „Listina“) a v Ústavě České republiky.<sup>10</sup> Člověk je hlavním ideovým východiskem soukromého práva, které musí zohlednit jeho antropologickou povahu, jinak nelze nalézt správné přirozenoprávní základy soukromých subjektivních práv člověka.

<sup>9</sup> DOLEŽAL, T.; DOLEŽAL, A. In: MELZER, Filip; TÉGL, Petr. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I - § 1-117*. Praha: Leges, 2013, 509 s.

<sup>10</sup> Důvodová zpráva ze dne 18. 5. 2011 [online]. 2011 [cit. 2013-03-10]. Dostupné z: [http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/OZ\\_Duvodova-zprava-11042011.pdf](http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/OZ_Duvodova-zprava-11042011.pdf)

Ptáme-li se, zda je koncepce přirozeného práva mrtvá, nebo alespoň zásadně překonaná, musíme odpovědět, že není. Současná jurisprudencí odkazuje na řadu významných proponentů<sup>11</sup> teorie přirozeného práva, v německy mluvících zemích má nonpozitivismus<sup>12</sup> dokonce převahu.<sup>13</sup>

Položíme-li otázku: „*Co je to přirozené právo?*“ některému z autorů současnosti, zjistíme, že W. Friedmann<sup>14</sup> jej popisuje jako *příběh lidstva o hledání absolutní spravedlnosti (většinou neúspěšném), o hledání ideálů vyšších než je právo pozitivní samo. Tyto ideály jsou pak v určitých intervalech zatracovány a znovu objevovány*. Dle M. B. Crowa<sup>15</sup> přirozené právo představuje *soubor nepsaných právních předpisů, které jsou kvalitativně lepší než právo pozitivní a zároveň tvoří jeho měřítko*. Díváme-li se na přirozená práva očima John Finnisse, který reformuloval základy učení T. Akvinského a je považován za moderního (autoritativního) interpretátora přirozenoprávní teorie současnosti, zjistíme, že přirozená práva definuje na základě souboru dober, která člověk pro svůj život skutečně potřebuje. Přirozená práva skutečně tvoří to, co je pro člověka dobré, jedná se o principy umožňující žít lidský život ve společnosti za podmínek praktické přiměřenosti potřeb každého.<sup>16</sup> Možných definic přirozeného práva existuje samozřejmě více, v tuto chvíli uvažujme pouze ty, které jsou pro většinu společné:

- Přirozené právo pramení z povahy člověka, jako živočišného druhu, kterým je.
- Platné právo pochází z přirozeného práva, není tvořeno svévolnou mocí státu.
- Přirozené právo je objektivní, veřejně existující.
- Přirozené právo lze jen objevit, nikoliv konstruovat nebo vytvořit.
- Přirozené právo představuje metodu, ne kodex.
- Přirozené právo nepoznáme ze slov či textu, ale pouze prostřednictvím jednotlivých případů.

<sup>11</sup> Dworkin, Finnis, Moore (Anglie, USA), Alexy (Německo).

<sup>12</sup> Užíváme pojmy nonpozitivismus a iusnaturalismus promiscue.

<sup>13</sup> SOBEK, T. *Právní myšlení, kritika moralismu*, Praha-Brno: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, 61 s.

<sup>14</sup> FRIEDNAMANN, W. G. *Legal Theory*. (Third Indian Reprint 2003), Columbia UP: 1967, 95 s.

<sup>15</sup> CROWE, M., B. *The Changing Profile of the Natural Law*, Hague: 1977, 12 s.

<sup>16</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. (Reprint 1980), Oxford: 1996, 23 s.

Pojem přirozená práva zavádí občanský zákoník zejména v § 3 odst. 1, 19 a 81, předmětná ustanovení můžeme označit za pozitivněprávní zakotvení přirozených práv, což znamená v rámci tradičního pojetí iusnaturalismu kritérium, že se nejedná o ryzí přirozenoprávní koncepci, která by byla zejména hodnotovým východiskem občanského zákoníku. Důvodová zpráva<sup>17</sup> obsahuje na různých místech výchozí teze obratu zákonodárce k odkazu přirozených práv:

- člověk má ze své podstaty nezadatelná přirozená práva,
- člověk a právnická osoba principiálně nejsou a nemohou být obecně v rovném právním postavení,
- zákon nelimituje základní práva člověka, nýbrž naopak základní práva člověka představují limit pro zákon,
- je vyžadován respekt neporušitelnosti přirozených práv člověka,
- je nutné brát stálý zřetel na demokratické tradice českého právního myšlení i na standardy občanského práva evropských demokratických států,
- přirozená svoboda člověka má přednost před státem (stát není tvůrcem svobody člověka, ale jejím ochráncem),
- přirozená práva patří k určité hodnotové soustavě vyjádřené ve shodě s naším ústavním pořádkem.

Uplatnění přirozeného práva v soukromém právu má směřovat k nižší míře formalismu, větší míře autonomie vůle člověka a ochraně subjektivních práv. Soudci je dán nástroj, jak nalézt mimo text zákona snažší cestu k argumentaci při řešení složitých případů v praxi. Nejedná se o nic překvapivého, kodifikovaná podoba Listiny neznamená nic jiného, než přítomnost fiktivního katalogu přirozených práv, obsahujícího základní morální normy, které se formou prozařování či horizontálního působení stávají součástí úpravy soukromoprávních vztahů.

Nyní zhodnotíme **vzájemnou vazbu přirozených a osobnostních práv**. Vycházejme z toho, že všechna osobnostní práva jsou práva přirozená, tento

<sup>17</sup> Důvodová zpráva ze dne 18. 5. 2011 [online]. 2011 [cit. 2013-03-10]. Dostupné z: [http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/OZ\\_Duvodova-zprava-11042011.pdf](http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/OZ_Duvodova-zprava-11042011.pdf)

názor je jistě bez odporu přijatelný, oproti tomu ne všechna osobní práva jsou práva přirozená a ne všechna přirozená práva jsou práva osobnostní. Jak se vzájemné vazby mají?

Argument, proč všechna osobní práva nejsou přirozenými právy, nalezneme snadno, uvedeme-li si konkrétní příklad:

*Platí, že práva statusová náleží mezi práva osobnostní a zároveň statusová práva osob náleží fyzickým i právnickým osobám. Právnickým osobám nenáleží přirozená práva, tedy všechna osobní práva nelze bez dalšího podřadit pod práva přirozená.*

Za právo přirozené, která není osobnostním právem, lze označit *právo vlastnit majetek, právo svobody vědeckého bádání a umělecké tvorby, právo svobody pohybu, myšlení, svědomí a náboženství aj.*

Představme si přirozená práva, osobnostní práva a osobní práva jako různé množiny, které se z větší části překrývají, mají však různé přesahy, proto netvoří obsahově totožná práva. Dělicím kritériem může být přijetí pozitivněprávní koncepce, která existenci přirozených práv popírá, v tom případě, i když z daného úhlu pohledu přirozená práva neexistují, stále budou existovat práva osobnostní i osobní. Navíc, přihlédneme-li k tomu, že přirozená práva nefigurují v podobě katalogu či výčtu, ale nalézáme je prostřednictvím konkrétních případů, musíme dojít k závěru, že pro jejich neurčitý počet a obsah není možné pro všechny situace uplatnit soukromoprávní nauku o osobních a osobnostních právech.

Občanský zákoník přinesl pozitivněprávní zakotvení přirozených práv, jeho hodnotový systém je vystaven na iusnaturalismu a umožňuje soudci aplikovat nepsané právo daleko za hranicemi textu zákona. Musíme ale pamatovat na to, že člověk může ve společnosti realizovat své zájmy pouze za podmínek praktické přiměřenosti potřeb každého. Přirozená práva si nemůžeme plést s prosazováním individuálních zájmů jednotlivců na úkor ostatních a společnosti jako celku.

#### **4 Promlčení práv na odčinění způsobené újmy při zásahu do osobnostních a přirozených práv**

Předmět promlčení, tzn. rozsah práv, která se promlčují, je v občanském zákoníku vymezen tak, že promlčení podléhá všechna majetková práva,

kromě těch, která se podle zákona výslovně nepromlčují. Nově přibylo dříve chybějící ustanovení o nepromlčitelnosti osobnostních práv. Za účinnosti staré právní úpravy z roku 1964 se závěr o nepromlčitelnosti osobnostních práv dovozoval pouze pomocí výkladových pravidel.<sup>18</sup> Z demonstrativního výčtu § 612 občanského zákoníku je nyní patrné, že se nepromlčuje právo na život a důstojnost, jméno, zdraví, vážnost, čest soukromí nebo obdobné osobní právo, promlčují se však práva na odčinění újmy způsobené na těchto právech.

V minulosti velmi diskutovanou otázku promlčitelnosti práv na odčinění způsobené újmy při zásahu do práv osobní povahy vyřešil § 612 občanského zákoníku pouze částečně, když dal prostor spekulacím, co máme rozumět spojením „**obdobné osobní právo**“ a jak specifikovat „**práva na odčinění újmy**“. Výkladové problémy může tvořit i to, zda lze přirozená práva člověka bez dalšího podřadit pod § 612 občanského zákoníku, pokud ano, děje se tak v plném rozsahu, nebo je zde dán limit určený § 2956 občanského zákoníku, který předpokládá povinnost odčinit újmu na přirozených právech chráněných pouze první částí zákona.

Spojení „obdobné osobní právo“ znamená rozšíření výčtu práv, která se nepromlčují o případy, které nastanou *pro futuro*. Bude záležet na diskreci soudce, zda shledá, že dané právo patří do této kategorie. Pokud bychom měli napovědět, o jaká další práva se může jednat, pomůže obsah čl. 5 - 16 Listiny, tato subjektivní práva veřejnoprávní povahy se běžně promítají v soukromoprávních vztazích.

V případě zásahu do osobnostních práv se pohybujeme v oblasti práva deliktního, pro které je (zjednodušeně řečeno) charakteristická snaha uvést věci do pořádku. Názory na to, jaká práva na odčinění újmy podléhají promlčení, se liší. Ustanovení § 82 občanského zákoníku obsahuje taxativní výčet zvláštních odpovědnostních nároků k ochraně absolutních osobnostních práv<sup>19</sup>, které existují vedle obecných nároků vyplývajících z porušení

<sup>18</sup> LAZÍKOVÁ; ŠTEVČEK In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, 2181 s.

<sup>19</sup> TUMA In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, 469 s.

právní povinnosti (nárok na náhradu škodu či nemajetkové újmy a nárok na vydání bezdůvodného obohacení).<sup>20</sup> Mezi zvláštní nároky patří nárok zápůrčí a odstraňovací, tyto by promlčení podléhat neměly<sup>21</sup>.

Jiného názoru jsou autoři<sup>22</sup>, kteří tvrdí, že promlčení podléhá nejen peněžitě plnění na náhradu nemajetkové újmy, ale také jakékoliv plnění, které lze požadovat za zásah do práv na ochranu osobnosti fyzické osoby. Tento závěr je podložen nejen textem zákona, ale zejména zněním důvodové zprávy, která uvádí, že „...*osobní práva nemajetkové povahy se nepromlčují. Je-li na nich způsobena újma, promlčí se právo na jednotlivá plnění vyplývající z této újmy.*“<sup>23</sup> Jedná se o názor extrémní a v současné chvíli také v rozporu s recentní judikaturou Nejvyššího soudu.

Závěr o promlčitelnosti práv na odčinění újmy na osobnostních právech prošel určitým vývojem, Nejvyšší soud<sup>24</sup> nejprve dospěl k závěru, že právo na náhradu nemajetkové újmy promlčení nepodléhá, neboť zajišťuje respektování a ochranu osobnosti fyzické osoby<sup>25</sup>, poté se Nejvyšší soud<sup>26</sup> pod tlakem části odborné veřejnosti přiklonil k názoru, že se právo na náhradu nemajetkové újmy jako právo majetkové povahy promlčuje, a sice v obecné promlčecí době<sup>27</sup>. Nejvyšší soud v rozhodnutí sp. zn. NS 31 Cdo 3161/2008 argumentoval tak, že náhrada újmy je pouze jedním ze samostatných prostředků ochrany osobnostních práv a morální satisfakce jako ryze osobní právo zůstává zachována.<sup>28</sup>

<sup>20</sup> TŮMA In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, 472 s.

<sup>21</sup> TÉGL; WEINHOLD In: MELZER, F.; TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník velký komentář. Svazek III. § 419-654*. Praha: Leges, 2014, 612 s.

<sup>22</sup> LAZÍKOVÁ; ŠTEVČEK In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, 2182 s.

<sup>23</sup> Důvodová zpráva k § 612 in Důvodová zpráva ze dne 18. 5. 2011 [online]. 2011 [cit. 2013-03-10]. Dostupné z: [http://obcanskyzakonik.justice.cz/tiny\\_mce-storage/files/OZ\\_Duvodova-zprava-11042011.pdf](http://obcanskyzakonik.justice.cz/tiny_mce-storage/files/OZ_Duvodova-zprava-11042011.pdf)

<sup>24</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 1542/2003 nebo rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 792/2007.

<sup>25</sup> LAZÍKOVÁ; ŠTEVČEK In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, 2181 s.

<sup>26</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 31 Cdo 3161/2008.

<sup>27</sup> NS 31 Cdo 3161/2008, R 73/2009 In: LAVICKÝ, P.; POLIŠENSKÁ, P. *Judikatura k re-kodifikaci. Promlčení a prekluze*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2013, 134 s.

<sup>28</sup> LAZÍKOVÁ; ŠTEVČEK In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, 2181 s.

Důsledná aplikace výše uvedených argumentačních závěrů Nejvyššího soudu v oblasti promlčitelnosti práv na odčinění újmy na osobnostních právech znamená, že právo na morální satisfakci promlčení podléhat nebude, oproti právu na relutární restituci neboli náhradu v penězích. Morální satisfakci představuje jednak samotné konstatování porušení osobnostních práv prostřednictvím výroku soudního rozhodnutí, ale také uveřejnění výroku nebo omluva. Závěr o nepromlčitelnosti práv na morální satisfakci je plně v souladu s aktuální zákonnou dikcí i teorií a s ohledem na hledisko přijatelnosti intertemporálního soudcovského práva se jeví jako vyvážený a trvale udržitelný.

Zbývající předestřené přístupy k promlčení práv na odčinění újmy na osobnostních právech se jeví jako extrémní, s tím, že absolutní nepromlčitelnost práv na odčinění újmy popírá konstantní rozhodovací praxi a naopak plný rozsah promlčitelnosti práv na odčinění újmy zasahuje přímou podstatu osobnostních a přirozených práv člověka. Ideálním řešením tedy zůstává zachování práv na morální satisfakci, zejména v rozsahu práva na omluvu. Představme si situaci, kdy některý z kolegů na pracovišti utrpěl závažnou urážku na cti, shodneme se jistě na tom, že omluva je v tomto případě nenahraditelný nástroj zadostiučinění.

## 5 Současné trendy – stručně místo závěru

Je tradičně přijímáno, že evropská úprava ochrany osobnostních práv vychází z antické a následně křesťanské kultury, tolik konec podstatné shody v jednotlivých národních právních úpravách<sup>29</sup>. Zásadní vliv pro vývoj úpravy osobnostních práv v evropském kontextu mají dokumenty přijaté Radou Evropy (např. Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod) a Evropskou unií (Listina základních práv ovlivňuje zejména judikaturu ESLP a dále harmonizační či unifikační projekty. Problematiku náhrady nemajetkové újmy postihuje unifikační projekt PETL<sup>30</sup> (Principy evropského deliktního práva). Dalo by se říci, že možnost promlčení práv na odčinění újmy při zásahu do osobnostních práv sleduje trendy tohoto projektu.

<sup>29</sup> HURDÍK, J. In: LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 504.

<sup>30</sup> Principles European Tort Law.

Na začátku bylo zmíněno, že o všeobecných osobnostních právech hovoříme jako o občanských lidských právech, toto odráží ústavní základ občanskoprávní úpravy všeobecného osobnostního práva, který je zakotven v Listině a je úzce spjatý s osobní integritou fyzické osoby, s její nedotknutelností a autonomním postavením.<sup>31</sup> Ústavní právo České republiky tradičně ovlivňují trendy německé jurisprudence, ta inspirovala teorií známou jako „*Drittwirkung*“<sup>62</sup> či „*Horizontalwirkung*“<sup>63</sup>, tedy průnikem základních práv do soudního rozhodování ve věcech soukromého práva přes obecné klauzule<sup>34</sup>, u nás se tento směr uchytil a rozvíjí se. Stát má povinnost poskytovat základním právům ochranu i v soukromoprávních vztazích<sup>35</sup>, základní práva zavazují zákonodárce soukromoprávních norem, což se projevilo i při zpracování občanského zákoníku.

Nový význam člověka - lidství v rámci soukromého práva, nutnost zkoumat antropologický rozsah jeho potřeb, dopady pozitivně právního zakotvení přirozených práv a jejich limita zneužití, poskytují nástroj, jak nalézt co nejlepší argumentaci a věc rozhodnout i bez opory v textu občanského zákoníku tak, aby člověk nepřišel k újmě na svých přirozených právech.

## Literature

- CROWE, M. B. *The Changing Profile of the Natural Law*. Hague: 1977. ISBN-9024719925.
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights. (Reprint 1980)*, Oxford: 1996. ISBN-13: 000-0199599149.
- FRIEDMANN, W. G. *Legal Theory. (Third Indian Reprint 2003)*, Columbia UP: 1967. ISBN-10: 0231031009.

<sup>31</sup> KRNEC, J.; KOSAR, D.; KRATOCHVÍL, J.; BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 14.

<sup>32</sup> Závaznost základních práv pro třetí – soukromé osoby.

<sup>33</sup> Působení základních práv v horizontálních vztazích.

<sup>34</sup> WAGNEROVÁ, E.; ŠIMÍČEK, V.; LANGÁŠEK, T.; POSPÍŠIL, I. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolter ČR, a. s. 2012, 15 s.

<sup>35</sup> WAGNEROVÁ, E.; ŠIMÍČEK, V.; LANGÁŠEK, T.; POSPÍŠIL, I. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolter ČR, a. s. 2012, 14 s.



- HURDÍK, J. (2015) *Two-Way Influencing of the Categories of Fundamental (Constitutional) Rights and Private Law Principles as the Result of Constitutionalization of Private Law in Light of the New Czech Civil Code*. *J Civil Legal Sci* 4: 143. doi:10.4172/2169-0170.1000143.
- KNAP, K.; ŠVESTKA, J.; JEHLIČKA, O.; PAVLÍK, P.; PLECITÝ, V. *Ochrana osobnosti podle občanského práva*. 4. podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha, a. s. Právnické a ekonomické nakladatelství a knihkupectví Bohumily Hořínkové a Jana Tuláčka, 2004. ISBN 80-7201-484-6.
- KRNEC, J.; KOSAR, D.; KRATOCHVÍL, J.; BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012. ISBN - 978-80-7400-365-3.
- LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1-654). Komentář. 1. Vydání*. Praha: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-529-9.
- LAVICKÝ, P.; POLIŠENSKÁ, P. *Judikatura k rekonstrukci. Promlčení a prekluze*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2013. ISBN-978-80-7478-057-8.
- MELZER, F.; TÉGL, P. *Občanský zákoník - velký komentář. Svazek I - § 1-117*. Praha: Leges, 2013. ISBN 978-80-87576-73-1.
- SOBEK, T. *Právní myšlení, kritika moralismu* Praha-Brno: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011. ISBN 80-210-1123-8.
- TÉGL; WEINHOLD In: MELZER, F.; TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník velký komentář. Svazek III. § 419-654*. Praha: Leges, 2014. ISBN 978-80-7502-003-1.
- WAGNEROVÁ, E.; ŠIMÍČEK, V.; LANGÁŠEK, T.; POSPÍŠIL, I. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolter ČR, a. s. 2012. ISBN 978-80-7357-750-6.
- Důvodová zpráva ze dne 18. 5. 2011 [online]. 2011 [cit. 2013-03-10]. Dostupné z: [http://obcanskyzakonik.justice.cz/tiny-mce-storage/files/OZ\\_Duvodova-zprava-11042011.pdf](http://obcanskyzakonik.justice.cz/tiny-mce-storage/files/OZ_Duvodova-zprava-11042011.pdf)

## Contact – e-mail

*m.musalkova@seznam.cz*

# **Odškodňování pracovních úrazů a nemocí z povolání ve světle nového nařízení vlády č. 276/2015 Sb.**

*Ondřej Pavelek*

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

## **Abstract in original language**

Tento příspěvek se zabývá novým nařízením vlády č. 276/2015 Sb., o odškodňování bolesti a ztížení společenského uplatnění způsobené pracovním úrazem nebo nemocí z povolání, a koncepcí odškodňování pracovních úrazů a nemocí z povolání s ohledem na úpravu náhrady nemajetkové újmy na zdraví podle občanského zákoníku, včetně nové Metodiky Nejvyššího soudu, jejich vzájemným vztahem, rozdíly a problémy, které tato úprava může přinést v praxi.

## **Keywords in original language**

Náhrada újmy na zdraví; pracovní úraz; nemoc z povolání; Metodika Nejvyššího soudu; pracovní právo

## **Abstract**

This article deals with a new governmental regulation 276/2015 Coll., about compensation for pain and aggravation of social position for work accidents and occupational diseases in labour law. It also deals with the compensation of immaterial damages on health according to the new Czech Civil Code and the relationship between the regulation in the Civil Code, new methodology made by the Supreme Court of the Czech Republic and the governmental regulation for compensation of work accidents and occupational diseases (differences and practical problems).

## **Keywords**

Compensation of immaterial damages on health; work accidents; occupational diseases; Methodology made by the Supreme Court of the Czech Republic; Labour Law.

## 1 Úvod

Náhrada nemajetkové újmy na zdraví doznala zásadních změn s přijetím nového občanského zákoníku. Byla zrušena původní odškodňovací vyhláška, která platila jak pro odškodňování podle občanského zákoníku, tak pro pracovní úrazy a nemoci z povolání. Vyhláška byla zrušena bez náhrady, což vyvolalo v praxi mezi soudci, advokáty, pojišťovny i lékaři obavy, jak budou případy řešeny. Občanskoprávní a pracovněprávní praxe přistoupila k řešení této situace odlišně. Konkretizaci § 2958 obč. zák. představuje Metodika, která byla zpracována pod vedením JUDr. Vojtky z Nejvyššího soudu, zatímco § 271c zákoníku práce odkazuje na nově přijaté nařízení vlády č. 276/2015 Sb., o odškodňování bolesti a ztížení společenského uplatnění způsobené pracovním úrazem nebo nemocí z povolání (dále jen „nařízení“).

Cílem tohoto příspěvku je jednak představit nové nařízení, včetně důvodů, proč bylo přijato, tak jej srovnat s novou Metodikou, vymezit základní rozdíly, stejně tak zhodnotit soulad této úpravy se základními principy a konzistencí přístupu k náhradě nemajetkové újmy na zdraví v soukromém právu.

## 2 Vývoj před 1. 1. 2014

Náhrada nemajetkové újmy na zdraví, tj. bolestné a náhrada za ztížení společenského uplatnění (dále jen „ZSU“), byla upravena vyhláškou č. 440/2001 Sb. (dále jen „odškodňovací vyhláška“), která se vztahovala jednak na náhradu podle občanského zákoníku (§ 444 odst. 1 OZ 1964), tak náhradu za pracovní úrazy a nemoci z povolání podle zákoníku práce.

Pozitivem odškodňovací vyhlášky byla jednotnost a do jisté míry také právní jistota. Soudcům, advokátům, zaměstnavatelům či pojišťovnám poskytovala relativní jistotu ohledně výše náhrady. Jistota však nebyla absolutní, protože podle § 7 odst. 3 odškodňovací vyhlášky bylo možné „ve zvlášť závažných případech náhradu navýšit“, což vedlo k často nekontrolovatelnému navyšování, aniž by se přitom vycházelo z objektivních kritérií.

Zásadním problémem odškodňovací vyhlášky však byla její nesprávná koncepce. Otázka výše náhrady za újmu na zdraví je velmi individuální

a jen těžko ji lze určovat na základě přesně stanovených částek. Naopak se do popředí musí dostat především soudcovské uvážení a zohledňování individuálních okolností.

### 3 Proč nové nařízení?

Původní odškodňovací vyhláška byla výslovně zrušena.<sup>1</sup> Ministerstvo práce a sociálních věcí však tvrdilo, že je použitelná a to odkazem na ustanovení § 394 odst. 2 zákoníku práce, podle kterého platilo, že *do doby nabytí účinnosti právní úpravy úrazového pojištění se postupuje podle vyhlášky č. 440/2001 Sb., o odškodňování bolesti a ztížení společenského uplatnění, ve znění vyhlášky č. 50/2003 Sb.*<sup>2</sup> Tato situace však byla právně-teoreticky velmi pochybná (nesprávná), a proto bylo nutné nalézt řešení, které mohlo spočívat buď v respektování úpravy v obč. zák. (§ 2958 obč. zák.) anebo vytvoření vlastního nařízení; vláda zvolila druhé řešení.

Důvodová zpráva uvádí, že k přijetí nařízení vedla skutečnost, že praxe nebyla připravena na zrušení původní odškodňovací vyhlášky a Metodiku nelze aplikovat. Řešení v podobě přijatého nařízení je tak pragmatické a pro poškozeného nejméně nepříznivé.<sup>3</sup> Tento „pragmatický“ přístup je zdůvodněn vysokým počtem pracovních úrazů; v roce 2014 dosáhl celkový počet hlášených škod 54 889.<sup>4</sup> Dle autorů nelze používat Metodiku a uvádí pro to následující důvody: a) zavádí zcela nové pojmy, b) vyžaduje proškolení posuzujících lékařů, c) aplikace je riziková; nezajistila by hladký a plynulý chod systému odškodňování 50 tis. úrazů ročně.<sup>5</sup>

Nařízení má být, dle důvodové zprávy, pouze dočasné a uvádí podmínky, za kterých může být využita Metodika a které musí být splněny kumulativně: a) dostatečný počet proškolených lékařů – v současné době probíhá školení znalců velmi intenzivně, b) bude k dispozici dostatek podkladů za soudní

<sup>1</sup> § 3080 bod č. 237 obč. zák.

<sup>2</sup> BEZOUŠKA, Petr. In: HULMÁK, Milan (ed.). *Občanský zákoník: komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1712 – 1714.

<sup>3</sup> Důvodová zpráva k nařízení vlády č. 276/2015 Sb., o odškodňování bolesti a ztížení společenského uplatnění způsobené pracovním úrazem nebo nemocí z povolání, s. 57.

<sup>4</sup> Důvodová zpráva k nařízení vlády č. 276/2015 Sb., o odškodňování bolesti a ztížení společenského uplatnění způsobené pracovním úrazem nebo nemocí z povolání, s. 58.

<sup>5</sup> Důvodová zpráva k nařízení vlády č. 276/2015 Sb., o odškodňování bolesti a ztížení společenského uplatnění způsobené pracovním úrazem nebo nemocí z povolání, s. 57.

praxe – tato podmínka však bude splněna velmi obtížně, protože ustálenou judikaturu v této věci lze, s optimistickým pohledem na věc, předpokládat za 10 let, nikoli během pár let. Tím, že nová úprava vytváří dvoukolejnost, odškodňování pracovních úrazů, tak občanskoprávní odškodňování půjde svou vlastní cestou a v budoucnu tak bude obtížné je opět sladit; to autoři nového nařízení přehlédli.

#### 4 Dvoukolejnost

Podle nové úpravy v občanském zákoníku závisí odškodňování výlučně na soudcovském uvážení, jelikož neexistuje žádný předpis, který by výši stanovil; takové pojetí není v žádném případě nové ani ojedinělé, např. § 1325 ABGB také nechává prostor soudci k tomu, aby určil výše náhrady.<sup>6</sup> Obdobně také v jiných státech (Německo, Švýcarsko) neexistuje žádný předpis (zákon, vyhláška), který by stanovil fixní částky za odškodnění.<sup>7</sup> Pouze na Slovensku existuje zákon, který odškodňování upravuje přímo v zákoně; o vhodnosti takového přístupu lze pochybovat.<sup>8</sup> Můžeme tak uzavřít, že postoj zákonodárce je správný a to mj. z komparativního pohledu, jelikož se přibližuje k úpravě ve státech nám právně nejbližších.

Toto pojetí však vyvolalo rozpaky, které byly způsobeny zejména tím, že právní praxe na takovou koncepční (zásadní) změnu nebyla připravena. Ač je to překvapivé, tak občanskoprávní praxe zareagovala jinak, než ta pracovněprávní. Zatímco někteří soudci Nejvyššího soudu, zejména JUDr. Vojtek, ve spolupráci se Společností pro medicínské právo, lékaři a pojišťovny připravili Metodiku, která by měla po určitou dobu poskytnout návod, jak a zejména v jaké výši odškodňovat, tak pracovněprávní praxe zvolila jinou, ne zcela vhodnou cestu; aplikovali nadále zrušenou odškodňovací vyhlášku. Tento nesprávný postoj byl dokonce posvěcen stanoviskem

<sup>6</sup> § 1325 ABGB: „Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten, ersetzt ihm den entgangenen, oder, wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftig entgehenden Verdienst; und bezahlt ihm auf Verlangen über dieß ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld.“

<sup>7</sup> KARNER, Ernst. Quantification of Moral Damages in Personal Injury Cases. *Institute for European Tort Law*. [online]. 2011. [cit. 15. 11. 2015] Dostupné z: [http://www.piu.org.pl/public/upload/ibrowser/ProfEKarner\\_3.pdf](http://www.piu.org.pl/public/upload/ibrowser/ProfEKarner_3.pdf)

<sup>8</sup> PAVELEK, Ondřej. Náhrada nemajetkové újmy na zdraví. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: Masarykova univerzita, 2015, roč. 23, č. 2, s. 103-110. ISSN 1210-9126.

Ministerstva práce a sociálních věcí<sup>9</sup> a to *de facto* s odůvodněním, že § 2958 OZ neposkytuje žádné vodítko, není jasné podle čeho odškodňovat, a proto bude aplikován původní zrušený předpis. Tento postoj však vychází z nepochopení koncepce odškodňování náhrady nemajetkové újmy na zdraví, nerespektování vůle zákonodárce a opomíjení zahraniční úpravy, která je, jak je výše uvedeno, podobná a ze zkušeností je zřejmé, že funguje.

Tento nedobrý stav se rozhodlo vyřešit Ministerstvo zdravotnictví a Ministerstvo sociálních věcí tím, že na vládě prosadili přijetí nařízení, které je ve skutečnosti návratem k odškodňovací vyhlášce, byť s určitými rozdíly, např. hodnota bodu není stanoveno na 120 Kč, ale na 250 Kč.

Tato situace je problematická s ohledem na to, že bolest přeci člověk cítí jenom jednu a je tak zcela nelogické, aby na jednu a tutéž bolest byly aplikovány dva způsoby odškodnění. Uveďme tak příklad. V restauraci dojde ke rvačce hostů a číšník jako zaměstnanec restaurace dostane od jednoho z hostů ránu do zubu a dva zuby, jeden přední, druhý zadní, mu vyrazí. Číšník jako zaměstnanec restaurace má následně dvě možnosti. V prvé řadě může žádat náhradu přímo po škůdci, tj. neukázněném hostovi, který jej zranil a může žádat náhradu podle § 2958 obč. zák. V takovém případě však musí být splněny odlišné předpoklady náhrady; kromě protiprávnosti, újmy na zdraví a příčinné souvislosti musí prokázat ještě zavinění, což v případě, že bude náhradu požadovat po svém zaměstnavateli, není nutné, protože odpovědnost je objektivní. Kromě předpokladů se však bude lišit také způsob určení výše náhrady a to v mnoha ohledech.

### **Rozdíl č. 1: závaznost**

Zatímco určování výše náhrady při pracovních úrazech a nemocí z povolání je stanoveno nařízením vlády, tj. závazným právním předpisem, tak podle § 2958 obč. zák. je rozhodující soudcovské uvážení, které je v současnosti vtěleno do Metodiky. Její nespornou výhodou oproti nařízení je, že je nezávazné a tím může lépe reagovat na potřeby praxe. Nyní probíhají intenzivní školení znalců, kteří svým školitelům (autorům Metodiky) sdělují své poznatky a ty jsou do ní průběžně zapravovány; to v případě neřízení není možné.

<sup>9</sup> BEZOUŠKA, Petr. In: HULMÁK, Milan (ed.). *Občanský zákoník: komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1712 – 1714.

## Rozdíl č. 2: rozsah

Metodika se vztahuje na bolestné a náhradu za ZSU<sup>10</sup>, jehož úprava je ovlivněna Mezinárodní klasifikací funkčních schopností a disability. Odškodňovací nařízení rovněž upravuje bolestné a ZSU, avšak pouze takové újmy, které souvisí s pracovním úrazem nebo nemocí z povolání.<sup>11</sup> Chybí úprava tzv. další nemajetkové újmy, na kterou odkazuje § 2958 OZ, který bude aplikován subsidiárně. Další nemajetková újma se vztahuje na případy, kdy nejde ani o bolest, ani o ZSU, avšak nějakým způsobem ovlivňuje kvalitu jeho života. Může jít např. o užívání léků v důsledku zranění.<sup>12</sup>

## Rozdíl č. 3: znalecké posudky

Podle původní odškodňovací vyhlášky platilo, že výši náhrady stanovil např. ošetřující lékař, tj. nebylo nutné, aby existovalo specializované znalecké odvětví, resp. znalci, kteří by určili základní výměru náhrady. Nové nařízení se vrací k této koncepci, na rozdíl od Metodiky, která vyžaduje proškolené znalce. Takové pojetí je kritizováno Českou lékařskou komorou jako složité a finančně náročné.<sup>13</sup> Návrh nového zákona o znalcích počítá s tím, že vznikne specializované znalecké odvětví pro odškodňování nemateriálních újem na zdraví. V praxi si lze jen stěží představit, že by Metodiku aplikoval kterýkoli ošetřující lékař bez předchozího proškolení.

## Rozdíl č. 4: hodnota bodu

Výrazný rozdíl je stanovení hodnoty bodu, jež je stanovena na 250 Kč pro bolestné i pro ZSU (§ 3 odškodňovací nařízení). Bylo by patrně vhodnější, kdyby byla hodnota bodu navázána na jinou hodnotu a pravidelně by docházelo k revizi na základě určitých ekonomických ukazatelů. Metodika odkazuje na průměrnou mzdu, což by bylo patrně vhodné také v tomto případě; ba dokonce by to bylo možná vhodnější s ohledem na skutečnost,

<sup>10</sup> *Metodika k náhradě nemajetkové újmy na zdraví (bolest a ztížení společenského uplatnění podle § 2958 občanského zákoníku)* [online]. Brno: Nejvyšší soud ČR, vydáno 14. 4. 2014 [cit. 17. 11. 2015]. Dostupné z: [http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS\\_new/ns\\_web.nsf/Metodika](http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/ns_web.nsf/Metodika)

<sup>11</sup> Nařízení vlády, § 1 odst. 1, 2.

