

DIES LUBY IURISPRUDENTIAE Nr. 13

Ján Lazar • Martina Gajdošová

Editori / Editors

SOCIÁLNA FUNKCIA PRÁVA A NARASTAJÚCA MAJETKOVÁ NEROVNOSŤ

SOCIAL FUNCTION OF LAW AND GROWING WEALTH INEQUALITY



TYPI UNIVERSITATIS TYRNAVIENSIS

SOCIÁLNA FUNKCIA PRÁVA
A NARASTAJÚCA MAJETKOVÁ NEROVNOSŤ

SOCIAL FUNCTION OF LAW
AND GROWING WEALTH INEQUALITY

XIII. Lubyho právnické dni / XIII. Luby Law Days

Ján Lazar, Martina Gajdošová (eds.)

**SOCIÁLNA FUNKCIA PRÁVA
A NARASTAJÚCA
MAJETKOVÁ NEROVNOSŤ
SOCIAL FUNCTION OF LAW
AND GROWING WEALTH
INEQUALITY**

**Medzinárodná vedecká konferencia
International Scientific Conference**

Smolenice 28. – 29. september 2017

Nadácia Štefana Lubyho
a Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave
Štefan Luby Foundation and Faculty of Law,
Trnava University in Trnava

TYPI UNIVERSITATIS TYRNAVIENSIS
TRNAVA 2018

Editori/Edited by:

prof. JUDr. Ján Lazar, DrSc.
doc. JUDr. Mgr. Martina Gajdošová, PhD.

Recenzenti/Reviewers:

prof. JUDr. Helena Barancová, DrSc.
Dr. h. c. prof. JUDr. Peter Mosný, CSc.

Zodpovedný redaktor PhDr. Jozef Molitor
Grafická úprava a zalomenie Jana Janíková
Obálku upravil Mgr. Marek Petržalka

Pre Právnickú fakultu Trnavskej univerzity v Trnave
vydalo vydavateľstvo TYPUS UNIVERSITATIS TYRNAVENSIS,
spoločné pracovisko Trnavskej univerzity
a VEDY, vydavateľstva Slovenskej akadémie vied, ako 236. publikáciu.
Vytlačila VEDA, vydavateľstvo SAV.

© Ján Lazar, Martina Gajdošová (eds.), 2018

ISBN 978-80-568-0095-9
ISBN 978-80-568-0096-9 (on-line)

OBSAH/CONTENTS

Predhovor/ <i>Preface</i>	7
Interakcia majetkovej nerovnosti a sociálnej funkcie práva (Úvodná úvaha k téme)/ <i>Interaction between Wealth Inequality and the Social Function of Law (Opening Speech on the Topic)</i> Ján Lazar	11
Social Role of Private Law in the Financial Crisis/ <i>Sociálna úloha súkromného práva vo finančnej kríze</i> Tatjana Josipović	57
At the end of the concept of a consumer?/ <i>Koniec pojmu spotrebiteľ?</i> Fryderyk Zoll	87
Nerovnosť, mutácie pojmu slobody a verejný priestor: právne implikácie/ <i>Inequality, Mutuality of Freedom and Public Space: Legal Implications</i> Pavel Holländer	100
Moderne Reform des russischen Gesellschaftsrechts und die Rechte der Minderheit der Aktionäre/ <i>Nová reforma ruského práva obchodných spoločností a práva „malých“ členov akciových spoločností</i> Evgeny Alekseevich Sukhanov	122
Ochrana rodiny v sociálnom a právnom kontexte/ <i>Protection of Family in Social and Legal Context</i> Marek Šmid/Mária Šmidová	129
Sociálna spravodlivosť v práve/ <i>Social Justice in Law</i> Eduard Bárány	156
Spravodlnosť občanského práva/ <i>Equity of Civil Law</i> Jan Hurdík	165

Rovnost a slabost v soukromém právu jako vůle a představa? (Rozprava nad důvody a důsledky zvláštních skupinových formálních statusů subjektů soukromého práva)/ <i>Equality and Weakness in Private Law as the Will and Representation (Debate Over the Reasons and Consequences of Specific Formal Group Statuses of Private Law Subjects)</i> Josef Bejček	181
The Role of the New Romanian Private Law in Counteracting the Growing Wealth Inequality/Úloha nového rumunského súkromného práva v boji proti rastúcej majetkovej nerovnosti Christian Alunaru/Codruța Guzei-Mangu	225
Úlohy práva v kolaboratívnej ekonomike/ <i>Tasks for Law in Collaborative Economy</i> Monika Jurčová	262
Faktické a právní limity práva při prosazování principu rovnosti/ <i>Factual and Legal Limits of Law in Promoting the Equality Principle</i> Jan Tryzna	280
Prvé pracovnoprávne normy ako prostriedok zabezpečenia dôstojnosti zamestnancov v prostredí sociálnej a majetkovej nerovnováhy/ <i>The First Labour Law Norms as Means of Protection of an Employee's Dignity in the Environment of Social and Property Imbalance</i> Miriam Laclavíková/Andrea Olšovská	304
Právo a odstraňovanie majetkových rozdielov/ <i>Law and Elimination of Wealth Inequality</i> Martina Gajdošová	324

PREDHOVOR

Predkladaná publikácie „Sociálna funkcia práva a narastajúca majetková nerovnosť“ obsahuje príspevky z medzinárodnej vedeckej konferencie, ktorá sa na túto tému konala 28. a 29. septembra 2017 v Konferenčnom centre Slovenskej akadémie vied v Smoleniciach v rámci XIII. Lubyho právnických dní organizovaných Nadáciou Štefana Lubyho a Právnickou fakultou Trnavskej univerzity.

Tematická orientácia konferencie a odborných príspevkov v kontexte súčasného spoločensko-ekonomického vývoja v celosvetovom meradle i v rámci štátov EÚ charakterizovaného rastom sociálneho napätia, spoločensko-politickými turbulenciami, existenčnou i právnou neistotou značnej časti obyvateľstva, je mimoriadne aktuálna, akútna a spoločensky prvorado závažná. Jej význam a široký dosah zvyšuje ešte okolnosť, že už samotná problematika vymedzená názvom témy má širšie spoločenskovedné rozmery, ktoré zjavne presahujú oblasť izolovaných právnych vzťahov a problémov. In concreto ide o mimoriadne rozsiahly, mnohorozmerný a značne komplikovaný interdisciplinárny komplex veľmi zložitých spolu súvisiacich a vzájomne prepojených vzťahov a faktorov ekonomickej, sociálnej, etickej a právnej povahy.

Práve pre túto svoju povahu sa celkom prirodzene kľúčovou otázkou skúmania a predmetom záujmu účastníkov konferencie stala otázka vzájomnej interakcie medzi nárastom majetkovej nerovnosti a sociálnou funkciou práva. V nadväznosti na túto ústrednú myšlienku na konferencii rezonoval v referátoch i v rozsiahlej a obsahovo bohatej vedeckej rozprave celý rad úvah, analýz, vyjadrení a názorov týkajúcich sa či už celého komplexu problémov alebo len jednotlivých aspektov skúmanej problematiky. Pritom jednotlivé príspevky sa zaoberajú skúmanou materiálou tak z hľadiska súkromného práva (sociálna úloha súkromného práva vo finančnej kríze, sociálna rovnováha a spravodlivosť, deštrukcia pojmu spotrebiteľ a iné), ako aj z hľadiska všeobecnej teórie práva, právnej

filozofie, verejného práva i právnej histórie (napr. právne aspekty rovnosti a nerovnosti, sloboda a rovnosť, právo a odstraňovanie majetkových rozdielov a pod.), ako aj ďalšie. Vyjadrenia i názory autorov príspevkov tak v širokom obsahovom kruhu a názorovej rozmanitosti sprostredkujú o nastolenej téme viaceré nové a vedecky hodnotné poznatky s dosahom pre právnu teóriu, legislatívu i aplikačnú prax na národnej, európskej a medzinárodnej úrovni, a to tak v oblasti súkromného, ako aj verejného práva.

K autorom referátov patria okrem domácich prevažne zahraniční univerzitní profesori z popredných stredoeurópskych univerzít a inštitútov. Tým dostali konferencia a zborník vsutku medzinárodný a európsky rozmer.

Sme presvedčení, že na tomto základe vznikla vedecky hodnotná a mimoriadne aktuálna publikácia, ktorá celkom určite vyvolá záujem širokej odbornej verejnosti, všetkých tých, ktorí si chcú prehĺbiť poznatky o povahe, podstate a význame sociálnej funkcie práva v kontexte narastania majetkovej nerovnosti, pôsobiacich či už v akademickej sfére, legislatíve alebo v aplikačnej praxi, a síce nielen na Slovensku a v Česku, ale tiež v zahraničí.

Editori

PREFACE

The presented publication titled “Social Function of Law and Growing Wealth Inequality” contains contributions for an International Conference which took place on the topic in the Conference Center of the Slovak Academy of Sciences in Smolenice on September 28th and 29th, 2017, within the XIII. *Dies Luby Iurisprudentiae* organised by the Stefan Luby Foundation and the Faculty of Law, Trnava University in Trnava.

In the context of contemporary global and European Union social and economic development characterised by growing social tension, social and political unrest, existential and legal uncertainty being experienced by a majority of inhabitants, the thematic focus of the Conference is especially topical, acute and particularly important from a social perspective. Its significance and wide-rangingscope is supported also by the fact that the issue itself delimited by the name of the topic has wider social and scientific dimensions which are obviously beyond the scope of isolated legal relationships and issues. In concreto, the topic concerns the widespread, multi-dimensional and significantly complicated interdisciplinary complex of extremely complicated interconnected and mutually associated relations and factors of economic, social, ethical as well as legal nature.

It was exactly because of its nature why quite logically and naturally, the question of mutual interaction between the growth of wealth inequality and the social function of law has become a fundamental question examined as well as a subject of interest shared by Conference participants. Following the central idea, a full range of essays, analyses, statements and opinions associated with the whole complex of issues or individual aspects of the issue explored resonated in Conference contributions and the wide-ranging and content-rich scientific discourse. Individual contributions concurrently discuss about the subject-matter examined from the

perspective of private law (a social role of private law in a financial crisis, social balance and justice, destruction of the term consumer and others) as well as from the viewpoint of a general theory of law, philosophy of law, public law and legal history (e. g. legal aspects of equality and inequality, freedom and equality, law and reduction of wealth gaps etc.) as well as other points of view. Authors' statements and opinions thus convey several pieces of new and scientifically valuable knowledge on the topic established, covering rich content, offering opinion diversity and having impact on legal theory as well as legislative and implementation practice on a national, European and international level within the scope of private and public law.

In addition to domestic authors, the scientific papers have also been written by foreign university professors from top Central European universities and institutions. Thus, both the Conference and the edited volume have gained an international as well as European character.

I believe that what has been compiled on the above-mentioned ground is a scientifically valuable and especially topical publication which will indeed spark the interest of the wider professional public and of those who wish to broaden their knowledge concerning the character, nature and significance of the social function of law in the context of growing wealth inequality, and to share the interest which is topical in the sphere of academic, legislative or implementation practice not only in Slovakia and Czech Republic but also abroad.

Editors

Prof. JUDr. Ján Lazar, DrSc.
Právnická fakulta, Trnavská univerzita, Trnava

INTERAKCIA MAJETKOVEJ NEROVNOSTI A SOCIÁLNEJ FUNKCIE PRÁVA (Úvodná úvaha k téme)

Obsah

I. Všeobecne	11
II. Sociálna dimenzia európskeho práva a limity jej rozvoja	13
III. Interakcia majetkovej nerovnosti a sociálnej funkcie práva	16
1. O rozsahu majetkovej nerovnosti	16
2. K vzájomnému vzťahu ekonomickej a politickej moci	18
3. Sociálne, etické a právne dôsledky majetkovej nerovnosti	22
IV. O možnostiach riešenia problematiky s osobitným zreteľom na použitie právnych prostriedkov	25
1. Zmena v orientácii ekonomického a právneho modelu	25
2. Možnosti verejnoprávnych prostriedkov regulácie	26
3. Zdokonalenie a prehĺbenie sociálnych prvkov v súkromnom práve	27
4. Osobitné problémy realizácie niektorých občianskoprávných inštitútov z hľadiska slovenskej právnej úpravy	29
V. Záverečná poznámka	32

I. Všeobecne

V porovnaní so všetkými doterajšími 12 medzinárodnými vedeckými konferenciami konanými v rámci Lubyho právnických dní (LPD), počnúc rokom 1990 až doposiaľ, sa téma XIII. LPD svojou povahou a obsahovou orientáciou vyznačuje nepochybne určitými osobitosťami. V prvom rade samotný výber a formulovanie témy bolo pod veľmi intenzívnym a bezprostredným vplyvom aktuálneho spoločensko-ekonomického vývoja v celosvetovom meradle i v rámci štátov EÚ, charakterizovaného rastom sociálneho napätia, spoločensko-politickými turbulenciami, existenčnou i právnou neistotou značnej časti obyvateľstva. To všetko totiž vedie nezriedka

k spochybňovaniu doteraz proklamovaného, platného, všeobecne uznávaného katalógu sociálnych, etických i právnych hodnôt a istôt. Nôvum spočíva v tom, že tieto javy vyvolávajúce u ľudí hromadne pocity sociálnej nerovnosti a frustrácie, sú živnou pôdou a majú širokú platformu na uplatnenie nielen v rozvojovej časti sveta, ale najmä aj v ekonomicky vyspelých a tradične demokraticky organizovaných štátoch vrátane transformujúcich sa štátov strednej a východnej Európy i v ďalších krajinách. Tvárou v tvár týmto danostiam, ktoré sa v súčasnosti neustále celosvetovo mediálne šíria, sa preto priamo ponúkala téma o sociálnej funkcii práva práve v kontexte s priepastným nárastom majetkovej nerovnosti v spoločnosti ako veľmi akútnej, mimoriadne naliehavý a pre spoločnosť potrebný objekt vedeckého skúmania i odbornej diskusie, a to nielen zo strany ekonómov či politológov (ako sme boli toho svedkami doposiaľ), ale aj z hľadiska jurisprudencie.