<sup>12</sup> VOJTEK, Petr. In: ŠVESTKA, Jiří a kol. *Občanský zákoník: komentář. Svazek VI relativní majetková práva 2. část*. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 1108.

<sup>13</sup> MACH, Jan. *Nový způsob hodnocení ztížení společenského uplatnění. Tempus medicorum*. 2015, č. 1, s. 26-27.

že jde o pracovní úrazy. Pokud však je hodnota stanovena fixní částkou, aniž by bylo odůvodněno, proč jde zrovna o tuto hodnotu, bude muset být časem revidována nebo zastará

### **Rozdíl č. 5: bodové ohodnocení úrazu**

Hodnoty některých bodů při určení bolestného se v nařízení a Metodice liší. Například v případě ztráty zubu; nařízení rozlišuje, zda jde o přední (20 bodů) nebo zadní (15 bodů) zub; pokud by byla ulomena pouze část zubu (10 bodů). Metodika naproti tomu hodnotí bolestné v souvislosti se ztrátou jakéhokoli zubu 20 body (S025). Obdobně zlomenina kosti; podle nařízení (položka 9.11) 50 bodů, podle Metodiky (položka S3220) 60 bodů.

### **Rozdíl č. 6: označení**

Metodika a nařízení používají pro stejná zranění různé názvy. Např. nařízení v položce 2.10 používá označení „ztráta jazyka“, zatímco Metodika v položce S0830 používá „traumatická amputace jazyka.“

### **Rozdíl č. 7: určování náhrady za ZSU**

Výrazným rozdílem mezi Metodikou a nařízením je způsob určování náhrady za ZSU. Metodika používá, v ČR dosud ne zcela známou, Mezinárodní klasifikaci funkčních schopností a disability (dále jen „MKF“), zatímco nařízení setrvává na původním konceptu bodového ohodnocení ZSU.

## **5 Porušení zásada jednotnosti právního řádu**

Tato dvoukolejnost je v rozporu mj. s nálezem ÚS IV. ÚS 444/11 ze dne 5. 12. 2012. *Jestliže zásada jednotnosti a bezrozpornosti právního řádu zapovídá odlišný přístup k obdobným právním institutům v jednotlivých právních odvětvích, odlišný výklad tohoto institutu v právu občanském a pracovním postrádá své opodstatnění. V obou případech se jedná o institut upravený odvětvím soukromého práva, přičemž individuální pracovní právo, tj. právo upravující právní vztahy mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem, vzešlo z lůna práva občanského a má také k tomuto právnímu odvětví nepochybně nejbližší. V tomto případě se však jedná o odlišný přístup k institutu bolestného a odškodňování náhrady za ZSU, kdy jak § 2958 obč. zák., tak § 271c zákoníku práce odkazují na stejné pojmy, avšak jejich obsah je v právu občanském vnímán jinak, než v právu pracovním. Lze si tak položit otázku,*



proč by měla být tatáž bolest odškodňována jinak v občanském a pracovním právu? Tento rozdíl postrádá řádné odůvodnění a s tím, které nabízí ministerstva, resp. vláda, se nelze ztotožnit.

## 6 Nekonzistentní přístup

V důvodové zprávě k novému obč. zák. bylo uvedeno: *pokud jde o nemajetkové újmy na zdraví nebo náhrady při usmrcení, opouští se pojetí § 444 odst. 2 a 3 platného občanského zákoníku a vůbec myšlenka, že by sazebník výše náhrad měl a priori stanovit zákon nebo dokonce podzákonný předpis, aby se tak zjednodušilo rozhodování soudů... Je třeba hlavně poukázat, že rozhodnutí jednotlivého právního případu náleží jen soudci a zákonodárná moc, natož moc výkonná nemá v působnosti nařizovat soudu, jak má jednotlivý případ rozhodnout... Soukromý život je nekonečně variabilní a snaha po jeho nivelizaci v záležitostech tak navýsost individuálních jako jsou bolest, důsledky újmy na zdraví pro další budoucnost postiženého nebo ztráta blízkého člověka není důvodná...*<sup>14</sup> Tyto ideové základy odškodňování bolesti a za ZSU byly přijetím nařízení popřeny. Nové nařízení se totiž, jak upozorňuje *doc. Doležal*<sup>15</sup>, bude pravděpodobně aplikovat stejně tak, jako původní odškodňovací vyhláška.

Pokud dojde k nějakému úrazu, ať už pracovnímu nebo „obyčejnému“ dle obč. zák., bude mimosoudně aplikováno nařízení, která tak *de facto* bude představovat zásadu slušnosti, na kterou odkazuje § 2958 obč. zák. Aplikace nařízení bude totiž snazší, než použití Metodiky. To pak povede k upoždění Metodiky, k faktické aplikaci nařízení také v případech občanskoprávní náhrady, popření celé koncepce náhrady nemajetkové újmy na zdraví, omezování soudcovského uvážení a faktickému návratu k původní vyhlášce. Bylo by tak mnohem vhodnější řešení, pokud by odborníci na odškodňování pracovních úrazů pracovali společně se soudci, lékaři a pojišťovny na Metodice, která je živými nástrojem (bude upravována podle aktuálních potřeb praxe). Takový přístup by byl konzistentní, ústavně konformní a v praxi přijatelnější.

<sup>14</sup> *Důvodová zpráva k občanského zákoníku: § 2951 až 2971* [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR, vydáno 3. 2. 2012 [cit. 18. 11. 2015]. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>

<sup>15</sup> DOLEŽAL, Tomáš. Nařízení vlády o odškodňování bolesti a ztížení společenského uplatnění. *Zdravotnické právo a bioetika*. Vydáno 2. 11. 2015 [cit. 18. 11. 2015]. Dostupné z: <http://zdravotnickepravo.info/narizeni-vlady-o-odskodnovani-bolesti-a-ztizeni-spolecenskeho-uplatneni/>

## 7 Závěr

Současné řešení v podobě přijatého nařízení není správné. Zakládá dvoukojnost, které se bude projevat v rozdílných částkách za stejné bolesti, jelikož existují rozdíly mezi Metodikou a nařízením. Přijaté nařízení nerespektuje novou koncepci náhrady nemajetkové újmy na zdraví, která se s rozumných důvodů odklání od „tabulek“ k volnému soudcovskému uvážení a navrácí se ke koncepci přijaté např. v ABGB, který na našem území platil. Dále je porušována zásada jednotnosti právního řádu, tak jak ji v mnoha nálezech deklaroval Ústavní soud, a zavádí se pro stejné pojmy jiný obsah a to ještě v rámci dvou sobě blízkých odvětvích soukromého práva – občanského a pracovního. Podstatnou výhodou Metodiky je její nezávaznost a tím dokáže lépe reagovat na aktuální potřeby praxe, jde tak o dynamický nástroj; nařízení je statické.

Důvody, které vedou k této úpravě, nejsou legitimní. Naopak, ve snaze zjednodušit si postup při určování výše náhrady, tak bude při řešení sporů mimosoudní nebo dokonce soudní cestou aplikováno nařízení i při určování výše náhrady podle občanského zákoníku, což povede k faktickému návratu k původní vyhlášce a odklonu od koncepce, kterou nový obč. zák. přinesl. Takový postup je nutné odmítnout z výše uvedených důvodů.

### Literature

BEZOUŠKA, Petr. In: HULMÁK, Milan (ed.). *Občanský zákoník: komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1712–1714.

DOLEŽAL, Tomáš. Nařízení vlády o odškodňování bolesti a ztížení společenského uplatnění. *Zdravotnické právo a bioetika*. Vydáno 2. 11. 2015 [cit. 18. 11. 2015]. Dostupné z: <http://zdravotnickepravo.info/narizeni-vlady-o-odskodnovani-bolesti-a-ztizeni-spolecenskeho-uplatneni/>

*Důvodová zpráva k občanského zákoníku: § 2951 až 2971* [online]. Praha: Ministerstvo spravedlnosti ČR, vydáno 3. 2. 2012 [cit. 18. 11. 2015]. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>

*Důvodová zpráva k nařízení vlády č. 276/2015 Sb., o odškodňování bolesti a ztížení společenského uplatnění způsobené pracovním úrazem nebo nemocí z povolání.*

KARNER, Ernst. Quantification of Moral Damages in Personal Injury Cases. *Institute for European Tort Law*. [online]. 2011. [cit. 15. 11. 2015] Dostupné z: [http://www.piu.org.pl/public/upload/ibrowser/ProfEKarner\\_3.pdf](http://www.piu.org.pl/public/upload/ibrowser/ProfEKarner_3.pdf)

MACH, Jan. Nový způsob hodnocení ztížení společenského uplatnění. *Tempus medicorum*. 2015, č. 1, s. 26-27.

*Metodika k náhradě nemajetkové újmy na zdraví (bolest a ztížení společenského uplatnění podle § 2958 občanského zákoníku)* [online]. Brno: Nejvyšší soud ČR, vydáno 14. 4. 2014 [cit. 17. 11. 2015]. Dostupné z: [http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS\\_new/ns\\_web.nsf/Metodika](http://www.nsoud.cz/JudikaturaNS_new/ns_web.nsf/Metodika)

PAVELEK, Ondřej. Náhrada nemajetkové újmy na zdraví. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno: Masarykova univerzita, 2015, roč. 23, č. 2, s. 103-110. ISSN 1210-9126.

VOJTEK, Petr. In: ŠVESTKA, Jiří a kol. *Občanský zákoník: komentář. Svazek VI relativní majetková práva 2. část. 1. vyd.* Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 1108.

Nález ÚS IV. ÚS 444/11 ze dne 5. 12. 2012.

### Contact – e-mail

*Ondrej.pavelek@law.muni.cz*

# Kontroverzní judikatura Ústavního soudu ve vztahu k pozemkům označovaným jako veřejné prostranství a k bezdůvodnému obohacení

*Jiří Porkert*

advokátní koncipient, Česká republika

## Abstract in original language

Těžištěm předkládaného příspěvku je kontroverzní náleží Ústavního soudu ze dne 01. 07. 2015, sp. zn. I. ÚS 581/14, v jehož *obiter dictu* judikoval, že nelze dovodit, že vlastníku pozemku, který obec využívá jako tzv. veřejné prostranství, náleží náhrada za takové omezení vlastnického práva z titulu bezdůvodného obohacení. Tímto se Ústavní soud odchýlil nejen od své dosavadní rozhodovací praxe, ale též od konstantní judikatury Nejvyššího soudu ČR. Ten se však nadále řídil dosavadní rozhodovací praxí jako svojí, tak soudu Ústavního, přičemž ten nyní zpětně znovu dovodil existenci nároku na vydání bezdůvodného obohacení. Příspěvek sleduje judikaturní vývoj v diskutované oblasti a zároveň se pokouší stanovit hranice proporcionální rovnováhy mezi tzv. veřejným zájmem a vlastnickým právem fyzické osoby.

## Keywords in original language

pozemek; veřejné prostranství; obecné užívání; bezdůvodné obohacení; restituce.

## 1 Zákonná definice, právní základ bezdůvodného obohacení

Zákonnou definici veřejného prostranství můžeme nalézt v § 34 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích, který říká, že: „*Veřejným prostranstvím jsou všechna náměstí, ulice, tržiště, chodníky, veřejná zeleň, parky a další prostory přístupné každému bez omezení, tedy sloužící obecnému užívání, a to bez ohledu na vlastnictví k tomuto prostoru*“. Veřejným prostranstvím se přitom v právní teorii rozumí prostranství, které je předmětem veřejného užívání, totiž užívání všeobecně

přístupných materiálních statků předem neomezeným a blíže neurčeným okruhem uživatelů. Nejčastější je pak v praxi situace, že obce – a zejména pak hl. m. Praha a statutární město Brno – užívají pozemky ve vlastnictví třetích osob k plnění funkcí veřejného prostranství a k zajišťování potřeb svých občanů. Toto činí ovšem, aniž by vlastníkům pozemků poskytovaly jakoukoliv náhradu za omezení jejich vlastnického práva.

Judikaturou<sup>1</sup> pak bylo dále opakovaně zdůrazněno, že není-li v občansko-právní rovině (např. smlouvou) upraveno obecné užívání veřejného prostranství, zahrnující i byť jen z části pozemky vlastnický náležející třetí osobě, má to za následek vznik bezdůvodného obohacení na straně obce plněním bez právního důvodu.<sup>23</sup> Totiž i přes to, že existuje tzv. právní důvod užívání veřejného prostranství, nejde o titul, podle kterého by obci vzniklo oprávnění, aby takové plnění ze strany třetí osoby (strpění užívání jejího majetku) bylo poskytováno bezplatně.<sup>4</sup>

Současně je pak zejména ze strany hl. m. Prahy argumentováno, že vlastníci pozemků označovaných jako veřejné prostranství omezili své vlastnické právo tzv. „dobrovolně“ ve smyslu čl. 11 odst. 3 zák. č. 2/1993 Sb., Listiny základních práv a svobod<sup>5</sup>, a to s ohledem na to, že ve většině případů domohli vydání svých vlastnických či spoluvlastnických podílů k pozemkům dle zákona o půdě<sup>6</sup> a nežádali za ně naturální či regulární náhradu, ačkoli věděli, že se nachází např. uprostřed sídlištní zástavby, či že je součástí parku a tedy veřejně přístupný, proč je jeho využití k soukromým účelům do budoucna téměř vyloučeno. Dle takovéto argumentace tedy restituenti souhlasili

<sup>1</sup> Např. rozsudkem Nejvyššího soudu ČR ze dne 07. 05. 2014, sp. zn. 28 Cdo 3684/2013.

<sup>2</sup> Podle ust. § 451 odst. 2 zák. č. 40/1964 Sb., občanský zákoník je „*Bez důvodným obohacením je majetkový prospěch získaný plněním bez právního důvodu, plněním z neplatného právního úkonu nebo plněním z právního důvodu, který odpadl, jakož i majetkový prospěch získaný z nepoctivých zdrojů.*“

<sup>3</sup> Analogicky pak podle současné úpravy v § 2991 odst. 2 zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník: „*Bez důvodně se obohatí zpláště ten, kdo získá majetkový prospěch plněním bez právního důvodu, plněním z právního důvodu, který odpadl, protiprávním užitím cizí hodnoty nebo tím, že za něbo bylo plněno, co měl po právu plnit sám.*“

<sup>4</sup> K tomu srov. více např. rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 01. 2006, sp. zn. 33 Odo 1253/2005; či rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 10. 04. 2013, sp. zn. 28 Cdo 2509/2012, či usnesení Ústavního soudu ze dne 15. 04. 2010, sp. zn. II. ÚS 731/10.

<sup>5</sup> „*Vlastnictví zavazuje. Nesmí být zneužito na újmu práv druhých anebo v rozporu se zákonem chráněnými obecnými zájmy. Jeho výkon nesmí poškozovat lidské zdraví, přírodu a životní prostředí nad míru stanovenou zákonem.*“

<sup>6</sup> Zák. č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku. – zákon je součástí tzv. restitučního zákonodárství.

s omezením vlastnického práva institutem obecného užívání a měli (či měli být) srozuměni s tím, že se jedná o užívání bezplatné a nemohou za něj požadovat náhradu.<sup>7</sup>

Autor tohoto příspěvku se pak plně ztotožňuje s reakcí Nejvyššího soudu ČR<sup>8</sup> na tuto námitku, neboť okolnost, že se restituenti domáhali vydání pozemků, sloužících jako veřejné prostranství, podle restitučních předpisů neznamena, že by z jejich počínání bylo možno bez dalšího presumovat souhlas s bezplatným užíváním těchto pozemků. Nejvyšší soud ČR zcela správně podotknul, že restituci je na místě vnímat jako zvláštními zákony upravenou snahu státu o zmírnění v minulosti nastalých majetkových křivd. Ke stavu pozemků (tj. způsobu jejich aktuálního využití) při jejich vydání, je pak možno přihlížet pouze v intencích restitučních zákonů a není možné nad rámec těchto klást restitucentům podmínky stran toho, jakým způsobem se vypořádají se stavem pozemků, který jim má být vydán. Z toho vyplývá, že stav nastalý v rámci řádné realizace restituce je třeba poměřovat obecnou úpravou vlastnického práva, tj. jeho realizací a omezením se všemi důsledky z toho vyplývajícími. Tu skutečnost, že restituenti neusilovali o jinou formu uspokojení jejich restitučního nároku, nelze pokládat za jejich souhlas s bezplatným užíváním pozemku (to by bylo možné pouze v případě zcela nemravného a spekulativního postupu v rámci restituce).

S argumenty pro vznik bezdůvodného obohacení na straně obce se pak dále ztotožnil Nejvyšší soud ČR v usnesení ze dne 07. 10. 2014, sp. zn. 28 Cdo 1498/2014, když judikoval, že: „*Uzurpuje-li si obec formou funkčního využití pozemku jiné osoby jako veřejného prostranství v zásadě užívací oprávnění k němu pro zajištění potřeb svých občanů, pak ji, nazíráno ze soukromoprávního hlediska, v souladu s § 451 obč. zák. tíží povinnosti vydat vše, oč se obohatila užíváním cizí věci bez adekvátního důvodu*“. V tomto rozhodnutí pak nadto bylo vyzdvíženo, že zahrnutí pozemků jiné osoby do kategorie veřejného prostranství usnadňuje obci plnění jejich funkcí, protože v opačném případě by je musela plnit odlišným způsobem – zejména vhodné pozemky koupit či pronajmout.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Z argumentace dovolatele v rozsudku Nejvyššího soudu ČR ze dne 07. 05. 2014, sp. zn. 28 Cdo 3684/2013.

<sup>8</sup> Tamtéž.

<sup>9</sup> Srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 02. 12. 2009, sp. zn. 28 Cdo 1127/2009, či rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 02. 05. 2012, sp. zn. 28 Cdo 561/2012.

## 2 Nález Ústavního soudu ze dne 01. 07. 2014, sp. zn. I. ÚS 581/14

Dne 01. 07. 2014 I. senát Ústavního soudu vydal nález pod sp. zn. I. ÚS 581/14 (dále jen „nález“), který se zakládá na otázkách týkající se jedné z překážek vydání pozemku oprávněným osobám v restituci dle § 11 odst. 1 písm. c) zák. č. 229/1991 Sb., o půdě, - překážky zastavení pozemku. I přesto, že otázka vzniku bezdůvodného obohacení na straně obce za užívání pozemku jako veřejného prostranství nepatří k nosným důvodům tohoto rozhodnutí, I. senát Ústavního soudu měl potřebu se k této otázce v *obiter dictu* vyjádřit, čímž se podstatně odchýlil od své předešlé rozhodovací praxe<sup>10</sup> a nastolil tak nesoulad v rozhodovací praxi prvostupňových a odvolacích soudů. V nosné části nálezu nejprve připustil, že pokud je pozemek – travnatá plocha porostlá veřejnou zelení – výhradně užíván pro veřejné účely, není možné nalézt jakoukoli rozumnou proporcii mezi restitučním účelem a veřejným zájmem, a tedy pro překážku, která spočívá v realizaci tohoto veřejného zájmu, nelze restituci v naturální formě uskutečnit. Dále pak shrnul, že: *„rozhodnutím ve prospěch oprávněné osoby s následnou restitucí předmětného pozemku by došlo ke vzniku tzv. holého vlastnictví (nuda proprietas), což není účelem restitučního procesu...“*. De facto tak Ústavní soud řekl, že pozemky, které plní funkci veřejného prostranství a jsou již nyní ve vlastnictví restituentů, neměly jim být v minulosti vůbec vydány! Takováto úvaha je dle autora příspěvku nejen v rozporu s předchozí rozhodovací praxí soudní soustavy v České republice, ale též v rozporu se samotnou podstatou restitučního zákonodárství, jak byla popsána výše.

Ústavní soud pak v právě v rámci odklonu od dosavadní a konstantní judikatury vyjádřil v *obiter dicta*, že: *„Nelze tu dovodit, že právnímu subjektu, jemuž vlastnictví či správa veřejného statku svědčí (město, obec), vznikne povinnost realizovat ve prospěch vlastníka pozemku platby z titulu bezdůvodného obohacení, nedojde-li mezi těmito subjekty k dohodě o jiném průběžném řešení existujícího právního stavu.“* Za takového řešení Ústavní soud považuje zřízení věcného břemene ve prospěch užívání pozemku třetími osobami za úplatu. Za spíše úsměvný pak autor tohoto příspěvku pokládá výrok Ústavního soudu, že: *„Postrádá logiku,*

<sup>10</sup> Zejména od nálezu Ústavního soudu ze dne 27. 09. 2012, sp. zn. III. ÚS 3735/11, nebo nálezu Ústavního soudu ze dne 25. 04. 2012, sp. zn. I. ÚS 1607/11.

aby měl samosprávný subjekt platit individuálnímu vlastníkovi za užívání nemovitosti, kterou jako veřejný statek užívá blíže neurčený okruh osob“. Ústavní soud zde podotkl, že v zákonné úpravě absentuje právní titul vzniku bezdůvodného obohacení, přehlížeje dosavadní a konstantní judikaturu nejvyšších soudů na základě právě níž bylo dovozeno, že takový titul existuje (a to bez výslovné zákonné úpravy)! Totiž za předpokladu, že by konstrukce navržená Ústavním soudem existovala, obce by neměli žádnou motivaci dané vztahy s třetími osobami řešit, natož pak s nimi uzavírat smlouvy kupní, nájemní, o zřízení věcného břemene, či jakékoliv další.

V druhé části *obiter dicta* Ústavní soud naopak připouští, že vlastník pozemku má přeci jen nějaké právo na to, aby jeho právní postavení bylo vyřešeno, neboť se ocitá v roli slabší strany na základě rozhodnutí orgánu veřejné moci, a přitom bez možnosti realizovat svá vlastnická oprávnění. Jako řešení Ústavní soud navrhuje převedení pozemku na obec za úplatu. Dle autorovy osobní zkušenosti se však obce k tomuto tématu staví velmi uzavřeně, neboť právě na základě výše uvedené argumentace Ústavního soudu postrádají jakoukoliv motivaci tyto vztahy řešit. Ústavní soud tedy navrhnul druhou možnost, a to je vyvlastnění pozemku, aby se jeho vlastníku dostalo náležité zákonné kompenzace za nemožnost realizovat příslušná oprávnění k nemovitosti. Autor pak může Ústavní soud citovat doslovně, přičemž ten řekl, že: „*Stala-li se tedy vlastníkem trvale veřejně užívaného pozemku osoba oprávněná z restituce, pak by na její žádost mělo být realizováno vyvlastnění.*“ Postup při vyvlastnění pozemku musí však vycházet z možností daných zákonem č. 184/2006 Sb., o odnětí nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo stavbě, přičemž v jeho ust. § 18 odst. 1 je řečeno, že: „*Vyvlastňovací řízení lze zahájit jen na žádost vyvlastnítele.*“. Proces vyvlastnění tedy může zahájit pouze ten, kdo se domáhá, aby na něj přešlo vlastnické právo k pozemku nebo stavbě, nikoliv však vlastník předmětného pozemku. Jistě by šlo uvažovat o podání jakéhosi „podnětu“ k vyvlastnění nemovitostí, s ohledem na to, co bylo již řečeno výše, však nelze předpokládat, že by se obce stavěli k takovým podnětům kladně. Ústavní soud tedy zde předpokládá postup který je mj. též nezákonný, pročez autor považuje tento nálezn za vysoce excesivní a vybočující z konstantní judikatury.



### 3 Sjednocení judikatury

Autor tohoto příspěvku považuje za šťastné, že i přes vyhlášení výše citovaného nálezu se Ústavní soud (na rozdíl od okresních a krajských soudů) stále hlásí ke své dosavadní judikatuře. V této souvislosti lze především na касаční náleze ze dne 16. 11. 2014, sp. zn. II. ÚS 3624/13, v němž se Ústavní soud znovu postavil za stanovisko, že za bezesmluvní užívání pozemku přísluší jeho vlastníku náhrada ze strany obce a není-li poskytována, lze ji po obci vymáhat z titulu bezdůvodného obohacení. Takové plnění lze pak po obci vymáhat právě z toho důvodu, že přímo z definice veřejného prostranství uvedenou v zákoně o obcích totiž plyne, že aby byl nějaký prostor kvalifikován jako veřejné prostranství, je otázka, kdo je jeho vlastníkem, nerozhodná.

Shodný postoj jako před vyhlášením nálezu zastává nadále i Nejvyšší soud ČR, který se ve svém usnesení ze dne 03. 08. 2015, sp. zn. 28 Cdo 2830/2015<sup>11</sup>, ostře vymezil proti argumentaci nálezem, přičemž odkázal na svoji rozhodovací praxi po vyhlášení zmíněného nálezu<sup>12</sup>, když zopakoval, že v dovolání citovaná pasáž odůvodnění nálezu, o vypořádání vztahu mezi vlastníkem pozemku a subjektem spravujícím veřejný statek, nepatří k nosným důvodům rozhodnutí, a že tímto nálezem nebyla revidována ba ani popřena předchozí judikatura Ústavního soudu.

Konečně autor poukazuje na aktuální judikaturu Ústavního soudu v této věci, a to na usnesení ze dne 08. 12. 2015, sp. zn. II. ÚS 3919/14. V tomto usnesení ústavní soud znovu odkázal na svoji několikaletou konstantní judikaturu<sup>13</sup>, s tím že řekl, že: *„Pokud stěžovatel argumentoval nálezem Ústavního soudu ze dne 1. července 2014 sp. zn. I. ÚS 581/14, který v rámci obiter dicta vyslovil názor, že by subjektem povinným k náhradě neměly být obce, a že něbož stěžovatel dovozuje odklon od dosavadní judikatury, je třeba si uvědomit jednak specifika v tomto nálezu projednávané věci [jednalo se o restituci, přičemž primárním předmětem ústavněprávního přezkumu nebyla otázka náhrady za omezení vlastnického práva užíváním II. ÚS 3919/14 5 pozemku jako veřejného prostranství, nýbrž otázka aplikace a inter-*

<sup>11</sup> Proti tomuto usnesení byla podána dne 02. 11. 2015 ústavní stížnost, sp. zn. IV. ÚS 3217/15, o níž v době vytvoření tohoto příspěvku nebylo dosud rozhodnuto.

<sup>12</sup> Srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 07. 04. 2015, sp. zn. 28 Cdo 4250/2014, nebo rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 03. 07. 2015, sp. zn. 28 Cdo 332/2015.

<sup>13</sup> Např. na usnesení Ústavního soudu ze dne 13. 12. 2015, sp. zn. III. ÚS 4359/12, nebo usnesení Ústavního soudu ze dne 15. 04. 2014, sp. zn. II. ÚS 268/14.

*pretace § 11 odst. 1 písm. c) zákona č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění pozdějších předpisů – byl zde tedy řešen střet mezi restitučním nárokem a konkrétním veřejným zájmem] a jednak právě tu skutečnost, že uvedený názor byl vysloven toliko v rámci obiter dicta pro futuro v obecné rovině, což za judikaturní posun či změnu považovat nelze“.* Nosné důvody citovaného rozhodnutí tedy dle Ústavního soudu na stěžovatelem nastolené otázce nespočívaly.

*Pro futuro* nezbývá než doufat, že toto bude vodítkem pro soudy nižších stupňů k tomu, aby došlo ke sjednocení jejich rozhodovací praxi, a to jak ve vztahu k samotné existenci nároku na vydání bezdůvodného obohacení, tak ve vztahu k určení pasivně legitimovaného subjektu a určení samotné výše plnění.

## **Literatura**

zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění účinném do 31. 12. 2013.

zákon č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění pozdějších předpisů.

zákon č. 2/1993 Sb., Listiny základních práv a svobod, ve znění pozdějších předpisů.

zákon č. 128/2000 Sb., o obcích, ve znění pozdějších předpisů.

zákon č. 184/2006 Sb., o odnětí nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo stavbě, ve znění pozdějších předpisů.

zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění účinném od 01. 01. 2014.

rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 31. 01. 2006, sp. zn. 33 Odo 1253/2005.

rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 02. 12. 2009, sp. zn. 28 Cdo 1127/2009.

rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 02. 05. 2012, sp. zn. 28 Cdo 561/2012.

rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 10. 04. 2013, sp. zn. 28 Cdo 2509/2012.

rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 07. 05. 2014, sp. zn. 28 Cdo 3684/2013.

usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 07. 10. 2014, sp. zn. 28 Cdo 1498/2014.

rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 07. 04. 2015, sp. zn. 28 Cdo 4250/2014.

rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 03. 07. 2015, sp. zn. 28 Cdo 332/2015.

usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 03. 08. 2015, sp. zn. 28 Cdo 2830/2015.

usnesení Ústavního soudu ze dne 15. 04. 2010, sp. zn. II. ÚS 731/10.

nález Ústavního soudu ze dne 25. 04. 2012, sp. zn. I. ÚS 1607/11.

nález Ústavního soudu ze dne 27. 09. 2012, sp. zn. III. ÚS 3735/11.

usnesení Ústavního soudu ze dne 15. 04. 2014, sp. zn. II. ÚS 268/14.

nález Ústavního soudu ze dne 01. 07. 2014, sp. zn. I. ÚS 581/14.

nález Ústavního soudu ze dne 16. 11. 2014, sp. zn. II. ÚS 3624/13.

usnesení Ústavního soudu ze dne 08. 12. 2015, sp. zn. II. ÚS 3919/14.

usnesení Ústavního soudu ze dne 13. 12. 2015, sp. zn. III. ÚS 4359/12.

### **Kontakt – e-mail**

*porkert@akmeduna.cz*

# Inner and Outer Challenges of the Hungarian Delictual Liability System in Terms of Highly Dangerous Activities

*Réka Pusztahelyi*

University of Miskolc, Faculty of Law, Hungary

## Abstract

This paper summarizes the systemic issues of the liability for highly dangerous activities, the changes of the general liability system and of this strict liability, brought by the new Hungarian Civil Code e.g. the concept of foreseeability, or pain of suffering. It also deals with demarcation between the contractual and delictual liability, with the interaction between the tort liability and insurance system, with the defences against strict liability. In the Hungarian law, there is a general liability rule (general clause) for all highly dangerous activities, which is very flexible and susceptible to economical and social changes. The notion of ‘operator’ (who is held liable for damages) and the scope of highly dangerous activities are turned out by the judicial practice.

## Keywords

new Hungarian Civil Code; highly dangerous activity; liability system; non-pecuniary losses; pain and suffering award; compulsory liability insurance; accident risk; compensation model; deterrence model, Hungarian judicial practice; consent of victim; assumption of risk.

## 1 Introduction

The new Hungarian Civil Code (HCC), which came into force on 15th March 2014, has brought several changes in the Law of Tort Liability. These changes affect not only the contractual, but also the delictual liability system. The new HCC preserves the general principle of delictual liability and the uniformity of the required standard of conduct, the so called ‘*blameworthiness*’, which is not equal to fault (intention or negligence), and the reversed

burden of proof (it means that person who has caused damage to another person, has to prove that he has taken all the measures that are generally expected under the given circumstances). Since this basis of liability is so similar to fault, the liability used to be interpreted as fault-based in contrast to other basis of accountability such as non-fault liability of highly dangerous activities. As the required standard of conduct expected from the injurer is becoming increasingly strict, the liability of highly dangerous activities loses its characteristics of non-fault liability; and becomes a border-case of the general standard of liability. It may retain the characteristic of non-fault liability, only if the exemption from liability (unavoidable cause that lies beyond the dangerous activity) is interpreted severely. The high level of duty of care covers not only the avoidable result arising from performing dangerous activities, but it also covers any foreseeable causes which may be avoidable by preventive measures.

## 2 Novelties in the Hungarian Tort Law System

The new HCC considers the contractual liability system and the delictual liability system as *two different institutions*. If the damage is related to contractual relation and is caused by breach of contract, the defaulter can be exempted from the liability only if he proves that the damage occurred in consequence of unforeseen circumstances beyond his control, and there had been no reasonable cause to take action for preventing or mitigating the damage. (Article 6:142.). The consequential damages triggered by non-performance are to be recoverable if their occurrence had been foreseeable, or otherwise, the defaulter caused the damage intentionally. These provisions seem to stipulate stricter liability than the delictual one, since they hold that the parties are able to properly calculate the risks from non-performance in the precontractual stage.

Beyond that the new HCC *excludes the parallel compensation claims*: the obligee shall enforce his claim for compensation against the obligor in accordance with the provisions of contractual liability even if the obligor's non-contractual liability also exists. (Article 6.145.) This new concept was unknown in the old Hungarian civil law system. The judicial decisions formerly accepted claims based on several liability forms. This approach ensued from

the general rule of liability for damages which was formulated in the old HCC within the provision of delictual liability and contained the contractual liability.<sup>1</sup> The connection between liability provisions have become a fundamental issue, since it seems that the legislator was intended to establish *two independent regimes of liability*. Also, it is essential to establish whether one of the contracting parties can cause damage to the other party irrespective of their contractual relationship. And it is important to identify the legal grounds for claims for damage which are not related to breach of contract or its performance.

The new HCC restricts the delictual liability to the foreseeable damages, but this provision has any special effect on the compensation of the damage caused by highly dangerous activities, if we take into consideration the opinion that the examination of the *unavoidability* carries a subjective and an objective criterion. According to subjective element the events are irresistible which are not foreseeable, but according to the objective element the expectation is that the keeper/operator should take all (reasonable) measures, preparations which minimize any risk of damage resulting from malfunction or other causes. For example if someone (not a professional sportsman) who climbed up a very high artificial climbing wall, suffered serious damages when his spring-hook went wrong and he fell down, the operator of the climbing wall is not relieved from liability proving that he was not able to notice the defect of this carbine-swivel, because the operator can take preparation to prevent such injuries, (he could provide for rubber mat or mobile wall).

The new HCC stipulates that *all injuring acts are unlawful*, so as the injuring effects of the dangerous activities. In some cases the act is *legitimate*, thus when the victim *condescends* the harmful act, the tortfeasor is not hold responsible. The provisions of HCC do not make a difference between this and that case when the victim *has assumed the risk of being harmed*. But in the case when there is no connection (contractual relationship) between the parties, the consent of the aggrieved party cannot be interpreted. If there is a contractual relationship between them, the liability grounded by the

<sup>1</sup> EÖRSI, Gyula. *Elhatárolási problémák az anyagi felelősség körében*. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1962.

contractual base. The opinions of the former judicial practice were divided when the judge must examine the *contribution of the aggrieved party* in the operation of the highly dangerous activities (i.e. several sport equipments, glider with motor, paraglider, racing car). In certain cases the decision stipulated that the operator/keeper (the sport clubs, the lesser of a sport equipment), in other cases the decisions consider the aggrieved party as operator of the highly dangerous activities too. *Attila Harmathy* lays bare that even the professional sportsmen are who do not agree in the suffering injury, just they only *concede the risk* (the very high chance) of damage.<sup>2</sup> Thus, we have to differentiate between the consent and the assumption of risk. First, the minimum requirement is that the aggrieved person was aware of the risk and that she was voluntary exposed herself thereto, but did not consent to suffer damage. At the other end, the defence would be also that the injured person even wanted to get harmed.<sup>3</sup>

Unfortunately we must left behind unanswered this issue, but in one point, we must mention that under the new HCC (and the old one also) any contract term limiting or excluding liability for causing damages resulting in loss of life, or harm to physical integrity or health shall be null and void.(Article 6:526.) (This rule is in the Principles of European Tort Law is the same in his core and also dealt with in the old Hungarian legal literature.<sup>4</sup>)

### 3 Highly dangerous activities as base of strict liability and their connection with fault

Comparing the international proposals for harmonizing of tort law with the Hungarian delictual liability system, the latter is grounded on a unified base (or intended to be grounded on it) that obviates the negative results arising from the traditional dichotomy of fault and non-fault liability. However, it must be mentioned that the uniformity of the Hungarian system could

<sup>2</sup> HARMATHY, Attila. XXVI. cím A kártérítési felelősség általános szabálya és közös szabályai. In: WELLMANN, György (ed.). *Polgári Jog Az új Ptk. magyarázata* (2<sup>nd</sup> edn) VI/VI. Budapest: HVG-ORAC, 2014, pp. 470–509.

<sup>3</sup> KOCH, Bernhard A. *Defences in General In: European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law Text and Commentary*. SpringerWienNewYork, 2005, p. 126 [PETL Comm].

<sup>4</sup> SOLT, Kornél. *Kogencia és diszpozitivitás a veszélyes üzemi kártérítési felelősség körében*. (1968), 6, Jogtudományi Közlöny, p. 305.

not be achieved in all context, or in all states of affairs of tort law.<sup>5</sup> The Hungarian system is based on a unified standard of contract, which is determined not by the grad of fault (intention or negligence) but by the so-called ‘*blameworthiness*’. It means that the injurer failed to take all the necessary measures which might generally be expected under the given circumstances. This standard of conduct contains not only subjective and objective elements (requirements) but also reflects general expectations of the society. In addition it also takes into consideration both the qualities and capabilities of similar actors and the actual circumstances of the injuring act. The advantage of this base of accountability is that it subsumes the cases of non-fault liability, such as the accountability for highly dangerous activities. This unified standard of conduct and the strict liability are not controversial concepts, because *the strict liability embodies the highest degree of the general standard of conduct*. The accountable /liable person for damages caused by highly dangerous activities is exempted from liability only if he manages to prove that the cause came from the outside field of dangerous activities and was unavoidable (and unforeseeable). Resulting from the general provision of delictual liability, there is a general reversed burden of proof put on the injurer, who needs to prove in all cases that all expected measures were taken. In Principles of European Tort Law (PETL) the burden of proving fault is reversed in cases where the gravity of the danger presented by the activity is high (PETL Art. 4:201.), which means that injuring dangerous activities lead to reversed burden of proof also in cases where the injurer is held liable for highly dangerous activities.

The Principles of European Tort Law established a very alike standard of conduct. However, the base of accountability retains the intentional or negligent harm of this standard of conduct. (PETL Art. 4:101.) The required standard of conduct is the conduct expected from reasonable persons in the given circumstances, and depends, in particular, on the nature

<sup>5</sup> In the opinion of certain authors this endeavoring to create uniform rules of tort liability proved to be pointless. See Landi, Balázs: A jogellenesség, mint a deliktális felelősség tényálláselemének jelentősége és jelentés-változásai Grosschmid Béni, Zachár Gyula és Kolosváry Bálint elméleti írásaiban. In: CSEHI, Zoltán; KOLTAY, András; LANDI, Balázs; POGÁCSÁS, Anett (eds.). *(L)EX CATHEDRA ET PRAXIS Ünnepi kötet Lábady Tamás 70. születésnapja alkalmából*. Budapest: Pázmány Péter Katolikus Egyetem, Jog- és Államtudományi Kar, 2014, p. 160.



and value of the protected interests involved, the danger of activities, the expertise to be expected from persons carrying the activities, the foreseeable of the damage, the relationship of proximity or special relationship between those involved, as well as on the availability and the costs of precautionary or alternative methods. The above standard may be adjusted when persons cannot be expected to conform to it due to their age, mental or physical disability or due to extraordinary circumstances. (PETL Art. 4:102.)

It must be also mentioned that the general standard of conduct in the Hungarian system has become stricter and stricter in the judicial practice in recent decades: the general standard draws near the objective liability degree. This tendency was affected by the social and economic changes in Hungary, the rise of the standard of life, the reduction of state benefits and social care system, the rise of the compensation amount of non-pecuniary losses and the development of the insurance system.

As required standard of duty of care expected from the injurer is stricter and stricter, the liability for highly dangerous activities loses its characteristics of non-fault liability; *it will become the border-case* of the general standard of liability. It can remain non-fault liability only in one case, if the exemption (unavoidable cause that it lies beyond the dangerous activity) is interpreted severely. The high level of duty of care covers not only the avoidable results coming from the operating dangerous activity but also all of the foreseeable causes which are avertable by preventive measures.

In *Pierre Widmer*'s opinion the concept that "whoever creates or maintains a situation of danger for others has to take all proper measures to avoid that such danger materialises in form of damage" is not used only to ascertain the fault of the person but it is turned into an aspect of causation and of unlawfulness. And in this case it distorts the dialectic relationship between the fault base and strict liability.<sup>6</sup> Because the judge sets himself a *retrospective viewpoint* and makes decision on what measures could have done the operator (tortfeasor) (exactly: could have been expected to do from her) to avoid the damages – but always in the light of the occurred damages.

---

<sup>6</sup> WIDMER, Pierre. Liability based on fault. In: *PETL Comm* (supra note 3), p. 77.

#### 4 Non-pecuniary losses (pain and suffering)

The non-pecuniary losses are compensated by so-called payment of restitution (*pain and suffering award*), not by compensation of pecuniary losses. Any person whose rights relating to personality had been violated shall be entitled to restitution for any non-material violation suffered (Article 2:52. subsection (1)). But the conditions for the obligation of payment of restitution - such as the definition of the person liable for the restitution payable and the cases of exemptions - the rules of liability for damages shall be applied. This compensation is one sum, determining this sum the following facts are taken into consideration: the gravity of the infringement, whether it was committed on one or more occasions, the degree of responsibility, the impact of the infringement upon the aggrieved party and his environment (Article 2:52. subs (3)).

But this manner for determining the sum of compensation may bring difficulties in the case of liability for highly dangerous activity, it may result to high amount of sum, particularly in the viewpoint of the liability insurance system which takes effect upon tort liability, especially on strict liability of dangerous activity (i.e. *deep pocket rule*: the amount of compensation claim is depended on the solvency of the obliged person). It must be mentioned also, that in our opinion *the degree of responsibility (i.e. strict liability) should not be evaluated estimating the amount of payment*. It can put the question also, whether the Hungarian legislator intends to introduce compensation tariffs for certain bodily or health injuries, near or in the far future, such as several European countries do.

#### 5 The strict liability for highly dangerous activities in the Hungarian Tort Law System

The first question is what the so called dangerous/highly dangerous/ ultra hazardous activities are which trigger strict liability. This question is coupled with the method of regularization in the field of strict/non-fault liability among the European countries. In this area of strict liability European legal system show much more diversity than in other areas of tort law – because of the below mentioned interplay between tort law and the system of compulsory insurance – remarked by *Helmut Koziol*.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> KOZIOL, Helmut. Harmonising Tort Law in the European Union: Advantages and Difficulties. (2013) 1 *ELTE Law Journal*, p. 82.

First of all it can be mentioned that the focus point of the French system is the strict liability of the hold of a thing (*gardien*), which rule can be applied very broadly.<sup>8</sup> On the other hand, there are systems which provide singular strict liability rules for certain dangerous activities or risky factories. But in these systems there are no possibility (or hardly to say) for applying these singular rules extensively. In the middle the *Hungarian solution* for strict liability is settled down, *it establishes one general rule for strict liability for damages resulting from ultra-hazardous activities*, but this clause *can be interpreted broadly and it is case-adjustable*. (Under the provisions of NHCC and under other acts too, this general rule can be applied for similar cases i.e. liability for damage caused by dangerous animals, or liability for damage to other persons through activities that endanger the human environment.) The advantage of the general clause is the possibility for developing interpretation. This regulation establishes strict liability for injuries ensuing on new dangerous situation created by the altering social and technical environment. Therefore, in the recent judicial practice *new cases of highly dangerous activities* appeared i.e. summer bobsleigh, inflatable castles (bounce houses), climbing walls, in those *the amateur-entertaining nature clashes with the potential and unperceived dangerousness*.

The disadvantage of Hungarian system is that the judicial interpretation of this rule may result in unpredictable new cases of strict liability - perhaps in favour of the injured persons (see below) - charging the tortfeasor/keeper with serious duty of proof and restricting her exculpation possibilities. In these cases the above-mentioned malfunction of the judge's retrospective analysis namely his examination of the due care and the measures whether could be expected from the operator of highly dangerous activities, may lead to unfair decisions.

The Hungarian judicial practice determined the criteria for establishing the strict liability. Only those activities can be drawn into the meaning circle of the strict/objective liability for highly dangerous activities where in the course of carrying-on of those activities relatively slight abnormality or the operator's minor fault may result significant damages or situations jeopardizing life, bodily integrity or property of a large number of persons.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> KOCH, Bernhard A. Strict Liability. In: *PETL Comm* (supra note 3), p. 103.

<sup>9</sup> Budapest-Capital Regional Court of Appeal decision No. ÍH 2012/2/76.

The strict liability is pervaded by the compensating policy of tort law, thus the judge propend to establish strict liability in order to award the injured person as much as possible compensation for damages in cases which the tortfeasor can be exempted herself from liability on the general base of fault. As the so called operator<sup>10</sup> (keeper) of dangerous activity who is held liable for damages occurred from highly dangerous activities, the decision on strict liability locates the compensatory duty to the operator, (perhaps) freeing the actual tortfeasor.<sup>11</sup>

## 6 Other legal instruments to fulfil the functions of Tort Law

*Helmut Koziol* laid bare in his essay about the ways for harmonization of European Tort Law that other factors affecting tort law system can not be disregard; these are social security system, criminal law, administrative penalty law and insurance system.<sup>12</sup>

Any government concerned about protecting individuals from physical harm will use tort law in combination with other institutions. The first such institution was the *criminal justice system*.<sup>13</sup> The criminal punishments serve as instruments to fulfill deterrence function, not serve compensatory aims. But in the field of Tort Law in common law countries the punitive damages spread also, while in the continental European countries reject it.

While the criminal law holds off the tortfeasors to make injurious actions through the concept of deterrence, and primarily it has effect at an individual level, the social security system and the insurance systems provide

<sup>10</sup> The notion of operator came into being in the court practice: who was the owner of equipment being used to carry out the activity; in whose the interest the activity is carried out and who profited from that; who was able to control, coordinate, regulate and influence the activity; who was entitled to make fundamental decisions on how, where and when the dangerous activity was carried out. This English translation see in: FUGLINSZKY, Ádám. Risks and Side Effects: Five Questions on the New' Hungarian Tort Law (2014) 2 *ELTE Law Journal*. p 201.

<sup>11</sup> This aim can be noticed in some individual cases. E.g. Budapest-Capital Regional Court of Appeal decision No. Pf.21865/2013/4. In: other cases the court decisions stipulate that the operating of a water-chute is not a highly dangerous activity. i.e. Szeged Regional Court of Appeal no. Pf. III. 20 035/2007. (BDT2008:1866.)

<sup>12</sup> KOZIOL, Helmut. *Harmonising...* (supra note 7), p. 79.

<sup>13</sup> GEISTFELD, Mark A.. The Coherence of Compensation-Deterrence Theory in Tort Law. *PUBLIC LAW & LEGAL THEORY RESEARCH PAPER SERIES WORKING PAPER NO. 13-38* (2012), vol. 61. DEPAUL LAW REVIEW 383-418, p. 416.

coverage over or beside the liable person's wealth to compensate damages - in virtue of compensation concept, thereby it has effect at not individual, but at the level of the whole society.

In *Koziol's* opinion the interplay of tort law and social security law is of the highest importance when designing tort law provisions. In the area of personal injuries which occur with great chance in the course of carrying out highly dangerous activity, the social security system overlaps or at least transmutates the tort law providing for extensive or full compensation for victims, and it lowers the necessity of the defence of tort law.<sup>14</sup>

The *administrative law* not only sets rules to punish the deviant behaviour (fees and penalties) but also sets rules to determine conditions, requirements of carrying out certain dangerous activities (i.e. entertainment facilities in a fair, firearms). The licences or provisions from administrative authority or administrative law (the way or the requirements of carrying out the activity, the administrative control) aim to reduce the risk, but they are not in competition with the deterrent effect of the criminal sanctions.

However, the criminal law instruments for compensation are not efficient, the courts rarely make decisions about the private law claim during the course of the criminal proceedings even if they are obligated, they refer to the victims to bring a civil action.

In conclusion, the interactions between tort law and other legal instruments are inhomogeneous, but *none of them can take over the multiple roles of the tort law, especially neither its deterrent, nor its compensatory functions.*

In the area of strict liability the social security system and the (compulsory) liability insurance play huge role to compensate victim's damages. New interdisciplinary field of science Law and Economics dealt with the complex problem of the interaction between tort law and liability insurance. In this viewpoint the first question is what damages and what extent can be compensated through these systems, which one serves better the victim's or the tortfeasor's interests.

---

<sup>14</sup> KOZIOL, Helmut. *Harmonising...* (supra note 7), p. 81.

## 7 Interplay Tort Law and Liability Insurance

Dealing with the interplay of these two fields of law, the first question arose *what are the functions of Tort Law nowadays*. More authors stressed upon that the classical controversy or complementary functions of the liability, the prevention (deterrence) and the compensation (reparation), are not being operated with their classical meaning or role. *We can not speak about dichotomy*;<sup>15</sup> more functions, considerations have effects upon the regulation of liability, for example punitive damages serve as satisfaction when the injurer gives the injured person satisfaction, not only redresses the caused harm. The above-mentioned “pain and suffering” makes for the same goal, the claim for pain and suffering is independent from any occurred harm, from any non-pecuniary or immaterial disadvantage or loss, the injured person has to proof only the infringement of a personality right. This is the fundamental distinguishing feature between the claim for pain and suffering and the claim for damages. Obviously the infringement of a personality right (i.e. harm of bodily integrity or life) may trigger material losses, damages also.

Recently another concept also emerged which works with economical way of thinking, the question is asked that for whom the compensation of a damage is the cheapest in societal level. As the strict liability for highly dangerous activities was also being grounded the principle of “active interest”<sup>16</sup> among the European countries (it means that the damages occurred in the course of carrying-out the dangerous activity are to be compensated by one who profited from that) the economical approach is also massive in this field of liability.

<sup>15</sup> FÉZER, Tamás. Állandó mozgásban – Eszmetörténeti elemzés a polgári jogi felelősség funkcióiról. In: BARZO, Tímea; JUHÁSZ, Ágnes; LESZKOVEN, László; PUSZTAHELYI, Réka (szerk.). *Ünnepi tanulmányok Bíró György professzor 60. születésnapjára*. Miskolc: Novotni Alapítvány, 2015, pp. 167–178.

<sup>16</sup> In the case when there are no arguments for the culpability of all involved persons to obligate any of them to compensate these damages, damaging outcomes resulting from an activity ought to be shifted that party who carries out this activity for his own interest (translated by P.R.) „egy cselekvésből (aktivitás vállalkozás) előálló káros eredményeket oly esetekben, mikor azok bovahárítását illetőleg egyik érdekelt fél vétkességében sem lehet találni szempontokat, arra a félre kívánja hárítani, aki ezt az aktivitást a maga érdekében kifejtette.” See MARTON, Géza. Kártérítési kötelmek jogellenes magatartásból. In: SZLADITS, Károly (ed.). *Magyar Magánjog IV. issue: Kötelmi jog Különös része*. Budapest: Grill, 1942. p 815.

The interaction between tort law and insurance is not a recently issue in the academic research. In Hungary since the 1970's Hungarian law scientists (Eörsi<sup>17</sup>, Takács<sup>18</sup>) had worked out alternative solutions (or mentioned them under foreigner examples) to provide insurance system for victims' fully comprehensive compensation for damages (primarily) caused by motor vehicles (either keeper of the motor vehicle was exempted from liability or not), both of them mentioned also a compulsory insurance system for victims.

The European Centre of Tort and Insurance Law had completed a research project in which the interdependencies between liability law and insurance were examined.<sup>19</sup> In his paper about the results of this research project, Gerhard Wagner<sup>20</sup> distinguishes two basic approaches to the interplay between the two fields of law: the *deterrence model* and the *compensation model*. Under the deterrence model, which is the classical approach in the German-speaking countries of Europe, the tort system should be operated independently of the insurance aspect. The modern law and economics studies prefer the deterrence model to the compensation model, because the legal provision have effect on the behaviour of the actors, particularly the *rules of tort law provide potential tortfeasors and victims with incentives to take efficient precautions against harm*. His point made about liability insurance that the shifting of the cost of harm from tortfeasors to insurance companies and from there on to the public at large obviously destroys the incentives tort law generates, and it results moral hazard.

He mentioned that in some special areas, however, the insurance cover does have an impact on the determination of liability such as the liability in equity, damages for pain and suffering or implied agreements to exclude or limit delictual liability.

17 EÖRSI, Gyula. *A szerződésen kívüli felelősség és a Ptk. reformja*. (1972) 3. Jogtudományi Közlöny, p. 65.

18 TAKÁCS, Péter. *A gépjárművezető felelőssége és annak korlátai a gépjármű-felelősségbiztosítás tükrében*. (1976), 10, Jogtudományi Közlöny, pp. 571-578.

19 The results were published in issue on „Tort law and Liability Insurance“ in 2005, and further research project has been begun upon the issues of compulsory liability insurance. See WAGNER, Gerhard (ed.). *Tort Law and Liability Insurance. Tort and Liability Law series*. Vol 16. SpringerWienNewYork, 2005.

20 WAGNER, Gerhard. *Tort Law and Liability Insurance*. (2006) 31 The Geneva Papers on Risk and Insurance, p. 278.

The *compensation model* the tort law and the insurance system altogether provide victims of accidents with adequate compensation. If specific class of actors or specific activities attached with mandatory insurance, the policyholders' liability becomes stricter and stricter. We experienced that in the above –mentioned cases of water slides. The operator of a water park generally has to take out a policy (liability insurance) under the contract concluded with the park owner local government. According to the liability insurance the insurance company reimburses almost all the damages to the injured persons. We agree with *Wagner* that „*the liability of the policy-holder seems to be nothing more than an intermediate albeit necessary step, in order to trigger the obligation of the insurance company...*”<sup>21</sup>

The influence of the liability insurance upon the tort law can be perceived in the context of the so called “*constant dangerous activities*” in which cases the scope of the highly dangerous activity are drawn much more wider, when even looser chain of causality is sufficient to establish the liability. It means also that the operator can be exempted himself more difficult, the borders of realm of highly dangerous activity are wide. In this field the casual link between the dangerousness of the activity, its hazardous nature and the occurred damages are significant to examine. The first question is here whether the dangerous nature does depend on the actual operating of the motor propelling it or not. The courts have established the strict liability for damages caused by door-opening of a car with stopped engine<sup>22</sup>, caused by moved car without driver on a slope<sup>23</sup> or for damages occurred in bus/tram stops<sup>24</sup>. In these cases the

<sup>21</sup> WAGNER, G. *Tort Law and Liability Insurance*. (supra note 20) p. 281. Curious, then, that in a decision the Curia of Hungary stipulated that the victim's consent excludes the unlawfulness of the activity and therefore the insurance company under liability insurance scheme is obliged to recover the damages, nonetheless, it was undoubtedly proved that the victim was being in cahoots with the tortfeasor to do insurance fraud. Decision of Curia of Hungary no. 2011./195.

<sup>22</sup> Decision of Curia of Hungary no. EBH 2007./1692.

<sup>23</sup> Decision of Curia of Hungary no. BH2005./54. „The temporary lack of human control upon the dangerous activity(machine) does not abolish automatically the dangerousness of the activity” „Az emberi hatás átmeneti megszűnése a gépjármű veszélyes üzemi jellegét nem szünteti meg.”

<sup>24</sup> Decision of Budapest-Capital Regional Court of Appeal (Fővárosi Ítéltábla) No. Pf.21878/2008/3



notion "operation of motor vehicle" of the insurance contract may affect the dangerous character, the highly dangerousness of the certain activity.<sup>25</sup>

The legal practice has already shaped the axiom: *the scope of the dangerous activity should not be determined by the momentary situation, but by means of the whole course of the operation.*<sup>26</sup>

18. At the beginning of the 1950's more governments (Scandinavian countries first) built up a non-fault compensatory systems which mixed the strict/non-fault liability with state-subsidised insurance scheme in favour of the defense of the victim. In the opinion of *Ákos Szalai*, by spreading of these non-fault systems, the compensation model does not support the liability for damages, and these systems does not serve deterrent aim at all. He says that the liability insurance does not cancel the deterrence function of the tort law, because the insurance company sues the policy-holder/tortfeasor for damages under its regress right.<sup>27</sup>

19. *Ina Ebert* draws attention to further effects of the liability insurance. She points out that sum of the claim for damages depends on not only the liability of tortfeasor or not his wealth, but it depends primarily on the amount of liability coverage: *coverage breeds claims.*<sup>28</sup> In those fields, where the insurance company is imposed to pay compensation, the examination of contributory negligence or the causality is being changed (e.g. the assumption that is two cars driving one behind the other crash, the driver of the car at the rear is at fault). Common interest of the tortfeasor and the victim arises also that two of the try to avoid any decision that establishes that the tortfeasor acted intentionally, because the liability insurance does not cover intentional harm.

25 BATA, Tímea. *A gépjármű veszélyes üzemi jellegének megszűnésével összefüggésben keletkezett károk megítélése a bírói gyakorlatban.* (2011) 4. VII. Istum Aequum Salutare pp. 183-191; MÁRTON, Mária. *Okozatossági problémák az objektív felelősség körében.* (2009) 1. Glossa Iuridica, pp. 68-71.

26 Decision of Curia of Hungary no. BH1977./491.

27 SZALAI, Ákos. *Prevenció és reparáció a kártérítési jogban – A kártérítési jog és alternatívái a két cél szolgálatában* (2014). 3 Állam- és Jogtudomány, pp. 36-59.

28 EBER, Ina. Tort Law and Liability Insurance In: BUSSANI-ANTHONY, Mauro; SEBOK, J. (eds.). *Comparative Tort Law: Global Perspectives.* Edward Elgar Publishing, 2015. p. 145.

## 8 Conclusions

Summarizing the above-mentioned issues, the Hungarian system of delictual liability law ‘suffered’ not so many drastic changes through coming into force the new HCC.

The general clause for liability based upon rather objective elements of blameworthiness is sufficient in parallel with the international harmonizing tendencies. The method of regulation for strict liability, the general clause is quite flexible that can be applied in the new cases arising from the technical and social changes. But this broad interpretation of highly dangerousness, the lack of any principle or guiding-interpreting provision may result that the interactions between tort law and other field of law, especially insurance law may distort the pure and adequate appliance of the strict liability.

One other thing the legislator owes to clearly define what aims or functions of the tort law is to fulfil nowadays and whether the legislator should take into consideration the other instruments which interplay with tort law, in particular, in the field of strict liability.

### Literature

- BATA, Tímea. A gépjármű veszélyes üzemi jellegének megszűnésével összefüggésben keletkezett károk megítélése a bírói gyakorlatban. (2011) 4 *Iustum Aequum Salutare*, pp. 183-191.
- EBER, Ina. Tort Law and Liability Insurance. In: BUSSANI-ANTHONY, Mauro; SEBOK, J. (eds.). *Comparative Tort Law: Global Perspectives*. Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 144-150.
- EÖRSI, Gyula. *Elbátárolási problémák az anyagi felelősség körében*. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1962.
- EÖRSI, Gyula. A szerződésen kívüli felelősség és a Ptk. reformja. (1972) 3 *Jogtudományi Közlöny*, pp. 65-75.
- FÉZER, Tamás. Állandó mozgásban – Eszmetörténeti elemzés a polgári jogi felelősség funkcióiról. In. BARZÓ, Tímea; JUHÁSZ, Ágnes; LESZKOVEN, László; PUSZTAHELYI, Réka (szerk.). *Ünnepi tanulmányok Bíró György professzor 60. születésnapjára*. Miskolc: Novotni Alapítvány, 2015, pp. 167-178.

- FUGLINSZKY, Ádám. Risks and Side Effects: Five Questions on the 'New' Hungarian Tort Law (2014) 2 *ELTE Law Journal*, pp. 199-221.
- GEISTFELD, Mark A. The Coherence of Compensation-Deterrence Theory in Tort Law. *PUBLIC LAW & LEGAL THEORY RESEARCH PAPER SERIES WORKING PAPER NO. 13-38 (2012) 61 DEPAUL LAW REVIEW*. pp. 383-418.
- HARMATHY Attila. XXVI. cím: A kártérítési felelősség általános szabálya és közös szabályai. In: WELLMANN, György (ed.). *Polgári Jog Az új Ptk. magyarázata* (2<sup>nd</sup> edn) VI/VI. Budapest: HVG-ORAC, 2014, pp. 470-509.
- KOCH, Bernhard A. Defences in General. In: *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law Text and Commentary*. SpringerWienNewYork, Austria, 2005, 126 p. (PETL Comm).
- KOCH, Bernhard A. Strict Liability. In: *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law Text and Commentary*. SpringerWienNewYork, Austria, 2005, 103 p.
- KOZIOL, Helmut. Harmonising Tort Law in the European Union: Advantages and Difficulties (2013) 1 *ELTE Law Journal*, pp. 73-88.
- LANDI, Balázs. A jogellenesség, mint a deliktuális felelősség tényálláselemének jelentősége és jelentés-változásai Grosschmid Béni, Zachár Gyula és Kolosváry Bálint elméleti írásaiban. In: CSEHI, Zoltán; KOLTAY, András; LANDI, Balázs; POGÁCSÁS, Anett (eds.). *(L)EX CATHEDRA ET PRAXIS Ünnepi kötet Lábady Tamás 70. születésnapja alkalmából*. Budapest: Pázmány Péter Katolikus Egyetem, Jog- és Államtudományi Kar, 2014, pp. 157-185.
- MARTON, Géza. Kártérítési kötelek jogellenes magatartásból. In: SZLADITS, Károly (ed.). *Magyar Magánjog IV. issue: Kötelmi jog Különös része*. Budapest: Grill, 1942, 815.
- MÁRTON, Mária. Okozatossági problémák az objektív felelősség körében. (2009) 1 *Glossa Iuridica*, pp. 68-71.
- SOLT, Kornél. Kogencia és diszpozitivitás a veszélyes üzemi kártérítési felelősség körében. (1968) 6 *Jogtudományi Közlemény*, pp. 302-307.

- SZALAI, Ákos. Prevenció és reparáció a kártérítési jogban – A kártérítési jog és alternatívái a két cél szolgálatában (2014) 3 *Allam- és Jogtudomány*, pp. 36-59.
- TAKÁCS, Péter. A gépjárművezető felelőssége és annak korlátai a gépjármű-felelősségbiztosítás tükrében. (1976) 10 *Jogtudományi Közlemény*, pp. 571-578.
- WAGNER, Gerhard. Tort Law and Liability Insurance. (2006) 31. *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, pp 277-299.
- WAGNER, Gerhard (ed.). Tort Law and Liability Insurance. *Tort and Liability Law series: Vol 16*. SpringerWienNewYork, 2005.
- WIDMER, Pierre. Liability based on fault European Group on Tort Law. In: *Principles of European Tort Law Text and Commentary*. SpringerWienNewYork, 2005, p. 77.

### Contact – e-mail

*reka.pusztahelyi@gmail.com*

*jogreka@uni-miskolc.hu*

# Overview of the System of the European Union Legal Framework in the Field of Copyright Law

*Edit Sági*

University of Miskolc, Faculty of Law, Hungary

## Abstract

The aim of this paper is to make a short summary about the legal framework of copyright law in the European Union. In the field of copyright law there are lots of European Union regulations. We also need to take into consideration that several international treaties, conventions, agreements regulate this field. The reason of the significant international legislation in the area of copyright law is the special nature of copyright relations, which cannot be restricted into boundaries, so copyright relations require the international and European regulations. In this paper we put the emphasis on the EU Directives.

## Keywords

Copyright Law; European Union; Legal Harmonisation; Author; Directive.

## 1 Introduction – System of intellectual property law

Intellectual property law is dealing with the rules relating to intellectual creations and executing of these exclusive rights. It has two areas, copyright law, which is the central topic of the paper, and industrial property law. According to some viewpoints competition law is also part of intellectual property law<sup>1</sup>, what is near to industrial property law (especially to the rules relating to trademarks and industrial designs). Industrial property law contains the followings: patent, trademark, industrial design, and geographical indication.

Copyright law is the part of intellectual property law which is dealing with literary, artistic and scientific creations and gives the author and artists exclusive rights over their creations (works). Copyright law does not contain

---

<sup>1</sup> CSÉCSY, György. *A szellemi alkotások joga*. Miskolc: Novotni Alapítvány, 2007.

so defined parts as industrial property rights, it only stipulates that the work is under protection if it is deriving from the intellectual activity of the author and it is an original and individual creation. Subjects of copyright protection can be especially novels, plays, computer programs, databases, films, musical compositions, choreography, photographs, maps, sculptures, technical drawings.

In this paper I put emphasis on the legal system of copyright law in the European Union. First we need to mention, that there are numerous international and European Union's legal sources regarding to copyright law. In this paper I will present the relevant Copyright Directives of the European Union but I will list the most important international copyright agreements as well. Despite the fact that the topic of the paper is the law of the European Union<sup>2</sup>, I would like to briefly introduce the Berne Convention too, because this was the milestone, which initiated the integrated international ruling of copyright law.

## **2 International regulations of Copyright law – the Berne Convention**

The most important international agreements on copyright are the followings:

- Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, adopted in 1886;
- Universal Copyright Convention adopted at Geneva, 6<sup>th</sup> September 1952;
- Rome International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, adopted in 1961;
- Agreement on Establishing WIPO, adopted at Stockholm, in 1967;
- Geneva Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorized Duplication of Their Phonograms, in 1971;

---

<sup>2</sup> We would like to mention, that the EU signed most of the international treaties as well, which means that the European Union needs to constitute its legal regulations in harmonization with the international conventions.

- WIPO Copyright Treaty and WIPO Performances and Phonograms Treaty adopted in Geneva, in 1996;
- Marrakesh Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, adopted in 1998.

The international history of copyright law started with the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, which is the oldest international agreement in the field of copyright law. The Convention was adopted in 1886, but it was revised and amended several times. The Convention established the Berne Union<sup>3</sup>, what consists of the Member States of the Convention. The most important task of the Union is the protection of authors' literary and artistic works. One of the original problems, which led to the adoption of the Convention, was that the authors' works were protected only in the country of the origin and in the other countries the work could be used and translated freely. Authors' licences were required only if the country of the user and the country of origin concluded a bilateral agreement about the exploitation of the work, but the number of these kinds of contract were considerably few.<sup>4</sup> The conception of a *general copyright convention* was emerged first in 1878 on the Paris World's Fair. The idea was that all of the contracting states' authors shall enjoy the same rights in every contracting state. This was the main principle of the international copyright conference as well, which was held in Berne, 1884, where the draft of the Berne Convention was adopted.<sup>5</sup> In harmonization with the main principle the most important acquisition of the Convention was that it established the obligation of protection, so the literary and artistic works enjoyed protection in all countries of the Union.<sup>6</sup> It is also a significant rule that the Convention regulates about the inheritance of the copyright, when states that „*This protection shall operate for the benefit of the author and his successors in title.*”<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Berne Convention, Article 1.

<sup>4</sup> Viktor Ranschburg: A szerzői jog nemzetközi védelmére alkotott Berni Egyezmény vonatkozásai Magyarországra. Budapest. Eggen-Berger. 1901.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Berne Convention, Article 2 (6).

<sup>7</sup> Berne Convention, Article 2.(6).

According to the Article 2 of the Convention, the expression of „literary and artistic works” means „*every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings; lectures, addresses, sermons and other works of the same nature; dramatic or dramatico-musical works; choreographic works and entertainments in dumb show; musical compositions with or without words; cinematographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to cinematography; works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving and lithography; photographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to photography; works of applied art; illustrations, maps, plans, sketches and three-dimensional works relative to geography, topography, architecture or science.*” The Convention also gives the right to the Member States, to decide the kind of works which aren’t under protection; this is the so-called *Possible Limitation of Protection of Certain Works*. This negative scope is limited, because it is relating only to political speeches and speeches delivered in the course of legal proceedings.<sup>8</sup>

The Berne Convention is very important because it provided the basis of the copyright law, what is known until today as well. The protection is based on three fundamental principles. First of all the „*principle of national treatment*”, which means that the work originates in one of the contracting state (works the author of which is a national of such a State or works first published in such a State), than it must be given the same protection in each of the other Contracting States as the latter grants to the works of its own nationals. According to the second, the „*principle of automatic protection*”, the protection isn’t depends on any formality. The „*principle of independence of protection*” means that protection is independent of the existence of protection in the country of origin of the work.<sup>9</sup>

### 3 The objectives and logic of the legal regulations

In the field of copyright law key concepts can be found, which can be considered as the general principles of the copyright area. Copyright regulation system is determined by these guardian key concepts and most of the

<sup>8</sup> Berne Convention, Article 2bis (1).

<sup>9</sup> [Http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary\\_berne.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html)



EU Directives' and international treaties were adopted by the alongside of these issues. The goals are the followings: encouraging the creative activity, promotion of protection of intellectual property throughout the world.

The aim of copyright legal system is complex, because the regulation needs to create and maintain the balance between the interest of authors, users and public, while the regulation system needs to be suitable for the encouragement of creating new intellectual creations. In order to incite intellectual creations, copyright acts regulate the system of moral rights and economic rights for authors.<sup>10</sup> The created balance of interests needs to be carried out between public and private interest, on the side of authors, users, and on the side of the society, which is the audience in the broader sense as well. The shift in the balance of interests in copyright law relationships can be found especially in the area of license agreements. To eliminate this situation the lawmaker established some guarantee legal regulations into the copyright acts. It needs to be emphasized that these warranty regulations are declared for the benefit of authors, because they can be in a more defenceless situation in a contracting process.<sup>11</sup>

Copyright law is the area of law which necessitate international regulations.

#### **4 Regulations of European Union in the field of copyright law**

Copyright law is such a legal area, which requires significant legal harmonisation all over the European Union. The most important reason of the significant and numerous EU legal regulations related to copyright law is the internal market and the nature of copyright relation, because in the time of information society these can be cross-border relations. On the one hand, it is a great possibility, both for authors and for users (for the whole society), but on the other hand the cross-border relations could cause many problems (just think about the infringement of copyright). According to these issues we can state, that the law-makers are not in a favourable situation, when they need to settle up a system of regulations in a way, where

---

<sup>10</sup> See more in the detailed argument of Copyright Act.