V druhom rade spočíva osobitosť témy v tom, že nejde vyslovene len o presne ohraničenú úzku právnu tematiku, ale o problematiku so širšími spoločenskovednými rozmermi presahujúcimi oblasť izolovaných právnych vzťahov. Pritom v danom prípade ide o mimoriadne rozsiahlu, mnohorozmernú a komplikovanú interdisciplinárnu problematiku celého komplexu veľmi zložitých vzťahov a faktorov, ktoré sa prelínajú okrem ekonomických aj s ďalšími spoločenskými vzťahmi a faktormi, vrátane právnych inštitútov. Pre skúmanie a objasnenie vzájomných súvislostí medzi nimi je aj v súčasnosti aktuálny poznatok, ktorý vyjadril známy rakúsky právny teoretik Ernst Rabel už pred sto rokmi, keď povedal, že všetko v sociálnej, ekonomickej a právnej oblasti je vo vzájomnej interakcii.¹ V súlade s uvedenou myšlienkou je nepochybné, že sociálna funkcia práva, či už v doktrinálnej alebo zákonodarnej podobe, sa uplatňuje v kontexte s ekonomickými procesmi rozdeľovania majetku a majetkových hodnôt v modernej spoločnosti, ktoré, ako je všeobecne známe, sa v ostatných tridsiatych rokoch vyznačuje naras-

¹ Rabel, E. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, 1925; reprint in: H. G. Leser (ed.), Rabel, E. Gesammelte Aufsätze, Vol., ročník III, 1967, s. 5.

tajúcou nerovnosťou. Gradujúca majetková polarizácia spoločnosti alebo „veľké roztváranie nožníc“ (Great Divergence) sa najčastejšie v širších spoločenských súvislostiach spája ako negatívny dôsledok súčasne prebiehajúcej globalizácie a procesu digitalizácie, osobitne však s dominanciou neoliberalného ekonomického a právneho modelu, ktorý charakterizuje: privatizácia, deregulácia a uplatňovanie princípov úplne slobodného trhového hospodárstva, bez výraznejšej štátnej regulácie ekonomických i sociálnych vzťahov (tzv. Washingtonský konsenzus). Na tom založený mechanizmus rozdeľovania pochopiteľne prináša so sebou celý rad nielen ekonomických, ale aj politických, sociálnych, etických a právnych dôsledkov, ktoré vo svojom komplexe negatívne ovplyvňujú, zužujú a deformujú o. i. aj predpoklady na plnohodnotné rozvinutie sociálnej funkcie práva. Nebývalá majetková polarizácia sa dostáva do rozporu s princípmi v Európe všeobecne uznávaného sociálneho trhového hospodárstva a následne so sociálnou doktrínou európskeho práva a poväčšine aj so sociálne orientovaným zákonodarstvom národných štátov EU. To sa osobitne negatívne dotýka vplyvu na realizáciu zásad európskeho práva, akými sú okrem zásady slobody, ľudskej dôstojnosti, aj zásady právnej rovnosti, sociálnej spravodlivosti, zákazu akejkoľvek diskriminácie, zásady regard and fairnes, solidarity a spolupráce.

II. Sociálna dimenzia európskeho práva a limity jej rozvoja

Ako je všeobecne známe, sociálna dimenzia práva, resp. uplatňovanie sociálnej funkcie má v európskom právnom priestore dlhodobú, viac než storočnú tradíciu. Na potrebu vyjadrenia sociálnych prvkov v práve poukázali už koncom 19. a začiatkom 20. storočia významní právni teoretici a osobitne právni civilisti. Patria k nim také osobnosti právnej vedy ako Gierke,² Ihering,³

² von Gierke, O. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*. Berlin: Springer Verlag, 1889.

³ Ihering, R. *Zweck im Recht*. Leipzig 1893

Hedemann,⁴ Menger,⁵ Renner,⁶ Duguit⁷ a ďalší. Od toho času do súčasnosti sa sociálna funkcia práva najmä v podmienkach Európskej únie kvantitatívne i kvalitatívne prehĺbila a zdokonalila nielen v doktrínalnej podobe, ale aj v zákonodarstve, tak na národnej úrovni, ako aj v rovine európskeho komunitárneho práva. V európskych projektoch, v prijatých právnych dokumentoch, priamo záväzných nariadeniach a odporúčajúcich smerniciach sa čoraz viac dostáva do popredia sociálna dimenzia práva. V súkromnom práve to má najmä podobu ochrany slabšieho subjektu, osobitne ochrany spotrebiteľa a pod. Ide o také základné právne dokumenty, akými sú Európsky dohovor o ľudských právach a slobodách⁸ a Charta základných práv Európskej únie, ktorá sa prostredníctvom čl. 6 stala súčasťou Lisabonskej zmluvy EÚ; v čl. 3. ods. 3. Lisabonskej zmluvy sa výslovne zdôrazňuje úsilie EÚ o vytvorenie „sociálneho trhového hospodárstva“ s vysokou konkurencieschopnosťou a následne sa v tom istom článku vyzdvihuje princíp „sociálnej spravodlivosti“. V súlade s touto tendenciou sa ešte v roku 2004 vytvorila na pôde EÚ osobitná študijná skupina pre sociálnu spravodlivosť v súkromnom práve, ktorá vypracovala známy Manifest konkretizujúci a ďalej rozvíjajúci ideu sociálnej spravodlivosti v celom procese jeho harmonizácie v štátoch EÚ.⁹ V konečnom dôsledku sa má v intenciách Manifestu presadzovať sociálna spravodlivosť do tej miery, že by to dokonca ovplyvnilo proces rozdeľovania majetku a majetkových hodnôt v spoločnosti. Preto sa v tejto súvislosti hovorí o potrebe „zreálnenia“ alebo „konštitualizácie“ súkromného práva, čo in concreto znamená,

⁴ Hedemann, J. W. *Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches*. 1924, s. 61 – 65.

⁵ Menger, A. *Das bürgerliche Recht und besitzlosen Volksmassen*. 5. Auflage, Tübingen 1890, 12 a n.

⁶ Renner, K. *Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion, Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*. 2. Auflage, Wien 1928.

⁷ Duguit, L. *Traité de droit constitutionnelle*. Paris 1921, 15, 217 a n, 275 a n.

⁸ Dohovor bol do slovenského právneho poriadku implementovaný pod č. 209/1992 Zb.

⁹ Study Group on Justice in European Contract Law: a Manifesto (2004), 10 *European Law Journal*, 553 a n.

že zmluvná sloboda ako elementárna zásada súkromného práva musí byť „vybalancovaná“ s ostatnými ľudsko-právnymi garanciami zakotvenými v Európskej charte základných práv.¹⁰

V súlade so spomenutou európskou sociálnou doktrínou sa popri súkromnoprávných prostriedkoch začali neskôr uplatňovať tiež opatrenia verejnoprávnej povahy, a to na úrovni EU alebo na úrovni národných štátov. Ide o opatrenia či návrhy opatrení, ktoré majú zabrániť daňovým únikom preložením sídiel korporácií do tzv. daňových rajov, návrhy na vytvorenie bankovej únie, na sprísnenie daňového dohľadu, návrhy na zdanenie finančných operácií bánk a peňažných ústavov, návrhy na zdanenie tzv. veľkých vkladov, opatrenia na obmedzenie neúmerných príjmov bankových i iných manažérov a celý rad ďalších. V ostatnom čase je najznámejší prípad nadnárodnej spoločnosti Apple, ktorá má na základe rozhodnutia Európskej komisie zaplatiť Írsku dlhujúce dane vo výške 13 mld. Dolárov, a najnovšie aj Novému Zélandu.

Napriek všetkým naznačeným i ďalším opatreniam v oblasti súkromného i verejného práva, ktoré charakterizujú európsku sociálnu doktrínu, očakávania týkajúce sa „zreálnenia,“ či „konštitualizácie“ majetkových a sociálnych práv občanov sa nenaplnili v súlade s ideou sociálnej spravodlivosti. A už vôbec tieto opatrenia zásadným spôsobom a v pozitívnom zmysle neovplyvnili (a svojou povahou a podstatou ani nemohli ovplyvniť) proces a mechanizmus prerozdeľovania majetku či majetkových hodnôt v spoločnosti. Nielen to. Ukazuje sa, že samo pokračovanie a rozvíjanie sociálnej funkcie práva je v budúcnosti ohrozované práve výsledkami pôsobenia existujúceho mechanizmu rozdeľovania, nastaveného podľa neoliberálneho modelu. Naopak, pôsobenie majetkovej polarizácie v spoločnosti na základe tohto modelu v ostatných rokoch nielen deformoval a naďalej deformuje ekonomický mechanizmus roz-

¹⁰ Wagner, G. Die soziale Frage und Gemeinsame Referenzrahmen. In: *ZEUP*, 2007, 1, s. 182 a n; ďalej Lurger, B. Budúcnosť európskeho zmluvného práva na rozhraní medzi zmluvnou slobodou, sociálnou spravodlivosťou a trhovou racionalitou. In: *Justičná revue*, 2007, č. 6 – 7, 914 a nasl.; Jančo, Jurčová, Novotná a kol. *Európske súkromné právo*. *Euroiuris*, 2012, 15, 71 a nasl.

deľovania, ale spätne negatívne ovplyvňuje celú právnu situáciu v oblasti úpravy majetkovoprávných vzťahov, ktorá nezriedka prispieva pod vplyvom liberálnych tendencií a pravidiel k legalizácii antisociálneho nadobúdania a využívania obrovských majetkov. Máme s tým početné skúsenosti a poznatky aj na Slovensku, a to nielen z obdobia privatizácie, ale aj zo súčasnosti. A v tom treba vidieť aj základné limity brániace ďalšiemu rozvíjaniu sociálnej funkcie práva v štátoch EÚ a napĺňaniu proklamovanej idey sociálnej spravodlivosti.

V súlade s naznačeným myšlienkovým postupom a v záujme hlbšieho skúmania podstaty danej problematiky sa v úvahe ďalej žiada obrátiť prvoradá pozornosť na samotnú vzájomnú interakciu majetkovej nerovnosti a sociálnej funkcie práva, pretože iba na základe objasnenia podstatných stránok tohto vzťahu sa dá uvažovať o možných riešeniach vrátane použitia právnych prostriedkov verejného a súkromného práva, ktoré sú na toto riešenie spôsobilé prispieť.

III. Interakcia majetkovej nerovnosti a sociálnej funkcie práva

1. O rozsahu majetkovej nerovnosti

Medzi prvými konkrétnymi otázkami, ktoré sa v tomto kontexte ponúkajú ozrejmiť, je otázka rozsahu majetkovej nerovnosti. Tým sa totiž dajú dosť inštruktívne predznačiť vývojové trendy vo vlastníckej štruktúre spoločnosti, a teda aj v rozdeľovaní vlastníckych titulov upínajúcich sa na majetok a majetkové hodnoty medzi subjektmi súkromného práva.

O povahe, podstate a rozsahu známeho „roztvárania veľkých nožníc“ v ostatných tridsiatych rokoch si možno urobiť predstavu na základe celého radu najnovších exaktných faktografických údajov, ktoré poskytuje najmä ekonomická veda, v rámci ktorej sa v ostatných rokoch vedú o tejto problematike intenzívne vedecké dis-

kusie a sú k na ňu orientované rozsiahle výskumné práce. Z nich pre ilustráciu postačí uviesť v tejto súvislosti iba niekoľko vedeckých výstupov: Napr. podľa najnovšej štúdie britskej neziskovej organizácie OXFAM (2017), ktorá každoročne predkladá údaje Svetovému ekonomickému fóru v Davose, osem ľudí vlastní väčší majetok ako chudobnejšia polovica ľudstva, t. j. viac ako 3,7 miliardy ľudí. Pri tom pred rokom to bolo ešte 62 a pred piatimi rokmi 388. Majetková polarizácia vo svete teda rapídne narastá.¹¹ K problému rastúcej majetkovej nerovnosti sa vyjadruje priebežne aj Organizácia pre hospodársku spoluprácu a rozvoj (OECD). Napr. rozsiahla analýza z mája 2015¹² vychádza z predpokladu, že určitá miera majetkovej nerovnosti je potrebná a nevyhnutná, avšak nesmie sa prekročiť kritická hranica. A podľa generálneho tajomníka tejto organizácie, Ángela Gurriu, je situácia v tomto smere už neúnosná a dosiahol sa bod zlomu. Primerane tomu sa v správe navrhuje celý rad opatrení na zmiernenie priepastnej majetkovej nerovnosti a na podporu rovnakých príležitostí a štartovacích možností pre všetkých, najmä prostredníctvom investícií do vzdelávania. Týka sa to väčšiny z 34 štátov OECD, pričom najväčšiu mieru majetkovej nerovnosti podľa správy majú USA a najmenšiu Švédsko, Nórsko a Fínsko. Najnovší údaj poskytuje Helle-Torning Schmidtová, bývalá dánska premiérka, že jedno percento najbohatších vlastní štyridsať percent svetového bohatstva, pričom tento stav označuje za „svetovú krízu majetkovej nerovnosti“ v súčasnosti.¹³ A túto svetovú krízu, by mala riešiť, podľa jej názoru, organizácia G20 zoskupujúca ekonomicky najsilnejšie štáty sveta, tak ako to bolo pri finančnej kríze v roku 2008.

Doposiaľ najúplnejší a najtransparentnejší obraz o náraste majetkovej nerovnosti vo svete podal významný francúzsky profesor ekonóm Thomas Piketty. Vo svojom rozsiahlom diele poskytuje súhrnné konkrétne údaje o historickom vývoji majetkovej nerovnosti v dvadsiatke štátov s rozvinutou ekonomikou od 18. storočia do sú-

¹¹ Cit. podľa Trend. *Wirtschaftsmagazin*, Wien, Nr. 1 – 3, 2017, s. 12.

¹² In: *It Together: Why Less Inequality Benefits All*. OECD Publishing, 10.1787/9789264135120-en.

¹³ SME, 22. júla 2017.