<sup>11</sup> GYENGE, Anikó. *A szerzői mű ára – díjak az egyedi felhasználási szerződésekben*. Part 1, Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle, 2004/12. <http://www.sztnh.gov.hu/hu/kiadv/ipsz/200412/01-gyenge-aniko.html?printable=1#1>

they have to take into consideration the principle of interdependence and the interests and rights of authors, users and the public.<sup>12</sup> This social and legal situation became more complex and complicated since the free flow of information.<sup>13</sup>

The harmonization of the law of copyright in the European Union had two phases, with different ambitions and goals. According to this distinction, we can talk about the first and the second generation of the directives.<sup>14</sup>

## 5 First generation Directives

First generation directives are the Software Directive<sup>15</sup>, the Rental Right Directive<sup>16</sup>, the Satellite and Cable Directive<sup>17</sup>, the Term Directive<sup>18</sup>, the Database Directive<sup>19</sup>, the Information Society Directive<sup>20</sup>, the Resale Directive<sup>21</sup> and the Enforcement Directive<sup>22</sup>. The historical background of these directives was the Green Paper of the European Commission<sup>23</sup>,

<sup>12</sup> See more: HILTY, Reto M.; NÉRISSON, Sylvie. The Balance of Copyright. In: BROWN, Karen B.; Snyder, David V. (ed.). *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. Springer, 2012, p. 355.

<sup>13</sup> RIKOWSKI, Ruth. *Rethinking the „Balance in Copyright“: 3 parts to the balance, not just one!* 1. (available on SpringerLink).

<sup>14</sup> GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, Bernt. *International Copyright, Principles, Law and Practice*. Third Edition, Oxford University Press, 2013, p. 67.

<sup>15</sup> Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs [OJ L 122, 17. 5. 1991].

<sup>16</sup> Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property [OJ L 346, 27. 11. 1992].

<sup>17</sup> 93/83/EEC of 27 September in 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and right related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission. [OJ L 248, 6. 10. 1993].

<sup>18</sup> Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights [OJ L 290, 24. 11. 1993].

<sup>19</sup> Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases [OJ L 77, 27. 3. 1996].

<sup>20</sup> Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society [OJ L 167, 22. 6. 2001].

<sup>21</sup> Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art [OJ L 272, 13. 10. 2001].

<sup>22</sup> Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights [OJ L 157, 30. 4. 2004].

<sup>23</sup> Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology, Published in 7 June, 1988.

which was published in 1988.<sup>24</sup> The first Green Paper was a comprehensive report, focused on the challenges of technology and its relation to copyright. During the time of the first generation directives, a report of the Green Paper followed it. This was the *Follow-Up to the Green Paper* in 1991.<sup>25</sup> The most important goal of the report was to adopt some directives in the field of copyright law, especially in relation with computer programs, rental rights, time of protection, databases and satellite. As we can see above, these objectives materialized.

The first Directive in the field of copyright law was the Software Directive, and the main objective was to harmonise the Member States' rules on computer programs.<sup>26</sup> The Directive gave the coherent definition of „*computer program*”, because the rules of Member States weren't integrated in this question. According to the Directive, „*the term 'computer program' shall include their preparatory design material (...) and computer programs shall be protected by copyright as literary works.*” The Directive also declared the authorship of the computer program as well. „*The author of a computer program shall be the natural person or group of natural persons who has created the program or, where the legislation of the Member State permits, the legal person designated as the rightholder by that legislation.*”<sup>27</sup>

The *Rental Right Directive* regulated the rights of commercial rental and lending. The Directive was modified and replaced by the Directive 2006/115/EC. In this paper we will present the main lines of the Rental Right Directive under the next title.

The *Satellite Directive* is regulated alongside by two main issues, the satellite broadcasting and cable retransmission. The purpose of the Directive was to promote the free cross-border satellite broadcasting of programmes and the cable retransmission from other Member States. The Hungarian Copyright Act (HCA) – according to the Directive – also contains regulations about the broadcasting and cable retransmission, as one of the economic rights

<sup>24</sup> GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, Bernt. *International Copyright, Principles, Law and Practice*. Third Edition, Oxford University Press, 2013, p. 67.

<sup>25</sup> See more in EFRONI, Zohar. *Access-right: The Future of Digital Copyright Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 295-298.

<sup>26</sup> MARINESCU, Ana-Maria. EU Directives in the field of copyright and related rights, In.: RÓTH, Erika (ed.). *Via scientiae iuris*. University of Miskolc, 2015, p. 253.

<sup>27</sup> Directive, Article 2.

of author.<sup>28</sup> According to the Directive rightholders shouldn't need to clear right in all countries individually.<sup>29</sup> This regulation unburdened the method of broadcasting and retransmission. The Directive regulates the compulsory collective rights management, which means that the collective societies are assigned to exercise authorization of broadcasting and retransmission.

The *Term Directive* was adopted first in 1993, but it has been replaced in 2006<sup>30</sup>, and the second term directive was amended in 2011. The duration of copyright is such a question, what changed over time. According to the history of copyright and especially of the duration of protection we can see that this time continually increasing. The 1993 Directive regulated the duration of authors' right and stated that the duration of protection shall „*run for the life of the author and for 70 years after his death, irrespective of the date when the work is lawfully made available to the public.*”<sup>31</sup> The duration of related rights is 50 years and it should be calculated on the basis of different dates. In the case of performance the basis of the calculation is the date of the performance, in the event of producers of phonograms it is when the fixation is made and of broadcasting organizations it is the first transmission of a broadcast. According to this we can see that authors' right were protected on a higher level.

The Directive 2006/116/EC replaced the 1993 Term Directive. The 2006 version was amended in 2011.

The *Database Directive* is a two-rate protection regime for electronic and non-electronic databases. The first step is that Member States have to protect databases as intellectual creations under the regulations of copyright. The second level is that they need to provide a new right for database producer.<sup>32</sup> This new right is a *sui generis* right for the creators of databases. To put it in a nutshell, the creator can prohibit the unauthorised retrieval and / or re-use of the content.<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup> Act LXXVI of 1999 on Copyright Law, Article 26, 27, 28.

<sup>29</sup> Paul Goldstein – Bernt Hugenholtz: International Copyright, Principles, Law and Practice, Third Edition, Oxford University Press, 2013, p. 68

<sup>30</sup> 2006/ 116/EC Directive

<sup>31</sup> Directive, Article 1

<sup>32</sup> Paul Goldstein – Bernt Hugenholtz: International Copyright, Principles, Law and Practice, Third Edition, Oxford University Press, 2013, p. 69

<sup>33</sup> [Http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/HU/LSU/?uri=CELEX:31996L0009 & qid=1452121788166](http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/HU/LSU/?uri=CELEX:31996L0009&qid=1452121788166)

In 2001 the Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society was adopted (*Infosoc Directive*). The aim of the Directive was the general and periodical arising need that copyright regulations have to act upon the new challenges of the modern technique and social needs.

In particular, the Directive regulates three main areas of copyright law: reproduction rights, the right of communication and distribution rights.

The reason that reform of copyright related regulations emerging from time to time shows that the social changes call for new regulations. In most of the cases, these needs emerge from the development of information technology.

The second directive in 2001 was the *Resale Right Directive*. The main objective of the Directive was to harmonize the legislation of Member States in the way that stipulates a compulsory resale right for the benefit of the author. Resale right is the inalienable right of the author of an original work of art, for which he receives a percentage of the price obtained for any resale, made by professionals from the art market of this work (auction houses, galleries or any other art market). Resale right is a special right of the original author of the work. In Hungary – because of the regulation of Berne Convention about resale right – the legal institution is regulated since 1978. Nowadays the Hungarian Copyright Act stipulates the rules of resale right in a separate chapter. This is the Chapter X about designs for fine art, photographic, architectural, and applied art works as well as industrial designs and technical structures.<sup>34</sup> According to the Directive, the most important criterion to the application of the benefit is that the entitled person can only be the author of the *original* work.<sup>35</sup> The abovementioned balance of copyright can also be found in the ruling of resale right, because resale right is an integral part of copyright and is an essential prerogative for authors that the need for providing creators with an adequate and standard level of protection can be ensured by the resale right.

---

<sup>34</sup> See more about the resale right in Hungary: KISS, Tibor. A követő jog – Egy jogintézmény múltja, jelene és jövője a magyar szerzői jogban. *Miskolci Jogi Szemle*. 2007/1; GYENGE, Anikó. A képzőművészeti alkotások szerzői jogi védelméről – különös tekintettel a követő jogi szabályozás módosítására, *Infokommunikáció és Jog*. 2005/3.

<sup>35</sup> Directive Preamble (1).

Resale right has been ruled by the Berne Convention already, but it could have been endorsed in the case if the country of origin also admits it. This limitation is antagonistic with the main conception of the European Community. These reasons led to the adoption of the Directive.

The Directive also determines the amount of the rates, so called threshold, to which the author is entitled. The Directive gives the right to the Member States to determine the minimum sale price, but it cannot exceed 3000 €. <sup>36</sup> The Directive calls the amount of the rate a „royalty”. According to the expression of royalty it can be stated, that the amount is determined by percentages of the amount is based on the sale price and the author is entitled to the royalty after any further sale.

The *Directive on the enforcement of intellectual property rights* stipulates that all Member States need to apply effective, proportionate and dissuasive remedies and penalties against counterfeiting and piracy. These measures and procedures should be sufficiently dissuasive, but avoid creating barriers to legitimate trade and offer safeguards against their abuse. In Hungary<sup>37</sup>, the enforcement and protection of copyright constitutes a complex system of sanctions, because there are so-called civil law sanctions regulated by the Hungarian Copyright Act and in connection with the Hungarian Civil Code<sup>38</sup> and there are criminal law sanctions stipulated by the Criminal Code.<sup>39</sup> The Hungarian Copyright Act<sup>40</sup> declares that „If his [the author's] rights are infringed, the author may – in accordance with the circumstances of the case – have recourse to the civil law remedies. (...)” Furthermore *in the event of copyright infringement the author may also demand compensation for damages in accordance with the provisions of civil liability*<sup>41</sup>. *In the event of any violation of personal rights (...) author may also demand restitution*<sup>42</sup> *in accordance with the general rules of civil law.”*

<sup>36</sup> Directive, Article 3, Section 1-2.

<sup>37</sup> About the relation between the Union's and Hungarian regulation see: BACHER, Vilmos; FALUDI, Gábor: Jogérvényesítés a szellemi tulajdon-jogok területén. *Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle*. 2005/04. <http://www.sztnh.gov.hu/hu/kiadv/ipsz/200504/01-bacher.html#2>

<sup>38</sup> Act V of 2013 on the Hungarian Civil Code (HCC). This is the new Hungarian Civil Code, its ancestor was the Act IV of 1959 on the Civil Code.

<sup>39</sup> Act C of 2012 on the Criminal Code (CC).

<sup>40</sup> Chapter XIII of HCA, Article 94.

<sup>41</sup> Stipulates by the Title XXVI of HCC.

<sup>42</sup> Regulated by Section 2:52. of HCC.

With this sanction system, the appropriate enforcement and protection of copyright and related rights is realizing in Hungary.<sup>43</sup>

In the 1990 s a new proposal was also on the agenda of the European Commission's harmonization programme, after the adoption of the Enforcement Directive as the last one in the work program of the Green Paper in 1988.<sup>44</sup> The next Green Paper was adopted in 1995 and is entitled the „Copyright and Related Rights in the Information Society”.

## 6 Second generation Directives

As I mentioned it before, in 2006 the *Term Directive* has been amended. The Directive 2006/116 on the term of protection of certain related rights was also modified by the Directive 2011/77/EU. The term of the protection has been extended to 70 years for performers and sound recordings too. The cause of the extension of the term of protection was that, „performers generally start their careers young and the current term of protection of 50 years applicable to fixations of performances often does not protect their performances for their entire lifetime. Therefore, some performers face an income gap at the end of their lifetime. In addition, performers are often unable to rely on their rights to prevent or restrict an objectionable use of their performances that may occur during their lifetime.”<sup>45</sup>

The modification brings the rights of authors and rights of performers closer to each other with regard to the term of protection. Due to the modification performers entitled to a remuneration over a longer period of time.<sup>46</sup>

The *second Directive on Rental Rights and Lending Rights*<sup>47</sup> was adopted in 2006 and this modified the first Rental Right Directive. Like all of the copyright

<sup>43</sup> See more in this topic: SÁPI, Edit. A szerzői jogi jogsértés következményeiről – különös tekintettel a kártérítés, az alaptalan gazdagodás visszatérítése és a sérelemdíj alkalmazhatóságára. In: *Decem anni in Europae Untione*, Miskolc, 2015. National Report on the Directive 2004/48/EC [http://www.sztnh.gov.hu/jogervenyesites/Nemzeti\\_Jelentes.pdf](http://www.sztnh.gov.hu/jogervenyesites/Nemzeti_Jelentes.pdf)

<sup>44</sup> GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, Bernt. *International Copyright, Principles, Law and Practice*. Third Edition. Oxford University Press, 2013, p. 69.

<sup>45</sup> Directive, Preamble, (5).

<sup>46</sup> MARINESCU, Ana-Maria. EU Directives in the field of copyright and related rights, In.: RÓTH, Erika (ed.). *Via scientiae iuris*. University of Miskolc, 2015. p. 256.

<sup>47</sup> Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property [OJ L 376, 27. 12. 2006].

legislations the origin of this Directive was also the importance and increasing development of the technology and the modern social needs. The abovementioned balance of the copyright appears in this Directive as well. The provisions of the Directive oblige the Member States to make laws which ensure the right to authorise or prohibit the rental<sup>48</sup> and lending<sup>49</sup> of originals and copies of copyright works.

According to the Directive, authors and performers are entitled to get equitable remuneration. Additionally they have the right to entrust the administration of this right to collecting societies representing them. The definition of „equitable remuneration” also occurs in lots of copyright related legal documents, but it is a quite flexible terminology.

Important part of the Directive is the limitation of rights, but the limitation of the rights is just an opportunity for the Member States, not an obligation.<sup>50</sup> Cases of the limitation are the followings: private use, use of short excerpts in connection with the reporting of current events; ephemeral fixation by a broadcasting organisation by means of its own facilities and for its own broadcasts and use solely for the purposes of teaching or scientific research.<sup>51</sup>

The *2009/24 Directive on legal protection of computer programs*<sup>52</sup> was born as the result of the amendment of the Directive 1991/250/EEC. The cause of the new Directive can be found especially in the increasing role of the computer program technology. As its ancestor, the new Directive declares also, that computer programs should be protected as literary works. Computer programs also include their preparatory design material as well. The Directive regulates the authorship of the computer programs, the scope and the limitations of the exclusive rights of the rightholder, and some special measures of protection as well.

---

<sup>48</sup> „Rental means making available for use, for a limited period of time and for direct or indirect economic or commercial advantage.” (Article 2. (1) a)).

<sup>49</sup> „Lending means making available for use, for a limited period of time and not for direct or indirect economic or commercial advantage, when it is made through establishments which are accessible to the public.” (Article 2. (1) b)).

<sup>50</sup> Article 10: Member States may provide for limitations to the rights (...).

<sup>51</sup> Article 10. 1 Section, a) – d).

<sup>52</sup> Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs [OJ L 111., 5. 5. 2009].



On the 25<sup>th</sup> of October, 2012 the Directive of orphan works<sup>53</sup> was adopted. The Hungarian legal regulation preceded the EU harmonization. In Hungary, orphan works are regulated since 2009<sup>54</sup>. In Hungary, the original problem, which proved the need for the legal regulation on orphan works, was the settlement of the Hungarian films, which was born before the World War II.<sup>55</sup>

According to the Directive, a work or phonogram should be regarded an orphan work, if none of the rightholders of work or phonogram is identified or, even if one or more of them is identified, none is located despite a diligent search.<sup>56</sup> It is important, that the Directive does not concern to the national regulations of anonymous or pseudonymous works.<sup>57</sup> Orphan works or phonograms can be used only if the diligent search<sup>58</sup> had been already performed.<sup>59</sup>

The scope of the directive is quite different, than other copyright law Directives, because according to the Article 1 of the Directive, its scope concerns to certain uses of orphan works by publicly accessible libraries, educational establishments and museums, as well as by archives, film or audio heritage institutions and the public-service broadcasting organisations, what are established in the Member States, in order to achieve aims related to their public-interest missions.

The Directive declares the mutual recognition in relation to orphan works, which means, that if a work or phonogram is considered an orphan work in a Member State, it shall be considered an orphan work in all Member States.<sup>60</sup>

<sup>53</sup> Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works [OJ L 299., 27. 10. 2012].

<sup>54</sup> In the United Kingdom for example, there were no orphan works regulation until 2014. <http://copyrightuser.org/topics/orphan-works/>. 29<sup>th</sup> October 2014 was the deadline of the implementation.

<sup>55</sup> GRAD-GYENGE, Anikó. Magyar árvák valahol Európában. *Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle*. 2012/6, pp. 31-32.

<sup>56</sup> Directive, Article 2 (1).

<sup>57</sup> Directive, Article 2 (5).

<sup>58</sup> In accordance with the 3 Article of the Directive, the *„diligent search shall be carried out in the Member State of first publication or, in the absence of publication, first broadcast, except in the case of cinematographic or audiovisual works the producer of which has his headquarters or habitual residence in a Member State, in which case the diligent search shall be carried out in the Member State of his headquarters or habitual residence.”*

<sup>59</sup> Article 3 (1).

<sup>60</sup> Article 4.

The Directive also regulates the permitted uses of orphan works and with this regulation a certain limitation is also materialized. According to this regulation, Member States have to provide for an exception or limitation to the right of reproduction and the right of making available to the public, which is provided by the Infosoc Directive, for the purpose to ensure that the entitled organisations<sup>61</sup> could use orphan works in certain ways. These certain ways are the followings: the aim of the limitation is to use orphan works contained in their collections by making it available to the public, by acts of reproduction. The limitation is realizing for the purposes of digitisation, making available, indexing, cataloguing, preservation or restoration. According to this limitation it can be stated, that this is the first Directive in the field of copyright law, in which the focus is the limitation.<sup>62</sup>

The last Directive until recently was the *collective management Directive*<sup>63</sup>, and the deadline for the implementation is 10<sup>th</sup> April 2016. The directive is designed to improve the online licensing of music by collective management organisations<sup>64</sup> across the EU. The Directive allows a so-called „multi-territorial” licencing, what allows to online music service providers to obtain licences from collective management organisations operating across EU borders. According to the Recital of the Directive, this type of licensing is expected to give consumers wider choice to download music or to listen to it in streaming mode and to encourage the development of new models of music access. The development of legal online music services across the EU is also expected to help in the fight against online infringements of copyright.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> The Article 1 (1) of Orphan Works Directive lists these institutions: publicly accessible libraries, educational establishments and museums, as well as by archives, film or audio heritage institutions and public-service broadcasting organisations, established in the Member States.

<sup>62</sup> GRAD-GYENGE, Anikó. Magyar árvák valahol Európában. *Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle*, 2012/6. 33 p.

<sup>63</sup> Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market [O] L 84, 20. 3. 2014].

<sup>64</sup> Management of copyright includes granting licences to users, monitoring the use of rights, collecting revenues and distributing them.

<sup>65</sup> [Http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=CELEX:32014L0026 &qid=1452377573570](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=CELEX:32014L0026 &qid=1452377573570)

## 7 Summary

As we can see, the European harmonization covers almost all field of the copyright. It can be regarded typically, that harmonization is urgent in those fields of copyright mostly, where the amount of the digitalization is able to harm or endanger copyright and related rights.

EU harmonization is a continuous legislation, where, in accordance with the new needs of society and most important interests of rightholders, the revision and amendment of Directive is also common and unavoidable.

Since the last Directive was adopted, the implementation obligation has not executed yet in all of the Member States. The deadline of the transposition is 10<sup>th</sup> April, 2016, what means, that the problems and issues which occur in the practice will appear in this year.

### Literature

BACHER, Vilmos; FALUDI, Gábor. Jogérvényesítés a szellemi tulajdonjogok területén. *Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle*. 2005/04.

CSÉCSY, György. *A szellemi alkotások joga*. Miskolc: Novotni Alapítvány, 2007

EFRONI, Zohar. *Access-right: The Future of Digital Copyright Law*. Oxford University Press. 2011,

GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, Bernt. *International Copyright, Principles, Law and Practice*. Third Edition, Oxford University Press, 2013.

GYENGE, Anikó. A szerzői mű ára – díjak az egyedi felhasználási szerződésekben. Part 1, *Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle*. 2004/12.

GYENGE, Anikó. A képzőművészeti alkotások szerzői jogi védelméről – különös tekintettel a követő jogi szabályozás módosítására. *Infokommunikáció és Jog*. 2005/3

GRAD-GYENGE, Anikó. Magyar árvák valahol Európában. *Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle*. 2012/6.

HILTY, Reto M.; Nérison, Sylvie. The Balance of Copyright. In: BROWN, Karen B.; SNYDER, David V. (ed.). *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. Springer, 2012.

- KISS, Tibor. A követő jog – Egy jogintézmény múltja, jelene és jövője a magyar szerzői jogban. *Miskolci Jogi Szemle*. 2007/1.
- MARINESCU, Ana-Maria. EU Directives in the field of copyright and related rights. In: RÓTH, Erika (ed.). *Via scientiae iuris*. University of Miskolc, 2015.
- RANSCHBURG, Viktor. *A szerzői jog nemzetközi védelmére alkotott Berni Egyezmény vonatkozásai Magyarországra*. Budapest. Eggen-Berger. 1901
- RIKOWSKI, Ruth. *Rethinking the „Balance in Copyright”: 3 parts to the balance, not just one!* 1 (available on SpringerLink).
- SÁPI, Edit. A szerzői jogi jogsértés következményeiről – különös tekintettel a kártérítés, az alaptalan gazdagodás visszatérítése és a sérelemdíj alkalmazhatóságára. In: *Decem anni in Europae Unione*. Miskolc, 2015.
- Berne Convention.
- Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology, Published in 7 June, 1988.
- Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society in 1995.
- Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs [OJ L 122, 17. 5. 1991].
- Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property [OJ L 346, 27. 11. 1992].
- Directive 93/83/EEC of 27 September in 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and right related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission. [OJ L 248, 6. 10. 1993].
- Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights [OJ L 290, 24. 11. 1993].
- Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases [OJ L 77, 27. 3. 1996].

Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society [OJ L 167, 22. 6. 2001].

Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art [OJ L 272, 13. 10. 2001]

Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights [OJ L 157, 30. 4. 2004]

Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property [OJ L 376, 27. 12. 2006]

Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs [OJ L 111., 5. 5. 2009].

Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works [OJ L 299., 27. 10. 2012].

Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market [OJ L 84, 20. 3. 2014].

Act LXXVI of 1999 on Copyright Law.

Act V of 2013 on the Hungarian Civil Code.

National Report on the Directive 2004/48/EC [http://www.sztnh.gov.hu/jogervenyesites/Nemzeti\\_Jelentes.pdf](http://www.sztnh.gov.hu/jogervenyesites/Nemzeti_Jelentes.pdf)

### **Contact – e-mail**

*jogsapi@uni-miskolc.hu*

# Modalities made use of in order to extinguish obligations, as they are ruled by the Romanian Civil Code

*Ștefan Scurtu*

University of Craiova, Faculty of Law, Romania

## Abstract in original language

Codul civil român, care a intrat în vigoare în data de 1 octombrie 2009, prevede că sunt moduri de stingere a obligațiilor civile următoarele: plata obligației, compensația, confuziunea, remiterea (iertarea) de datorie, imposibilitatea fortuită de executare, precum și alte moduri expres prevăzute de lege. Prin expresia „alte moduri expres prevăzute de lege” legiuitorul se referă la moduri de stingere a obligațiilor care sunt reglementate în alte texte legale decât cele cuprinse în partea din lege care are ca obiectiv expres reglementarea stingerii obligațiilor, cum ar fi executarea silită în natură a obligațiilor, executarea silită prin echivalent etc.

## Keywords in original language

stingerea obligațiilor; plata obligației; compensația; confuziunea; remiterea de datorie; imposibilitatea fortuită de executare.

## Abstract

The Romanian Civil Code, which has been enforced on October 1-st, 2009, does institute as valid modalities able to extinguish civil obligations the following juridical procedures: the respective obligation's effective payment; compensation (indemnification); confusion; the debt's delivery (forgiven debt); the fortuit impossibility of execution as well as other modalities explicitly stated by the law. Through the use it does make of the expression: „other modalities explicitly stated by the law”, the legislator does mean some other modalities made use of in order to extinguish obligations which are ruled by legal texts that are situated elsewhere than in the concerned law's exact part which is explicitly dedicated to the objective of ruling the

civil obligations'extinction. For example, some among these matters are: the obligations'constrained execution in kind, the obligations'constrained execution through equivalent deeds etc.

## **Keywords**

Obligations'extinction; Obligations'payment; Compensation (Indemnification); Confusion; Debt's Delivery (Forgiven Debt); Fortuit Impossibility of Execution.

## **1 Preliminary matters**

The Romanian Civil Code does institute as modalities made use of in order to extinguish civil obligations, which are correlative to the claim rights, the following juridical procedures: the respective obligation's effective payment; compensation (indemnification); confusion; the debt's delivery (forgiven debt); the fortuit impossibility of execution as well as other modalities explicitly stated by the law (C.C.'s art. 1615).

Doctrine has classified the modalities made use of in order to extinguish obligations by suiting several criteria, among which two have been more frequently applied: a) suiting the role held by the sides'wills in the extinction of the obligational relationship and b) suiting the respective eventual facts that the obligation's extinction has brought or not the fulfillment of the creditor's claim<sup>1</sup>.

a) Suiting the role held by the sides'wills in the extinction of the obligational relationship, the distinction is made between: i) modalities made use of in order to extinguish obligations which do suppose the existence of the sides'wills, such as: the obligation's effective payment; the debt's delivery (forgiven debt); conventional compensation (indemnification); deed performed as a payment and ii) modalities made use of in order to extinguish obligations which do not involve the existence of the sides'wills, such as: the fortuit impossibility of execution; confusion; legal compensation (indemnification) and judiciary compensation.

---

<sup>1</sup> STĂTESCU, C.; BÎRSAN, C. *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, IX-th edition revised and completed, București: Ed. Hamangiu, 2008, p. 377-378.

b) Suiting the respective eventual facts that the obligation's extinction has brought or not the fulfillment of the creditor's claim, the distinction is made between: (i) modalities made use of in order to extinguish obligations which do bring the fulfillment of the creditor's claim, such as: compensation (indemnification); confusion; deed performed as a payment and (ii) modalities made use of in order to extinguish obligations which do not bring the fulfillment of the creditor's claim, such as: the debt's delivery (forgiven debt); the fortuit impossibility of execution.

## 2 Obligation's payment

*Concept.* The obligation's payment does mean the willful execution of the deed which does constitute the respective obligation's object itself; [C.C.'s art. 1469 par. (1)]. In order to render feasible the obligation's extinction through payment, the debtor ought to execute exactly the deed to which he is obliged, being, therefore, unable to substitute this respective deed by another one, should this latter even be more worthy than the former. The juridical procedure usually known as „payment” does not only consist in the fact of handing to someone else a sum of money (as the common language of profanes does describe it) but, ultimately, in the willful execution of whatever deed the debtor might be due to perform, no matter which might be its exact object [C.C.'s art. 1469 par. (2)]. The object of the payment may be constituted, respectively, by the deeds „to give”, „to do” or „to do not”. The seller who does operate the transfer of his ownership right over an asset does execute a payment, but so does too the purchaser who effectively pays the due price of the concerned good; so does the medical doctor who does perform a consultation, as well as his respective patient who does pay for the medical examination etc. The payment's juridical ground is the debt (C.C.'s art. 1470), that is to say the existence, for the debtor, of a valid obligation to fulfill. Should the respective debt not exist, we would find ourselves in the presence of an undue payment [C.C.'s art. 1341 par. (1)], therefore the concerned payment could constitute a subject of restitution. In the cases when, eventually, the debt would be previously extinguished or when the effective payment's recipient could be proven as not being the true creditor, the concerned debt should be considered as non-existing.



*The person enabled to fulfill the payment.* The Romanian Civil Code does institute as a principle the fact that the obligation's payment may be performed by whatever person, should she even be a third side in respect to the concerned obligation (C.C.'s art. 1472). Thus, the common rule is the one that the creditor could in no way refuse the payment fulfilled by a third side. Such a payment would be valid, should only the third side perform it with the intention of extinguishing the debtor's obligation and not by mistake. However, the law does state the existence of the following exceptions from this rule:

- a) Should the debtor previously bring to his knowledge the fact that he is opposing to the concerned payment's performing, the creditor would be, thereby, due to refuse the payment offered by a third side, except for the case when such a refusal would bring to the creditor an undue prejudice [C.C.'s art. 1474 par. (1)]; the debtor does not have to motivate his own opposition, but he does necessarily have to notify it towards the creditor before the third side may perform the concerned payment and not after its fulfillment;
- b) When the concerned obligation's intrinsic nature does impose its execution by the debtor only, the creditor may refuse the concerned obligation's payment if performed by a third side [C.C.'s art. 1474 par. (2)]; for example, such is the case of the *intuitu personae* obligations;
- c) When the sides' convention does impose the obligation's execution to the debtor only, the creditor may refuse the concerned obligation's fulfillment (payment) by a third side [C.C.'s art. 1474 par. (2)].

The payment made by a third side would extinguish the concerned obligation should it be done upon the debtor's behalf only; in the contrary case, it would not be valid and, therefore, the debtor could not be liberated from the concerned payment's execution [C.C.'s art. 1474 par.(3)]. Thus, should a third side perform the concerned payment upon its own behalf, it would thereby not be valid. The third side which does perform a valid payment cannot subrogate itself within the creditor's rights in other cases than the ones which are stated by the law [C.C.'s art. 1474 par. (3)].

By taking into consideration the law's dispositions, doctrine has reached to the conclusion that the payment of an obligation may be performed by the following persons<sup>2</sup>:

- a) the debtor, being a side of the obligational relationship, is the person mainly interested in performing the respective payment, being able to pay either himself in person or through a chosen representative;
- b) the persons obliged together with the debtor (the joint and several or either indivisible co-debtors) do pursue the same interest in the obligation's extinction by the debtor through a performed payment, because they too are main debtors;
- c) the persons which have guaranteed for the concerned obligation's payment by granting to the creditor real or personal pledges;
- d) the third sides which have acquired a good upon which a pledge has been constituted in regard to the payment of a claim may execute the respective payment in order to protect a right of their own;
- e) the third sides which are not directly interested may perform the concerned payment upon the debtor's behalf with the intention of granting him a liberality or either with the intention of administrating his interests or with the intention of fulfilling a mandate contract.

*The person enabled to receive the payment.* According to the law, the payment ought to be done towards the following persons (C.C.'s art. 1475): a) to the creditor (in the case of his death, towards his heirs); b) to the creditor's legal (parent, tutor, curator) or conventional representative (proxy); c) to the person indicated by the creditor; d) to the person authorized by the judicial court to receive it. All the other persons, which do not own the legal right of receiving the concerned payment, do have the quality of third sides.

From the interpretation given to the dispositions of the C.C.'s art. 1475 we are entitled to deduce the rule that the payment done towards a third side is not valid, therefore it does not liberate the debtor. Yet, as exceptions

---

<sup>2</sup> POPESCU, T. R.; ANCA, P. *Teoria generală a obligațiilor*. București: Ed. Științifică, 1968, p. 294 and foll.; STĂTESCU; BÎRSAN. op. cit., 2008, p. 311; POP, L.; POPA, I. F.; VIDU, S. I. *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*. Ed. București: Universul Juridic, 2012, p. 708 and foll.; VASILESCU, P. *Drept civil. Obligații*. Ed. București: Hamangiu, 2012, p. 71; DOGARU, I.; DRĂGHICI, P. *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*. II-nd edition revised and completed, București: C. H. Beck, 2014, p. 549.

from this rule, the payment made towards a third side is valid in the following situations (C.C.'s art. 1477):

- a) the payment done towards another person than the ones who owned the legal right to receive it would be valid, should it be ratified by the creditor [C.C.'s art. 1477 par. (1) letter a)]; due to this ratifying, should it be explicit or silent, the creditor does lose the right of invoking the concerned payment's relative nullity, while the third side does retroactively become the creditor's proxy<sup>3</sup>;
- b) the payment done towards another person than the one who owned the legal right to receive it but who does, afterwards, become the entitled owner of the respective claim [C.C.'s art. 1477 par. (1) letter b)]; for example, the third side which has received the payment might become afterwards the creditor's heir;
- c) when the payment has been done towards a person which has claimed it in virtue of a liberating receipt signed by the creditor [C.C.'s art. 1477 par. (1) letter. c)]; doctrine has stated that the hypothesis taken into consideration by the legislator may be the one of a conventional subrogation acknowledged by the creditor, when a third side does pay the debt towards the initial creditor then does sue the debtor in this respect<sup>4</sup>;
- d) the payment done towards a third side under circumstances other than the ones mentioned by the C.C.'s art. 1477 par. (1) (that is to say when the payment has not been ratified by the creditor, when the third side has not acquired the quality of a creditor afterwards the payment and when the third side does not own a liberating receipt signed by the creditor) does extinguish the respective obligation only insofar it does profit to the creditor [C.C.'s art. 1477 par. (2)]; for example, should the debtor not pay towards his own creditor, but instead towards a creditor of the latter, doing this by his own will (that is to say with no existing sequester), the respective payment would be valid because it does profit to the creditor, since it does extinguish the obligation by which the initial creditor was held towards the creditor of the paying debtor<sup>5</sup>;

<sup>3</sup> POP, L. *Tratat de drept civil. Obligațiile*. Vol. I. Regimul juridic general, București: C. H. Beck, 2006, p. 453.

<sup>4</sup> VASILESCU, op. cit., 2012, p. 72.

<sup>5</sup> STĂTESCU; BÎRSAN, op. cit., 2008, p. 313.

- e) the payment done in good faith towards an apparent creditor would be valid, even if afterwards the proof should be brought of the fact that this person was not the real creditor [C.C.'s art. 1478 par. (1)].

*Diligence required in executing obligations.* When it comes to the evaluation of diligence required in the execution of obligations, the legislator does operate the distinction between the diligence level required from non-professionals and the one required in the case of professional activities. Thus:

- a) in the case of non-professionals, the debtor is due to execute his obligations with the diligence level that a wise owner should demonstrate in the administration of his assets, except for the situation when through lawful dispositions or through a contract the matter would be ruled otherwise [C.C.'s art. 1480 par. (1)]; therefore, from the rule of the wise owner's diligence derogations may be instituted, both through the legal path and through the conventional one;
- b) in the case of obligations which would be intrinsic to a professional activity, the diligence level should be evaluated by taking into consideration the nature of the exerted activity and the standards which are specific to each of the considered activities [C.C.'s art. 1480 par. (2)].

*Object of the payment.* In order to ensure the payment's validity, the debtor ought to exactly execute the due deed. He could not liberate himself by executing another deed than the due one, should the value of the offered deed be equal or even higher (C.C.'s art. 1492).