časnosti.¹⁴ Požitím analytických matematických a štatistických metód na základe porovnávania ilustruje vývojové trendy majetkovej nerovnosti v jednotlivých historických fázach, pričom jeho analýza a úvahy vyúsťujú do vedecky podložených záverov, objasňujúcich základné protirečenia súčasného neoliberalného hospodárskeho modelu. V prvom rade je to poznatok, že v ostatných rokoch sa výnos z kapitálu v pomere k výnosu z príjmov za prácu rapídne zväčšoval a že majetky najväčších vlastníkov rástli rádovo až o 6 – 7 percent ročne.¹⁵ Ďalšie faktografické údaje poskytuje významný americký ekonóm Joseph E. Stiglitz a vyvracia pravdivosť neoliberalnej teórie politiky tzv. Washingtonského konsenzu. Presvedčivo dokazuje, že v USA bol vytvorený taký „ekonomický stroj, ktorého prínosy idú väčšinou k tým najbohatším“.¹⁶ A tak by sme mohli pokračovať ďalej uvádzaním iných renomovaných ekonómov, ktorí vo svojich dielach prinášajú obdobné argumenty s podobným obsahovým zameraním, len ďalej potvrdzujúce sociálne nepriaznivé a spoločensky alarmujúci vývojový trend majetkovej polarizácie v spoločnosti.¹⁷

2. K vzájomnému vzťahu ekonomickej a politickej moci

Prekročenie kritickej hranice v akumulácii majetku a kapitálu úzkou spoločenskou vrstvou v prvom rade znamená nárast jej ekonomickej moci. A ako je známe, ekonomická moc bola vždy v histórii, bez ohľadu na charakter daného spoločensko-ekonomického systému, priamo úmerná volúmenu ňou vlastneného majetku. Táto

¹⁴ Piketty T. *Kapitál v 21. storočí*. Bratislava, Ikar, 2015.

¹⁵ Tamže, s. 631 a n.

¹⁶ Stiglitz, J. *Jiná cesta k trhu. Hledání alternativy k současné podobě globalizace*. Praha, Prostor, 2003, 135 a n.; *The Price of Inequality (How Today's Divided Society Endangers our Future) /Cena za nerovnosť/*. New York: W. W. Morton & Company, 2013, 523. Autor je univerzitným profesorom, nositeľom Nobelovej ceny za ekonómiu (2001), pôsobil aj ako ekonomický poradca prezidenta Clintona (1993 – 1997) a následne ako hlavný ekonóm a viceprezident Svetovej banky (1997 – 2000).

¹⁷ K takýmto nepochybne v ostatnom čase patria napr. Paul Mason. *Postkapitalismus. Grundrisse einer kommenden Ökonomie*. Suhrkamp, Berlin 2016; Anthony B. Atkinson. *Ekonomika nerovnosti*. Bizbooks, Praha 2016 a celý rad ďalších.

moc sa neprejavuje len v samotnej ekonomickej oblasti, lež potenciálne sama osebe obsahuje vždy tendenciu tiež presakovať do sféry politickej moci a primerane tomu ovplyvňovať a kontrolovať vládnucu politickú štruktúru a podľa možnosti všetky tri piliere politickej moci v štáte. Najkrajnejší spôsob takého vplyvu zaznamenala história celkom nedávno v sovietskom systéme, ktorý sa vyznačoval úplným splývaním, lepšie povedané jednotou štátnej moci a vlastníctva.¹⁸ Ako sa ukazuje, ani na súčasnom vývojovom stupni globalizovaného hospodárstva, vyznačujúceho sa nebyvalou koncentráciou a centralizáciou výroby, distribúcie a kapitálu s dominanciou veľkých nadnárodných korporácií, nie sú ani demokraticky organizované štáty dostatočne imúnne voči procesu ovplyvňovania politickej moci najväčšími vlastníckymi majetkami.

Práve veľké nadnárodné korporácie svojou činnosťou rozpresťujú sa prakticky do všetkých častí sveta akcelerujú majetkovú polarizáciu na jednej strane a na strane druhej sa usilujú presadzovať svoju obrovskú ekonomickú moc do politickej sféry nielen vo svojich „materských“ štátoch, ale nezriedka aj do celého radu ďalších štátov, resp. štátnych zoskupení. Samotní lídri nadnárodných korporácií sa už aj vyjadrujú k vývojovým tendenciám. Jeden z nich A. N. Liveris sa o ďalšom vývoji vyjadril celkom otvorene takto: „Smerujeme k svetu, kde veľké firmy budú niečo ako štát.“¹⁹ Z tohto hľadiska je veľmi aktuálny, a pre nás aj osobitne zaujímavý a zároveň poučný prípad súvisiaci s návrhom, prípravou, resp. čiastočne aj s prijímaním obchodnej a investičnej zmluvy EÚ s USA (TTIP) a s Kanadou (CETA). Napriek tomu, či práve preto, že sa obe zmluvy pripravovali niekoľko rokov úplne netransparentne, bez účasti širšej odbornej a občianskej verejnosti, aj čo i len kusé informácie o častiach navrhovaných zmlúv, ktoré prenikli na verejnosť, vyvolali najmä v Európe nebyvalý záujem verejnosti, polemiku i ostrú kritiku. (Pod petíciu odmietajúcu obe zmluvy sa podpísalo

¹⁸ Venediktov, A. V. *Státní socialistické vlastníctví*, II. díl. Praha, Orbis, 1950, 331 a n.

¹⁹ Cit. podľa GOOD WILL, *Magazín o ekonomike, biznise a spoločnosti*, marec 2017, ročník IX, s. 7.

viac ako 3,5 mil. ľudí.) Je pozoruhodné, že popri ostrých výhradách environmentalistov, poľnohospodárov, potravinárov a ochrancov práv spotrebiteľov sa najintenzívnejšia kritika sústredila na riešenie právnych otázok, konkrétne na zmluvnú úpravu ochrany investícií a na mechanizmus urovnávania sporov medzi štátmi a investormi. Totiž práve v tejto oblasti sa v návrhu najviac prejavovali snahy nadnárodných korporácií o získanie výhodnejšieho postavenia vo vzťahu k členským štátom EÚ. V záujme odborného posúdenia týchto otázok, vznikla iniciatíva európskych právnikov, ktorá vypracovala „Právne stanovisko k ochrane investícií a k mechanizmu urovnávania sporov medzi štátmi a investormi podľa TTIP a CETA“. Stanovisko bolo 17. októbra 2016 publikované a ešte pred podpisom zmluvy s Kanadou (CETA) doručené EK a EP.²⁰ (Stanovisko podpísalo 100 univerzitných profesorov právnikov z popredných univerzít z 24 štátov EÚ.) V stanovisku sa spochybňuje opodstatnenosť a férovosť navrhovanej ochrany a procesného mechanizmu urovnávania sporov na základe nasledujúcich argumentov:

- úprava uvedie do platnosti určité privilégia pre zahraničných investorov svojou vágnosťou o podstatných štandardoch,
- vytvára sa možnosť, aby zahraniční investori uplatňovali hmotnoprávne oprávnenia voči štátom, čo by zahrňovalo aj prípady nárokov na ušlý zisk aj vtedy, ak boli štátne opatrenia nediskriminačné,
- budú ohrozené regulatívne opatrenia štátov zamerané na ochranu verejného záujmu, na demokratické zmeny a dotknú sa výrazne ich štátnych rozpočtov,
- v navrhovanom arbitrážnom či súdnom systéme chýbajú záruky nestrannosti a nezaujatosti, čo sú dva základné piliere právneho štátu,
- úprava predstavuje silné pnutie vo vzťahu tak k ústavným princípom jednotlivých členských štátov, ako aj k európskym právnym princípom,

²⁰ <https://stop-ttip.org/wp-content/uploads/2016/10/13.10.16-Legal-Statement-1.pdf>

- napokon vzhľadom na to, že USA, Kanada i Európska únia disponujú už v súčasnosti vysoko vyvinutými a efektívnymi právnymi systémami, ktoré zabezpečujú vhodnú a primeranú ochranu zahraničných investorov, netreba vytvárať navyše nový systém prostredníctvom osobitného súdneho či arbitrážneho mechanizmu. Čiže doterajší mechanizmus riešenia takýchto sporov sa plne osvedčil a funguje bez problémov a je vhodné ho ponechať v platnosti.

To, že sa uvedené a im podobné kritické námietky a pripomienky nemohli zobrať na ľahkú váhu, svedčí celý ďalší vývoj schvaľovania CETA v EP a následného procesu jej ratifikácie. Totiž práve stanovisko tohto druhu pred schvaľovaním v EP chýbalo, pretože EK z neznámych dôvodov prv oň nepožiadala Európsky súdny dvor (ECJ), ako by sa pri takejto príležitosti samozrejme patrilo. Pod ťarchou presvedčivých vedeckých argumentov sa v procese schvaľovania nahradil najviac kontroverzný a kritizovaný arbitrážny mechanizmus riešenia sporov (ISDS) súdnym mechanizmom ICS (Investment Court System). Avšak aj voči tomuto systému riešenia sporov medzi štátom a investorom sú vážne výhrady, a preto sa nebude uplatňovať v celom tzv. predbežnom období, ktoré potrvá až do úplnej ratifikácie všetkými parlamentmi štátov EÚ, čo bude trvať zrejme ešte niekoľko rokov. Existuje totiž odôvodnená pochybnosť, či aj tento náhradný mechanizmus neodporuje Európskej zmluve.²¹ Rovnako aj v Kanade má prebehnúť ešte proces ratifikácie tak kanadským parlamentom, ako aj parlamentmi jednotlivých provincií. Okrem toho už existuje aj podanie na tamojší ústavný súd, ktorý má rozhodnúť o tom, či dohoda CETA je v súlade s ústavou. Vzhľadom na to je otáznne, či dohoda CETA „prejde“ takýmto viacnásobným demokratickým „sitom“ parlamentných diskusií bez ďalších návrhov na podstatné zmeny.

²¹ Schmögnerová, B. Podpisom dohody sa nič nekončí. *Pravda*, 5. novembra 2016.

3. Sociálne, etické a právne dôsledky majetkovej nerovnosti

Nárast majetkovej nerovnosti a prepojenia ekonomickej moci s mocou politickou nepochybne negatívne ovplyvňuje nielen politický systém v demokratickom štáte, ale ešte viac zvyrazňuje sociálne rozdiely v spoločnosti a v nadväznosti na to má aj etické, mravné i právne rozmery. Samozrejme, samotný princíp rovnosti prejavujúci sa v sociálnej oblasti, od ktorého by sa odvodzovalo chápanie sociálnej spravodlivosti nemožno absolutizovať, pretože by to viedlo k neudržateľnému a vo svojej podstate škodlivému a neakceptovateľnému rovnostárstvu. Ako je známe a všeobecne v právnej vede uznávané, samotný princíp rovnosti je princípom politickým, ktorý je až následne vyjadrený v práve. A preto jeho konzekventná požiadavka by nezodpovedala realite vyplývajúcej z rôznosti samotných ľudských bytostí, z rozličných životných podmienok, predpokladov a možností, ako aj schopností začlenenia sa do spoločnosti atď.²² Ide vlastne o to, aby sa táto reálne existujúca nerovnosť (aj majetková) udržala na sociálne primeranej a udržateľnej úrovni, ktorá by zodpovedala predstave väčšiny spoločnosti o sociálnej spravodlivosti. Napokon o určenie takejto tolerancie v chápaní rovnosti ľudí a sociálnych rozdielov sa svojho času pokúsila už známa Francúzska deklarácia práv človeka a občana z roku 1789. V čl. I. deklarácie sa konštatuje, že „sociálne rozdiely sú oprávnené, iba ak ide o spoločný úžitok pre celok“. Čiže sa pripúšťa sociálna nerovnosť za predpokladu, že zároveň prináša spoločenský osov, a teda ak je takáto nerovnosť aj v záujme všetkých. Je zrejmé, že konfrontácia takéhoto, na svoju dobu dosť výstižne vyjadreného elementárneho stupňa prípustnosti sociálnej nerovnosti, s aktuálnym nárastom majetkovej nerovnosti, nad všetku pochybnosť presvedčuje, že kritická miera jej sociálnej únosnosti sa v súčasnosti výrazne prekročila.

²² Pozri bližšie: Popper, K. *Otvorená spoločnosť a její nepřítelé*. Praha, Oikumené, 1994, s. 200 a n.; O uplatnění tohto princípu v práve porovnaj: Bydlinští, F. *System und Prinzipien des Privatrechts*. Wien – New York, Springer-Verlag, 1996, s. 160 a n.

Prekročenie kritickej hranice nárastu majetkovej nerovnosti v spoločnosti nadobúda však aj závažné etické a mravné rozmery. Tento jav jednak vyvoláva vo väčšej časti spoločnosti pochybnosti o správnosti, či takýto model rozdeľovania majetku nastavený a fungujúci viac v prospech vlastníkov kapitálu než nositeľov práce, zodpovedá skutočnému prínosu sociálnych partnerov k jeho vytvoreniu, a jednak, či vylúčenie väčšiny z akejkoľvek solidárnej účasti na využívaní tohto majetku je zlučiteľné so sociálnou spravodlivosťou. Nielenže sa dostáva tento jav do rozporu s predstavami väčšiny spoločnosti o sociálnej spravodlivosti, ale ťažko ho zosúladiť aj so základnými pravidlami etiky a morálky. To znamená, že tento jav je vždy (aspoň potenciálne) v rozpore s „dobrými mravmi“ či „zásadami poctivého obchodu“ ako pravidiel, ktoré patria ku hodnotovému základu spoločnosti a väčšina ich aj uznáva. A súlad správania sa subjektov práva s dobrými mravmi patrí k fundamentálnym zásadám súkromného práva. V súčasnom globalizovanom hospodárskom a právnom systéme však nie je veľa miesta pre morálku. Nositeľ Nobelovej ceny za ekonómiu v roku 2013, americký profesor Robert Schiller, to výstižne charakterizoval slovami: „Príliš morálky si človek nemôže dovoliť, inak bude zmetený silou kapitalizmu. Prežiť môžu iba tí, ktorí sú ochotní podvádzať.“²³ Pritom do rozporu s „dobrými mravmi“ sa hromadenie obrovských majetkov dostáva buď ešte v štádiu nadobúdania (spôsob nadobúdania vrátane právneho dôvodu), alebo následne až v štádiu jeho využívania. Práve ciele pri použití takýchto majetkov sa často veľmi ťažko dajú podriadiť účelom slúžiacim okrem úzkeho individuálneho záujmu vlastníka aj záujmom „spoločného úžitku“ všetkých v tom zmysle, ako to vyjadruje Francúzska deklarácia človeka a občana i súčasne početné ústavy demokratických štátov v súvislosti s úpravou tzv. sociálnej viazanosti alebo funkcie vlastníckeho práva.

Už nadobúdanie týchto obrovských majetkov jednotlivcami je často výsledkom chamtivosti, korupcie, podvodných machinácií a úsilia dosiahnuť bohatstvo za akýchkoľvek podmienok (aj nefé-

²³ Schiller, R. *Die Zeit*, nemecký týždenník, 9. september 2016.

rových). Rovnako aj výkon vlastníckych oprávnení k takto nadobudnutému majetku, pri absencii efektívnej spoločenskej kontroly zo strany demokratického štátu či jeho kontrolných a represívnych orgánov, býva spravidla podriadený nezriedka iba potrebám a individuálnemu záujmu vlastníka, bez zreteľa na to, či jeho využitie prinesie osov aj väčšine spoločnosti, nehovoriac už o možnosti zneužívania veľkého vlastníctva na antisociálne ciele. To všetko spochybňuje nielen sociálnu, ale aj mravnú a v tomto zmysle aj právnu legitimitu koncentrácie obrovských majetkov v rukách čoraz užšej spoločenskej elity.

Problém prudkého nárastu majetkovej nerovnosti so všetkými negatívnymi dôsledkami v uvedenom období sa stal naozaj skutočným svetovým problémom, týkajúcim sa nielen štátov s vysoko rozvinutými ekonomikami, ale aj celého radu ďalších štátov vrátane transformujúcich sa štátov strednej a východnej Európy. Práve v posledných menovaných štátoch totiž po privatizácii štátneho i iného verejnoprávneho vlastníctva uskutočneného v krátkom časovom úseku bez jasných a stabilných pravidiel, v zásade podľa neoliberalného ekonomického i právneho modelu, sa ocitli obrovské majetky v rukách neveľkej skupiny oligarchov, resp. následne aj v rukách nadnárodných korporácií. Práve nadnárodné korporácie vlastnia väčšinu komerčných bánk či iných finančných inštitúcií, ako aj najväčšie i najdôležitejšie priemyslové a energetické podniky.

V týchto štátoch je v porovnaní so západnými demokraciami často nárast majetkovej nerovnosti ešte priepastnejší a sociálne dimenzie majetkovej polarizácie ešte príkrejšie. Totiž na jednej strane samotní tzv. oligarchovia pred tridsiatimi rokmi individuálne prakticky nevlastnili nijaký alebo len malý majetok, rovnako ako ostatní členovia spoločnosti, a zrazu, nezriedka aj v priebehu veľmi krátkeho času, sa stali milionármi či dokonca miliardármi, a na druhej strane značná časť obyvateľstva týchto krajín žije na prahu 21. storočia v dosť biednych existenčných podmienkach. Exaktné aktuálne údaje o majetkovej nerovnosti napr. v Rusku s osobitným zreteľom na majetkovú štruktúru miestnych oligarchov podáva Thomas Piketty (v spoluautorstve s ďalšími spolupracovníkmi z Parížskej

ekonomickej školy) v štúdiu nazvanej „Od soviетov k oligarchom. Nerovnosť a majetok v Rusku 1905 – 2016“, publikovanej v auguste 2017.²⁴

Samozrejme, že tento problém sa týka aj Slovenska, hoci v dôsledku viacerých špecifických podmienok, podľa citovanej analýzy OECD, azda nie v takej vypuklej podobe ako v celom rade iných transformujúcich sa štátov strednej a východnej Európy.²⁵

IV. O možnostiach riešenia problematiky s osobitným zreteľom na použitie právnych prostriedkov

1. Zmena v orientácii ekonomického a právneho modelu

Riešenie nastolených problémov predpokladá v prvom rade primerané zmeny v ekonomickom mechanizme prerozdelenia. Ide o zmiernenie a vybalansovanie majetkovej nerovnosti smerujúce k vytvoreniu rovnakých príležitostí a štartovacích možností v zásade pre všetkých. To predpokladá väčšie investície štátu najmä do vzdelávania, zdravotníctva, sociálnych služieb, verejnoprospešných projektov a pod. Tomu by mala zodpovedať primeraná inovácia vo sfére štátnych a právnych inštitútov, ktoré pozná moderná štátoveda, právoveda i legislatíva či už na národnej, európskej alebo na ešte širšej medzinárodnej úrovni. V súlade s presmerovaním ekonomického modelu s prevahou novoliberálnych prvkov viac k modelu sociálneho trhového hospodárstva, ktorý je preferovaným a uznávaným modelom aj vo vyššie citovaných právnych dokumentoch EÚ, sa očakáva výraznejšie posilnenie sociálnych prvkov v celej sfére fungovania moderného právneho štátu. (Nie je náhoda, že Eu-

²⁴ Pozri Filip Novokmet, Thomas Piketty, Gabriel Zucman. From Soviets to Oligarchs: Inequality and property in Russia, 1905 – 2016. <http://www.nber.org/papers/w23712>. National Bureau of economic Reserch, Cambridge, MAO2138, August 2017, s. 79.

²⁵ Pozri bližšie: Lazar, J. Majetková nerovnosť a sociálna funkcia súkromného práva. *Právny obzor*, 4/2016,294/295.

rópska komisia prichádza práve teraz s iniciatívou nazvanou „Európsky pilier sociálnych práv“.) Primerane tomuto cieľu by mala byť uspošobená aj sústava inovovaných právnych inštitútov, či už práva verejného zabezpečujúcich demokratickú kontrolu hospodárskych procesov a zdokonalenú podobu štátnej regulácie ekonomiky, alebo súkromného práva, ktorého úloha spočíva najmä v prehĺbení, rozšírení a zdokonalení sociálnych prvkov vo všetkých jeho subsystemoch, nevynímajúc ani subsystem práva vecného vrátane úprav vlastníckeho práva.

2. Možnosti verejnoprávnych prostriedkov regulácie

Pokiaľ ide o konkrétne verejnoprávne formy, prostredníctvom ktorých sociálne orientovaný štát môže regulovať hospodárstvo, treba v prvom rade spomenúť také inštrumenty štátneho intervencionizmu v prospech verejného blaha, ako sú daňový systém, štátny rozpočet, subvencie, programovanie a plánovanie (indikatívne), protimonopolné a protitrustové zákonodarstvo a ďalšie. Spomedzi nich ako veľmi účinný prostriedok, prostredníctvom ktorého možno dosiahnuť dosť transparentne a pomerne rýchlo ciele prerozdelenia majetku v spoločnosti, sa javí práve daňový systém. Aj aktuálne v súvislosti s prudkým nárastom majetkovej nerovnosti sa dosť často pri hľadaní a nachádzaní riešení upriamuje pozornosť na možnosť zvyšovania daní rôzneho druhu, ktoré by postihovali majetok najbohatšej vrstvy v spoločnosti. Pritom sa hovorí o zdanení kapitálu, majetku, nehnuteľností, o dani z dedičstva, darovania a iných daní. Sám Piketty považuje za správne a vhodné riešenie zavedenie progresívnej ročnej dane z kapitálu, ktorá ako tvrdí „umožní vyhnúť sa nekonečnej špirále nerovnosti a zároveň zachová hospodársku súťaž a stimuly podporujúce ďalšie prípady prvotnej akumulácie“.²⁶ Problém, ako ďalej odôvodňuje, sa už v tomto štádiu vývoja ekonomiky nedá riešiť na úrovni národných štátov, ale je potrebný vysoký stupeň medzinárodnej spolupráce a regionálnej politickej integrá-

²⁶ Piketty, T. v diele cit. v pozn. č. 14, s. 633.

cie. Už to samo osebe predznačuje ťažkosti a aj brzdy na prípadnej ceste k uskutočňovaniu tohto návrhu, odhliadnuc od jeho viacerých slabých stránok, ktoré sa týkajú podstaty a vôbec spôsobilosti akoľvek vysokého stupňa zdanenia majetku (kapitálu) najbohatších vlastníkov, aby toto dlhodobé a natrvalo mohlo viesť k sociálne únosnejšiemu a spravodlivejšiemu rozdeleniu majetku. V prvom rade nemožno totiž stratiť zo zreteľa, že daňové opatrenia štátu sú zamerané na riešenie následkov a nie príčin príkřej majetkovej nerovnosti. A ďalej, samotné účelové určenie výberu daní je podmienené a priamo závisí od charakteru štátu, ktorý dane určuje a vyberá a najmä od ideovej orientácie dominujúcich politických síl v štáte.

Z podobného zorného uhla by bolo možné posudzovať a skúmať aj ďalšie verejnoprávne prostriedky štátneho intervencionalizmu do oblasti súkromnoprávneho sektoru hospodárstva s tým, že sa zohľadnia možnosti takýchto zásahov verejnoprávnej povahy, ktoré sa už uplatňujú alebo navrhujú uplatňovať na úrovni EÚ.²⁷

3. Zdokonalenie a prehĺbenie sociálnych prvkov v súkromnom práve

V súlade so sociálnym zameraním opatrení verejnoprávneho charakteru by sa mali ešte viac prehĺbiť a zdokonaľiť sociálne prvky vo všetkých oblastiach súkromného práva tak na národnej, ako aj európskej i medzinárodnej úrovni. To platí nielen v oblasti obligáčného, ale aj vecného práva, pričom sa majú viac do popredia dostávať potreby „všeobecného blaha“ pred úzkymi individuálnymi záujmami nositeľov týchto práv. V tomto smere ide o prehodnotenie všetkých inštitútov vecného práva, nevynímajúc právo vlastnícke. Práve na vlastníctvo sa v ostatnom čase sústreďuje pozornosť

²⁷ Navrhuje sa napr. zaviesť automatickú výmenu informácií o daniach zaplatených nadnárodnými korporáciami na území jednotlivých členských štátov EÚ. Navrhuje sa tiež banková únia, sprísnenie bankového dohľadu, návrhy na zdanenie jednotlivých finančných operácií, návrhy na obmedzenie príjmov bankových manažérov a celý rad ďalších. Cieľom je, aby sa zabránilo daňovým únikom korporácií vo všeobecnosti a osobitne ich presunom do tzv. daňových rajov.

na medzinárodných vedeckých konferenciách a diskusiách.²⁸ Hľadá sa pritom v prvom rade prepojenie medzi individualistickým chápaním vlastníckeho práva, aké možno nájsť prakticky v každom občianskom zákonníku, a ústavnoprávnou konštrukciou sociálnej funkcie vlastníctva vyjadrenej v početných moderných, predovšetkým európskych ústavách vrátane Ústavy SR.

Podstata a pojem sociálnej funkcie vlastníctva možno najlepšie demonštrovať na príklade platnej nemeckej ústavy, v ktorej je v úplnosti a precízne vyjadrená. V čl. 14 ods. 2 Ústavy NSR sa hovorí: „Vlastníctvo zaväzuje. Jeho používanie má zároveň slúžiť záujmom spoločnosti.“ Podľa stanoviska ústavného spolkového súdu tento ústavnoprávny princíp znamená „zrieknutie sa takého vlastníckeho poriadku, v ktorom má bezpodmienečnú prednosť individuálny záujem pred záujmom spoločnosti“.²⁹ Náuka vysvetľuje povahu povinnosti vlastníka v tom zmysle, že vlastník je pri použití svojho majetku povinný brať ohľad na spoločnosť, čo je dôsledok príslušnosti jednotlivca k spoločnosti, pričom obmedzuje vlastnícke právo tým silnejšie, čím viac sa uplatňuje v sociálnej sfére.³⁰

Pravda, sociálna funkcia vlastníctva v takejto ústavnoprávnej podobe sotva môže byť spôsobilá, aby sa mohla použiť ako priamy právny prostriedok eliminácie či aspoň zmiernenia majetkovej polarizácie. Navyše ešte táto úprava nie je orientovaná na širokospektrálne použitie štátnej regulácie zahrnujúcej bez rozdielu všetky sféry života spoločnosti, v ktorých sa vlastníctvo vyskytuje a využíva, najmä vo vzťahu k najväčším vlastníkom. V súlade s tým legis-

²⁸ Aj na európskej úrovni sa právna veda v ostatnom čase venuje otázkam prehodnotenia vlastníckeho práva z hľadiska nárastu majetkovej nerovnosti zvýšená pozornosť. Napr. hlavnou témou 21. výročnej konferencie Common Core of European Private Law, ktorá sa konala 12. – 13. júna 2015 vo Švédsku (Univerzita Göteborg), bolo „Vlastníctvo a nerovnosť v 21. storočí“.

²⁹ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 21*. Tübingen 1967, s. 73.

³⁰ Pozri Stein, E. *Staatsrecht*. Tübingen 1975, s. 173; Larenz, K. *Allgemeiner teil des bürgerlichen Rechts*. München 1975, s. 50 a. n.; Kommentar zum Bonner Grundgesetz, bearbeitet von Kollektiv. Hamburg 1975, Art. 14, s. 21 a 22; Hesse, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Karlsruhe 1975, s. 180, 181; Maunz, G., Dürig, G., Herzog, R. *Grundgesetz. Kommentar*. München 1974, s. 22; Leisner, W. *Sozialbindung des Eigentums*. Berlin (West) 1972, s. 38 a. n.

latíva i prax sociálnu funkciu vlastníctva vyjadrenú v ústave chápe, interpretuje a aplikuje v zúženej podobe iba na sféry použitia (výkonu) vlastníctva, akými sú zabezpečenie ochrany života a zdravia, ochrany prírody, životného prostredia, objektov pamiatkovej starostlivosti a územné plánovanie. V tejto súvislosti sa žiada poznamenať, že slovenská ústava už rozšírila možnosti zásahov štátu do vlastníckeho práva o ďalšie prípady, keď bol majetok nadobudnutý „nezákonným spôsobom alebo z nelegálnych príjmov“.³¹ Je to veľmi podnetné a zaujímavé z hľadiska skúmanej problematiky. Hoci slovenská ústavná zmena bola účelová zameraná na ústavnoprávne pokrytie osobitnej zákonnej úpravy o preukazovaní pôvodu majetku, mohla by inšpirovať k úvahám o možnostiach ďalšieho rozšírenia sociálnej funkcie vlastníctva a aj o kritériá na preskúmania nadobudnutia vlastníckeho práva a v nadväznosti na to o možnosti zásahov štátu do vlastníctva, ktoré bolo nadobudnuté nelegálne, nelegitímne, špekulatívnym spôsobom a podvodne, najmä aj v prípadoch tých najväčších majetkov, či už patria národným, alebo nadnárodným vlastníkom.

4. Osobitné problémy realizácie niektorých občianskoprávných inštitútov z hľadiska slovenskej úpravy

a) Osobitný problém v nadväznosti na ústavnoprávnu úpravu, ako už bolo vyššie spomenuté, predstavuje úprava odňatia majetku rozhodnutím civilného súdu v prípade, ak niekto nadobudol majetok z nelegálnych príjmov, pritom majetok prepadá v prospech štátu bez toho, aby sa to spájalo s trestnou činnosťou dotknutej fyzickej alebo právnickej osoby. Tento výnimočný majetkový postih je veľmi aktuálny najmä v transformujúcich sa štátoch strednej a východnej Európy. Táto úprava by svojim zameraním mohla prispieť k riešeniu prípadov, keď bol majetok nadobudnutý z nelegálnych príjmov v období ekonomickej transformácie, najmä pri privatizácii majetku v štátnom vlastníctve, keď dosť často v týchto krajinách chýbali

³¹ Pozri čl. 1 a 5. V znení Ústavného zákona č. 100/2010 Z. z .

pevné, ucelené a jasné pravidlá na prevody majetku do súkromných rúk, a teda bol nezriedka aj priestor na špekulatívne operácie a machinácie vedúce k nadobudnutiu veľkých majetkov.