The modalities through which the payment is performed do differ, suiting the various types of obligations, as follows:

- a) in the case of the result obligation, the debtor is held to provide for the creditor the promised result [C.C.'s art. 1481 par. (1)]. For example, the obligations assumed by the transporter through the merchandises' transportation contract are the one of carrying the respective merchandise towards its destination point and the one of handling it to its destinatory. In the case of the means' obligation, the debtor is due to make use of all the necessary means in order to reach for the promised result [C.C.'s art. 1481 par. (2)]. For example, the lawyer's obligation of providing juridical assistance to his client is a means' obligation. In this respect, it is important to establish

the nature of an obligation (is it a „result” or a „means” one?) in order to find out if the deed performed by the debtor has brought or not the extinction of his obligation;

- b) in the case of the obligation to displace the ownership right over an asset, the debtor is as well held by the implicit obligations to handle over the respective good and to preserve it until the handling’s moment [C.C.’s art. 1483 par.(1)]. The obligation to displace the ownership right over real estate assets which are registered in the real estate office does as well include the one to handle the necessary documents required for the future registration [C.C.’s art. 1483 par. (2)];
- c) in the case of the obligation to constitute a guaranty, two hypotheses are possible: (i) should the sides of the obligational relationship have individualized the respective guaranty, the debtor would therefore have to comply to the contract’s stipulations concerning its qualities; (ii) should the respective guaranty’s form and modality have not been previously determined (by the law, by a convention or by a judicial decision), the suppletive norms ruling the sides’ wills would be applied, as they are stated by the C.C.’s art. 1487. According to these latter, the debtor may offer a real or a personal pledge, or whatever other conveniently fulfilling asset by him chosen, that is to say a guaranty which could cover the pledged claim or the part from the concerned claim for which the guaranty has been constituted. After the choice of that asset, the fulfillment of the conventional formalities stated by the law in order to validate the respective guaranty does have to follow as the next step<sup>6</sup>;
- d) in the case of the obligation to handle over an individually determined good, the payment is considered to be valid and duly accomplished through its handling in the status into which the concerned good had been at the moment of the obligation’s birth, that is to say at the moment when the contract had been concluded [C.C.’s art. 1482 par. (1)]. The good has to be handled at the date agreed upon by the sides, which may be the moment when the contract has been concluded or an ulterior date. Should the handling of the individually

---

<sup>6</sup> ZAMȘA, C. In: BAIAS, F.L.A.; CHELARU, E.; CONSTANTINOVICI, A.; MACOVEI, I. (coord.). *Noul Cod civil. Comentariu pe articole, art. 1-2264*. București: C. H. Beck, 2012, p. 1575.

- determined good be done at an ulterior moment from the contract's conclusion, the debtor held by the obligation to handle the good would as well be implicitly due to preserve the good until its handling over (C.C.'s art. 1485);
- e) in the case of the obligation to handle over some gender goods, the debtor has the right to choose what exact goods should be handled over. In order to ensure the payment's validity, he is obliged to handle over goods of at least an average quality level. (C.C.'s art. 1486). The perdition risk concerning gender goods does fall into the debtor's charge, because gender goods do not perish (*genera non perent*). The C.C.'s art. 1678 (a special norm which rules over the sale-purchase of gender goods) does stipulate that, when the object of the sale-purchase operation is constituted by gender goods, the ownership right should be lawfully transferred towards the buyer at the moment of their individuation through handling over, counting, weighing, measurement or through whatever other modality agreed upon by the sides or imposed by the goods' intrinsic nature;
- f) in the case of the obligation to give an amount of money, the Civil Code does establish the following rules (art. 1488):
- should the debtor pay to the creditor the due nominal sum, he would be liberated from his debt, with no consideration given to the up-and-down fluctuations undergone by the respective currency after the moment of the obligation's birth. The Romanian Civil Code has instituted as a principle the currencies' nominalism (which is applicable to all pecuniary obligations). This choice does involve the fact that the devaluation risk concerning the payment's currency ought to be at the creditor's charge. Yet, since this juridical norm is a suppletive one, the sides are still free to insert within their contract some clauses able to restore the currencies' equilibrium, should the case occur of some monetary fragilities to appear during the development of contracts with a successive execution. Should such clauses be absent from the contract, in exceptional cases, the judicial courts would have to soften the applying of the principles involving monetary nominalism and contracts' compulsory force, in virtue of the legal dispositions ruling the imprevision situations (C.C.'s art. 1271);

- the payment may be performed through whatever mean which is usually employed at the place where the payment has to be done: the payment modalities (cash, bills of exchange, promissory notes or checks) do indeed differ suiting the respective geographical zones, since they are, usually, established through the contract sides' agreement; however, in the case of operations which do pertain to international trading, they may as well be established through agreements between governments or through arrangements between banks. Should such constraints not exist and should the sides not have previously agreed upon the respective payment modality then the debtor, when exerting his right of choice, would have to take into consideration the local custom which is valid at the place where the payment has to be done [C.C.'s art. 1488 par. (2)];
- should the debtor perform the payment through a check or through another such payment instrument (bill of exchange, promissory note etc.) the debt's extinction would occur under the condition that the respective instrument should be honoured, that is to say only after the amount of money has arrived into the creditor's account. Should the bank refuse the payment of an instrument considering it to be false or either for not holding security at all or even not enough, the debtor's obligation could not be extinguished;
- g) in the case of interests pertaining to amounts of money, the law does state the fact that they should be agreed upon by the sides; should such a clause lack from the contract, it is the law which would establish them [C.C.'s art. 1489 par. (1)];
- h) in the case of the „to do” obligation, when its intrinsic nature or the sides' convention do impose its execution by the debtor only, the concerned execution does compulsorily suppose the debtor's performed deed [C.C.'s art. 1474 par.(2)]. The debtor's deed may be materialized in the performing of an action (for example the good's restitution by the depositary), the execution of a work (for example to elevate a building or reparations made to a bridge) or the deed of supplying a service (for example the transportation of a good).

*Principle of indivisible payment.* Through a suppletive norm, the Romanian legislator has instituted the principle of indivisible payment, according to which the debtor could only liberate himself by executing the whole of the deed at once, should the deed by itself even be divisible (C.C.'s art. 1490); thus, for example: should the due deed consist in the payment of a sum of money pertaining to a loan contract, the integral payment would thereby consist (together) in the capital's payment as well as in the one of the interests, the juridical nature of which is to be considered as civil fruits; should the due deed consist in the execution of a building by an entrepreneur, its integral payment would thereby consist in the handing over towards the beneficiary of the whole (and achieved) work; in the case when the due deed would be indivisible through its intrinsic nature (as it is in the case of the „to do not” obligation), its payment may be done as a whole only<sup>7</sup> The case when the creditor has previously given his agreement (should it be explicit or silent) upon a partial payment does constitute an exception from this rule (for example the creditor's deed of accepting a partial payment does bear the meaning of his implicit renunciation in what concerns the legal benefit of the payment's indivisibility). Should the concerned deeds be successive (for example the monthly payment of a life annuity) each of the partial payments would have to be respectively executed at their own deadlines. In all the cases when the debtor would perform a partial payment, the supplementary expenses caused to the creditor by this action (for example insurance or transportation expenses) should be at the debtor's charge, even when the creditor has previously accepted such an execution [C.C.'s art. 1490 par. (2)].

*Payment's place.* In order to determine the payment's place, the Romanian Civil Code does establish the following rules [art. 1494 par.(1)]:

- a) the payment's place is, usually, the chosen place which has been explicitly agreed upon by the sides of the juridical relationship. In virtue of the contractual freedom's principle, the sides are lawfully entitled to establish the place of the deed's execution, which may be the debtor's domicile, the creditor's domicile or whatever other place (for

<sup>7</sup> POP, op. cit., 2006, p. 458; ZAMȘA. In: BAIAS; CHELARU; CONSTANTINOVICI; MACOVEI (coord.), op. cit., 2012, p. 1577.



example the site where the concerned good is going to be fabricated or the location where the good is situated at the moment of the contract's conclusion);

- b) should an explicit clause concerning the sides' wills lack from the contract, the payment's place may be determined by taking into consideration one among the following criteria, suiting the occurring cases: the deed's intrinsic nature, the contract's existing clauses, the usual practices accustomed among the sides or the general customs pertaining to the respective matter. Thus: (i) the deed's intrinsic nature should be taken into consideration when it would, by itself, impose a certain place of the payment, for example: medical or lawyers' consultations are provided at the debtor's professional domicile; (ii) the side's silent will should be taken into consideration when it could be established „upon the contract's ground”, that is to say through the interpretation of all the contract's clauses; (iii) the usual practices accustomed among the sides should be taken into consideration when the side which does invoke them could bring evidence through which to support their existence; (iv) finally, conventional customs as well as legal uses should be taken into consideration;
- c) for the situation when the sides have not explicitly expressed their wills in what concerns the payment's place and it also could in no way be determined through none among the criteria enumerated by the legislator, the payment's place could still be determined through the use made of the following suppletive rules, which do take into consideration the respective objects of the concerned obligations: (i) the general rule is that the obligation has to be executed at the debtor's domicile or headquarters from the date of the contract's conclusion; (ii) pecuniary obligations have to be executed at the creditor's domicile or headquarters from the agreed upon date of the payment; (iii) the obligation to handle over an individually determined good has to be executed at the place where the good was located at the date of the contract's conclusion; *Payment's date*. As in the case of determining the payment's place, in order to establish the payment's date the legislator does take into consideration as a prime criterion the respective wills of the sides participating in the juridical relationship (should they be explicit or silent) and next, as subsidiary

ones, some criteria upon the ground of which the payment's date could be determined. The law does, therefore, institute the following rules (C.C.'s art. 1495):

- the date of the deed's execution is the one explicitly agreed upon through the sides' convention;
- should an explicit clause concerning this matter lack from the contract, the payment's date may be determined „upon the contract's ground” (that is to say through the interpretation of all the contract's clauses, in order to deduce the sides' implicit intentions in this regard) or either upon the ones of the usual practices accustomed among the sides or of the general customs pertaining to the respective matter;
- for the situation that the term could in no way be determined through making use of these criteria, in what concerns the payment's date the law has instituted the following general and suppletive rule: the debtor's obligation ought to be executed „at once”, that is to say at the moment of the contract's conclusion, thereby considering it the precise moment when the concerned obligation has become effectively exigible.

*Obligation's advanced payment.* According to the law, should the obligation be endowed with a (suspensive) term, the ruling presumption would be the one that this latter has been instituted for the debtor's benefit. Yet the case when from legal dispositions, from the sides' wills or from existing circumstances the fact would result that the suspensive term has been stipulated for the creditor's benefit or for the one of both sides, (C.C.'s art. 1413), situation into which the debtor could not execute in advance his obligation without the creditor's explicit agreement, should constitute an exception from this rule.

The C.C.'s art. 1496 par. (1) does institute the suppletive rule according to which the debtor is free to execute his obligation even before its scheduled deadline. As exceptions from this rule, the debtor is not entitled to execute his obligation before its scheduled deadline in the following cases [C.C.'s art. 1496 par. (1)]:

- a) should the sides have agreed upon the contrary, that is to say they should have explicitly mentioned in their convention the fact that the obligation could be executed at its deadline only;

- b) should the exclusive payment at deadline only result from the contract's intrinsic nature or from the circumstances of its conclusion;
- c) should the creditor have a legitimate interest in the payment's execution at its deadline only yet he would refuse the advanced execution of the obligation [C.C.'s art. 1496 par. (2)]. In this case, the creditor is held by the obligation to prove the existence of his own legitimate interest (for example, a legitimate interest might stand in the facts that the sides had previously agreed to simultaneously fulfill their reciprocal deeds and that it would be impossible for the creditor to execute his own obligation in advance, that is to say at the same time when the debtor might want to execute his own deed). In all the cases when the debtor would execute his obligation in advance, the supplementary expenses caused to the creditor by this fact should be at the debtor's charge [C.C.'s art. 1496 par. (3)].

*Payment's pertaining expenses.* The legislator has instituted the rule that, should a contrary stipulation lack, the payment's pertaining expenses would be at the debtor's charge (C.C.'s art. 1498). Apart from the payment's intrinsic expenses, the execution of an obligation might as well generate supplementary expenses which, being in fact independent from the payment's intrinsic expenses, are consequently ruled by a different juridical regime than the formers. Thus, according to the C.C.'s art. 1494 par. (2), the side which, after the contract's conclusion, would change the location of its domicile or, suiting the case, of its headquarters previously determined as the payment's place should be due to assume the supplementary expenses which could be caused by such a change.

*Payment's proof.* The Civil Code, referring to the proof means that the debtor may make use of in order to bring evidence about the done payment, does dispose that the payment's proof may be brought through whatever mean of evidence (C.C.'s art. 1499), thereby instituting the principle of the probative means' freedom in the matter of payment. This norm is a general one and should be applicable when a special norm would not stipulate the contrary. As a principle, doctrine does accept the idea that the payment's proof may differ suiting the source of the executed obligation and/or its object. In the matter of pecuniary obligations, proof is to be brought according to the rules concerning the evidence about juridical acts, so the payment's proof

has to be brought through existing documents (for example by handing over the original document which states about the claim). In the case of „to do” obligations, as a principle, whatever mean of evidence is acceptable, as well as for the „to do not” obligations.

*Payment’s presumptions.* The law has established the following payment’s presumptions:

- a) the existing receipt which does confirm reception of the main deed does create the relative presumption that accessory deeds have been executed too (C.C.’s art. 1501). Yet this presumption is relative, so the creditor may present evidence of the fact that the debtor has paid for the main deed only;
- b) the receipt issued to confirm reception of one among the due periodical deeds which do constitute the obligation’s object does create the relative presumption that all of the previously due periodical deeds have been executed (C.C.’s art. 1502);
- c) the voluntary handling over of the original document which does ascertain the claim, elaborated as a written document under private signature, by the creditor towards the debtor does create the absolute presumption of the obligation’s extinction as well as the relative presumption of the obligation’s extinction through payment. The contrary proof (able to remove the relative presumption) has to be brought by the side which could be interested in proving the obligation’s extinction through another modality than payment [C.C.’s art. 1503 par. (1)];
- d) the voluntary handling over of the original document which does ascertain the claim, elaborated as a written document under authentic form does indeed create the relative presumption of the obligation’s extinction through payment, yet the creditor does remain entitled to prove the fact that the delivery had been done for another reason than the obligation’s extinction [C.C.’s art. 1503 par. (2)], for example, in order to make a copy of it;
- e) should the debtor, one among the co-debtors or the fidejussor come into the possession of the original document which does ascertain the claim, this fact would create the presumption that the interested person has acquired it through a voluntary handling over by the creditor

[C.C.'s art. 1503 par. (3)]. Yet, since the presumption is a relative one, the creditor is entitled to prove the fact that the possession's loss had not been voluntary or that the document's handling over had been done by an error<sup>8</sup>;

- f) when the payment is done through a banking transfer, two hypotheses do arise: i) should the order cheque be signed by the debtor and endorsed by the paying credit institution, the respective payment would be presumed as done (yet, this presumption is a relative one, because its ground is only the reception of the order cheque by the paying bank); ii) should the debtor have obtained from the creditor's pertaining credit institution a written confirmation of the payment done through a banking transfer, this document would, thereby, constitute an absolute proof of the payment (C.C.'s art. 1504); in spite of the fact that he cannot prove the contrary, the creditor is still entitled to sue the debtor upon the ground of stating the respective written document as false; the dispositions of C.C.'s art. 1504 ought to be completed by the ones of C.C.'s art. 1497 concerning the date of the payment done through banking transfer.

The main effect brought by the obligation's execution is the one of liberating all of the interested persons (the debtor, the co-debtors, the fidejussor or the persons which had constituted real guaranties). This effect of the payment does bring as a consequence the liberation of all pledges. This is why the creditor which has received the payment is held by the obligation to agree upon the liberating of all the goods affected by the real guaranties constituted in order to satisfy to his claim, as well as, should the case occur, by the one to restitute towards the debtor the goods that this latter had left in his possession as pertaining pledges of the respective initial obligation (C.C.'s art. 1505).

### 3 Compensation

*Concept.* Compensation is defined by the law as being the modality made use of in order to extinguish obligations which does consist in the fact that reciprocal debts do simultaneously extinguish until reaching the limits of the smallest one existing among them (C.C.'s art. 1616).

<sup>8</sup> TURCU, I. *Noul Cod civil republicat. Cartea a V-a. Despre obligații (art. 1164-1649). Comentarii și explicații*. II-nd edition, București: C. H. Beck, 2011 p. 605.

*Legal compensation's applying domain.* Compensation is a modality made use of in order to extinguish all of the obligations (should they be contract grounded or not) the objects of which are constituted by amounts of money or by certain quantities of fungible goods pertaining to an one and same kind [C.C.'s art. 1617 par.(1)].

Compensation does not operate in the following cases (C.C.'s art. 1618):

- a) when the claim would result from an act concluded with the intention of causing a prejudice; for example, the compensation of a debt by which could be held the victim of an illicit deed could not be opposed to her, should the respective debt's creditor be the author himself of the concerned illicit deed;
- b) when the debt's object is the restitution of the good given as a deposit (C.C.'s art. 2103) or under the title of a commodate (C.C.'s art. 2146); for example, should the deponent have given to the depositary some fungible goods afterwards consumed by this latter, at the contractual term's deadline the depositary would have to handle over towards the deponent some goods endowed with the same respective nature and quality, being unable to refuse their restitution upon the ground of a compensation, this even if the depositary might be as well the deponent's creditor;
- c) when the compensation's object is constituted by an imperceptible good; for example, the claim concerning the maintenance pension could not be meant for the creditor's satisfaction, not even through compensation, because it is lawfully affected to its owner's maintenance needs;
- d) when it should operate for the prejudice of the rights acquired by a third side [C.C.'s art. 1622 par.(1)]; for example, the debtor who, in the quality of an interdicted third side, should acquire a claim upon his initial creditor could not oppose compensation towards the interdicting creditor [C.C.'s art. 1622 par. (2)]. Since the interdict's effect is to render unavailable the interdicted goods and money amounts, between a claim which has constituted the object of an interdict and a claim generated after the former compensation would, therefore, be impossible.

*Compensation's types.* Compensation may be legal, conventional or judiciary. The Romanian Civil Code does explicitly institute the legal compensation only, but the conventional or judiciary types of compensation are not at all forbidden by it; furthermore, the C.C.'s art. 1617 par. (2) does explicitly allow, for the sides of a juridical relationship, to request for a judiciary compensation of their claims. On the other hand, from the dispositions stated in the C.C.'s art. 1506 par. (1), establishing the rules of imputation through the sides' agreement, we may consequently deduce the idea that compensation could as well be realized through the conventional way.

*Legal compensation.* According to the C.C.'s art. 1617 par. (1): „Compensation does lawfully operate as soon as two certain, liquid and exigible debts do exist, whatever might be their respective sources, which have as their objects an amount of money or a certain quantity of fungible goods endowed with the same respective nature”.

From the law's statements, the following conditions ought to be fulfilled so that legal compensation could operate:

- a) obligations do have to be reciprocal ones [C.C.'s art. 1617 par.(1)]. That is` to say both claims do have to exist between the same persons which do have to be as well simultaneously a creditor and a debtor one towards the other;
- b) the claims ought to be certain, liquid and exigible [C.C.'s art. 1617 par. (1)]. Should one of the reciprocal claims be affected by a term, it could not constitute the object of a compensation, because this fact would mean that the payment would come to be done before its term. Yet, only a term issued from legal dispositions or from the sides' convention could constitute an obstacle for the achievement of a compensating operation<sup>9</sup> As for the term granted by the judicial court for the payment of one among these debts, that is` to say its deadline, could not stand against the achievement of a compensation (C.C.'s art. 1619), because it does not legally postpone the claim's exigibility but instead it is a favour granted by the court to the debtor who might be momentarily unable to pay his due debt at the lawful term. Should the debtor, inside of such a deadline term, become the

<sup>9</sup> POPESCU; ANCA, op. cit., 1968, p. 408.

- creditor of his own creditor, he would, consequently, be able to pay for his initial debt by invoking the compensation procedure;
- c) The claims ought to have as their objects an amount of money or a certain quantity of fungible goods endowed with the same respective nature [C.C.'s art.1617 par.(1)]. Should the received fungible goods be of different natures, legal compensation could no more operate, because the respective creditors would no more receive what was due to them, since the obligation's object has been changed<sup>10</sup>;
  - d) the sides should not have given up, either explicitly or silently, the benefit of a compensation.

The specific effects of a legal compensation are acting since the moment when the requirements stipulated by the law should be fulfilled, with no explicit manifestation of their wills in this sense required from the two creditors. Should one of them two or both creditors even be declared as incapable, the compensation procedure would still operate<sup>11</sup>

*Conventional compensation.* Should two reciprocal claims not fulfill the requirements in order to achieve a legal compensation, this procedure might still operate in virtue of an agreement concluded between the sides of the respective juridical relationship. Though it is not explicitly instituted by the Civil Code, in whatever situation when the compensation procedure would not be generally excluded by the law, the sides could still be able to achieve a conventional compensation procedure. (C.C.'s art. 1618).

When it does operate, the conventional compensation procedure does generate the same effects as the legal compensation but, while the legal compensation does operate since the moment when the two debts do effectively exist, the conventional compensation procedure does operate only since the moment when the convention concerning the respective compensation procedure has been effectively concluded<sup>12</sup>

*Judiciary compensation.* In the frame of solving a litigation, should the judicial court establish some reciprocal obligations at the sides' charges and these latter would not fulfill the due requirements for a legal compensation (for

---

<sup>10</sup> STĂTESCU, BÎRSAN, op. cit., 2008, p. 381.

<sup>11</sup> POPESCU; ANCA, op. cit., 1968, p. 409.

<sup>12</sup> STĂTESCU; BÎRSAN, op. cit., 2008, p. 382; POP; POPA; VIDU, op. cit., 2012, p. 738.



example one of the claims would not be liquid), then the interested side may require from the court the judiciary compensation of the respective debts (judiciary compensation may as well be requested through a reconventional demand). The legal ground of judiciary compensation is the C.C.'s art. 1617 par. (2), according to which: „ A side may request for the judiciary liquidation of a debt, in order to be able to oppose its compensation”. The judiciary compensation does produce its effects since the moment when the judicial decision through which the judiciary compensation has been instituted does remain as definitive.

*Compensation's effects.* According to the Civil Code, the compensation procedure does generate the following effects:

- a) it does extinguish the reciprocal debts of the two creditors, in the same way as the payment does (C.C.'s art. 1616). Yet, should the right to sue one of the claims be affected by prescription at the moment when compensation would be opposed to it, compensation would, thereby, not operate (C.C.'s art. 2505);
- b) obligations once extinguished, the guaranties and all of their accessories do become extinct as well. Consequently, the debtor who might have chosen to give up the benefit of compensation and to effectively pay for his debt, when he should, afterwards, sue someone for the payment of by now his own claim, he could not make use of the guaranties formerly provided for the same claim in order to bring prejudice to other persons, because the compensation's effects produced for the benefit of other persons could in no way be removed through the simple renunciation concerning it [C.C.'s art. 1622 par. (3)];
- c) when, between two creditors, two or more reciprocal obligations do exist, thus eligible for compensation, the rules established for the payment's imputation should be applied (C.C.'s art. 1620);
- d) the fidejussor may oppose towards the creditor of an obligation by himself guarantied (by the fidejussor) the compensation of the claim which the main debtor does acquire against the respective creditor [C.C.'s art. 1621 par. (1)]. But the main debtor, in order to liberate himself from his creditor, is unable to oppose a compensation which would concern the creditor's debt towards the fidejussor [C.C.'s art. 1621 par. (2)];

- e) in the case of existing joint and several co-debtors, the compensation which would occur between the creditor and one among the joint and several co-debtors should extinguish the concerned obligation only within the limits of the debt's part that was owned by this precise joint and several co-debtor. [C.C.'s art.1450 par.(1)]. After the compensation has operated, the other joint and several co-debtors do remain held by only what has been left from the initial debt [C.C.'s art. 1450 par.(2)]. Each of the joint and several co-debtors may oppose to the creditor a compensation which might have occurred between himself and one among the other co-debtors;
- f) in the case of an existing indivisibility, the compensation operating for the benefit of one among the debtors does extinguish the indivisible obligation and does liberate the other debtors from the creditor; but these latter do remain obliged to pay towards the compensated former debtor the equivalent of their former parts of the initial debt (C.C.'s art. 1432);
- g) towards third sides, compensation does create the following effects (C.C.'s art. 1622): i) compensation could not be achieved should it bring prejudice to rights acquired by a third side; ii) compensation could not be given up to should it bring prejudice to rights acquired by a third side.

## 4 Confusion

*Concept.* Confusion consists in the reunion within an one and same person of both the quality of debtor and the one of creditor, this happening in the frame of a one and same juridical relationship of obligation [C.C.'s art. 1624 par.(1)]. The juridical relationship of obligation does suppose the existence of a connection between two persons, one of them having the juridical quality of debtor, the other one of creditor. Should the creditor become the debtor of a one and same obligation (or viceversa), this fact would mean that he does hold two qualities which are incompatible one to the other and, consequently, that the respective obligation would be lawfully extinguished through confusion.

*Confusion's applying domain.* Confusion is to be applied to all obligations, should they be contract-shaped or not, being expected to occur between individual and/or moral persons.

Among individual persons, confusion does usually occur in the case of a claim's cession or, either, in the matter of successions, when the creditor would inherit from his debtor or viceversa. Among moral persons, confusion does operate on the occasions of their reorganizing through fusion, division or transformation. For example, the existing juridical relationship of obligation between two moral persons should be extinguished if the moral person resulting from their fusion by absorption would become its own debtor. The Civil Code does state that, if debt and correlative claim should find themselves into an one and same patrimony, but in different masses of assets which do exist inside of it, confusion would, thereby, not operate [C.C.'s art. 1624 par. (2)]. Consequently, the conditions which the law does impose so that confusion could lawfully operate are, respectively, that debt and correlative claim should find themselves into an one and same patrimony but as well into an one and same among the patrimony's constitutive parts. (C.C.'s arts. 31-33).

*Confusion's effects.* According to the law, confusion does generate the following effects:

- a) confusion does lawfully extinguish the concerned obligation [C.C.'s art. 1624 par.(1)] with all its guaranties and its other accessories which come to be deprived of their respective objects [this conclusion has to be logically deduced from the dispositions of the C.C.'s art. 2428 par. (2) concerning the mortgage's extinction];
- b) the confusion which does operate through the reunion of the qualities of creditor and of debtor does bring the ceasing of fidejussion, therefore such a confusion does indeed profit to the fidejussors (C.C.'s art. 1626), because it does liberate them, since the guaranty by them provided should be extinguished;
- c) the occurring confusion between the existing qualities of mortgage's creditor and, respectively, owner of the real estate mortgaged asset does extinguish the accessory real mortgage right [C.C.'s art. 1625 par. (1)]; for example, should the mortgage's creditor inherit or buy the real estate mortgaged asset which does constitute the guaranty of his own claim, the respective mortgage would be thereby extinguished;
- d) the confusion which does operate through the reunion of the qualities of, respectively, fidejussor and creditor or either of the ones

of fidejussor and main debtor does indeed bring the ceasing of the fidejussion, but does not extinguish the debtor's main obligation (C.C.'s art. 1626); this confusion does neither extinguish the other fidejussors respective obligations of providing, each of them, the due guaranty;

- e) should one among the joint and several creditors acquire as well the quality of a debtor, the occurring confusion should extinguish the joint and several claim only within the limits of the respective part of it which had previously belonged to the concerned former creditor. The other joint and several creditors do preserve their regressive lawsuit right against the creditor through the person of whom confusion has operated, in a direct proportion with the claim's parts which do belong to each of them (C.C.'s art. 1439);
- f) the confusion operating between the creditor and the debtor of an indivisible obligation does indeed extinguish the respective obligation and does as well liberate the other co-debtors from the creditor's claim, but these latter would still be held to pay towards the former debtor turned into a creditor the respective equivalent values of their own parts of the initial debt [C.C.'s art. 1432 par. (1)].

Confusion would bring no prejudice to the rights acquired by third sides which might concern the claim that has been extinguished through confusion, should these rights have been born prior to the confusion's moment (C.C.'s art. 1627). For example, the confusion operated between the qualities of locator and locatary, appearing due to the fact that the locatary has acquired in the meantime the ownership right over the good he had been previously locating does indeed bring the ceasing of the obligational relationship of location, but yet does not interrupt the current effects of the obligational relationship of sublocation to which the former locatary might have once consented.<sup>13</sup>

Confusion may also cease due to the disappearance of the cause which has determined it. Should the confusion be cancelled, the initial obligation would be restored retroactively (C.C.'s art. 1628). The initial obligation once restored, its accessories should be restored too, except for the case when

---

<sup>13</sup> ȘTEFĂNESCU. In: BAIAS; CHELARU; CONSTANTINOVICI; MACOVEI (coord.), op. cit., 2012, p. 1714.

third sides may have acquired rights upon the goods which were constituting the guaranty for the initial obligation; for example, the guaranties over some goods which have been acquired by third sides before the moment when the confusion has been cancelled would not be restored; the same situation would as well function for the goods upon which some other guaranties have been constituted in the meantime<sup>14</sup>.

## 5 Deed performed as a payment

*Concept.* Doctrine does define the deed performed as a payment as being the convention through which the sides of an obligational relationship do agree upon the fact that the debtor should execute another deed than the one initially established<sup>15</sup>. In the case of the procedure of a deed performed as a payment, the sides do agree to render the initial deed equivalent to another one, thereby changing the initial obligation's object.

*Validity requirements.* The essential conditions of the deed performed as a payment procedure are the ones required by the law for the validity of whatever contract (C.C.'s art. 1179). When instead of a sum of money the debtor should transfer towards the creditor the ownership right upon an individually determined good, the deed performed as a payment would as well be submitted to the rules usually applicable to the sale-purchase procedure.

In what concerns its form, the contract regarding a deed performed as a payment is a consensual one. Consequently, for its valid conclusion the simple wills'agreement of the sides is enough. Furthermore, the creditor's consent may be not especially explicit, but even a silent one (for example, when instead of a due sum of money the debtor should suggest the idea to handle over to the creditor a mobile good and this latter would agree to receive it)<sup>16</sup>. Yet, when the deed performed as a payment should suppose the transfer of the ownership right upon a real estate asset, this fact does mean that the specific form requirements of such a juridical operation ought to be fulfilled, more precisely the authentic form of the elaborated document would be necessary.

---

<sup>14</sup> POP; POPA; VIDU, op. cit., 2012, p. 744.

<sup>15</sup> POP. op. cit., 2006, p. 544; VASILESCU, op. cit., 2012, p. 64.

<sup>16</sup> POP. op. cit., 2006, p. 544.

A distinctive condition of the deed performed as a payment procedure is the one that the sides' agreement upon the substitution of the initially required deed by another one should be simultaneous with the payment's action (deed) itself. In order to render possible the fulfillment of this condition and should the new deed consist in the transfer of the ownership right or of whatever other right, the debtor ought to be the legitimate owner of the concerned good. This is the reason why the deed performed as a payment procedure could not have future goods as its objects.

*Effects of the deed as a payment.* Since the legislator does consider it as a species of the payment procedure, the deed performed as a payment does produce the same effects as the payment itself, that is to say it does extinguish the obligation at the moment when the new deed is accomplished [C.C.'s art. 1492 par.(1)]. Should a significant difference of value exist between the initially thought of deed and the eventually executed one, the favored side would thereby have to pay a money sum to the other. Once extinguished the debtor's former obligation, all of its guaranties and accessories would be extinguished too.

Should the deed offered in exchange consist in the transfer of the ownership right or of another right upon a good, the debtor would be consequently held by the guarantee against eviction as well as by the one against the respective good's hidden vices, according to the rules applicable in the sale-purchase matter. Thus, should the creditor be evinced by a third side or should he discover some hidden vices of the respective good, he would be, therefore, entitled to choose between the possibilities: on one hand to reevaluate his rights stated by the law for the occurring situations of eviction by a third side or of discovering some hidden vices of the respective good (according to the C.C.'s arts. 1695 and foll.) or, on the other hand to, consequently, request for the initial deed to be performed (this fact meaning the retroactive canceling of the deed as a payment procedure) and for the subsequent reparation of the caused prejudice.

Should the deed as a payment procedure be retroactively cancelled, the ancient obligation for the debtor to fulfill would be restored, yet the guaranties initially offered by third sides would no more be valid. [C.C.'s art. 1492

par. (2)] Per a contrario, the guaranties formerly constituted by the debtor himself would be restored. The other accessories of the respective claim would be restored too.

## 6 Debt's delivery (forgiven debt)

*Concept.* The debt's delivery (also known as a forgiven debt) is a convention through which the creditor, upon agreement by the debtor, does liberate this latter from his obligation, yet doing this under a gratuitous title (C.C.'s art. 1629).

*Debt's delivery types.* The debt's delivery may be done through an *inter vivos* juridical act (through a contract) or either for cause of death (by a testament).

The debt's delivery done through an *inter vivos* juridical act is not an unilateral juridical act but a contract which does as well suppose the debtor's consent. The creditor may unilaterally give up from the claim right he does own against the debtor, but this renunciation could not be opposed towards the debtor, therefore this latter is entitled to pay his debt, should he even contradict the creditor's wish. At the moment when the wills' agreement between the creditor and the debtor should be realized in what concerns the respective debt's delivery, the obligational relationship would be lawfully extinguished.<sup>17</sup>

The debt's delivery done through a testament does constitute a legacy under a particular title through which *de cuius* would forgive to the debtor (his legatee) the unfulfilled debt. This latter is, consequently, entitled to accept or not the legacy instituted by the creditor for his benefit<sup>18</sup> Should the concerned legacy produce its effects, the legatee's debt (which ought not to be a part of the succession's debts!) would be extinguished at the moment of the succession's opening, that is to say at the moment of the testator's death.

As a principle, the debt's delivery is considered to be a liberality. The law does state that it could be done either under an onerous title (case when, in exchange for the debt's delivery, the creditor would receive another deed) or under a gratuitous title, suiting the intrinsic nature of the juridical act through which it is accomplished [C.C.'s art. 1630 par. (2)]. The

<sup>17</sup> STĂTESCU; BÎRSAN, op. cit., 2008, p. 385.

<sup>18</sup> STĂTESCU; BÎRSAN, op. cit., 2008, p. 385.

debt's delivery may as well be explicit or silent [C.C.'s art. 1630 par. (1)]. The debt's delivery could also be total or partial. The law does presume the fact that a valid debt's delivery ought to be a total one unless the contrary would be stipulated. [C.C.'s art. 1629 par. (2)].

*Conditions required for the debt's delivery.* The debt's delivery done through an *inter vivos* juridical act does, in fact, constitute an indirect donation; consequently, in order to be valid it should fulfill this latter's stipulated essential requirements. In what concerns the form requirements, the debt's delivery is not compulsorily due to adopt the authentic form (like the donation procedure is due to) but may instead be realized under whatever form possible (either, respectively, under the written or the verbal forms).

The debt's delivery done through a testament (that is to say through a legacy) is, consequently, due to fulfill, for the purpose of its validity, the testament's requirements concerning its respective essence and form.