Osobitná právna úprava s uvedeným účelovým určením bola prijatá tiež v Slovenskej republike v roku 2005.³² Avšak prvý pokus nebol úspešný, pretože ústavný súd rozhodol, že tento zákon nie je v súlade s ústavou.³³ Preto bol v nadväznosti na novelizáciu ústavy (úst. zákon č. 100/2010 Z. z.) prijatý nový zákon o preukazovaní majetku, ktorý nadobudol účinnosť 1. januára 2011 a platí v nezmenenej podobe doteraz.³⁴ Po viac ako sedemročnom pôsobení zákona v praxi možno konštatovať, že jeho efektívnosť je mizivá. Preto by sa zrejme v novej situácii umocnenej ešte ďalším nárastom majetkovej nerovnosti a vyvolanou aktuálnou potrebou jej efektívneho zníženia, či aspoň zmiernenia, samozrejme, na základe jeho dôkladného prehodnotenia a zdokonalenia, žiadalo oživiť v praxi proces preukazovania pôvodu majetku pochádzajúceho z nelegálnych príjmov.

b) Z obmedzených vecných práv alebo vecných práv k cudzej veci si z hľadiska skúmanej témy zasluhuje pozornosť aj záložné právo. Totiž v rámci tohto vzťahu najčastejšie vystupujú na strane záložného veriteľa ako zjavne silnejšieho subjektu banky a iné finančné inštitúcie poskytujúce úvery a pôžičky a záložnému dlžníkovi ako slabšiemu subjektu hrozí, že v prípade nesplnenia pohľadávky stratí vlastnícke právo k založenej veci. Preto je mimoriadne dôležité, aby sa v právnej úprave vytvoril právny model, v ktorom právne postavenie oboch strán bude prejavom rovnováhy ich záujmov, čo znamená, že sa obmedzí prílišná faktická i právna dominancia záložného veriteľa (banky) a poskytne sa primerane zvýšená ochrana strane záložného dlžníka, ktorým je často nielen občan, ale aj na poskytnutie úveru odkázaný malý a stredný podnikateľ. Ide teda o to, aby v tomto zmysle podmienky viažuce sa najmä na výkon záložného práva, a teda možnú stratu vlastníckeho práva k založenej veci

³² Zákon č. 335/2005 Z. z. o preukazovaní pôvodu majetku.

³³ Nález Ústavného súdu SR, sp. zn. PLÚS-29/05

³⁴ Zákon č. 101/2010 Z. z. o preukazovaní pôvodu majetku.

boli čo možno najviac férové. Sú odôvodnené pochybnosti, či platná hmotnoprávna úprava záložného práva v slovenskom občianskom zákonníku všetky tieto kritériá splňa. Osobitne sa táto pochybnosť týka prípadu priameho výkonu záložného práva záložným veriteľom spôsobom dohodnutým v záložnej zmluve, ktorému prislúcha zo zákona právo zastupovať záložcu. Pritom záložca nemá možnosť už od udeleného plnomocenstva odstúpiť a záložný veriteľ môže vec predať bez exekučného titulu. Úprava nespĺňa aj niektoré ďalšie elementárne požiadavky vyváženého záložno-právneho vzťahu. Je to dôsledok toho, že reforma záložného práva v SR uskutočnená v roku 2002³⁵ sa príliš pridržiavala vzorového modelu vypracovanému Medzinárodnou bankou pre obnovu a rozvoj v Londýne z roku 1992, odporúčanému pre transformujúce sa štáty strednej a východnej Európy (Model Law on Secured Transactions).

c) Pokiaľ ide o záväzkovo právne vzťahy, na ktoré sa doposiaľ v podobe „spotrebiteľského práva“ takmer výlučne sústreďovala pozornosť, tak akademických doktrinálnych kruhov, ako aj európskej či národných legislatív, boli už do štátov EÚ zavedené početné opatrenia na ochranu slabšej zmluvnej strany. Avšak vo svetle nových skutočností charakterizovaných rastúcou majetkovou polarizáciou sa vyžaduje, aby sa opatrenia tohto druhu ešte zintenzívnili, rozšírila sa sféra ich pôsobnosti a nadobudli oveľa reálnejší obsah, než mali doposiaľ. Malo by sa to prejavíť najmä v dvoch smeroch: v prvom rade celoplošne rozšíriť na všetky inštitúty zmluvného práva ako generálne pravidlo, že sa do pojmu slabšia zmluvná strana či „spotrebiteľ“ zahrnujú aj malí a strední podnikatelia preto, aby sa aj týmto subjektom poskytovala zvýšená ochrana.³⁶ Ďalej treba uplatniť ochranu slabšieho subjektu nielen do inštitútov hmotného práva, ale v celej šírke aj do zásad a inštitútov procesného práva, aby sa idea právnej rovnosti a sociálnej spravodlivosti premietla do

³⁵ Zákomom č. 526/2002 Z. z. bola zmenená a doplnená úprava záložného práva v Občianskom zákonníku.

³⁶ Túto myšlienku akcentuje v súvislostiach s rozšírením pojmu „spotrebiteľ“ Heselink, M. W. v diele *CFR and Social Justice*. Munich: Sellier: European law Publishers, GmbH, 2008, s. 34, 39 a n.

celého spektra súkromnoprávných vzťahov vrátane ďalšej fázy ich realizácie prostriedkami procesného práva, v ktorých nositelia súkromných práv a povinností vystupujú už ako procesní účastníci.

V. Záverečná poznámka

Na záver tejto úvahy prichodí konštatovať, že vzhľadom na mnohorozmernosť, zložitosť, rozsah a interdisciplinárny charakter skúmanej problematiky išlo o vyznačenie jej širokých spoločenských súvislostí a v nadväznosti na to o pomenovanie otázok alebo problémov, ktoré by vyžadovali v tomto kontexte riešenia či už na európskej, medzinárodnej alebo národnej úrovni. Pritom v strede pozornosti fundamentálneho výskumu danej problematiky sa stávajú otázky nového sociálne spravodlivejšieho nastavenia mechanizmu prerozdeľovania majetku a majetkových hodnôt v spoločnosti a v tej spojitosti konštrukcia a funkcia ekonomickej a právnej kategórie vlastníctva.

Vychádzam z presvedčenia, že očakávaný a zo sociálnych príčin nevyhnutný odklon od prekonaného neoliberalného ekonomického i právneho modelu celkom iste inšpirujú právovedu, štátovedu i legislatívu k úvahám o spôsoboch, ako by sa prostredníctvom právnych nástrojov dalo čo najefektívnejšie prispieť k ich celkovému riešeniu. Takto iniciované odborné úvahy a prípadne aj námety a návrhy na riešenie sa týkajú celého právneho inštrumentária s možnou sociálnou orientáciou, začínajúc súborom kontrolných a regulatívnych opatrení štátu najmä vo vzťahu k veľkým nadnárodným korporáciám, cez zdokonaľovanie, prehlbovanie a rozširovanie sociálnej funkcie takých hmotnoprávných inštitútov, akými sú vlastníctvo a ďalšie vecné práva, dedenie, spotrebiteľské právo, a končiac zodpovedajúcou úpravou inštitútov procesného práva.

Pravda, ak má jurisprudencia vzhľadom na interdisciplinárny charakter tematiky kvalifikovane reagovať na túto výzvu, musí prekročiť „internálne“ hranice svojho úzkeho, čisto právneho hľadiska a primerane k tomu hodnotiť a posudzovať skúmané problémy

v širších spoločenskovedných súvislostiach. Takto možno z hľadiska vied o štáte a práve efektívne prispieť k riešeniu jednej z najvýznamnejších úloh, pred ktorou spoločnosť v 21. storočí stojí.

Prof. JUDr. Ján Lazar, DrSc.
The Faculty of Law, Trnava University in Trnava

INTERACTION BETWEEN WEALTH INEQUALITY AND THE SOCIAL FUNCTION OF LAW (Opening Speech on the Topic)

Contents

I. In General	34
II. Social Dimension of European Law and Limits of its Development	36
III. Interaction between Wealth Inequality and the Social Function of Law	39
1. About the Magnitude of Wealth Inequality	39
2. The Mutual Relation between the Economic and Political Power	42
3. Social, Ethical and Legal Implications of Wealth Inequality	45
IV. About Problem Solution Possibilities with Special Regard to the Use of Legal Institutes	48
1. Change in the Focus of the Economic and Legal Model	48
2. Possibilities of Regulative Public Law Instruments	49
3. Perfecting and Deepening of Social Elements in Private Law	50
4. Specific Problems of the Implementation of Certain Civil Law Institutes from the Perspective of Slovak Legal Wording	52
V. A Final Remark	55

I. In General

With respect to all the previous 12 international scientific conferences which have been held within *Dies Luby Jurisprudentiae* since 1990 by now, the topic of XIII. DLI has undoubtedly some unique traits from the perspective of its nature and content. Firstly, the selection and wording of the topic itself has indeed been directly affected by the current global and EU social and economic development characterized by increasing social tension, social and political unrest as well as existential and legal uncertainty which a majority of inhabitants is experiencing. These circumstances

cause that the current valid and generally recognised set of social, ethical and legal values and guarantees is being contested. The novelty lies in the fact that the phenomena evoking feelings of social inequality and frustration in the masses are a fertile ground and a wide-ranging background which may come in useful not only in the developing parts of the world but predominantly in economically developed and traditionally democratic countries including the transforming states of Central and Eastern Europe as well as in other states. Facing these circumstances, which the media keep informing about across the world now, the social function of law put in the context of immense growth of wealth inequality suggested itself as an acute, especially urgent topic and a good subject of scientific research and professional discourse which is necessary for the society not only from economists' or politology experts' viewpoint (what we have already witnessed) but also from the perspective of jurisprudence.

Secondly, the topic is unique because it does not concern a narrow legal subject-matter but also the issue having wider social and scientific dimensions going beyond a sphere of isolated legal relations. The given case concurrently relates to an especially wide-ranging, multi-dimensional and complicated interdisciplinary issue which includes a full complex of extremely intricate relationships and factors overlapping with economic as well as other social relations, factors and legal institutes. In researching and clarifying mutual connections thereof, what is still topical even today is the knowledge expressed already one hundred years ago by well-known Austrian legal theoretician Ernst Rabel who pointed out that everything is mutually interconnected in the social, economic and legal area¹. In accordance with the previous idea, it is unquestionable that as a doctrine or a legal act, the social function of law is executed in the context of economic distribution of modern society wealth and wealth values, which has been char-

¹ Rabel, E.: Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, 1925; reprint in: H. G. Leser (ed), Rabel, E.: Gesammelte Aufsätze, Vol, volume III, 1967, p. 5.

acterised by increasing inequality throughout last thirty years, as generally known. In the wider social context, the escalating polarization of wealth in the society or “the Great Divergence” is most frequently associated with negative consequences of globalisation and digitalization being in progress simultaneously, and in particular, with dominance of a neoliberal economic and legal model which is characterized by: privatization, deregulation and implementation of principles of the completely free market economy and the lack of significant government regulation of economic and social relations (the so-called Washington Consensus). The mechanism of distribution based on the above-mentioned ground unquestionably has a whole range of economic as well as political, social, ethical and legal implications which as a whole largely affect, narrow and deform preconditions for the social function of law to be performed to a full extent. The unprecedented polarization of wealth comes into conflict with principles of the social market economy generally recognized in Europe and subsequently with the social doctrine of European law as well as the socially-oriented legislation of EU states in most cases. It has a negative impact on implementation of European Law principles, such as the principle of freedom and human dignity as well as the principle of legal equality, social justice, prohibition of discrimination in any forms, the principle of regard and fairness, solidarity and cooperation.

II. Social Dimension of European Law and Limits of its Development

As it is known in general, a social aspect of law or of the performance of its social function has a long-term tradition which has been kept for over one hundred years in a European legal sphere. At the end of 19th and at the beginning of 20th century, significant legal theoreticians and legal civilians already pointed out that it is necessary to express social elements in law. The personalities of law

science such as **GIERKE**², **IHERING**³, **HEDEMANN**⁴, **MENGER**⁵, **RENNER**⁶, **DUGUIT**⁷ and others count among them. By now, the social function of law has quantitatively and qualitatively gained on importance and perfection in doctrines as well as law-making on the national level as well as on the level of European community law especially under the conditions of the European Union. It is the social dimension of law what continues to be increasingly brought at the forefront of European projects, effective legal documents, directly binding regulations as well as directives of recommendatory nature. In private law, the social function of law takes the form of the protection of a weaker subject, namely consumer protection, etc. It concerns the fundamental legal documents such as the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms⁸ and the European Union Charter of Fundamental Rights, which became a part of the Lisbon Treaty in the Article 6 thereof. Article 3 Paragraph 3 of the Lisbon Treaty expressively highlights the Union's effort of creating "a highly competitive social market economy" and subsequently emphasizes the principle of "social justice". It was already in 2004 when what was formed in the EU in line with the above-mentioned tendency was a special Study Group on social justice in private law which elaborated the well-known Manifesto that specified and further developed the concept of social justice in the whole process of its harmonization in EU states.⁹ In line with

² von Gierke, O.: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin:Springer Verlag, 1889.

³ Ihering, R.: Zweck im Recht, Leipzig 1893.

⁴ Hedemann, J.W.: Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches, 1924, pp. 61 – 65.

⁵ Menger, A.: Das bürgerliche Recht und besitzlosen Volksmassen, 5. Auflage, p. 12 et seq.

⁶ Renner, K.: Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion, Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, Wien 1928.

⁷ Duguit, L.: Traité de droit constitutionnelle, Paris 1921, pp. 15, 217 et seq., 275 et seq.

⁸ The Convention has been implemented into the Slovak legal order under No. 209/1991 Coll.