The debt's delivery done under a gratuitous title is lawfully submitted to all of the rules pertaining to the liberalities' matter (donations or testaments) such as the report or the reduction.

*Effects of the debt's delivery.* According to the law, the distinctive effects of the debt's delivery are the following:

- a) it does extinguish the debtor's obligation (C.C.'s art. 1629), together with the guaranties and the debt's other accessories;
- b) should it be granted towards the main debtor, it would liberate the fidejussor as well as whatever other persons held upon his behalf, such as the mortgage debtors [art. 1633 par.(1)];
- c) should it be consented for the fidejussor's benefit, it would not liberate the main debtor and it would have no effect upon the other guaranties of the respective claim, the considered situation being the one that the creditor has chosen to give up one among his claim's guaranties [C.C.'s art. 1633 par.(2)];
- d) should several fidejussors exist and should the debt's delivery be agreed upon with one among the fidejussors, the others would remain obliged to guaranty for the whole of the debt (that is to say



- as well for the part formerly guarantied by the liberated fidejussor) only if they would have previously expressed their consent to this former's liberation from his obligation [C.C.'s art. 1633 par. (3)];
- e) should the creditor have received from one among the fidejussors a deed performed in order to exonerate this latter from his guaranty obligation, the respective deed would be imputed upon the debt itself, consequently bringing profit (under the value limits of the respective deed) not only to the main debtor but as well to the other fidejussors [C.C.'s art. 1633 par. (4)];
  - f) should it be consented for the benefit of one among the joint and several co-debtors, the debt's delivery would not liberate the other co-debtors, except for the case when the creditor would explicitly issue the respective statement or either would, by his own will, handle over towards the debtor the original of the document under private signature through which the respective claim has been ascertained. (C.C.'s art. 1451). Should the debt's delivery have been done for the benefit of only one among the joint and several co-debtors, the others would remain joint and several held towards the creditor, but the debt's part concerned by the respective debt's delivery would be deduced from the total debt. As an exception from this rule, should the creditor have explicitly reserved for himself, at the moment of the granted debt's delivery, the possibility of holding all of them other debtors liable, the other co-debtors would continue to be held for the debt's total amount, but they would also own the right to regressively sue the debtor who has been the beneficiary of the debt's delivery (C.C.'s art. 1451);
  - g) in the case of a passively indivisible obligation, the debt's delivery operating for one among the debtors does indeed extinguish the indivisible obligation and does liberate the other co-debtors, but these latter would still be obliged to pay towards the former the equivalent values of their previously owned respective parts [C.C.'s art. 1432 par. (1)];
  - h) the explicit renunciation in regard to a guaranty issued by the creditor does not generate the presumption of an effectively existing debt's delivery concerning the respective guarantied claim (C.C.'s art. 1632).

## 7 Fortuitous impossibility of execution

*Concept.* The fortuitous impossibility of execution is a modality made use of in order to extinguish an obligation when it could no more be executed because of a major force, of a fortuitous case or of some other occurring events to these assimilated [C.C.'s art. 1634 par. (1)].

*Conditions required for the fortuitous impossibility of execution.* For the extinction of the debtor's obligation in virtue of a fortuitous impossibility of execution the following conditions ought to be fulfilled:

- a) the obligation's fulfillment should be impossible due to a major force, of a fortuitous case or of some other occurring events to these assimilated, such as the deed of a third person or the victim herself's deed, facts which would ultimately reunite the features of a major force case;
- b) the respective impossibility ought to be a definitive one;
- c) the debtor should not have been lawfully set behindhand before the moment of the occurring event which would render impossible the obligation's execution [C.C.'s art. 1634 par.(1)]. The debtor's lawful behindhand situation so that he would execute his obligation does create on his behalf the presumption of guilt. Consequently, should the debtor be lawfully set behindhand, he would have to assume the risk of not executing the obligation due to an occurring fortuitous case (C.C.'s art. 1525). As an exception from this rule, should he even have been lawfully set behindhand, the debtor should not assume the risk of fortuitously not executing his due obligation, would he prove the fact that the creditor could, ultimately, have benefitted in no way from the respective obligation's execution due to the existence of an acting major force [C.C.'s art. 1634 par. (2)];
- d) the debtor ought not have taken upon himself the risk of not executing his due obligation because of an occurring major force [C.C.'s art. 1634 par. (2)];
- e) should the respective obligation have as its object some gender goods, the debtor could not invoke the fortuitous impossibility of execution, because of the fact that these goods, being fungible, may be substituted by others of the same kind [C.C.'s art. 1634 par. (6)];

- f) the debtor should be able to prove the existence of the fortuitous impossibility of execution; [C.C.'s art. 1634 par.(4)]; since the major force is a matter of fact, it consequently may be proven through whatever means available.

The debtor is held by the obligation of notifying towards the creditor the existence of the event which does render impossible the execution of his due obligations. Should the respective notification not be forwarded or should it not reach to the creditor within a reasonable delay starting from the moment when the debtor has been aware or should have been aware of the respective impossibility of execution, the debtor would not be deprived of his right to invoke the obligation's extinction due to major force reasons, but he would yet be liable for the prejudice he might have caused to the creditor by not communicating to him the occurring of the respective major force event. [C.C.'s art. 1634 par.(5)].

*Effects of the fortuitous impossibility of execution.* The distinctive effects of the fortuitous impossibility of execution are the following ones:

- a) the debtor's obligation is extinguished and he is liberated from it (C.C.'s art. 1634). At once with the main obligation, the debt's guarantees and all of its other accessories are as well extinguished; the case when the debtor has taken upon himself the risk of not executing his due obligation because of an occurring major force does, however, constitute an exception from this rule [C.C.'s art. 1634 par. (2)];
- b) it does extinguish the obligation of the debtor lawfully set behindhand, should he be able to prove the fact that the creditor could, ultimately, have benefited in no way from the respective obligation's execution due to the existence of an acting major force [C.C.'s art. 1634 par. (2)]. This is an exception from the above mentioned rule according to which should the debtor be lawfully set behindhand, he would have to assume the risk of not executing the obligation due to an occurring fortuitous case (C.C.'s art. 1525);
- c) should the fortuitous impossibility of execution be a temporary one, the obligation's execution would be suspended for a reasonable delay, evaluated according to the effective duration and to the consequences brought by the occurred event which has caused the respective impossibility of execution [C.C.'s art. 1634 par.(3)]. We are

also due to remark the fact that the obligation's execution would not be suspended only until the ceasing of the respective fortuitous event but, instead, for „a reasonable delay”. This means the fact that the duration for which the obligation's execution might come to be suspended could be a lot longer than the duration of the major force event occurring by itself. For the duration of the period when the obligation's execution would be lawfully suspended, the debtor is not due to pay moratory indemnifications.

The legislator does not explicitly state what consequences might be produced upon a valid contract by a temporary and fortuitous event in the case when the term of the obligation's execution would be essential, but it should be normal, in such a case, that the respective contract could cease since, once the essential term should expire, the creditor would no more be interested in the contract's execution. Thus, the dispositions of the C.C.'s art. 1634 par. (1) ought to be considered as referring only to the obligations the execution of which would not be related to the existence of an essential deadline.

### Literature

- STĂTESCU, C.; BÎRSAN, C. *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, ed. a IX-a, revizuită și adăugită*. București: Hamangiu, 2008. ISBN 978-973-1836-51-5.
- POP, L. *Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol. I. Regimul juridic general*. București: C. H. Beck, 2006. ISBN: (10) 973-655-956-4. ISBN: (13) 978-973-655-956-3.
- BAIAS, FLA.; CHELARU, E.; CONSTANTINOVICI, A.; MACOVEI, I. (coordonatori). *Noul Cod civil. Comentariu pe articole, art. 1-2264*. București: C. H. Beck, 2012. ISBN 978-606-18-0001-8.
- POPESCU, T.R.; ANCA, P. *Teoria generală a obligațiilor*. București: Științifică, 1968, fără ISBN.
- TURCU, I. *Noul Cod civil republicat. Cartea a V-a. Despre obligații (art. 1164-1649). Comentarii și explicații*. ed. a II-a, București: C. H. Beck, 2011. ISBN 978-973-115-964-5.
- DOGARU, I.; DRĂGHICI, P. *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, ed. a II-a revizuită și adăugită*. București: C. H. Beck, 2014. ISBN 978-606-18-0373-6.

POP, L.; POPA, I.F.; VIDU, S.I. *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile.*  
București: Universul Juridic, 2012. ISBN 978-973-127-746-2.

VASILESCU, P. *Drept civil. Obligații.* București: Hamangiu, 2012;  
ISBN 978-606-522-732-3.

**Contact – e-mail**

*stefan\_scurtu@yahoo.com*

# Úvaha o súkromnom práve pre súčasnosť

*Josef Štefanko*

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, Slovenská republika

## **Abstract in original language**

Fenoménu súkromného práva je bez ohľadu na svoje definičné nedostatky neoddeliteľnou súčasťou právneho diskurzu minulosti i dneška, a keďže aj z praktických dôvodov nemožno očakávať, že by sa z právneho jazyka i praxe aspoň v určitej podobe vytratil, je vhodné uvažovať čím súkromné právo v súčasnosti je, a akým by malo byť. Príspevok sa zameria na javy, ktoré prispievajú k stieraniu rozdielov medzi verejným a súkromným právom a na analýzu koncepcií interakcie ku ktorej dochádza medzi súkromnoprávnym vzťahom a externými hodnotovými vplyvmi, resp. otázku ako sa s nimi súkromné právo vysporiada. Zároveň predostiera vlastné chápanie súkromného práva v tomto zmysle. Osobitný priestor venuje aj otázke integrácie spotrebiteľského práva v súkromnom práve.

## **Keywords in original language**

súkromné právo; verejné právo; verejnoprávne hodnoty; dichotómia; nové súkromné právo; integrácia spotrebiteľského práva; polykontextualizmus.

## **Abstract**

The phenomenon of private law, notwithstanding the difficulty for it to be defined, has been an inseparable part of the legal discourse in the past and today. Since, at least for practical reasons, one cannot expect that the notion would at least in some form vanish from the language of law and the practice, it is proper to ponder what private law is today and how it should be. This essay will focus on phenomena that contribute to leveling the differences between public and private law as well as on the analysis of concepts of interaction occurring between a private legal relationship and external value influences. It deals with the issue of how does private law reconcile with those. It eventually introduces one's own perception of private law in the given sense. A separate time will be spent on the matter of integration of consumer law within the private law.

## Keywords

Private Law; Public Law; Public Values; Dichotomy; New Private Law; Integration of Consumer Law; Polycontextuality.

## 1 Úvod<sup>1</sup>

Charakteristickou črtou práva krajín patriacich do kontinentálneho právneho systému je skutočnosť, že občianske právo (*droit civil*, *Zivilrecht*) ako všeobecné súkromné právo je srdcom ich právneho systému. Je zrejmé, že pre takéto krajiny Občiansky zákonník vyjadruje základné hodnoty, je sám „chartou – ústavou (súkromného práva)“, či dokonca „gramatikou práva“.<sup>2</sup> Hoci významnou časťou Európskeho kontinentu,<sup>3</sup> ale aj iných častí sveta, prechádza najmä v posledných rokoch „vlna“ súkromnoprávných kodifikácií, a štáty i tradičná právna veda majú jasnú predstavu čoho by sa po obsahovej stránke mal takýto písaný základ ekonomickej ústavy dotýkať, dokonca sa už ustáleno používa aj pojem „európskeho súkromného práva“<sup>4</sup>, vychádzajúc z inherentnej dynamiky v inovácii práva, jeho štruktúry, odvetvovej delby a vnútornej racionality jeho noriem, objavuje sa možno úplne fundamentálny problém, a zároveň podnet na rozsiahlu diskusiu, v prívlastku právo – súkromné. Problematickou nie je iba otázka, či tento pojem, a zároveň teoretický koncept, skutočne reflektuje súčasnú zákonodarnú i právno-aplikačnú prax, ale aj to, či vôbec tento pojem možno nejakým spôsobom ohraničiť. Fenomén súkromného práva je však bez ohľadu na svoje definičné nedostatky neoddeliteľnou súčasťou právneho diskurzu minulosti i dneška, a keďže aj z praktických dôvodov nemožno očakávať, že by sa z právneho jazyka i praxe aspoň v určitej podobe vytratil, je vhodné uvažovať čím súkromné právo v súčasnosti je, a akým by malo

<sup>1</sup> Príspevok vznikol v rámci riešenia projektu APVV č. APVV-14-0061 „Rozširovanie sociálnej funkcie slovenského súkromného práva pri uplatňovaní zásad európskeho práva“.

<sup>2</sup> LEGRAND, Pierre. Strange Power of Words: Codification Situated. In: *Tulane European and Civil Law Forum*. 1994, vol. 9, p. 4.

<sup>3</sup> Sumárne napr. HONDIUS, Ewoud. Recodification of Private Law in Central and Eastern Europe and in the Netherlands. In: *ELTE Law Journal*. 2014, no. 1, p. 51 a nasl.

<sup>4</sup> Pozri napr. JANČO In: JANČO, Milan; JURČOVÁ, Monika; NOVOTNÁ, Marianna a kol. *Európske súkromné právo*. Bratislava: Euroiuris, 2012, s. 3 a nasl.

byť. Do akej miery možno o súkromnom práve a súkromnoprávných normách hovoriť ak sú ovplyvňované prejavmi hodnôt a politík, ktoré nemajú pôvod v autonómnom vzťahu svojich subjektov?

Za týmto účelom si najprv pripomenieme definičné vymedzenie súkromného práva a problémy, ktoré ho sprevádzajú, popíšeme javy, ktoré prispievajú k stieraniu rozdielov medzi verejným a súkromným právom, zameriame sa na analýzu koncepcií interakcie ku ktorej dochádza medzi súkromnoprávnym vzťahom a externými hodnotovými vplyvmi a otázku ako sa s nimi súkromné právo vysporiadava, a zároveň predostrieme vlastné chápanie súkromného práva v tomto zmysle. Veľkou výzvou pre integritu všeobecného súkromného práva na národnej no i európskej úrovni predstavuje rozvoj spotrebiteľského práva. V nadväznosti na predchádzajúce zistenia sa osobitne zamyslíme nad možnosťou integrácie tohto špecifického subodvetvia v súkromnom práve.

Našu úvahu možno považovať aj za prológ pre následné skúmanie špecifických právnych vzťahov v ktorých sa realizujú normy súkromného práva v osobitných súčasných podmienkach.

## 2 O hraniciach súkromného práva

V rámci európskeho právneho priestoru môže byť veľmi obtiažne nájsť jednotné kontúry „súkromného práva“, keď v angloamerickom právnom systéme je *common law* tradične charakterizované ako jednotný zdroj práva bez ohľadu na nám známe členenie, alebo ako to vystihuje doktrína z čias amerického právneho realizmu – „*all law is public law*“<sup>5</sup>. V Anglicku odčlenenie súkromného od verejného práva malo skôr procesný význam, pričom prelomové rozhodnutie<sup>6</sup>, ktoré toto procesné odlišovanie súkromného a verejného práva zaviedlo, následne vyvolalo „extenzívne debaty a neistotu o spravodlivom súdnom procese a úlohe súdu v prípadoch verejného

<sup>5</sup> Bližšie pozri HESSELINK, Martijn Willem. *The new European legal culture*. Deventer: Kluwer, 2001, p. 23.

<sup>6</sup> *O'Reilly v Mackman* [1983] UKHL 1, [1983] 2 AC 237. Dostupné aj z: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1983/1.html>>.



práva a o ideí oddeľovania verejnoprávných od súkromnoprávných prípadov.<sup>7</sup> Na druhej strane v kontinentálnej Európe, osobitne vo Francúzsku so svojím systémom oddelenej verejnoprávnej jurisdikcie, je tradičné delenie na súkromné a verejné právo východným bodom právnej vedy. Pokiaľ však ide o skutočný obsah uvádzaných termínov, ani v kontinentálnom právnom systéme nemožno považovať tento pojmový aparát za uspokojivý. Ako uvádza Švidroň, „[o]d vzniku novodobých racionálnych kodifikácií občianskeho práva na začiatku 18. storočia [...] nikto exaktne a so všeobecne akceptovanou presvedčivosťou aj pre náš „transformačný dnešok“ nevymedzil hranice medzi verejným právom a súkromným právom, ani predmet občianskeho práva v novom postavení všeobecného súkromného práva po roku 1989.“<sup>8</sup>

Najmä pre didaktické účely sa však stále poukazuje na rozdielnosti týchto dvoch veľkých odvetví, spravidla vychádzajúc z teórie záujmov<sup>9</sup>, ktorá hranicu medzi ne stavia tam, kde na jednej strane končia normy, ktoré regulujú súkromné vzťahy jednotlivcov a nie je nimi realizovaný celospoločenský záujem (súkromné právo) a kde začínajú normy slúžiace spoločenským cieľom, charakterizované štátnou intervenciou vo vzťahoch, ktoré regulujú (verejné právo). V podmienkach slovenskej vedy občianskeho práva tento prístup vystupuje do popredia v kombinácii s ďalším kritériom - odlišujúcim súkromnoprávne od verejnoprávných vzťahov podľa horizontality, resp. vertikality vzájomného postavenia (rovnosť resp. nadržanosť) subjektov v regulácii toho-ktorého odvetvia.<sup>10</sup> No v súkromnoprávnom diskurze prak-

<sup>7</sup> ALLISON, J.W.F. *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*. Oxford: Clarendon Press, 1996, s. 235. Javí sa, že v Anglicku si v rámci delenia práva na súkromné a verejné, práve verejné právo muselo razit' cestu svojho uznania, keď klasické *common-law* malo historicky skôr súkromnoprávny charakter. O tom: FREEDLAND, Mark. *The Evolving Approach to the Public/Private Distinction in English Law*. In: FREEDLAND, Mark; AUBY, Jean-Bernard. (eds). *The public law - private law divide : une entente assez cordiale?* Oxford: Hart, 2006, p. 107 a nasl.

<sup>8</sup> ŠVIDROŇ, Ján. *Mravné dimenzie občianskeho práva*. In: HURDÍK, Jan; FIALA, Josef; SELUCKÁ, Markéta (eds). *Tradice a inovace v občanském právu: Sborník příspěvků z konference konané na PrF MU dne 25. září 2007*. Brno: Masarykova univerzita, 2007, s. 21.

<sup>9</sup> Východnou pozíciou tejto teórie je rímskoprávne Ulpianovo delenie: „Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem“ (D.1,1,1,2. Ulp.). Por. napr. LAZAR In: LAZAR, Ján a kol. *Občianske právo hmotné 1*. Bratislava: Iuris Libri, 2014, s. 11.

<sup>10</sup> Por. napr. VOJČÍK In: VOJČÍK, Peter a kol. *Občianske právo hmotné*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 28-29.

ticky na celom svete, je rozlišovacích kritérií ďaleko viac<sup>11</sup> a veľmi často tak odlišnej povahy, že konkrétnu normu, či dokonca celé subodvetvie, súčasne bude možné zaradiť do oboch regulatívnych sfér. Tieto kritériá sú spravidla napokon označované za „nejednoznačné, sporné a zahmlené“<sup>12</sup>, ich kritika, či dokonca popretie tejto dichotómie práva má aj v našom priestore dlhodobú tradíciu,<sup>13</sup> zjavne v skutočnosti o poznanie viac nezodpovedá spoločenskej realite dneška, a aj preto sa stalo takmer spoločenskovedným „rituálom“<sup>14</sup> dekonštruovať súkromnoprávno-verejnoprávnu dualitu.

### 3 Dichotómia na ústupe

Tradičné inštitúty súkromného práva sú čoraz častejšie prenikané prvkami verejnoprávnej regulácie, a naopak do právnych predpisov upravujúcich inštitúty verejnoprávneho charakteru postupne prenikajú súkromnoprávne prvky, prípadne sa samé stávajú realizované tradičnými prostriedkami

<sup>11</sup> Veľmi inštruktívny prehľad ponúkajú napr. Michels s Jansenom v JANSEN, Nils; MICHAELS, Ralf. Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization. In: *American Journal of Comparative Law*. 2006, vol. 54, no. 4, pp. 846-853. Okrem už spomínaných koncepcií identifikovali ešte ďalších päť, ktoré majú osobitný význam v komparatívnom diskurze súkromného práva: a) podľa koncepcie spravodlivosti, ktorú normy príslušného odvetvia realizujú, možno označiť za súkromné právo to, ktoré uplatňuje komutatívnu spravodlivosť, a právom verejným to, kde sa presadzuje distributívna spravodlivosť; b) vychádzajúc zo vzťahov medzi subjektmi, v súkromnom práve sa realizujú vzťahy medzi jednotlivcami a vo verejnom vzťahy štátu ako suveréna (a nie účastníka trhu); c) ďalšia koncepcia stotožňuje súkromné právo so súkromnou (autonómnou) organizáciou práv a povinností, t.j. normy či subodvetvia, ktoré umožňujú dispozitívnu úpravu vzťahov doň budú zahrnuté, ostatné – kogentne zakotvené – nie; d) príbuzné kritérium tvorcu normujúceho vzťah zaraďuje do súkromného práva normy vytvorené samotnými subjektmi vzťahu a verejným právom právo prijaté štátom; e) napokon podľa vecnej príslušnosti súdov možno súkromným právom nazvať to odvetvie, ktorého normy sa realizujú v systave všeobecných súdov a verejným právom to, ktoré upravuje vzťahy podliehajúce jurisdikcii osobitných súdov.

<sup>12</sup> BEJČEK, Josef. „Privatizace“ ‚verejného‘ a „publicizace“ ‚súkromného‘ práva. In: LAZAR, Ján; BLAHO, Peter (eds.). *Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe*. Dies Luby Jurisprudentiae Nr. 9. Bratislava: IURA EDITION, 2007, s. 101.

<sup>13</sup> Por. ibid., s. 102 (rozbor česko-slovenskom právnom ponímaní v pozn. 2). Plastický príklad nezmieriteľnosti marxistickej právnej teórie s pojmom súkromného práva poskytuje aj Varady, pri popise legislatívneho odmietnutia označiť juhoslovanský zákon o mezinárodnom práve súkromnom v r. 1982 týmto pojmom, pričom namiesto neho sa zvolil krkolomný popisný názov. Por. MATTEI, Ugo A.; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. *Schlesinger's Comparative Law*. 7<sup>th</sup> ed. New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2009, p. 218.

<sup>14</sup> TEUBNER, Gunther. State Policies in Private Law? A Comment on Hanoch Dagan. In: *American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, no. 3, p. 836.

súkromného práva. Bejček<sup>15</sup> tieto procesy označuje „privatizáciou“ verejného resp. „publicizáciou“ súkromného práva. Stretneme sa však s označením „konštitucionalizácia“ súkromného práva,<sup>16</sup> pričom nejde iba o fenomén národných právnych poriadkov, ale rovnako sa deje na úrovni európskeho súkromného práva v najširšom význame. Zahraniční autori často používajú termíny ako „výmena medzi týmito odvetvami“, „dialóg“, „komunikácia“<sup>17</sup>. Konkrétnym príkladom uvádzanej „publicizácie“ môže byť inštitút verejnoprávných zmlúv, najmä tzv. subordinálnych, kde subjekty verejnej správy namiesto úpravy vzťahu formou správneho aktu uzatvárajú zmluvy v pozícii nadradeného subjektu s im podriadeným subjektom.<sup>18</sup> No vo všeobecnosti je táto publicizácia charakterizovaná aj masívnym prenikaním hodnôt a politík formovaných na vládnej úrovni do súkromno-právnych vzťahov, čím sa modifikujú tradičné inštitúty súkromného práva budované na zásade individuálnej autonómie, vo všetkých jej prejavoch. „Vlastníctvo je chránené, dohody sú záväzné a ľudia zodpovedajú za škodu iba vtedy a iba v tom rozsahu ako štát dovoľí, [...] nie je právo, ktoré by bolo oslobodené od paternalistickej, distributívnej a inej funkčnej a inštrumentálnej intervencie zo strany štátu.“<sup>19</sup> Z opačného uhla pohľadu však možno taktiež vypozerovať zásadný medziodvetvový prienik. Napr. systém súkromnoprávneho uplatňovania práva formou náhrady škody môže byť uplatňovaný aj v situáciách, kedy vlastne realizuje určitý verejný záujem, nahrádza alebo dopĺňa sankčné

BEJČEK, Josef. „Privatizace“ ‚veřejného‘ a ‚publicizace‘ ‚soukromého‘ práva. *supra*, s. 101 a nasl.

16 LOW, Gary; MUIR, Elise. The Privatization of European Law and Constitutionalization of Private Law: Two Sides of the Same Coin. In: *European Review of Private Law*. 2013, vol. 21, no. 5/6, p. 1159.

17 Por. *ibid.*; podobne aj ďalší autori in cit. vydání periodika.

BEJČEK, Josef. „Privatizace“ ‚veřejného‘ a ‚publicizace‘ ‚soukromého‘ práva. *supra*, s. 104.

19 HESSELINK, Martijn W. The Structure of the New European Private Law. In: *Electronic Journal of Comparative Law* [online]. 2002, vol. 6.4 [cit. 2015-08-30]. Dostupné z: <<http://www.ejcl.org/64/art64-2.html>>, p. 10. Autor ako najvýpuklejšie príklady takéhoto štátno-politického vplyvu do sféry súkromného práva označuje prísnu objektívnu zodpovednosť, ochranu pracovníkov, nájomcov či spotrebiteľov ako aj mnohé všeobecné súkromno-právne princípy, ktorými možno obdobné ciele realizovať interpretačno-aplikačnou činnosťou.

mechanizmy štátu.<sup>20</sup> Obdobný účinok možno pozorovať aj pri uplatňovaní „finančného zadosťučinenia“<sup>21</sup> v spotrebiteľských vzťahoch, ktoré sa realizuje nad rámec akejkoľvek škody. V širšom poňatí možno za prejav tohto vplyvu označovať aj čoraz častejší odklon od regulácie ponúkanej v určitých oblastiach štátnou legislatívou a tvorbu súkromných reglementačných mechanizmov, na úrovni mimoštátnych - spravidla odvetvovo zameraných - subjektov združujúcich záujmy konkrétnych právnických príp. fyzických osôb v danej hospodárskej sfére (privatizácia regulácie).<sup>22</sup> Všetky uvedené javy sú sprevádzané čiastkovým rozkladom právneho poriadku do „funkcionalistických odvetví práva“<sup>23</sup>, ktoré vôbec nehľadajú na rozdielnosti medzi súkromným a verejným právom a najmä na tradične odlišnú racionalitu regulácie v nich. Takýto odklon od civilnoprávnej dogmatiky je typický pre dynamicky sa rozvíjajúce oblasti právom regulovaných spoločenských vzťahov – formujúcich sa subodvetví práva – ako napr. medicínske právo, právo informačných technológií, stavebné právo či spotrebiteľské právo.

V tejto súvislosti treba upozorniť na špecifický charakter európskeho práva, obzvlášť vo forme práva EÚ, ale aj v podobe doktríny rozvíjajúcej Dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd<sup>24</sup>, ktoré „majú spoločné, že nie sú formulované na základe vnútorného delenia medzi súkromným a verejným právom. Normy európskeho práva sú takmer úplne dvojznačné s ohľadom na túto klasifikáciu“<sup>25</sup>. Ich transformácia do systému národného práva môže prebiehať začlenením sa do rôznych subsystémov konkrétneho právneho poriadku, čo môže znamenať umocnenie oddeľovania systému

20 Bejček uvažuje o realizácii verejného záujmu súkromným uplatňovaním práva pri ochrane hospodárskej súťaže. Por. BEJČEK, Josef. „Privatizace“, „verejného“ a „publicizace“, -súkromného“ práva. *supra*, s. 119-120.

21 Por. § 509 ods. 2 zák. č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení nesk. predpisov (ďalej iba „OZ“); § 3 ods. 5 veta tretia zák. č. 250/2007 Z. z. v znení nesk. predpisov.

22 Por. konkrétne prejavy tohto javu vo výskume pod vedením F. Cafaggiho a ďalších „Súkromná nadnárodná regulácia: Ústavné základy a spôsob správy“. Blížšie k popisu a výsledkom na <<http://privateregulation.eu>> [cit. 2015-08-30]. Všeobecne pozri aj JANSEN, Nils; MICHAELS, Ralf. Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization. *supra*, p. 868 a nasl.

23 HESSELINK, Martijn W. The Structure of the New European Private Law, *supra*, p. 8.

24 Dojednaný v Ríme 4. novembra 1950 v znení neskorších protokolov (Oznámenie č. 209/1992 Zb. v znení nesk. predpisov).

25 FREEDLAND, Mark; AUBY, Jean-Bernard (eds). *The public law - private law divide : une entente assez cordiale?* Oxford: Hart, 2006, s. 4.

verejného od súkromného práva, kde takáto tradícia absentuje (pretože napr. v Anglicku sa tým utvrdzuje existencia masy verejného práva)<sup>26</sup>, resp. pôsobí deštruktívne na vymedzenia týchto oblastí práva (súkromného/verejného) v krajinách, kde hranice medzi nimi boli tradične viac či menej zrejme.<sup>27</sup>

V súkromnoprávnom diskurze sa, vychádzajúc z uvedených javov, ostáva uspokojiť s konštatovaním, že hranice medzi súkromným a verejným právom sa stávajú menej zreteľnými, prípadne, s poukazom na širšie spoločenskovedné zasadenie súkromného práva trocha vágne vyhodnotiť, že je jednoducho „popretkávané politikou“<sup>28</sup>. Domnievame sa, že ono teoretické, dogmatické, či didaktické odčlenenie týchto odvetví môže byť skutočne významným intelektuálnym podnikom, ktorý však nutne musí byť odsúdený na otvorené závery, pokiaľ by akýkoľvek výskum mal ambíciu dospieť k všeobjímajúcej teórii súkromného práva ako protipólu a negácii práva verejného.

#### 4 Interakcia súkromnoprávnej regulácie a hodnotových vplyvov

Omnoho dôležitejšie z nášho pohľadu bude však niečo iné ako problém vymedzený čisto vo sfére exkluzívnych a rigorózných definičných znakov. Totiž, ak vychádzame z premisy, že súkromné právo je východiskovým konceptom pre tvorbu a budovanie „ekonomickej ústavy“<sup>29</sup> štátu či nadštátneho útvaru, a to najmä v kodifikovanej podobe, treba si klásť otázku či ono má svoju jedinečnú vnútornú racionalitu (logiku), a aká je, na čom sú jeho jednotlivé normy stavané a štruktúrované. Toto určenie považujeme za základný determinant ako zabezpečiť koherentnosť a z toho vyplývajúcu zrozumiteľnosť a efektivitu súkromnoprávných noriem pri ich tvorbe, interpretácii a aplikácii. Nemáme tým na mysli výlučne „hodnotové zakotvenie“ súkromného práva či súkromnoprávnej kodifikácie, ale najmä úvahu o tom, ako sa toto špecifické odvetvie dokáže a (predvídateľne) má vysporiadať

<sup>26</sup> Por. *ibid.*

<sup>27</sup> Por. napr. Vojčík in VOJČÍK, Peter a kol. *Občianske právo hmotné, supra*, s. 28.

<sup>28</sup> TEUBNER, Gunther. State Policies in Private Law? A Comment on Hanoch Dagan, *supra*, p. 837.

<sup>29</sup> Tým nespochybňujeme iný ako ekonomický rozmer súkromného práva, iba zdôrazňujeme, že úprava majetkových práv je ťažiskovou zložkou súkromného práva, a to bez ohľadu na to, aký ekonomicko-spoločenský model regulácie forsírúje.

s hodnotami (všeobecnými koncepciami), ktoré sú v nej priamo či nepriamo vyjadrené (najmä všeobecné súkromnoprávne princípy) a ďalšími hodnotami a koncepciami, ktoré nevyhnutne pri legislatíve i aplikácii čo i len mierne abstraktnej normy môžu vystúpiť do popredia.<sup>30</sup>

Jeden z hraničných prístupov vidí logiku súkromného práva v jeho „autonomizme“. Podľa neho je súkromné právo „oblasťou so svojou vlastnou vnútornou pochopiteľnosťou, ktorá je izolovaná od sociálnych, ekonomických, kultúrnych a politických sfér.“<sup>31</sup> Jeho normy by mali vychádzať z prísnej vnútornej korelativity medzi dôvodmi pre oprávnenie jednej strany a povinnosť druhej strany, pričom by nemal ostať priestor na vplyv iných (sociálnych) hodnôt. Jedinou funkciou súkromného práva je tak *sum cuique tribuere*, bez štátnej intervencie. V dôsledku toho aj rozdielnosť medzi súkromným a verejným právom je tu obzvlášť významná.

Na druhej strane stojí logika „inštrumentalizmu“ súkromného práva, v ktorej súkromné právo je iba jedným z regulatívnych mechanizmov nie odlišných od ostatných pokiaľ ide o ciele, ktoré môže šíriť alebo o spôsoby, ktoré môže legitímne využiť na ich dosiahnutie.<sup>32</sup> Právne vzťahy jednotlivcov tak môžu byť slobodne ovplyvňované spoločenskými, kultúrnymi a pod. záujmami, resp. tieto záujmy, alebo lepšie povedané hodnoty, môžu byť vynucované prostriedkami súkromného práva. V takomto ponímaní skutočne súkromné právo nie je ničím iným ako „verejným právom, ktoré zhodou okolností reguluje vzťahy medzi súkromnými stranami.“<sup>33</sup>

Podľa H. Dagona, ani jeden z uvedených prístupov vo svojej vyhranenej podobe nemôže zodpovedať skutočným očakávaniam, ktoré by adresáti jeho regulácie mali mať – ako od normatívneho systému – t.j. aby jeho praktická aplikácia napĺňala určitú víziu spravodlivého, predvídateľného a záväzného usporiadania. Súkromné právo by si tak malo zachovať ako východziu logiku korelativity vzťahu medzi súkromnými subjektmi v horizontálnom

<sup>30</sup> Zásadne pôjde o otázky kde sú hranice uplatniteľnosti určitej zásady resp. hodnôt politického charakteru v autonómnom – súkromnom – právnom (súkromnoprávnom) vzťahu určitých subjektov.

<sup>31</sup> DAGAN, Hanoch. The Limited Autonomy of Private Law. In: *American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, no. 3, p. 812.