⁹ Study Group on Justice in European Contract Law: a Manifesto (2004) 10 European Law Journal, p. 553 et seq.

the Manifesto, social justice should ultimately be promoted to such extent that it would even influence the distribution of wealth and wealth values in the society. Therefore, there is a discussion about “the constitutionalization” of private law or making private law “real”, what in concreto means that as the essential principle of private law, contractual freedom has to be “balanced” with respect to other guarantees of human rights embedded in the European Charter of Fundamental Rights.¹⁰

In addition to private law instruments, the measures of public law nature started to be implemented on the level of the European Union as well as national states in compliance with the above-mentioned European social doctrine. It concerns measures or proposals for measures to avoid tax evasion due to relocation of corporations’ registered offices to the so-called tax paradises as well as proposals to establish a banking union and make tax supervision more strict, proposals to impose a tax on financial operations carried out by banks and financial institutions, proposals to levy a tax on the so-called large deposits and measures to limit bank and other managers’ disproportionate income and the whole range of other suggestions. It has been the best-known case recently that based on a decision of the European Commission, the international company Apple must pay Ireland unpaid taxes amounting to 13 billion US dollars, and according to the latest news, it must also pay them to New Zealand.

In spite of all the mentioned private and public law measures that characterize the European social doctrine, the expectation associated with “the constitutionalization” of citizens’ proprietary and social rights and “making them real” has not been satisfied in compliance with the concept of social justice. Furthermore, the measures have not significantly or positively influenced (and due to their character

¹⁰ Wagner, G.: Die soziale Frage und Gemeinsame Referenzrahmen. In *ZEUP*, 2007, 1, p.182 et seq.; further Lurger, B.: Budúcnosť európskeho zmluvného práva na rozhraní medzi zmluvnou slobodou, sociálnou spravodlivosťou a trhovou racionalitou. In *Justičná revue*, 2007, no. 6 – 7, p. 914 et seq.; Jančo/Jurčová/Novotná et al. Európske súkromné Právo, *Euroiuris*, 2012, pp. 15, 71 et seq.

and nature could even not have influenced) the process and mechanism of the distribution of wealth or wealth values in the society. And even more. It has been becoming apparent that the progress and development of the social function of law itself will be endangered exactly by the resulting impacts of the existing mechanism of distribution set according to the neoliberal model. On the contrary, the economic mechanism of distribution has recently deformed and keeps deforming the impact of wealth polarization on the society based on the model. Moreover, it negatively affects the whole legal situation in the area of property law relations, what under the influence of liberal tendencies and rules contributes to legalizing property acquisition and using huge wealth in an anti-social way frequently. We gained considerable experience and knowledge of something like that in the period of privatization and we are still getting it nowadays in Slovakia. It is necessary to see its basic limits which prevent the social function of law from developing and the idea of social justice from being implemented in the EU states.

In line with the train of thoughts implied above and in the interest of in-depth research on the nature of the issue concerned, the essay focuses especially on the mutual interaction itself between wealth inequality and the social function of law because once its important aspects are clarified only, we may start to think about possible solutions including the use of public and private law instruments which can contribute in solving the issue.

III. Interaction between Wealth Inequality and the Social Function of Law

1. About the Magnitude of Wealth Inequality

One of the questions to be answered at first is the scope of wealth inequality. The answer can instructively imply the development trends in the wealth structure of the society and in the distribution of titles to property and wealth values among the subjects of private law.

We can get an idea of the character, nature and scope of the well-known “Great Divergence”, which has been occurring through the last thirty years, based on the whole range of new exact facts which are provided especially by the science of economics within which the issue has recently been a focus of long scientific discussions and wide-ranging research papers. As an illustration, it is sufficient to point out several scientific results: For example, according to the latest study (2017) of British OXFAM Foundation, which presents the World Economic Forum with its findings in Davos every year, 8 people possess the wealth greater than the property possessed by the poorer half of the mankind, what is more than 3.7 billion people, whereas it was 62 people a year ago and 388 people five years ago. Thus, the polarization of wealth keeps increasing rapidly in the world.¹¹ The Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) keeps us also updated on the problem of increasing wealth inequality, e. g. an extensive analysis, which was made in May 2015,¹² follows the assumption that a certain degree of wealth inequality is necessary and inevitable but it should not exceed a critical limit. Further, in the OECD Secretary-General Ángel Gurría’s opinion, the situation is alarming and has already reached the critical point. Accordingly, a report on the analysis suggests the whole range of measures aimed at reducing wealth inequality and encouraging equal opportunities and starting chances for everybody especially by means of investments into education. As claimed by the report, it concerns the majority of 34 OECD states whereas the highest degree of wealth inequality is in the USA and the lowest one in Sweden, Norway and Finland. The former Danish Prime Minister Helle-Torning Schmidt Helle provides us with the latest data that one percent of the richest possesses forty percent of global wealth, and she designates the state as “the global crisis of wealth inequality” in the present day.¹³ In her opinion, G20, which unites

¹¹ Quoted in line with Trend. Wirtschaftsmagazin, Wien, Nr.1-3, 2017, p. 12.

¹² In It Together: Why Less Inequality Benefits All. OECD Publishing, 10.1787/9789264135120-en.

¹³ SME, July 22, 2017.

economically most powerful states in the world, should deal with the global crisis of this kind, as they did in 2008 in case of financial crisis.

By now, the global growth of wealth inequality has been described most thoroughly and transparently by a significant French professor and economist – Thomas Piketty. His extensive piece of work offers overall specific data on the historical development of wealth inequality from 18th century to the present in twenty states with the developed economy.¹⁴ He illustrates how wealth inequality tended to develop throughout individual historical stages, based on comparison and use of analytical, mathematical and statistical methods, whereas his analysis and thoughts result in the scientifically proven conclusions clarifying essential inconsistent aspects of the contemporary neoliberal economic model. Firstly, he comes to the knowledge that recently, a return on capital has been rapidly increasing in proportion to a return on income for work, and that the wealth of the richest owners has been increasing by 6 – 7 percent annually.¹⁵ Another factual data are provided by significant American economist Joseph E. Stiglitz, who refutes the verity of neoliberal politics of the so-called Washington Consensus. He convincingly proves that the USA invented “a marvellous machine, but evidently one that worked only for those at the top”¹⁶. And we may further list other distinguished economists who have come up with similar arguments which focus at the similar topic and confirm the existence of socially unfavourable and alarming development trend in the polarization of wealth in the society.¹⁷

¹⁴ Piketty T.: *Kapitál v 21.storočí*. Bratislava, Ikar 2015.

¹⁵ Tamže, p. 631 et seq.

¹⁶ Stiglitz, J.: *Jiná cesta k trhu. Hledání alternativy k současné podobě globalizace*. Praha, Prostor 2003, p. 135 et seq.; *The Price of Inequality (How Today's Divided Society Endangers our Future)*/New York: W. W. Morton and Company, 2013, p. 523. The author is a university professor and a holder of the Nobel Prize in Economic Sciences (2001). He has worked as an Advisor for economic matters for the President Clinton (1993 – 1997) and as a Chief Economist and a Vice President of the World Bank (1997 – 2000).

¹⁷ The significant economist is undoubtedly, for instance, Paul Mason, *Postkapital-*

2. On the Mutual Relation between the Economic and Political Power

Firstly, if a narrow social class exceeds the critical limit in wealth and capital accumulation, it means that its economic power has grown. As it has been known throughout the history, the economic power has always been directly related to the volume of wealth the system owns irrespective of the character of a given social and economic system. The power like that does not manifest itself only in the economic sphere itself but it always tends to overlap with the area of political power and accordingly influence and regulate a governing political system and all the three pillars of political power in a country. The most extreme case of such impact was identified in a Soviet system which was characterized by a complete merger or a unity of national power and ownership.¹⁸ It has turned out, on the current level of globalised economy characterized by unprecedented concentration and centralization of production, distribution and capital as well as dominance of huge international corporation, even democratically organised states are not sufficiently immune against the political influence of the owners of greatest wealth.

On the one hand, it is exactly big international corporations active in all parts of the globe what accelerates the polarization of wealth. On the other hand, the corporations strive for asserting their immense economic power in the political sphere in their “home” countries as well as in lots of other states. International corporate leaders themselves comment on the development trends. Being one of them, A. N. LIVERIS has commented on the further development quiet openly: “We are heading for the world where big corporations will be something like a government.”¹⁹ What is very topical, espe-

ismus. Grundrisse einer kommenden Ökonomie. Suhrkamp, Berlin 2016.; Anthony B. Atkinson, *Ekonomika nerovnosti*, Bizbooks, Praha 2016 and lots of others.

¹⁸ For details see: Venediktov, A.V.: *Státní socialistické vlastnictví*, II. Volume, Praha Orbis, 1950, p. 331 et seq.

¹⁹ Quotation in line with GOOD WILL, Magazine on Economy, Business and Society, March 2017, Year IX, p. 7.

cially interesting and instructing for us from such perspective is the case associated with business and investment draft contracts which have been proposed, elaborated and partially executed by the EU, the USA (TTIP) and Canada (CETA). In spite of or exactly because of the fact that both contracts had been being prepared for several years in an absolutely non-transparent way without a participation of the wider professional or civil public, the contracts instigated an unprecedented interest of the public as well as controversy and sharp criticism. (More than 3.5 million people have signed a petition against both contracts.) It is noteworthy that irrespective of strong objections raised by environmentalists, farmers, food producers and human rights activists, criticism focused on the solution of legal issues, namely the contractual wording of investment protection and investor-state dispute settlement mechanisms. That was the area where international corporations made the greatest effort to acquire more beneficial status in relation to the EU member states. In the interest of professional assessment of the issue, the initiative of European lawyers was formed to elaborate: "Legal Statement on investment protection and investor-state dispute settlement mechanisms in TTIP and CETA". The statement was published on October 17, 2016 and delivered to the European Commission and the European Parliament before the contract was entered into with Canada (CETA).²⁰ (The statement was signed by 100 university professors-lawyers from top universities from 24 European Union states.) The statement contest legitimacy and fairness of the proposed protection and of the procedural dispute settlement mechanism based on the following arguments:

- The wording establishes privileges for foreign investors based on vague substantive standards.
- The wording creates possibility for foreign investors to apply substantive measures to states what includes the possibility for investors to hold the state liable for their lost profits, even if the state's measures are non-discriminatory.

²⁰ <https://stop-ttip.org/wp-content/uploads/2016/10/13.10.16-Legal-Statement-1.pdf>

- The wording threatens regulation in the public interest and democratic change and it significantly affects state budgets.
- The proposed arbitration or dispute settlement system is biased and lacks safeguards for ensuring independence and impartiality, what are the two fundamental pillars of the rule of law.
- The wording creates strong tension with constitutional principles of individual member states and European law principles.
- Finally, since the USA, Canada, and the EU all have highly evolved, efficient legal systems which guarantee convenient and appropriate legal protection of foreign investors, it is not necessary to establish another new system of special dispute settlement and arbitration mechanism. In other words, the contemporary dispute settlement mechanism has proven itself and works without any problems and thus it is convenient to keep it in force.

The above-listed critical objections and comments could not be ignored, what is confirmed by the further development of adopting CETA in the EP and the following process of its ratification. In fact, there had been no statement of that kind before the process of adoption started in the EP because the European Commission had not asked the European Court of Justice for any statement, what would have been indeed convenient on the occasion like that. Under the weight of convincing scientific arguments, the controversial and criticised Investor-State Dispute Settlement (ISDS) mechanism was substituted by the Investment Court System (ICS) in the course of its ratification. However, serious objections have also been made against the ICS. Therefore, it is not to be implemented during the whole so-called preliminary period which will continue until the ICS is ratified by all EU member states in full scope, what will probably take several years. There is a legitimate reason to doubt that the substitutive mechanism is in accordance with the Treaty on European Union.²¹ In Canada, the mechanism is going to be ratified by the Canadian Parliament and the parliaments of individual Provinces yet.

²¹ Schmögnerová, B: Podpisom dohody sa nič nekončí, Pravda, November 5, 2016.

In addition, a motion has already been elaborated to be put forward to a local constitutional court which will decide whether the CETA agreement is in compliance with their constitution. With respect to the above-mentioned it is not sure whether CETA “will pass” this multiple democratic “exam” of parliamentary discussions without any other proposals made for significant amendments.

3. Social, Ethical and Legal Implications of Wealth Inequality

The growth of wealth inequality and the connection between the economic power and political power have undoubtedly a negative impact on a political system of democratic state and strengthen social gaps in the society, having associated ethical, moral as well as legal dimensions. Of course, the social equality principle based on which the definition of social justice could be defined cannot be absolutized because it would lead to unsustainable and actually harmful as well as unacceptable egalitarianism. As it is well-known and generally recognized in the science of law, the principle of equality is a political principle which is only subsequently expressed in law. Therefore, its consequential requirement would not correspond to the reality arising from the versatility of human beings themselves, various life standards, preconditions and opportunities as well as varied abilities to integrate into the society etc.²² What is actual important is that the real existing inequality (as well as the wealth one) be kept on a socially acceptable and sustainable level which would correspond to how the majority of the society perceives social justice. Finally, it was already in 1789 when the French Declaration of the Rights of Men and of Citizens attempted to determine such tolerance in perceiving the equality of people and social inequalities. Article I of the Declaration reads that “Social distinctions may be founded only upon the general good”. Thus, social inequality

²² For more details see: Popper, K.: *Otevřená společnost*, Praha, Oikumené, 1994, p.200 et seq.; *O uplatnění tohto princípu v práve*. Compare: Bydlinski, F.: *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien-New York, Springer-Verlag, 1996, p.160 et seq.

is acceptable if it is beneficial for the society and if the inequality exists in the interest of all the people. If this elementary level of social inequality acceptability, which is specified really accurately with respect to the period when it was defined, is compared to the contemporary growth of wealth inequality, it becomes undoubtedly obvious and convincing that nowadays, the critical limit of wealth inequality has already been exceeded significantly.

However, exceeding the critical limit of wealth inequality has also serious ethical and moral dimensions. The phenomenon stimulates the majority of the society to doubt whether such wealth distribution model which works for the benefit of capital owners rather than for doers of work corresponds to the real contribution social partners actually make and whether it is socially fair to exclude the majority from taking any solidary part in the use of such property. The phenomenon is inconsistent with what the majority of the society considers social justice. Furthermore, it is hard to synchronize the phenomenon with fundamental ethical and moral rules. It means that it always (at least potentially) contradicts “good manners” or “principles of fair business practices”, what are the rules which are one of the essential values of the society and usually recognized by its majority. In addition, fundamental private law principles are based on the consistency of the behaviour of subjects of law with moral principles. However, there is not much room for morals in the current globalized economic and legal system. The holder of 2013 Nobel Prize in Economic Sciences – American Professor Robert Schiller – described that accurately when he said that “A man cannot afford to be too moral. Otherwise he will be wiped off by the force of capitalism. Only those who are willing to cheat can survive”.²³ The immense property is already being accumulated in contradiction with “morals” at the stage of its acquisition (the way it is obtained including a fraud) or subsequently at the stage of its use. When speaking of the social function of law, it is exactly the aims property is used to reach what hardly serves the purposes

²³ Schiller, R.: Die Zeit, German weekly magazine, September 9, 2016.

promoting the interest of “common well-being” rather than only its owner’s individual interests in line with the French Declaration of Man and of Citizen and current constitutions of democratic state.