<sup>32</sup> Por. *ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 818. Por. aj HESSELINK, Martijn W. The Structure of the New European Private Law, *supra*, pp. 8-9.

postavení, avšak neignorovať veľmi široký sociálny kontext v ktorom sa tento vzťah rozvíja, a ktorého rôzne hodnotové vyjadrenia v skutočnosti napĺňa, pričom si však má zachovať jedinečnú integritu ako súkromný vzťah obohatený o hodnotové interpretačné piliere.<sup>34</sup> Preňho odpoveď na otázku, ktoré spoločensko-politické méty sú prípustné ako regulatívne vplyvy v súkromnom práve a ktoré by už mali ostať v sfére práva verejného, spočíva na posúdení, či tieto ideály „nenanucujú externé ciele do dvojstranného vzťahu strán, t.j. ciele, ktoré sú cudzie alebo dokonca potenciálne rozvracajúce ich vzťah.“<sup>35</sup>

Teubner namieťa, že aj toto kritérium - ako celý rad ďalších - nie je dostatočne jednoznačné, aby bolo schopné v každom právnom vzťahu nájsť hranicu medzi internou a externou hodnotou a zadefinovať tak ideálnu racionalitu danému vzťahu. Namiesto toho, by delenie medzi súkromným a verejným malo byť podľa neho nahradené „polykontextualizmom [... teda] multiplíciťou rôznych sociálnych perspektív, ktoré musia byť simultánne odzrkadlené v práve.“<sup>36</sup> Súkromné právo by nemalo samo túto reflexiu obsahovať vo svojich normách a nanucovať ju súkromnoprávnym vzťahom, ale „musí byť voči nej vnímavé a schopné na nej participovať [...]“<sup>37</sup> v jednotlivých prípadoch/vzťahoch.

V nadväznosti na tieto javy sa na americkom kontinente rozvíja hnutie tzv. „nového súkromného práva“, ktoré ani tak neuvažuje o konkrétnom obsahu jednotlivých hmotnoprávných ustanovení zaradovaných do matérie súkromného práva, ale znamená hľadanie nových perspektív nazerania naň.<sup>38</sup> Pri odkrývaní toho, čo je jedinečné a dôležité pre súkromné právo postupuje „inkluzívne pragmaticky“. Uvedomuje si vlastnú osobitosť oproti

<sup>34</sup> Pozri DAGAN, Hanoch. *The Limited Autonomy of Private Law*, *supra*, p. 813 a nasl.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 823. Autor toto kritérium ilustruje na príklade úpravy majetkového usporiadania medzi manželmi. Za prípustnú „internú sociálnu hodnotu“ považuje napr. ideál manželstva ako rovnostárskeho spoločenstva, ktoré môže odvodniť východziu rovnú deľbu majetku medzi manželmi. Neprípustnou „externou sociálnou hodnotou“, na druhej strane, označuje štátnu populačnú politiku, ktorá by nemala určovať charakter a uplatniteľnosť súkromného vzťahu manželstva (napr. vo forme zákazov určitých manželstiev, povinnosti uzatvoriť manželstvo a mať deti, či limitov na potomstvo).

<sup>36</sup> TEUBNER, Gunther. *State Policies in Private Law? A Comment on Hanoch Dagan*, *supra*, p. 837.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 842.

<sup>38</sup> Pozri GOLDBERG, John C.P. *Introduction: Pragmatism and Private Law*. In: *Harvard Law Review*. 2012, vol. 125, no. 7, p. 1640 a 1651 a nasl.

politike či morálke, ale nie je od nich odtrhnuté. Ponecháva interpretačný priestor pre kontextuálne vstupy z rôznorodých disciplín ako je filozofia, ekonómia, história a kognitívne vedy, no myslí pri ich využití na špecifický účel sledovaný súkromným právom. Vyzdvihuje význam štúdia a analýzy doktrínálnych súkromnoprávných konceptov, no zohľadňuje spoločenské a iné vplyvy, ktorým podliehajú a ďalej ich rozvíjajú.<sup>39</sup> Teda súkromné právo v poňatí tohto prúdu by skutočne malo byť pragmatické pokiaľ ide o existenciu a aplikáciu práv a povinností subjektov súkromnoprávných vzťahov a nemalo by sa utápať v násilnom abstraktnom doktrínálnom či politickom systematizovaní týchto vzťahov, avšak tento pragmatizmus by mal mať schopnosť zahrnúť analýzu akéhokoľvek relevantného podnetu, ktorý súkromnoprávne vzťahy v súčasnosti ovplyvňuje.

Zastávame názor, že na pozadí snáh o nachádzanie najvhodnejšieho analytického a syntetizačného uchopenia fenoménu súkromného práva by však mal vždy stáť badateľný praktický – normatívny cieľ, a to určenie a odôvodnenie aké by právo (vo všeobecnosti, ale osobitne súkromné právo) malo byť. Metodológia amerického nového súkromného práva pri tom môže byť nanajvýš prínosným pomocníkom aj v európskom prostredí. Ak vo všeobecnosti platí, že „komplexný obraz o práve (v zmysle práva vo všetkých svojich variáciách) môže byť získaný iba holistickým prístupom“<sup>40</sup>, t.j. takým, ktorý vyhodnocuje alternatívne riešenia na určité právne problémy, pričom využíva poznatky z akéhokoľvek odvetvia, nakoľko všetky disciplíny môžu byť pre nás relevantné pri hľadaní odpovede na naznačenú otázku,<sup>41</sup> pri hľadaní adekvátnej architektúry súkromného práva pre súčasnosť – a osobitne v našom priestore pre súčasnú Európu – musí byť táto otvorenosť pre zhodnotenie vplyvov kultúry, histórie, právnej histórie, komparatívnej právnej vedy, internacionalizmu, lingvistiky, a rôznych osobitných humanitných i iných vied znásobená pluralitou ich národov, názorov atď. **Súkromné**

<sup>39</sup> Por. vo všeobecnosti *ibid.*, najmä s. 1663. Veľmi inštruktívne je obrazné pomenovanie tohto prístupu k súkromnému právu ako „kvalifikovaného agnosticizmu“; analýza je pragmaticky oslobodená od spútania regulatívnou dogmatikou toho či onoho zamerania.

<sup>40</sup> SMITS, Jan M. *Law and Interdisciplinarity: On the Inevitable Normativity of Legal Studies*. In: *Maastricht European Private Law Institute Working Paper* [online]. No. 2014/10 [cit. 2015-08-30]. Dostupné z: <<http://ssrn.com/abstract=2410518>>, p. 14.

<sup>41</sup> Por. *ibid.*



právo v tomto kontexte teda považujeme za interdisciplinárne odvetvie, ktoré dokáže rámcovať vzťahy medzi svojimi subjektmi pri zachovaní integrity ich autonómnych vzťahov, a to pri rešpektovaní širšieho spoločenského kontextu v ktorom sa realizujú.

## 5 Spotrebiteľské právo v systéme súkromného práva?

V súčasnej realite vývoja súkromného práva v štátoch EÚ, keď samo únieové právo v snahe regulovať právne otázky týkajúce sa rozvoja vnútorného trhu, preniká do národných právnych poriadkov nielen v harmonizovaných oblastiach, ale aj v oblastiach, ktoré sa ich čiastočne dotýkajú, čím výrazne naštrbujú celkový „eticko-spoločenský koncept súkromného práva“<sup>42</sup>, čelí tento koncept aktuálnej a osobitej výzve. Totiž, otázke ako **integrovat' právo ochrany spotrebiteľa do systému súkromného práva** a osobitne ako a či vôbec ho včleniť do systematiky štandardnej súkromnoprávnej kodifikácie.

Na základe vyhodnotenia desať rokov od reformy záväzkového práva v nemeckom BGB (*Schuldrechtsmodernisierung*), ktorá sa podujala na obsahovú integráciu spotrebiteľského súkromného práva do textu občianskeho zákonníka, dospel Micklitz<sup>43</sup> k záveru, že materiálne tento pokus úplne zlyhal. Integrácia spotrebiteľského práva do BGB sa uskutočnila výlučne vo formálnej rovine, tieto zásadne odlišné subodvetvia, jedno charakterizované statikou a druhé neskrotiteľnou dynamikou zmien<sup>44</sup>, ktorá je navyše cudzia systému nemeckého BGB (i iným národným systémom súkromného práva), zásadne nemožno účinne harmonizovať, a preto by mali byť odčlenené ako

<sup>42</sup> CHEREDNYCHENKO, Olha. Private Law Discourse and Scholarship in the Wake of the Europeanisation of Private Law. In: KENNY, Mel B.; DEVENNEY, James (eds.). *The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?* Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 163.

<sup>43</sup> MICKLITZ, Hans-W. Do Consumers and Businesses Need a New Architecture of Consumer Law? A Thought-Provoking Impulse (August 1, 2012). In: *EUI Working Papers LAW* [online]. no 2012/23 [cit. 2015-08-30]. Dostupné z: <<http://ssrn.com/abstract=2169226>>.

<sup>44</sup> Autor používa symbolický obraz BGB ako tankera, ktorý je zásadne stabilný a iba ťažko mení smerovanie, na rozdiel od spotrebiteľského práva (i iných špeciálnych odvetví, i špeciálnych predpisov), ktoré ako plachetnica môžu svoje smerovanie veľmi svižne meniť, a zároveň podliehajú vplyvom „prúdov a vetra“, t.j. politickým prúdom v omnoho väčšej miere. Por. *ibid.*, p. 3.

samostatné úpravy.<sup>45</sup> Sociálnemu charakteru spotrebiteľského práva by preto lepšie učinila zadosť jeho integrácia v špeciálnom predpise v spojení s jeho početnými verejnoprávnymi aspektmi s úpravou osobitnej procesnej ochrany,<sup>46</sup> a zároveň by sa uchránila konceptuálna čistota a jednota súkromného práva.

V podobnom duchu hodnotí aktuálny vývoj vzťahu medzi normami spotrebiteľského práva a základnou súkromnoprávnou kodifikáciou v Slovenskej republike aj Jurčová, ktorá na jednej strane zdôrazňuje špecifickosť spôsobu regulácie a spoločenskú dôležitosť spotrebiteľského práva, čo by sa malo prejavovať aj jeho samostatnou, obsahovo ucelenou a systematickou úpravou v spotrebiteľskom kódexe, a na druhej strane v pokračujúcom dezintegračnom vplyve spotrebiteľského práva v systéme súkromného práva vidí jeho fundamentálne ohrozenie: „... ak seriózne nepristúpime k systematickej úprave záväzkového práva, koherentný a konzistentný systém záväzkového práva v dôsledku partikulárnych novelizácií [Občianskeho zákonníka, Obchodného zákonníka, zákona o ochrane spotrebiteľa] prestane na Slovensku existovať.“<sup>47</sup>

Hesselink namieta, že práve z dôvodu, že ťažisko vývoja moderných trendov a konceptov práva reflektujúcich technologické i sociálne zmeny vo svete sa sústreďujú do oblasti spotrebiteľského práva, ak by sme akceptovali úplné odčlenenie spotrebiteľského práva od všeobecného súkromného práva, práve všeobecné súkromné právo reprezentované ustanoveniami občianskych zákonníkov, by mohlo ustrnúť vo vývoji, bolo by ochudobnené o prirodzenú reflexiu výdobytkov spoločenského vývoja, a stalo by sa postupne nefunkčným až nadbytočným.<sup>48</sup> Navrhuje naopak, aby skutočne došlo k pretransformovaniu všeobecného súkromného práva ideovým základom spotrebiteľského práva, pretože v skutočnosti neexistuje presvedčivý materiálny dôvod obmedzovať ochranu slabšej strany iba na spotrebiteľov, hoci by táto

<sup>45</sup> Ibid., p. 72.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> JURČOVÁ, Monika. Zjednotenie obligačného práva a integrácia spotrebiteľského práva – výzva na diskusiu. In: JURČOVÁ, Monika et al. (eds.). *Liber amicorum Ján Lazar*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2014, s. 326.

<sup>48</sup> Por. HESSELINK, Martijn W. Post-Private Law? In PURNHAGEN, Kai; ROTT, Peter (eds.). *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz*. New York: Springer Verlag, 2014, p. 33 a nasl.

kategória bola rozšírená i na malé podniky. „Hlavným cieľom by nemala byť ochrana spotrebiteľa, ale zmluvná spravodlivosť. Východným aspektom zmluvnej spravodlivosti je odmietavý postoj štátu k vymáhaniu neprijateľných podmienok a zmlúv uzatvorených následkom zneužitia postavenia subjektu. Súkromné právo by sa malo vyhýbať tomu, aby zneužívajúce podmienky a zmluvy považovalo za vymožiteľné, a to kvôli rešpektu individuálnej autonómie, rovnosti a ľudskej dôstojnosti všetkých zmluvných strán vo všetkých typoch zmlúv.“<sup>49</sup>

Domnievame sa, že oba uvedené pohľady spočívajú na relevantných argumentoch, avšak nie nevyhnutne sa vzájomne vylučujú. Totiž, systematické odčlenenie významnej časti úpravy právnych vzťahov v spotrebiteľskom práve do samostatného formálneho prameňa práva automaticky neimplikuje rezistentnosť všeobecného súkromného práva voči moderným vývojovým trendom, obzvlášť preto, že toto ovplyvňovanie všeobecného súkromného práva by sa malo diať na úrovni všeobecných princípov, ako je napr. materiálne posilnenie zmluvnej spravodlivosti rozšíreným chápaním materiálnej rovnosti strán a pod., a nie detailnej – technickej – úpravy práv a povinností pri špecifických zmluvných typoch. Preto tieto úvahy možno považovať za obzvlášť relevantné na úrovni národného právneho poriadku ako otázke hľadania efektívnych foriem konkrétnej právnej regulácie. Avšak na európskej úrovni, ak by sme chceli ostať pri zovšeobecnení problematiky, nie je vôbec možné otázku formálnej integrácie riešiť, z jednoduchého dôvodu, totiž, že spotrebiteľské právo, ktoré tvorí jadro úniového súkromného práva, je súhrnom právnych inštitútov a politík ambivalentnej povahy, v ktorej nemožno ucelený systém súkromného práva identifikovať, a zároveň, EÚ, z dôvodu svojich súčasných kompetenčných obmedzení<sup>50</sup>, ani nie je samostatne spôsobilá absentujúce normy typické pre národné súkromné právo do spotrebiteľského práva sama doplniť, tak aby bolo možné hovoriť o súkromnom práve EÚ hoci iba pre vybrané subjekty. Na úrovni EÚ, no čoraz viac i na národnej úrovni, treba akceptovať skôr funkčný prístup k právnym normám, a skutočnosť, že aj keď konkrétne právo alebo povinnosť by sme mohli popísať znakmi typickými pre súkromné alebo verejné

<sup>49</sup> Ibid., p. 40.

<sup>50</sup> K tomu napr. JANČO In: JANČO, Milan; JURČOVÁ, Monika; NOVOTNÁ, Marianna a kol. *Európske súkromné právo, supra*, s. 110.

právo, pre prax by také hodnotenie bolo sotva využiteľné, nakoľko by takto odlišené ustanovenia nemohli vytvoriť samostatne – vzájomne nezávisle – aplikovateľné právne subsystémy v rámci odvetvovej úpravy, v tomto prípade spotrebiteľského práva.

Práve v oblasti spotrebiteľského práva zároveň môžeme nájsť ilustráciu, že široký kontextuálny prístup k normám všeobecného súkromného práva, či už v aplikácii alebo aj následnej normotvorbe môže byť zásadným elementom pri tvarovaní súkromného práva *pro futuro* aj v našich zemepisných šírkach. Máme na mysli znovuzrodenie inštitútu civilnoprávnej úžery v práve SR. Niektoré slovenské súdy<sup>51</sup>, totiž, za značnej argumentačnej podpory pôvodom zahraničnej (rakúskej, českej) súdnej rozhodovacej činnosti, historicko-právneho pohľadu i poukazu na publikované zistenia o praktikách a sociálnych dopadoch praktík nebankových subjektov oprášili formálno-právne neupravený inštitút, ktorý významne zasiahol do súkromnoprávných vzťahov zmluvných strán, a ktorý nepriamo plní v podstate verejnoprávnu funkciu – reguláciu neželaných zmluvných praktík niektorých poskytovateľov úverov. Rovnakými pohnútkami bol motivovaný aj zákonodarca, ktorý následne uvedený inštitút do právneho poriadku priamo zakotvil<sup>52</sup> a otvoril dvere pre jeho využívanie aj v nespotebiteľských občianskoprávných vzťahoch.

## 6 Záver

Javí sa, že v súčasnej súkromnoprávnej regulácii v rôznych formách si spoločenský kontext a špecifiká konkrétneho vzťahu, v ktorom sa tieto normy realizujú, dokáže presadiť priestor pre svoju reflexiu, no ostáva výzvou pre architektúru súkromného práva do akej miery by ono malo takýto priestor poskytovať či aktívne limitovať, aby bola zachovaná integrita súkromnoprávneho vzťahu. Vnútroštátne súkromnoprávne normy posledných rokov poskytujú množstvo podnetov na posúdenie tejto otázky v jednotlivom

<sup>51</sup> Por. najmä rozsudky Krajského súdu v Prešove č. k. 3Co 3/2011, 16Co/71/2011, 3Co 151/2013 (všetky dostupné na: <http://www.justice.gov.sk/Stranky/Sudne-rozhodnutia/Sudne-rozhodnutia.aspx>).

<sup>52</sup> T.j. zákonom č. 106/2014 Z.z., ktorým bol do Občianskeho zákonníka zavedený nový § 39a „Úžera“. Por. najmä dôvodovú správu k tomuto zákonu.

vzťahu.<sup>53</sup> Je zrejmé, že túto vnútornú rovnováhu autonómie a hodnotovo-politických vplyvov nemožno jednotne a rigidne ustanoviť pre celé súkromné právo, ale skôr umožňovať, aby každý súkromnoprávny vzťah mal potenciál byť jedinečným súhrnom regulatívnych prvkov. A bez ohľadu na konkrétny právny systém možno predpokladať neustále zvyšovanie relevancie a intelektuálneho vkladu súdov<sup>54</sup> pri nachádzaní a tvarovaní konečného súkromnoprávno-hodnotového ekvilibria právneho vzťahu súčasnosti.

## Literature

ALLISON, J.W.F. *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*. Oxford: Clarendon Press, 1996. XVI, 270 p. ISBN 0-19-825877-1.

BEJČEK, Josef. „Privatizace“, „veřejného“ a „publicizace“, „súkromného“ práva. In: LAZAR, Ján; BLAHO, Peter (eds.). *Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe*. Dies Luby Jurisprudentiae Nr. 9. Bratislava: IURA EDITION, 2007, s. 101-131. ISBN 978-80-8078-184-2.

DAGAN, Hanoch. The Limited Autonomy of Private Law. In: *American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, no. 3, pp. 809-834.

FREEDLAND, Mark; AUBY, Jean-Bernard (eds). *The Public Law / Private Law Divide: Une entente assez cordiale?* Oxford: Hart, 2006. XIII, 255 p. ISBN 978-1-84113-635-6.

GOLDBERG, John C.P. Introduction: Pragmatism and Private Law. In: *Harvard Law Review*. 2012, vol. 125, no. 7, pp. 1640-1663.

<sup>53</sup> V slovenskom právnom poriadku okrem už spomínaného komplexu otázok práva ochrany spotrebiteľa možno spomenúť aj ďalšie situácie, kedy verejno-právne hodnoty nadobúdajú zásadný význam pre obsah a výkon konkrétneho súkromnoprávneho vzťahu. Napr. záujem na transparentnosti a efektívite nakladania s verejnými zdrojmi zásadne ovplyvňujú zmluvné vzťahy vo forme regulácie povinného zverejňovania zmlúv (§ 47a OZ), verejného obstarávania a pod. Ďalej, záujem na efektívite výberu daní a predchádzaní daňovým únikom sa stáva určujúcim pre súkromnoprávny vzťah napr. v dôsledku regulácie hotovostných platieb medzi subjektmi (zák. č. 394/2012 Z. z. o obmedzení platieb v hotovosti) alebo pre tzv. krátkodobý nájom bytu (zák. č. 98/2014 Z. z. o krátkodobom nájme bytu). Príkladov je však omnoho viac.

<sup>54</sup> Por. LOW, Gary; MUIR, Elise. The Privatization of European Law and Constitutionalization of Private Law: Two Sides of the Same Coin, *supra*, p. 1164 (ktorí hovoria o nevyhnutnosti vyvažovania hodnotových vplyvov v súdnych sieňach).

- HESELINK, Martijn W. Post-Private Law? In: PURNHAGEN, Kai; ROTT, Peter (eds.). *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz*. New York: Springer Verlag, 2014, pp. 31-43. ISBN 978-3-319-04902-1.
- HESELINK, Martijn W. The Structure of the New European Private Law. In: *Electronic Journal of Comparative Law* [online]. 2002, vol. 6.4 [cit. 2015-08-30]. Dostupné na internete: <<http://www.ejcl.org/64/art64-2.html>>.
- HESELINK, Martijn Willem. *The new European legal culture*. Deventer: Kluwer, 2001, 103 p. ISBN 90-268-3860-3.
- HONDIUS, Ewoud. Recodification of Private Law in Central and Eastern Europe and in the Netherlands. In: *ELTE Law Journal*. 2014, no. 1, pp. 51-58.
- CHEREDNYCHENKO, Olha. Private Law Discourse and Scholarship in the Wake of the Europeanisation of Private Law. In: Kenny, Mel B.; Devenney, James (eds.). *The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?* Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 148-171. ISBN 978-1-107-03880-6.
- JANČO, Milan; JURČOVÁ, Monika; NOVOTNÁ, Marianna a kol. *Európske súkromné právo*. Bratislava: Euroiuris, 2012, 540 s. ISBN 978-80-89406-19-7.
- JANSEN, Nils; MICHAELS, Ralf. Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization. In: *American Journal of Comparative Law*. 2006, vol. 54, no. 4, pp. 843-890.
- JURČOVÁ, Monika. Zjednotenie obligačného práva a integrácia spotrebiteľského práva – výzva na diskusiu. In: Jurčová, Monika et al. (eds.). *Liber amicorum Ján Lazar*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2014, s. 319-332. ISBN 978-80-8082-791-5.
- LAZAR, Ján a kol. *Občianske právo hmotné 1*. Bratislava: Iuris Libri, 2014, 720 s. ISBN 978-80-89635-08-5.
- LEGRAND, Pierre. Strange Power of Words: Codification Situated. In: *Tulane European and Civil Law Forum*. 1994, vol. 9, pp. 1-33.

- LOW, Gary; MUIR, Elise. The Privatization of European Law and Constitutionalization of Private Law: Two Sides of the Same Coin. In: *European Review of Private Law*. 2013, vol. 21, no. 5/6, pp. 1159-1164.
- MATTEI, Ugo A.; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. *Schlesinger's Comparative Law*. 7<sup>th</sup> ed. New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2009, 1026 p. ISBN 978-1-58778-591-7.
- MICKLITZ, Hans-W. Do Consumers and Businesses Need a New Architecture of Consumer Law? A Thought-Provoking Impulse (August 1, 2012). In: *EUI Working Papers LAW* [online]. no 2012/23 [cit. 2015-08-30]. Dostupné na internete: <<http://ssrn.com/abstract=2169226>>.
- SMITS, Jan M. Law and Interdisciplinarity: On the Inevitable Normativity of Legal Studies. In: *Maastricht European Private Law Institute Working Paper* [online]. No. 2014/10, 15 p. [cit. 2015-08-30]. Dostupné na internete: <<http://ssrn.com/abstract=2410518>>.
- ŠVIDROŇ, Ján. Mravné dimenzie občianskeho práva. In: HURDÍK, Jan; FIALA, Josef; SELUCKÁ, Markéta (eds.). *Tradície a inovácie v občianskom právu: Sborník príspevků z konferencie konanej na PrF MU dne 25. září 2007*. Brno: Masarykova univerzita, 2007, s. 19-40. ISBN 978-80-210-4490-6.
- TEUBNER, Gunther. State Policies in Private Law? A Comment on Hanoch Dagan. In: *American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, no. 3, pp. 835-844.
- VOJČÍK, Peter a kol. *Občianske právo hmotné*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, 637 s. ISBN 978-80-7380-402-2.

## Judikatura

*O'Reilly v Mackeman* [1983] UKHL 1, [1983] 2 AC 237.

Rozsudky Krajského súdu v Prešove č. k. 3Co 3/2011; 16Co/71/2011; 3Co 151/2013 (všetky dostupné na: <http://www.justice.gov.sk/Stranky/Sudne-rozhodnutia/Sudne-rozhodnutia.aspx>).

## Contact – e-mail

[jozef.stefanko@truni.sk](mailto:jozef.stefanko@truni.sk)

# The Right to Privacy in Romania. Modernization, Uniformity, Socio-political Implications

*Voinea Relu Eduard*

University of Craiova, Faculty of Law, Romania

## **Abstract in original language**

În această lucrare, autorul încearcă să stabilească coordonatele dreptului la viață privată din dreptul civil român. Prima parte a lucrării va prezenta metodele și tehnicile de cercetare a dreptului la viață privată în România, iar a doua parte va detalia concluziile la care s-a ajuns prin cercetarea dreptului la viață privată român, cu referire la modernizarea legislației naționale, uniformizarea dreptului intern, corespondența național-european și implicațiile socio-politice ale nerespectării dreptului la viață privată în România.

## **Keywords in original language**

dreptul la viață privată, uniformizarea dreptului, modernizarea legislației naționale.

## **Abstract**

In this paper, the author tries to establish the coordinates of the right to privacy in Romanian civil law. The first part of the paper will present the methods and techniques to research the right to privacy in Romania, the second part will detail the conclusions drawn from research about Romanian right to privacy referring to modernize national legislation, uniformity of law, national – european correspondent and socio-political implications of non-compliance with the right to privacy in Romania.

## **Keywords**

the Right to Privacy; Uniformity of law; Modernize National Legislation.

## **1 Research methods and techniques of the right to privacy in Romanian civil law**

The methodology used in achieving the theme of the research is one specific to the legal sciences.



A first issue that needed a clear methodology to be resolved was a theme choice of research subject. To solve this problem I used the method of theoretical and doctrinal information and the doctrinal analysis method. I studied the doctrine in matters of personality rights, the tracking history of the occurrence of this designation, I studied the content of personality rights and then analyzed quantitatively and qualitatively everything that was written in the national doctrine on the matter. I found that the matter of right to privacy is broad, the content of this right is complex, it includes more categories of individual rights. The content of a subjective civil law appears as „a prerogative or a bundle of powers”<sup>1</sup> conferred on the holder by showing what can be done or pretended to the right holder.<sup>2</sup>

Moreover, the right to privacy is a right enshrined in the New Civil Code and an extensive study about the law and about infringes to this right would be imposed in the Romanian national doctrine. After applying these methods, the title research topic resulted, namely „The right to privacy in the Romanian civil law”.

The next step was a research done by setting goals. To resolve this stage I used the analysis method of privacy, both in doctrine<sup>3</sup> and in national legislation and in practice. The method of legal information and jurisprudence analysis on the right personality I used it to investigate the European Court of Human Rights. The method analysis was completed by the observation method by which we conducted a scientific research of the right to privacy provided and managed to set goals to be achieved through research.

So, the first objective: making a chapter entitled „Modernizing national legislation” was based on the following methodology: the historical-comparative method applied to the internal law and the doctrine of national rights regarding the subjective rights, the method of contents analysis of the

<sup>1</sup> DABIN, J., (2008) *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, p. 168.

<sup>2</sup> CERCEL, S., (2005) *Considerations regarding the civil subjective law*. Legal Sciences Magazine, no. 3-4/2005, p. 60.

<sup>3</sup> BOROI, G., (2008), *Civil Law. The general part. Persons*, Bucharest: Hamangiu Publishing, p. 76 and the next; POP, A.; BELEIU, G. (1980) *Civil Law. General theory of civil law*, University of Bucharest, Faculty of Law, Bucharest, page 119 and the next; DOGARU, I., CERCEL, S., (2007) *Civil Law. The general part*. p. 44 and the next; LUPAN, E., SABĂU-POP, I., (2006) *Treaty of Romanian Civil Law*. vol. I. The General Part, Bucharest: C. H. Beck Publishing, p. 103-105.

communication and of language analysis, the method of legislative analysis. Under this objective we intended to argue that Romanian law on the right to privacy has been upgraded both in terms of express regulations of right to privacy in national legislation, but also on ways to protect this right.

After applying this methodology we concluded that modernizing began first in the Romanian doctrine which, relatively recently, after 2007, first used the concept of personality rights. It went on in 2011 with the integration in the Civil Code of the persons as a subject, a subject to another special law before, with the result that the new regulation was contained in the Articles 71 and 74 of the New Civil Code of the right to privacy and infringed this right. Protecting the right to privacy was part of the process of modernization of national legislation, so in 2014 when it came into force the new Criminal Code the offenses against privacy were kept, but there were introduced new criminalities on invasion of privacy or violation of professional headquarters and invasion of privacy. A novelty for Romanian doctrine in civil matters was also considered the establishing of the contents of the right to privacy.

By applying the methodology indicated we concluded that the right to privacy is a fundamental element of society, freedom and human dignity. The concept of privacy is found in many areas of life: intimate, related to the person's sexual orientation, supervision of individual, family life, inviolability of residence, telephone or written or electronic correspondence, personal data protection, etc. Romanian legislature has established a number of means of protection under privacy defense, means of constitutional, administrative, criminal, civil and family law but in the context of socio-legal reality, seem to be insufficient. Criminal legislature attempts to protect more private life were proved by transposing in the New Criminal Code of Article 8 ECHR, namely Article 7 CDFUE. Thus, the invasion of privacy is regulated in the NCP, in Article 226, which, since February 1<sup>st</sup>, 2014, with the entry into force of NCP, has become a crime.”

Apart from achieving these first objectives, the research conducted us to another chapter, „Socio-political implications”. It is about violations of privacy and infringes to it, as well as some aspects of personal data protection reform. To succeed in formulating these views, the method which

was applied was that of evaluation of current situation of the reform in this area by applying tools to assess the existing situation: analyzing each step on the reform of the protection of personal data.

Analysis and bibliographic synthesis method references were applied to know all the writings of the rights of personality in the national literature to analyze the evolution in time regarding the legislation on privacy. To argue uniform law, we had to establish that uniform EU law involves the harmonization of internal regulations of the member states in relation to EU directives.

Applying the comparative method of analysis and synthesis, we have managed to establish some features that justify uniform law. Thus:

To succeed in justifying the correspondence between national and European legislature, we applied the same methods of comparison and analysis on the regulations. We came to the following conclusions: Each Member State is responsible for the implementation of EU law (transposition deadlines, harmonization and correct application) within the national legal system.

In the research topic, the transposition of the provisions of Article 8 of the Convention, Article 7 CDFUE is evident by harmonizing the internal law in this area, which is clear from the entry into force of the new codes, civil and criminal law, regulating the imposition, respect and protection of the right to privacy.

As we will show in section *Uniform law*, the EU rules on privacy were transposed into the national legislation.

The ECHR jurisprudence<sup>4</sup> shows situations in which provisions of article 8 of the Convention were infringed. Thus: Decision 26/05/2009, published in the Official Gazette, Part I no. 720 on 26/10/2009 in Case Amanalchioai against Romania, Case Bucur and Thomas against Romania (no. 40238/02), Strasbourg Decision, 8 January 2013, Decision on 01/07/2008, published in the Official Gazette, Part I no. 283 on 30/04/2009 in Case Calmanovici against Romania, judgment of 12/10/2006, published in the Official Gazette, Part I no. 213 on 29/03/2007, Case Kaya against Romania, etc, situations that would result in the Romanian state being forced to pay

---

<sup>4</sup> Information taken from [www.jurisprudencedo.com](http://www.jurisprudencedo.com)

damages as damages to plaintiffs. These cases prove that in the Romanian legislation, the provisions of art. 8 of the Convention were transposed, but not respected.

## 2 Upgrading national legislation

The right to privacy is one of the most important human rights in contemporary society, recognized internationally in different regions and cultures.

Regulations regarding privacy were and are contained in the provisions of Article 8 of the European Convention on Human Rights which enshrines the right to respect for private and family life. The same provisions are found in art. 26 of the Constitution, the concept enshrined being „intimate, family and private life”. Obviously, from these two fundamental texts, the concept is mentioned in countless other acts, each ensuring compliance with legislated values.

So, in the legal system in Romania, Article 26 of the Constitution stated the right to intimate, family and private life, in the chapter *Fundamental rights and freedoms*, stating that „public authorities shall respect and protect the intimate, family and private life. Any natural person has the right to dispose of himself, as long as he/she does not infringe the rights and freedoms of others, public order or morals.”

Modernization of national legislation on the regulation of privacy has continued with the entry into force of the new Civil Code NCC, in October 2011, meaning that this act brought a novelty which was not true in the old Civil Code. It is introducing *Chapter II - respect owed to the human being and its inherent rights*, where we find express regulations, as well as in the European Convention on Human Rights, on the rights of personality, namely: the right to life, health, physical and mental integrity, to dignity, to their own image, to privacy and other rights recognized by law. We refer to the provisions of Article 71 NCC.

Moreover, the modernization of national legislation in this area, but not only, continued with the entry into force of the new penal code - NCP, which transposes the provisions of Article 8 ECHR, namely Article 7 CDFUE (EU Charter of Fundamental Rights). Thus, the NCP is regulated, in art. 226, the invasion of privacy, which since February 1, 2014, with the

entry into force of NCP, has become a crime, the criminal legislature succeeding thus in conferring an express criminal protection of the right to privacy. The provisions of Article 74 and Article 75 NCC covers infringements to privacy and limits of this right of privacy, expressly setting out the circumstances in which it is reached the right to privacy and the circumstances in which this right is not considered achieved.

A new element legislation on the right to privacy is that, on 12th March 2014, the European Parliament adopted the reform package on the protection of personal data and the report on the impact of programs of mass surveillance on EU citizens<sup>5</sup>. These votes represent an important contribution to the protection of the right to privacy and the completion of long-awaited reform proposed by the European Commission in January 2012, an issue which will also have an impact on the national legislation by aligning it to European standards on human rights protection.

### **3 Uniform law**

Uniform EU law involves the harmonization of internal regulations of the Member States in relation to EU directives.

The European Convention on Human Rights, drafted in the Council of Europe, entered into force on 3rd September 1953 and was ratified by Romania by Law no. 30 on 18th May 1994, published in the Official Gazette no. 135/31, May 1994.

The Convention obliges Member States to recognize to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms enshrined in this Act. European The Court of Human Rights is an institution recognized by the Member States and contributes to ensure compliance with the Convention and the Commission has the same role, till the end of the existence.

The European text has its origin in art. 12 of the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the UN General Assembly, on December 10, 1948, according to which no one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to harm the honor or reputation; everyone has the right to the protection of the law against such

---

<sup>5</sup> Information taken from [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)

interference or attacks. An almost identical formulation is given to the protection of the right to privacy by art. 17 of the International Treaty on Civil and Political Rights, adopted and opened for signature by the UN General Assembly, on December 16, 1966, entered into force in March 1974.

The Convention provisions that are the focus of the present research are contained in Article 8 - Right to respect for private and family life:

„1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right, except when it is prescribed by law and represents, in a democratic society, a necessary measure for the national security, public safety, economic well-being of the country, prevention of disorder and prevention of crime, protection of health, morals, rights and freedoms of others.”

The Romanian Constitution, as amended and supplemented by the Law amending the Constitution no. 429/2003, stipulates the regulations contained in the Convention in Chapter II „Fundamental rights and freedoms”, Article 26 - Intimate, private and family life, Article. 27 – Inviolability of residence and Article 28 - Secrecy of correspondence. New Civil Code, republished in the Official Gazette no. 505/2011, available beginning with October 1st, 2011 took and regulated the right to privacy in Article 71, Article 74 and Article 75, establishing the detriment and the limits of this right.