Immense property is frequently obtained by individuals as a result of greediness, corruption, fraudulent machinations and their effort to acquire wealth under any conditions (including unfair ones). If a democratic state or its controlling or repressive bodies do not exercise control effectively, the title to the property acquired this way is usually performed to meet the owner’s individual needs and interests not taking into account whether the immense property will also be used for the benefit of the majority of the society, let alone misused to achieve anti-social goals. All the above-mentioned circumstances contest social, moral as well as legal legitimacy of the concentration of huge property in hands of a social elite, which has been becoming smaller.

The rapid growth of wealth inequality and all the associated negative consequences became a real world-wide problem in the highly-developed economies as well as in the whole range of other countries, including the transforming states in Central and Eastern Europe. After national and other public property was privatized in the latter states in a very short time without clear and stable rules and generally based on the neoliberal economic and legal model, huge wealth was found in the hands of a small group of oligarchs and later on in the hands of international corporations. It is international corporations who own a majority of commercial banks or other financial institutions as well as the largest and the most important enterprises in the energy and industry sector.

In comparison to Western democratic states, the growth of wealth inequality is more significant and the social aspects of property polarization even more serious in these countries. On the one hand, the so-called oligarchs virtually owned no or small property thirty years ago and like other members of society, they suddenly became millionaires or even billionaires within a very short period of time. On the other hand, a significant amount of inhabitants live under extremely bad living conditions in these countries at the

beginning of 21st century. With regard to local oligarchs' wealth structure, the exact data about wealth inequality are provided by Thomas Piketty (and his co-authors and other colleagues at the Paris School of Economics) in their study titled: "From Soviets to Oligarchs. Inequality and property in Russia 1905 – 2016", published in August 2017.²⁴

Of course, the problem concerns also Slovakia even though according to the quoted OECD analyses, it is a result of several specific circumstances. However, the problem is not so enormous as in lots of other transforming states in Central and Eastern Europe.²⁵

IV. About Problem Solution Possibilities with Special Regard to the Use of Legal Institutes

1. Change in the Focus of the Economic and Legal Model

In order to solve the problems identified, it is vital to make appropriate changes in the economic mechanism of distribution. It requires tempering and balancing of wealth inequality with the aim of creating equal opportunities and initial chances basically for everybody. That involves bigger investments of the government into education, health care, social services as well as public projects etc. Then, national and legal institutes of modern politics, theory of law and legislation should be innovated accordingly on the national, European and international level. It is expected that if the economic model dominated by neoliberal elements is redirected to the model of the social market economy preferred and recognized in the above-quoted EU legal documents, the social elements will

²⁴ See Filip Novokmet, Thomas Piketty, Gabriel Zucman: From Soviets to Oligarchs: Inequality and property in Russia, 1905 – 2016. <http://www.nber.org/papers/w23712>. National Bureau of Economic Research, Cambridge, MAO2138, August 2017, p. 79.

²⁵ For details see, Lazar, J.: Majetková nerovnosť a sociálna funkcia súkromného práva, *Právny obzor* 4/2016, 294/295.

be strengthened significantly in the whole modern rule of law. (It is not a coincidence that the European Commission has now come up with the initiative titled “The European Pillar of Social Rights”). What should be adjusted in line with this purpose is also a system of innovated public law institutes to ensure the democratic regulation of economic processes and establish a perfected form of government regulation of the economy as well as private law legal institutes aimed at improving, expanding and perfecting of the social elements in all its subsystems including the subsystem of substantive as well as property law.

2. Possibilities of Regulative Public Law Instruments

As far as specific public law instruments used by the socially-oriented state to regulate its economy are concerned, it is necessary to mention state intervention instruments aimed at public welfare, such as a tax system, a national budget, subventions, agenda-making and planning (indicative), anti-monopoly and anti-trust legislation and others. It is the tax system what seems to be a very effective instrument which can be used to achieve goals of the distribution of wealth in the society in a transparent way and quite quickly. When looking for solutions to deal with the rapid growth of wealth inequality, the attention is centred on the possibility of increasing various taxes on the property in the possession of the richest social class. What is discussed are capital tax, property tax, real estate tax, inheritance tax, gift tax and other taxes. Piketty himself considers the introduction of progressive annual capital tax to be a correct and appropriate solution. He claims that it “will make it possible to avoid an endless spiral of inequality and preserve economic competition as well as stimulus encouraging subsequent cases of initial accumulation.”²⁶ He explains that in this stage of economic development, the problem cannot be solved on the level of national states but what is vital is a high level of international coop-

²⁶ Piketty, T.: In his work, it is quoted in note no. 14, p. 633.

eration and political regional integration. It implies that obstacles and holdouts will occur during the implementation of the proposal like that, irrespective of its several weak points which are associated with the nature of imposing taxes and capacity to impose taxes of any amount on property (capital) in the possession of the richest so that wealth be distributed in a more socially acceptable and fair way permanently from long-term perspective. Firstly, it is essential to remember that government tax measures are focused on solving consequences of wealth inequality rather than its reasons. Next, the purposive collection of taxes is conditioned by and directly depends on the character of state which levies and collects the taxes and in particular on the ideological orientation of dominating political powers in the country.

It would be possible to assess and examine another public law instruments of state intervention into the private sector of the economy from a similar perspective, considering the alternatives of such public interventions which have already been implemented or are proposed to be made on the EU level.²⁷

3. Perfecting and Deepening of Social Elements in Private Law

In line with the social orientation of public law measures, the social elements should be made more perfect and deeper in all the private law areas on the national as well as European and international level. It applies to the law of obligations as well as substantive law whereas the needs of “general well-being” should take precedence over rights holders’ individual interests. In this sense, it involves the assessment of all the institutes of substantive law including prop-

²⁷ For instance, it has been proposed to introduce the automatic exchange of information on taxes paid by international corporations in the territory of individual EU member states. What has been suggested is also the banking union, more strict supervision of banks, introduction of taxes on individual financial operations, limits on bank managers’ income and the whole range of other measures. They are aimed at preventing corporations from evading tax and relocating into the so-called tax paradises.

erty law. It has been ownership on what international scientific conferences and discussions have recently focused on.²⁸ They have been trying to find a link between individualistic conception of ownership title, which can be identified practically in every civil code, and a constitutional definition of social function of ownership indicated in numerous modern and in particular European constitutions including the Constitution of the Slovak Republic.

The nature and concept of the social function of ownership can be demonstrated the best by the German Constitution wherein it is defined completely and thoroughly. Article 14 Paragraph 2 of the Constitution of the Federal Republic of Germany reads as follows: "Property entails obligations. Its use shall also serve the public good". In accordance with the statement of Federal Constitutional Court, this constitutional principle means "the waiver of ownership title when an individual's interest takes immediate precedence over the wellbeing of society."²⁹ The principle encompasses an owner's obligation to take the society into account when he uses his property which is a result of the individual's membership in the society, and at the same time, it says that the more the title is exercised in the social area, the more the title gets restricted.³⁰

Indeed, the social function of ownership having the constitutional wording like that can hardly be directly used to eliminate or at least reduce the polarization of property. In addition, the wording is not focused on the wide-ranging governmental control of all

²⁸ On the European level, the science of law has been recently dealing with the assessment of ownership title from the perspective of the growth of wealth inequality. For example, "Ownership and Inequality in 21st Century" was the main topic of the 21st conference titled Common Core of European Private Law which was held on June 12 and June 13 in Sweden (Univerzita Göteborg).

²⁹ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Bd.21. Tübingen, 1967, p. 73.

³⁰ See Stein, E.: Staatsrecht. Tübingen, 1975, p. 173; Larenz, K.: Allgemeiner teil des bürgerlichen Rechts. München 1975, p. 50 et seq.; Kommentar zum Bonner Grundgesetz, bearbeitet von Kolektiv.Hamburg, 1975 Art. 14, pp. 21 and 22; Hesse, K.: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Karlsruhe, 1975, pp. 180, 181; Maunz, G., Dürig, G, Herzog, R.: Grundgesetz. Kommentar, München, 1974, p. 22; Leisner, W.: Sozialbindung des Eigentums, Berlin (West), 1972, p. 38 et seq.

the aspects of life where ownership occurs and is used, namely in relation to the owners of the biggest property. In practice, the social function of ownership expressed in the Constitution is interpreted in a more narrow sense and applied only to the areas where ownership is exercised (performed), such as life and health protection, nature protection, protection of the environment and monuments as well as land use planning. In this sense, we have to point out that the Slovak Constitution has been supplemented, incorporating governmental powers to intervene into ownership title in case where property has been acquired “unlawfully or due to illegal income”.³¹ That is very interesting from the viewpoint of the issue examined. Even though the Slovak Constitution has been amended to cover the proving of the origin of property, it could inspire us to deliberate about how the social function of ownership could be expanded further and consider the criteria of assessing the acquisition of title and then, how the government can intervene into title which has been obtained unlawfully, illegally or in a speculative or fraudulent way especially in case of the biggest property in possession of both national and international owners.

4. Specific Problems of the Implementation of Certain Civil Law Institutes from the Perspective of Slovak Law

a) As it has already been mentioned above, a specific problem arising from the constitutional wording lies in property deprivation carried out based on a decision of civil court in case where property has been acquired thanks to unlawfully obtained income, and where the property is concurrently forfeited for the benefit of state irrespective of a given natural person or a legal entity’s criminal activity. The extraordinary proprietary punishment like that is very topical especially in the transforming states of Central and Eastern Europe. Due to its purpose, such punishment could contribute in solving cases where the states owned property acquired thanks to

³¹ See Article 1 and 5. In accordance with Constitutional Act No. 100/2010 Coll.

unlawfully obtained income when there was a lack of stable, thorough and clear rules applying to the transfer of property into the ownership of private entities in the countries, and thus there was frequently room for speculative operations and machinations aimed at obtaining huge property.

A special legal regulation having the above-mentioned purpose was also adopted in the Slovak Republic in 2005.³² However, the first attempt was not successful because the Constitutional Court decided that the act is not consistent with the Constitution.³³ Therefore after the Constitution was amended (Constitutional Act No. 100/2010 Coll.), a new act on the obligation to prove the origin of property was introduced and took effect on January 1, 2011. The Act has been effective by now having the same wording.³⁴ One can state that after having been in effect for more than 7 years, the act is efficient in a minimum extent. Therefore, with respect to the new situation exacerbated by the further growth of property inequality and the evoked current need to ease it effectively, it would be favourable to revive the process of proving the origin of property acquired thanks to unlawfully obtained income in practice, of course, once it has been assessed and refined thoroughly,

b) From the perspective of the topic under research, the lien also deserves attention, being one of the limited real rights or the real rights to another person's property. In fact, it is banks and financial institutions who act as a pledgee within such relations most frequently and a weaker subject is in danger that unless it meets his obligation, it will lose his title to a pledged property. Thus it is especially important to establish a legal model wherein the legal status of both parties will correspond to the balance of their interests, what means that the pledger's (bank's) excessive factual and legal dominance will be reduced and the adequately higher degree of protection will be granted to the pledgee, who is often a citizen

³² Act No. 335/2005 Coll. on Proving of the Origin of Property.

³³ The ruling delivered by the Constitutional Court of the Slovak Republic sp.zn. PLÚS-29/05.

³⁴ Act No. 101/2010 Coll. on Proving of the Origin of Property.

as well as a small or medium-sized enterprise dependant on a loan. So what is important is that terms and conditions applying to the performance of the lien and thus the potential loss of title to the pledged property be as fair as possible. There is a reason to doubt whether the valid substantive law wording of the lien embedded in the Slovak Civil Code meets all the criteria. The doubt concerns in particular a case where in a manner defined in a security agreement, the lien is directly performed by a creditor having the right to represent a pledger under law. Concurrently, the pledger is not entitled to revoke the power of attorney he granted and the pledgee can sell the pledged thing without any title of execution. The wording does not meet another elementary requirements on a balanced relationship within the lien. It is a case because the amendment of the law of obligations, which was made in the Slovak Republic in 2002³⁵, held too much on the 1992 Model Law on Secured Transactions recommended by the International Bank for Reconstruction and Development in London to the transforming Central and Eastern European Countries.

c) Concerning legal relations within the law of obligations, which academic doctrinal groups as well as European and national legislations have been paying their attention to in order to deal with “consumer protection law”, a number of measures to protect a weaker contractual party have been implemented in the EU states. However, in the light of new facts characterized by the increasing polarization of property, it is required that the measures of that kind be made even stricter, affect wider area and have more realistic content than they have had by now. The change like that should be manifested in two directions: Firstly, as a general rule, the measures should cover all the institutes of contractual law to include also small and medium-sized enterprises into the definition of weaker contractual party or “consumer”, and subsequently, they should grant the subjects

³⁵ Act No. 526/2002 Coll. amended and supplemented the wording of the lien in the Civil Code.

higher protection, too.³⁶ Moreover, it is necessary to incorporate the protection of weaker subject in institutes of substantive law as well as principles of procedural law so that the concept of social justice and social equality be projected into the whole spectrum of private law relations also throughout a subsequent stage when they will be implemented by means of procedural law instruments, where holders of private law rights and obligations act already as a participants of the procedure.

V. A Final Remark

In conclusion, we may state that with respect to the multi-dimensional and complex scope and interdisciplinary character of the question examined, the paper focused at outlining its wide-ranging social links and naming the questions or problems to be solved in this context on the European, international as well as national level. Concurrently, the fundamental research in the given topic was focused on the questions related to the new more socially fair mechanism of the distribution of property and wealth values in the society as well as on the structure and function of the economic and legal dimension of ownership.