The new Penal Code, published in the Official Gazette no. 510 on 24th July 2009, in force from 1st February 2014, continued the process of legislative uniformity in that it covered a new offense in art. 226, invasion of privacy, incriminating also correspondence and domicile violation, offering legal means to protect their right to privacy.

The entry into force of the Fundamental Law and of new codes have led to a systematic and continuous consistency of the Romanian legislation.

#### **4 European - national correspondence**

Each Member State is responsible for the implementation of EU law (transposition deadlines, harmonization and correct application) within the national legal system. In the research topic, the transposition of the

provisions of Article 8 of the Convention, Article 7 CDFUE is evident by harmonizing the internal law in this area, which is clear from the entry into force of the new codes, civil and criminal law, regulating the imposition, respect and protection of the right to privacy.

As we will show in section *Uniform law*, the EU rules on privacy were transposed into the national legislation.

The ECHR jurisprudence<sup>6</sup> shows situations in which provisions of article 8 of the Convention were infringed. Thus: Decision 26/05/2009, published in the Official Gazette, Part I no. 720 on 26/10/2009 in Case Amanalachioai against Romania, Case Bucur and Thomas against Romania (no. 40238/02), Strasbourg Decision, 8 January 2013, Decision on 01/07/2008, published in the Official Gazette, Part I no. 283 on 30/04/2009 in Case Calmanovici against Romania, judgment of 12/10/2006, published in the Official Gazette, Part I no. 213 on 29/03/2007, Case Kaya against Romania, etc, situations that would result in the Romanian state being forced to pay damages as damages to plaintiffs. These cases prove that in the Romanian legislation, the provisions of art. 8 of the Convention were transposed, but not respected.

## 5 Socio-political implications

Initially defined as the „right to be let alone”<sup>7</sup>, the right to privacy had to ensure the „protection of the individual in all that involves space reserved to beliefs, thoughts, emotions and sensations”<sup>8</sup>. Thus, private life was protected, rather, on the psychological side<sup>9</sup>. Without going to develop the American concept of privacy, European jurisprudence adopted another position on „privacy” that is not the only sphere of individual privacy<sup>10</sup>. So,

<sup>6</sup> Information taken from [www.jurisprudencedo.com](http://www.jurisprudencedo.com)

<sup>7</sup> BRANDEIS, L. (1928), In the decision *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

<sup>8</sup> DUMITRU, H. D. (2012), *Libertate de exprimare și viață privată. Conexiuni constituționale și civile*. Pandectele Române (Freedom of Speech and Private life. Civil and constitutional connections. The Romanian Pandects), no. 5/2012, p. 45.

<sup>9</sup> LAURENT, P. (2003), *La liberté d'expression et sa limitation. Les enseignements de l'expérience américaine au regard d'expériences européennes* (Allemagne, France et Convention européenne des droits de l'homme), Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand L.G.D.J., 2003, p. 197.

<sup>10</sup> SUDRE, F. (2006) *Drept european și internațional al drepturilor omului (European and International Law of Human Rights)*, Polirom Publishing, Iași, 2006, p. 315.

we notice that privacy has always been a point of interest. And this interest is explained by the fact that privacy, in any of its meanings, is likely to have been affected by the aggressive ways of exercising freedom of expression”<sup>11</sup>.

This title has as a starting point the provisions of Article 74 and 75 of NCC on infringements to privacy and limits on the exercise of the right to privacy. Art.74 NCC provides infringements to privacy, as follows:

- a) the entry or stay without the right in a house or the taking of any object without the consent of the legal occupant;
- b) the interception without right of a private conversation, committed by any technical means, or the use, knowingly, of such interceptions;
- c) the recording or use of voice or image of a person in a private space without her consent;
- d) the dissemination of images of the inside of a private space without the consent of the person who lawfully occupies it;
- e) keeping private life under observation by any means, except for cases prescribed by law;
- f) the dissemination of news, debates, surveys or written or audio-visual reports on the intimate, personal or family life, without the person’s consent;
- g) the dissemination of materials containing images of a person on treatment in healthcare units, as well as personal data concerning health problems of diagnosis, prognosis, treatment, circumstances related to the disease and various other facts, including autopsy result, without the consent of the person concerned and, if dead, without family consent or that of the persons entitled;
- h) the use, in bad faith, of the name, image, voice and likeness to another person; i) the dissemination and use of correspondence, manuscripts or other personal documents, including the domicile, residence and telephone numbers of a person or family members without the consent of the person to whom they belong or has the right to dispose of them.

---

<sup>11</sup> DUMITRU, H. D. (2012), *Libertate de exprimare și viață privată. Conexiuni constituționale și civile*. Pandectele Române (Freedom of Speech and Private life. Civil and constitutional connections. The Romanian Pandects), no.5/2012, p. 44.



Article 75 refers to the limits on the exercise of the right to privacy, as follows:

1. do not constitute a violation of the rights in this section touches that are permitted by law or international conventions and covenants on human rights to which Romania is a party.
2. The exercise of constitutional rights and freedoms, in good faith and in compliance with international covenants and conventions to which Romania is part, does not constitute a violation of the rights provided in this section.

Violation of these limits and violations of privacy expressly provided by NCC are sanctioned by the Romanian legislature through various legal means, and their sanctioning produces social implications, and if the subject who bears the damage caused is circumstantial, but not only, the implications may be political, economic or of other nature.

An aspect that should be considered in this section refers to the reform of the European Union on the protection of personal data. Technology is advancing and the way to protect privacy must evolve with it. For some technologies, such as written media or Internet, the ability to exchange information could lead to new ways in which privacy can be violated. New technologies can also create new ways to gather private information. In general, the ability to gather and transmit information had negative implications for confidentiality. The concept of privacy of information has become more important than system and information control.

Moreover, the consequences of breach of privacy may be more severe. The law of privacy in many countries has had to adapt to technological changes in order to address these issues and, to some extent, maintain the privacy rights. But the existing global frame of privacy rights was also criticized as incoherent and ineffective. On 12 March 2014, the European Parliament adopted the reform package on the protection of personal data and the report on the impact of mass surveillance programs on EU citizens. These votes represent an important contribution to the protection of the right to privacy and the completion of long-awaited reform proposed by the European Commission in January 2012.

## Literature

- BOROI, G. *Civil Law. The general part. Persons*. București: Hamangiu Publishing, 2008 .
- CERCEL, S. Considerations regarding the civil subjective law. *Legal Sciences Magazine*, București, 2005, no. 3-4/2005.
- DABIN, J. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 2008.
- DOGARU, I., CERCEL, S. *Civil Law. The general part*. București, 2007.
- DUMITRU, H. D. Libertate de exprimare și viață privată. Conexiuni constituționale și civile. *Pandectele Române* (Freedom of Speech and Private life. Civil and constitutional connections. The Romanian Pandects), București, 2012, no. 5/2012.
- LAURENT, P. *La liberté d'expression et sa limitation. Les enseignements de l'expérience américaine au regard d'expériences européennes (Allemagne, France et Convention européenne des droits de l'homme)*. Paris: Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand L.G.D.J., 2003.
- LUPAN, E.; SABĂU-POP, I. *Treaty of Romanian Civil Law, vol. I. The General Part*. București: C. H. Beck Publishing, 2006.
- POP, A.; BELEIU, G. *Civil Law. General theory of civil law*. București: University of Bucharest, Faculty of Law, 1980.
- SUDRE F. *Drept european și internațional al drepturilor omului (European and International Law of Human Rights)*. Iași: Polirom Publishing, 2006.
- Information taken from [www.jurisprudencedo.com](http://www.jurisprudencedo.com)
- Information taken from [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)
- Information taken from [www.jurisprudencedo.com](http://www.jurisprudencedo.com)

## Contact - e-mail

*vv\_eduard@yahoo.com*

# Verejné a súkromné právo v súčasnosti

*Tomáš Zverka*

Paneurópska vysoká škola, Fakulta práva, Slovenská republika

## **Abstract in original language:**

Príspevok sa zaoberá súkromným právom a verejným právom v právnom poriadku Slovenskej republiky. Cieľom príspevku je charakteristika a porovnanie súkromného a verejného práva, význam a postavenie tohto delenia v právnom poriadku Slovenskej republiky. Ďalej je príspevok zameraný na postavenie tohto právneho dualizmu a jednotlivých právnych odvetví v právnom poriadku Slovenskej republiky a poukávanie na jeho význam.

## **Keywords in original language**

súkromné právo; verejné právo; právny poriadok; právny dualizmus.

## **Abstract**

The article deals with private law and public law in the legal system of the Slovak Republic. The aim of the article is a comparison of characteristics of private and public law, the meaning and status of this division in the legal system of the Slovak Republic. Furthermore, an article deals with the status of legal dualism and the various branches of law in the legal system of the Slovak Republic and highlight its importance.

## **Keywords**

Private Law; Public Law; Legal System; Law Dualism.

## **1 Úvod**

Problematika verejného a súkromného práva aj v súčasnosti je stále veľmi aktuálna a neustále jej venuje pozornosť tak odborná ako i laická verejnosť a úzko súvisí s pripravovanou rekodifikáciou občianskeho práva hmotného na Slovensku. Cieľom príspevku je najmä analýza a porovnanie súkromného a verejného práva, postavenie jednotlivých odvetví súkromného a verejného práva a význam tohto delenia tak v právnom poriadku

Slovenskej republiky ako aj v demokratických štátoch Európy. Problematika delenia práva na súkromné a verejné je značne pertraktovaná a právna veda sa ňou zaoberá už od dôb Rímskej ríše. Okrem toho, že táto problematika je pomerne dosť frekventovaná aj v dnešnej dobe a neustále sa s ňou stretávame tak v teórii, ako aj v aplikačnej praxi, na druhej strane je to aj značne kontroverzná téma z hľadiska vymedzenia a určenia hraníc medzi jednotlivými odvetviami práva a najmä preto ma táto téma tak veľmi oslovila. Je nespochybniteľné, že Slovenská republika je členským štátom Európskej únie, pričom väčšina štátov Únie preferuje právny dualizmus a len veľmi ťažko by sme v práve Európskej únie alebo v medzinárodnom práve hľadali delenie práva na verejné a súkromné. Preto je na mieste polemika, či je toto delenie v Slovenskej republike udržateľné a či by nebolo vhodné vytvoriť nový moderný systém v usporiadaní práva na Slovenku alebo, či naopak si Slovensko nemá tento dualizmus obhájiť a chrániť si ho tak, ako je tomu dnes.

## 2 Verejné a súkromné právo v právnom poriadku SR

Členenie práva na verejné a súkromné je v kontinentálnom právnom systéme známe oddávna a hoci v ostatnom čase sa v právnej vede viacerých európskych krajín objavujú aj pochybnosti o správnosti a vedeckej odôvodnenosti takéhoto členenia práva, možno povedať, že sa všeobecne uznáva aj v súčasnosti. Zmienky o právnom dualizme verejného a súkromného práva pochádzajú z obdobia starého Ríma. Často sa v tejto súvislosti uvádza vymedzenie vzt'ahu verejného a súkromného práva, ktoré podal rímsky klasický právnik Ulpianus v Digestách, takto: „*Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem*“ (**Právo verejné je zamerané na záujem rímskeho štátu, kým právo súkromné na záujem jednotlivcov**).<sup>1</sup> Slovensko, ako geopolitické územie, bolo až do roku 1993 vždy súčasťou väčšieho štátneho útvaru, či už to bola Veľká Morava, Uhorsko, neskôr Rakúsko–Uhorsko a nakoniec Československo. Z toho možno vyvodit', že slovenské právo tak súkromné, ako aj verejné sa vyvinulo v rámci týchto štátnych zriadení. Pojem súkromné právo sa však odlišne chápal v jeho jednotlivých obdobiach vývoja ľudstva a filozofických a politických

<sup>1</sup> LAZAR, J. a kol. *Občianske právo hmotné*. 1. vyd. Bratislava: Jura Edition, 2010, s. 9.

prúdoch. Stredoveké právo sa považovalo za unitárny systém práva, takže rozlišovanie verejného a súkromného práva sa značne oslabil.<sup>2</sup> Slovenské právo sa delí na právo verejné a právo súkromné a tak tomu bolo na základe rakúskej tradície až do konca štyridsiatich rokov. Neskôr bolo toto triedenie tak marxistickou právnou teóriou, ako i v súvislosti s vtedajšou právnou praxou, opustené so zreteľným zámerom umožniť socialistickému štátu zásahy a tým aj jeho prenikanie do súkromnej sféry jedincov. Po roku 1989 sa toto triedenie v súlade so zásadnými zmenami spoločenských pomerov (politických, hospodárskych, sociálnych) do právnej teórie i praxe opäť vrátilo. Hlavným kritériom rozlišovania verejného a súkromného práva spočíva v charaktere právneho vzťahu samotného, resp. vo vzájomnom vzťahu jeho subjektov, pričom niekedy sa používa pojem účastník, čo je však typický pojem procesného práva. Pre verejné právo je typické to, že jeden účastník právneho vzťahu (pokiaľ ide o štát, resp. štátny orgán alebo obec) vystupuje voči druhému účastníkovi ako nositeľ verejnej zvrchovanej moci a tým ako silnejší účastník (*potentior persona*), t.j. ako subjekt, ktorý druhému subjektu, v právnom štáte samozrejme presne upraveným spôsobom, môže ukladať povinnosti, poprípade jednostranne zakladať práva (nie však úplne bezvýnimčne, pretože v určitých prípadoch i verejnoprávny vzťah môže byť založený na rovnosti účastníkov, ako napríklad v prípade verejnej zmluvy na dodanie tovaru alebo služieb). Spomínanú nerovnosť subjektov alebo ich nadriadenosť a podriadenosť ako príznačný rys verejnoprávných vzťahov zdôrazňuje i nález Ústavného súdu Českej republiky uverejnený pod č. 34/1994 Sb. Preto majú v oblasti verejného práva základný význam autoritatívne právne akty orgánov verejnej moci, a to správne rozhodnutia. Pre súkromné právo je naopak typická rovnosť subjektov, najmä ich rovné hmotnoprávne postavenie. Táto rovnosť je pre odbor občianskeho práva výslovne vyjadrená v § 2 ods. 2 Občianskeho zákonníka („V občianskoprávných vzťahoch majú účastníci rovnaké postavenie“). Rovnosť subjektov právneho vzťahu spočíva v tom, že:

- a) *žadany subjekt právneho vzťahu nemôže inému subjektu tohto právneho vzťahu sám jednostranne uložiť povinnosť;*

<sup>2</sup> KALESNÁ, K. Renesancia verejného a súkromného práva v ČSFR. *Justičná revue*, roč. 43, č. 4 (1991), s. 42-45.

- b) *ak vznikne medzi subjektmi právneho vzťahu nezľada, nemôže ju jeden zo subjektov rozhodnúť bez dohody s druhým (nemo index in causa sua), ale ak chce aby táto nezľada medzi nimi bola zákonne rozhodnutá, musí sa obrátiť na súd, pred ktorým majú voči sebe navzájom oba subjekty rovné procesné postavenie.*

Zásada rovnosti subjektov však na druhej strane nebráni tomu, aby sa subjekty navzájom zmluvne dohodli, že jeden z nich bude na základe uzavretej zmluvy a v jej medziach sa správať podľa pokynov druhého (napr. pracovná zmluva, príkazná zmluva a pod.).<sup>3</sup> Za hlavné praktické dôsledky rozoznávania verejného a súkromného práva považujeme najmä to, že súkromnoprávne pomery a problémy patria do sféry súkromného práva a v prípade konfliktu súkromnoprávných záujmov o nich spravidla rozhodujú civilné súdy, kým verejnoprávne pomery majú v prípade konfliktu záujmov prednosť pred súkromnoprávnymi. Inak povedané, v prípade rozporu medzi verejnoprávnou a súkromnoprávnou povinnosťou treba prioritne plniť predovšetkým povinnosť danú verejnoprávnymi normami. V právnej vede, legislatíve, ako aj v právnej praxi sa uznáva typ tzv. zmiešaných právnych inštitúcií, t.j. právnych pomerov, na ktoré sa vzťahujú právne normy, ktorí majú tak prvky verejného, ako aj súkromného práva. Hranica medzi verejným a súkromným právom je v týchto právnych normách vždy len približná. Takéto v právnom poriadku sa vyskytujúce normatívne subsystemy vykazujúce hybridný charakter nazývame komplexné právne odbory, pretože vykazujú prvky tak súkromnoprávnej, ako aj verejnoprávnej povahy. Komplexnú povahu majú v súčasnom slovenskom právnom poriadku napríklad normatívne súbory v oblasti právnej ochrany spotrebiteľa, právo hospodárskej súťaže, právo životného prostredia, právo kartelové, či niektoré stránky právnej úpravy práva priemyselného vlastníctva a práva cenných papierov.<sup>4</sup> Za najmarkantnejší rozdiel medzi právom súkromným a verejným K. Eliáš považuje to, že o súkromné právo ide v prípadoch vzájomných oprávnení a povinností osôb a o právo verejné v prípadoch nároku alebo povinnosti účastníka voči orgánu verejnej moci. Ako už bolo uvedené vyššie, kľúčom k pochopeniu súkromného práva je princíp rovnosti a autonómie vôle, zatiaľ čo pre

<sup>3</sup> DVORÁK, J.; ŠVESTKA, J.; KNAPPOVÁ, M. a kol. *Občianske právo bmotné*. I. sv. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2009, s. 41-43.

<sup>4</sup> CIRÁK, J.; FICOVÁ, S. *Občianske právo. Všeobecná časť*. 1. vyd. Šamorín: Heuréka, 2008, s. 29.

verejné právo je rozhodujúce, ktorý orgán verejnej moci má právomoc. V práve verejnom sa uplatňujú zásady oficiality a legality a naopak v práve súkromnom dôležitost' slobody rozhodnúť o vlastnej právnej pozícii.<sup>5</sup>

### 3 Právny dualizmus verejného a súkromného práva

Kritérií pri delení práva na súkromné a verejné je hneď niekoľko, no nie všetci právni teoretici, ako aj odborníci z praxe sa v tomto smere navzájom stotožňujú. Napríklad B. Fábry v jednom zo svojich príspevkov tvrdí, že hľadanie kritérií a opodstatnenie delenia práva na súkromné a verejné nie je uzatvorené.<sup>6</sup> Teoretické zdôvodnenie kritérií rozhraničujúcich sféru verejného práva od sféry súkromného práva je obsiahnutá vo viacerých teóriách právneho dualizmu.<sup>7</sup> Tri z nich nadobudli najväčší význam, a to:

- a) **teória záujmov** vychádza z rímskoprávnej Ulpianovej konštrukcie, podľa ktorej normy verejného práva slúžia spoločenským záujmom a normy súkromného práva záujmom jednotlivcov,
- b) **teória podriadenosti** a nadriadenosti vychádza z toho, že vo verejnom práve existuje medzi účastníkmi právnych vzťahov podriadenosť a nadriadenosť, kým v oblasti súkromného práva je určujúcim princíp rovnosti,
- c) **teória subjektov**, podľa ktorej je pre odlišenie verejného práva od súkromného práva rozhodujúce, či sa na právnom vzťahu zúčastňuje právny subjekt, ktorý má zvrchovanú moc a túto moc vykonáva aj v tomto vzťahu, alebo nie. Táto teória, ako sa zdá, má v súčasnosti najviac zástancov. Rozdielne chápanie i vymedzenie rozsahu verejného a súkromného práva okrem rôznych teoretických prístupov v jednotlivých krajinách či v skupinách krajín ovplyvňuje aj rozdielne zákonodarstvo štátov i historické tradície. Veľké rozdiely tak možno nájsť medzi vymedzením okruhu právnych odvetví patriacich do verejného alebo súkromného práva vo Francúzsku a Nemecku. Napríklad trestné právo sa vo Francúzsku zaraďuje k súkromnému

<sup>5</sup> ELIÁŠ, Karel. Veřejnoprávní souvislosti soukromého práva. *Správní právo*, roč. 44, č. 1-2 (2011), s. 68. ISSN 0139-6005.

<sup>6</sup> FÁBRÝ, B. Verejné a súkromné právo - nové výzvy v systematike práva. *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae*, 25/2007, Bratislava: Univerzita Komenského, 2007, s. 47.

<sup>7</sup> CIRÁK, J.; FICOVÁ, S. *Občianske právo. Všeobecná časť*. 1. vyd. Šamorín: Heuréka, 2008, s. 30.

právu, kým v Nemecku k verejnému právu. Takéto a podobné odlišnosti sa však týkajú iba konkrétneho rozsahu či šírky systému verejného a súkromného práva a už menej sa vyskytujú vo vzťahu k samému miestu a významu občianskeho práva v systéme súkromného práva. V tomto smere v rámci kontinentálneho právneho systému prevláda pomerne značná názorová zhoda. Ak sa aj v tejto otázke vyskytujú určité odlišnosti, nemajú zásadnú povahu.<sup>8</sup> Napriek tomu, že nie všetci právnici teoretici sú stotožnení so všetkými kritériami delenia súkromného a verejného práva a niektoré dokonca spochybňujú, zároveň existuje v tomto delení veľa výnimiek a toto delenie je v našej právnej kultúre veľmi dôležité. Princípy tohto delenia práva sa zachovali od svojho počiatku až do súčasnosti a samotné právne predpisy ho používajú, pretože niektoré právne vzťahy sa prehlasujú za verejné a niektoré za súkromné a právne predpisy, ktoré ich upravujú, sa nazývajú verejné a súkromné. Taktiež právnici rešpektujú toto delenie a toto delenie významne ovplyvňuje praktickú právnu prácu. Delenie práva na súkromné a verejné má tiež význam pedagogický a vedecký. Je však dôležité spomenúť aj význam praktický. Je dôležité určiť, či ide o verejnoprávnu alebo súkromnoprávnu normu, čo sa týka pojmov, napríklad je rozdiel vo význame pojmu stavba z občianskeho zákonníka a stavebného zákona, aby sa mohli správne tieto pojmy vyložiť, a aby sa následne mohli správne aplikovať na konkrétny právny problém.<sup>9</sup> Je potrebné tiež podotknúť, že v zákonných úpravách vrátane zákonníkov dochádza v poslednom čase i pod vplyvom európskeho komunitárneho práva k častejším a užším prienikom a k vzájomnému intenzívnejšiemu ovplyvňovaniu prvkov súkromnoprávnej i verejnoprávnej úpravy. Tak napríklad v pracovnom práve, ktoré je svojou základnou povahou súkromnoprávne, najmä ak ide o individuálny zmluvný vzťah medzi zamestnancom a zamestnávateľom, pričom tu nájdeme aj početné verejnoprávne prvky (napríklad realizácia ochrany sociálnych práv). Rovnako je tomu napríklad i v Obchodnom zákonníku, ako aj v Zákone o rodine, Autorskom zákone a pod.<sup>10</sup> Vzhľadom na vyššie uvedené je potrebné zdôrazniť,

<sup>8</sup> LAZAR, J. a kol. *Občianske právo hmotné*. 1. vyd. Bratislava: Iura Edition, 2010, s. 9-10.

<sup>9</sup> BUREŠOVÁ, J. Pojem súkromé právo. *Právnik*, roč. 141, č. 7 (2002), s. 769. ISSN 0231-6625.

<sup>10</sup> DVOŘÁK, J.; ŠVESTKA, J.; KNAPPOVÁ, M. a kol. *Občianské právo hmotné*. I. sv. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2009, s. 43.



že bez ohľadu na to, či ide o právo verejné alebo súkromné, právo by malo byť ovplyvňované len jedinou ideou, a to ideou spravodlivosti. Je dôležité aby pri aplikácii verejnoprávných a súkromnoprávných noriem boli dodržiavané princípy ako je sloboda občana, rovnosť občanov, idea spravodlivosti, tvorba kvalitného efektívneho práva, pôsobenie štátu pri vytváraní stále priaznivejších podmienok pre zaisťovanie a výkon občianskych práv a slobôd.<sup>11</sup>

#### 4 Jednotlivé odvetvia verejného a súkromného práva

Tak súkromné, ako ja verejné právo sa ďalej člení na právne odvetvia (odborní). Pre tieto nižšie systematické celky je charakteristické, že predstavujú špecifickými vnútornými väzbami vytvorenú a späť sústavu právnych noriem. Právne odvetvia sa navzájom odlišujú najmä tým, že k spájaniu rôznych záujmov dochádza v jednotlivých odvetviach práva na rôznych stupňoch spoločenskej integrácie. K základným odborom verejného práva zaraďujeme predovšetkým právo ústavné (štátne), ďalej právo správne (administratívne) a finančné. Medzi odvetvia verejného práva býva zaraďované aj trestné právo, ktoré sa však niekedy považuje za odvetvie stojace mimo sféry tak verejného, ako aj súkromného práva. Základnými časťami nášho súkromného práva sú právo občianske a právo obchodné.<sup>12</sup> Oba tieto základné piliere súkromného práva sú kodifikované jednak v Občianskom zákonníku (zákon č. 40/1964 Zb.) a jednak v Obchodnom Zákonníku (zákon č. 513/1991 Zb.). V ich vzájomnom vzťahu tvorí občianske právo a občiansky zákonník všeobecné (univerzálne) súkromne právo a všeobecný súkromnoprávny predpis s podpornou (subsidiárnou) pôsobnosťou pre obchodnoprávne vzťahy (§ 1 ods. 2 OBZ). Obchodný zákonník v súčasnej dobe upravuje postavenie podnikateľov, ďalej v širokej miere obchodné záväzkové vzťahy, ako aj o niektoré iné vzťahy súvisiace s podnikaním (§ 1 ods. 1 OBZ). Je nutné však kriticky dodať, že obchodný zákonník upravuje duplicitne aj vzťahy, ktoré nie sú výlučne obchodné (napr. značnú časť úpravy všeobecných záväzkových vzťahov). Táto časť obchodného zákonníka (všeobecná úprava záväzkových vzťahov i niektoré

<sup>11</sup> ADAMOVIČ, K. Zamyšlení nad právem veřejným a soukromným. *Právník*, roč. 133, č. 12 (1994), s. 1083. ISSN 0231-6625.

<sup>12</sup> CIRÁK, J.; FICOVÁ, S. *Občianske právo. Všeobecná časť*. 1. vyd. Šamorín: Heuréka, 2008, s. 29-30.

d'alsie vzťahy) má podľa zamýšľanej rekodifikácii súkromného práva má byť výlučne upravená v občianskom zákonníku, zatiaľ čo úprava obchodných spoločností a družstiev má byť upravená v osobitnom zákone. Ďalšou súčasťou súkromného práva je pracovné právo upravené Zákonníkom práce (zákon č. 311/2001 Z.z.). Občiansky zákonník- má aj v tomto prípade voči Zákonníku práce podpornú platnosť (subsidiárny princíp). Aj úprava v otázke statusových vecí a práv, najmä fyzických osôb patrila tradične do súkromného práva. Rodinnoprávne vzťahy upravené zákonom o rodine č. 94/1963 Zb., boli od roku 1950 vyčlenené z občianskeho zákonníka a sú až doteraz upravené samostatne (zákonom č. 36/2005 Z. z.). Pri zamýšľanej rekodifikácii súkromného práva by sa mala úprava rodinných vzťahov stať súčasťou Nového občianskeho zákonníka, kde bude tvoriť osobitnú časť. Právo duševného vlastníctva (autorské právo, patentovej atď.), ktoré je tiež súčasťou súkromného práva, je v záujme ucelenej úpravy, tradície i vzhľadom k dynamike vývoja týchto vzťahov upravené v celom rade osobitných zákonov. Tento legislatívny stav má zostať zachovaný aj po realizácii zamýšľanej rekodifikácie súkromného práva. Taktiež špeciálnym zákonom je a zrejme pri zamýšľanej rekodifikácii súkromného práva aj zostane upravená ďalšia časť súkromného práva, a to je medzinárodné právo súkromné (zákon č. 97/1963 Zb.). Taktiež treba dodať, že osobitnej úpravy si v poslednom čase vyžiadalo aj podstatné prehĺbenie problematiky práva ochrany spotrebiteľa, a to nielen z hľadiska ich potrieb a potrieb spoločnosti, či z dôvodu intenzívneho prelínania súkromnoprávných prvkov s verejnoprávnymi, ale aj pre nutnosť prispôbiť vnútroštátnu úpravu európskemu komunitárnemu právu. Vzhľadom k rastúcemu spoločenskému a právnomu významu práva ochrany spotrebiteľa a pre potrebu ich každodenného súkromného života by malo byť jej základné (všeobecné) jadro upravené v Novom občianskom zákonníku, zatiaľ čo ďalšia úprava spotrebiteľských zmlúv, pri ktorých sa predpokladajú zmeny, by mala byť zakotvená v osobitných právnych predpisoch.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> DVOŘÁK, J.; ŠVESTKA, J.; KNAPPOVÁ, M. a kol. *Občianské právo hmotné*. I. sv. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2009, s. 44-45.

## 5 Záver

Na základe metodologických prístupov, akými boli najmä dedukcia a komparácia som sa usiloval nájsť relevantnú odpoveď na jednotlivé otázky, ktoré so sebou priniesla predmetná problematika, pričom komparáciou som sa dostal k odpovediam najmä na otázky aký je rozdiel medzi súkromným právom a verejným právom. Je tu však odpoveď na ďalšie dôležité otázky, a to napríklad aká bude budúcnosť tohto delenia a či sa zachová toto delenie v právnom poriadku Slovenskej republiky. Podľa smerovania Európskej únie môžeme zatiaľ pozorovať, že EÚ nerozoznáva delenie práva na súkromné a verejné a ani sa k tomuto delenie príliš nevyjadruje. Ďalšou skutočnosťou je, že sa dostáva do popredia harmonizácia práva EÚ a jednotlivé členské štáty sa jej prispôsobujú, pričom výnimkou nie je ani Slovenská republika, preto si myslím, že bude dosť závisieť od postoja iných štátov, ktoré právny dualizmus uznávajú, pretože ak zanikne v jednotlivých právnych poriadkoch štátov EÚ, Slovenská republika nebude tiež výnimkou. Som taktiež toho názoru, že náš právny systém nie je celkom dokonalý a máme na ňom čo zdokonaľovať, najmä čo sa týka rekodifikácie Občianskeho zákonníka tak ako je to v iných krajinách a v tomto kontexte si myslím, že je napríklad zbytočné mať samostatné právne odvetvia akými sú rodinné alebo pracovné právo v samostatných kódexov, nakoľko ich zakomponovanie v Novom občianskom zákonníku by bolo značne efektívnejšie a prehľadnejšie, keďže tieto kódexy sa často v konečnom dôsledku odvolávajú na terajší Občiansky zákonník *de lege lata*.

*In fine*, je potrebné jedným dychom dodať, že je často komplikované určiť hranice medzi súkromným a verejným právom a napriek všetkým pokusom a teóriám, na základe ktorých sa vymedzujú tieto hranice, sa vždy nájde určitá výnimka alebo prípad, ktorý ani moderná právna teória nedokáže objasniť. Napriek neustálym nezhodám tak domácich ako aj zahraničných juristov mám však za to, že toto delenie má v našom právnom poriadku hlboké korene a neopomenuteľný význam a je to zaužívaný systém, bez ktorého by tak teória, ako ani právna prax nevedela dobre a efektívne fungovať.

## Literature

- ADAMOVIÁ, K. Zamyšlení nad právem veřejným a soukromným. *Právník*, roč. 133, č. 12 (1994), s. 1083-1087. ISSN 0231-6625.
- BUREŠOVÁ, J. Pojem soukromé právo. *Právník*, roč. 141, č. 7 (2002), s. 769-784. ISSN 0231-6625.
- CIRÁK, J.; FICOVÁ, S. *Občianske právo. Všeobecná časť*. 1. vyd. Šamorín: Heuréka, 2008, s. 359. ISBN 978-80-89122-51-6.
- DVOŘÁK, J.; ŠVESTKA, J.; KNAPPOVÁ, M. a kol. *Občianské právo hmotné*. I. sv. 5. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2009, s. 460. ISBN 978-80-7357-468-0.
- ELIÁŠ, K. Veřejnoprávní souvislosti soukromého práva. *Správní právo*, roč. 44, č. 1-2 (2011), s. 68-76. ISSN 0139-6005.
- FÁBRY, B. Verejné a súkromné právo - nové výzvy v systematike práva. *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae*, 25/2007, Bratislava: Univerzita Komenského, 2007, s. 47-54. ISBN 978-80-223-2331-4.
- KALESNÁ, K. Renesancia verejného a súkromného práva v ČSFR. *Justičná revue*, roč. 43, č. 4 (1991), s. 42-45.
- LAZAR, J. a kol.: *Občianske právo hmotné*. 1. vyd. Bratislava: Iura Edition, 2010, s. 715. ISBN 978-808078-346-4.
- PEKÁREK, Milan. K problematice dualismu práva soukromého a veřejného. *Právník*, roč. 130, č. 9-10 (1991), s. 794-797. ISSN 0231-6625 .
- PLANK, K. Konceptia rekodifikácie občianskeho práva hmotného v Slovenskej republike. *Justičná revue*, roč. 48, č. 4 (1996), s. 1-12.

## Contact – e-mail

*tomas.zverka@paneurouni.com*

## **Vědecká redakce MU**

prof. MUDr. Martin Bareš, Ph.D.; Ing. Radmila Droběnová, Ph.D.;  
Mgr. Michaela Hanousková; doc. Mgr. Jana Horáková, Ph.D.;  
doc. PhDr. Mgr. Tomáš Janík, Ph.D.; doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.;  
Mgr. et Mgr. Oldřich Krpec, Ph.D.; prof. PhDr. Petr Macek, CSc.;  
PhDr. Alena Mizerová; doc. Ing. Petr Pirožek, Ph.D.;  
doc. RNDr. Lubomír Popelínský, Ph.D.; Mgr. David Povolný;  
Mgr. Kateřina Sedláčková, Ph.D.; prof. RNDr. David Trunec, CSc.;  
prof. MUDr. Anna Vašků, CSc.; Mgr. Iva Zlatušková;  
doc. Mgr. Martin Zvonař, Ph.D.

## **Ediční rada PrF MU**

doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D. (předseda)  
prof. JUDr. Josef Bejček, CSc., prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc.,  
doc. JUDr. Věra Kalvodová, Dr., prof. JUDr. Vladimír Kratochvíl, CSc.,  
doc. JUDr. Petr Mrkývka, Ph.D., doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D.,  
prof. JUDr. Petr Průcha, CSc., doc. JUDr. Markéta Selucká, Ph.D.

## **DNY PRÁVA 2015 – DAYS OF LAW 2015**

### **Část VIII. – Systémové otázky soukromého práva**

**Eds.: prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc., JUDr. Eva Dobrovolná, Ph.D., LL.M.,  
JUDr. Jiří Valdhans, Ph.D.**

Vydala Masarykova univerzita, Žerotínovo nám. 617/9, 601 77 Brno

Spisy Právnické fakulty MU č. 552 (řada teoretická)

1. vydání, 2016

ISBN 978-80-210-8199-4