We assume that the expected and socially inevitable diversion from the overthrown neoliberal economic and legal model indeed inspires the science of law, the science of politics and legislation to start considering the ways how to solve the issue in its roots as a whole as effectively as possible by means of legal instruments. The subsequent professional deliberation as well as potential suggestions and proposals of solution concern the whole set of potentially socially-oriented legal instruments, starting with the set of controlling and regulative governmental measures especially in re-

³⁶ In association with extending the term “consumer”, M.W. Hesselink stresses this idea in his work *CFR and Social Justice*. Munich: Sellier: European law Publishers GmbH, 2008, p. 34, 39 et seq.

lation to huge international corporations, subsequently proceeding with perfecting, deepening and expanding of the social function of substantive law institutes such as ownership and other real rights, inheritance and consumer protection law, and finally concluding with the proper amendment to the institutes of procedural law.

Indeed, for jurisprudence to deal with the challenge in a qualified way, it has to go beyond the “internal” boundaries of its narrow and purely legal perspective and accordingly evaluate and assess the issues concerned in the wider social context. Doing so, from the perspective of the science of the state and law, it is possible to reach an effective solution of one of the most significant challenges which the society faces in the 21st century.

Prof. dr. sc. Tatjana Josipović
Law Faculty University of Zagreb

THE SOCIAL ROLE OF PRIVATE LAW IN THE FINANCIAL CRISIS

1. The Impact of the Financial Crisis on Private Law

The global financial crisis has had an important impact on the development of private law of the European Union and the national private law bodies of Member States.¹ Private law has gained a significant social dimension in the protection of citizens in financial difficulties. In the last decade, the need for the enforcement of new values, human rights and new legal principles aimed at establishing social justice in private law relations has become increasingly expressed due to the financial crises. There is a demand to ensure increased and more concrete protection of the weaker party, low-income consumers and over-indebted and vulnerable citizens. The protection of citizens whose private law rights are endangered because of their over-indebtedness has called for a re-definition of the standards of the protection of fundamental human rights in private law relations, as well as for the reform of procedural rules and the introduction of new private law institutes for the prevention of the insolvency and over-indebtedness of citizens. The protection of fundamental human rights in private law relations, particularly with regard to access to housing, justice, and to services of general interest, has become increasingly expressed because of the requirement to ensure the strongest possible protection of over-indebted citizens.

¹ This work has been fully supported by the Croatian Science Foundation under project number 5269 "Civil Law Protection of Citizens in the Financial Crisis" / CitProtect (<http://citprotect.pravo.unizg.hr/>).

The impact of the financial crisis on private law can be observed at various levels. New limitations have been introduced in the implementation of traditional private law principles such as freedom of contract and private autonomy. These limitations are pretty obvious in the area of consumer contract law, particularly involving consumer contracts whose conclusion most frequently leads to the over-indebtedness of consumers (consumer credit contracts, mortgage loan contracts, home loan contracts). Increasingly obvious are the tendencies to limit the freedom of contracting involving tenancy agreements to protect the right to a home, particularly when dealing with long-term contracts of lease.² A whole range of measures have been taken to introduce new obligations for creditors with regard to information and transparency duties, responsible lending and credit registers, all aimed at increasing the protection of citizens and reducing and preventing insolvency. Mandatory rules are introduced on the maximum interest rate for particular types of consumer contracts and the maximum annual percentage rate of charge (APRC).³ Parameters have been defined for interest rates in consumer credit contracts and for the rules for the prevention of unilateral changes of variable interest rates in such contracts. Creditors are bound to convert foreign currency contracts in cases where changes in the exchange rate have resulted in an excessive increase

² See e.g. “Principles of Social Long-Term Contracts” (EuSoCo) and EuSoCo Declaration u Nogler, L., Reifner, U. (eds) *Life Time Contracts*, The Hague, 2014, xvii-xxxiii. Particularly emphasised is the human dimension and the need for social protection with regard to life time contracts (p. xvii, xxxi). For more see in Schmidt, Ch., Dinse, J.. “Towards a Common Core of Residential Tenancy Law in Europe? The impact of the European Court of Human Rights on Tenancy Law”, Nogler, L., Reifner (eds) in “Life Time Contracts”, pp. 605-626; Bargelli, El. “Exploring Interfaces Between Social Long-Term Contracts and European Law Through Tenancy Law”, Nogler, L., Reifner, (eds) in “Life Time Contracts”, pp.627-635.

³ See e.g. the Croatian Consumer Loans Act (*Zakon o potrošačkom kreditiranju*, OG 75/09, 112/12, 143/13, 147/13, 9/15, 102/12, 52/16), Arts 11 b, 11c, 20a; See e.g. the Croatian Act on Consumer Housing Loans (*Zakon o potrošačkom stambenom kreditiranju*, OG 101/17), Art. 25.

of credit obligations.⁴ Therefore, special measures have been taken to fix the exchange rate for loans denominated in foreign currency.⁵ In addition, the supervision of credit institutions has been enhanced regarding the provision of financial services.⁶ Moreover, new forms of traditional private law institutes have been developed whose application traditionally depends on the agreements of contractual parties. To increase the protection of consumers who are not able to regularly pay their credit obligations, consumers' rights have been recognised to unilaterally change the manner and object of the fulfilment of their credit obligation without entering into an agreement with the creditor.⁷ Under the impact of the financial crisis, tradi-

⁴ See e.g. the Croatian Consumer Loans (*Zakon o potrošačkom kreditiranju*) whose amendments of 2015 (OG 102/15) in Art.19a-19i include the obligation of credit institutions to offer the conversion of loans denominated in CHF into loans denominated in EUR. The conversion was based on the following principles: a) equal treatment of debtors with CHF-denominated loans and EUR-denominated loans (at the time of the conclusion of the credit); b) over-payments applied to future installments (up to 50%); c) conversion by applying the EUR exchange rate applied to EUR-denominated loans + interest rate applicable to EUR-denominated loans; d) application to all loans, independent of the type and purpose, and independent of when the contract was concluded.

⁵ For example, in the amendments to the Croatian Consumer Loans Act of 2015 (OG 9/15) for all consumer credits denominated in CHF, independent of the amount of credit, a fixed exchange rate for CHF (6.39 HRK = 1 CHF). The difference between the spot rate and the legal rate – cost was borne by the financial institution. It was an interim measure for the protection of consumers with a temporally limited application (27/1/2014 - 27/1/2015).

⁶ V. Gressler, A. Ch: "Financial Crisis and General Contract Law", Schmidt, J., Esplugues, C., Arenas, R. (eds) "EU Law After the Financial Crisis", Cambridge, 2016, p. 119.

⁷ It is the so-called mandatory/unilateral *datio in solutum*, a classical rule of the law on obligations laying down that the creditor and the debtor may reach an agreement whereby an obligation shall extinguish if the creditor, in agreement with the debtor, accepts something else than what is owed to him. In some Member States, there is a unilateral right of the debtor to change the object of the settlement. In Romania, in April 2016, the country adopted a special Law No. 77/2016 on *datio in solutum* of certain immovable assets for the settlement of obligations undertaken by credit agreements (entry into force in May 2016). The consumer who took a loan involving his/her immovable residential property not exceeding EUR 250,000 has the right to ask the financial creditor to accept the full discharge of the credit by the transfer of ownership of the mortgaged immovable (*datio in solutum*). The very idea of introducing such a mandatory *datio in solutum* has

tional private law institutes are differently interpreted to ensure the protection of debtors in the course of the fulfilment of their credit obligations.⁸ In the foreclosure procedure, various new measures for the protection of insolvent/homeless citizens have been introduced, mostly determined by the requirement to protect the debtor's right to a home and protection from eviction.⁹ Some traditional substantive law types of claim security have been reformed to enhance the protection of debtors.¹⁰ New private law institutes against insolven-

resulted in many discussions at both the European and national level. See, for example, a letter from the European Consumer Organisation *et al* of 27 April 2016; http://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2016-042_mgo_ms_anca_dragu.pdf (3/11/2017); the presentation by Liviu Voinea: Romanian Financial System – Recent Developments and Perspectives, Bucharest, 9 March 2016, www.bnr.ro/DocumentInformation.aspx?idInfoClass=6896 (3/11/2017). *The Constitutional Court partly rescinded the provisions of the cited Act as being unconstitutional. For more see in: Gabriela Anton, G., Patricia Enache, P.: "Recent Legislative Changes Impacting the Crediting Business", <https://www.chambersandpartners.com/article/2201/recent-legislative-changes-impacting-the-crediting-business> (3/11/2017).*

⁸ One of the problems which occurred due to the financial crisis was how to interpret the binding force of contracts. In that context, the traditional private law institute *clausula rebus sic stantibus* started being interpreted and applied in a specific way. See a comparative analysis in Başoğlu, Başak (ed.): "The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts - Renegotiation, Rescission or Revision, Springer, Switzerland, 2016.

⁹ In the last few years, because of the financial crisis, the Spanish legislator has significantly reformed enforcement proceedings to ensure greater protection of over-indebted consumers. The goal of the reform has been to provide greater protection already in the phase of deciding about the proposal for enforcement in order to prevent it on the ground of unfair contractual terms. About the reform of procedural provisions of Spanish enforcement proceedings for the sale of an immovable encumbered by lien see Esteban, F.: "The Treatment of Unfair Terms in the Process of Foreclosure in Spain – Mortgage Enforcement Proceedings in the Aftermath of the ECJ's 'Ruling of the Evicted'", ZEuP, 2015; Nasarre-Aznar, S.: "Robinhoodian Courts' Decision on Mortgage Law in Spain", International Journal of Law in the Built Environment, 2/2015; Romero, J.D., Ruiz, J.I.: "Foreclosure System in Spain", GPR, 6/2013; Rosa, F.E.: "The Treatment of Unfair Contract Terms in the Process of Foreclosure in Spain – Mortgage Enforcement Proceedings in the Aftermath of the ECJ's 'Ruling of the Evicted'", ZEuP, 2015.

¹⁰ Already in 2008, *Risikobegrenzungs-gesetz* (12/8/2008) amended the provisions of the German Civil Code on nonaccessory security on Land (land charge, *Grundschuld*). By the new paragraph 1a in para. 1192 of the German Civil Code, nonaccessoryness of the land charge has been "alleviated". In the German CC, it is now expressly provided as follows: „If the land charge has been established as security

cy have also been introduced.¹¹ Access to services of general interest for vulnerable consumers has been extended by the introduction of separate rules for the protection of insolvent consumers.¹²

Most rules by which the position of over-indebted and vulnerable citizens in private law relations has been improved is the result of various interventions of the national legislators of the Member States of the European Union, particularly those seriously affected by the financial crisis and the problems of over-indebted and homeless citizens. The social role of private law in financial crises is thus mostly determined by the assessment of national legislators that it is justified to intervene, on account of the financial crisis, in private law relations by special public law and mandatory measures. The most frequent justification for such interventions has been the inability to stop a further deepening of the debt crisis and the ongoing infringement of the fundamental rights of debtors in private law relations. The prevailing view is that it is justified to remove the existing imbalance in debtor-creditor relations by introducing proportional public law measures to ensure the social protection of over-indebted citizens.¹³

for a claim (security land charge), defencens to which the owner is entitled with regard to the land charge on the basis of the security contract with the previous creditor, or which emerge from the security contract, may also be imposed on any acquirer of the land charge". See Hellwege, Ph: Is European Private Law Going Through a Crisis?", Schmidt, J. Esplugues, C., Arenas, R. (eds) "EU Law After the Financial Crisis", Cambridge, 2016, p. 111,112.

¹¹ In the Republic of Croatia, the institute of consumer bankruptcy has been introduced because of a large number of over-indebted consumers. The Consumer Bankruptcy Act has been in force since 1 January 2016 (OG 100/15).

¹² Numerous European directives on universal services contain separate rules for suppliers on the prohibition of disconnection in critical times, the right to contract, quality of services, the price of services. See Rott, P.: *The Low-Income Consumer in European Private Law*, Purnhagen, K., Rott, P. (eds): "Varieties of European Economic Law and Regulation, Cham, 2014, pp. 679-682.

¹³ In that regard, the Constitutional Court of the Republic of Croatia interpreted the reasons why it did not hold that the statutory provisions on the mandatory conversion of consumer loan contracts denominated in EUR were unconstitutional. The Constitutional Court took into account the fact that because of the rise of the exchange rate of CHF, monthly installments of the loan were increased between 60% to 80%. In such a situation, the Constitutional Court held that "*the State (the*

The social role of private law is also increasingly manifested in the private law of the European Union. The new measures for the harmonisation of consumer loans contain numerous specific provisions aimed at protecting consumers from insolvency risks when entering into housing loans. For example, the Mortgage Credit Directive (MCD)¹⁴ lays down a whole series of rules to protect citizens when taking home loans. These are the rules of maximum harmonisation. There are also specific rules on pre-contractual information and personalised information in the form of the European Standardised Information Sheet (Annex II). In addition, there is a precisely defined mathematical formula for the calculation of APRC. The creditor's obligations regarding the determination of the creditworthiness of the consumer are provided for in detail. Special rules exist in relation to the protection of consumers involving foreign currency loans, early repayment, foreclosure procedures, and variable rate loans.¹⁵ All these rules are precisely motivated by the problems the consumers in some Member States have been exposed to

legislator), by respecting the principle of a social state, on which the constitutional order of the Republic of Croatia is founded, in the situation of the described debt crisis in which Croatian citizens found themselves because of their loans in Swiss francs, had a positive obligation to take specific measures in the country's economy and to intervene in the functioning of the market to ensure the exercise of fundamental social rights and social security in order to equate, or to decrease extreme social differences resulting from the appreciation of the Swiss franc." See the summary of the ruling of the Constitutional Court of the Republic of Croatia no.: U-I-3685/2015 et al of 4 April 2017. [https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/7114c25caa361e3ac1257f340032f11e/c12570d30061ce54c12580fa00355882/\\$FILE/SA%C5%BDETAK%20RJE%C5%A0ENJA%20BR.%20U-I-3685-2015%20i%20dr.pdf](https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/7114c25caa361e3ac1257f340032f11e/c12570d30061ce54c12580fa00355882/$FILE/SA%C5%BDETAK%20RJE%C5%A0ENJA%20BR.%20U-I-3685-2015%20i%20dr.pdf) (3/11/2017)

¹⁴ See Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) no. 1093/2010, OJ L 60, 28/2/2014, pp. 34–85.

¹⁵ See Arts 10-14, 17, 23, 24, 25, 28 et al. MCD. For more see Bouyon, S., Musmeci, R. "Two Dimensions of Combating Over-Indebtedness, Research Report, European Credit Research Institute, no. 18, October 2016, p. 7, <https://www.ceps.eu/publications/two-dimensions-combating-over-indebtedness-consumer-protection-and-financial-stability> (3/11/2017); Josipović, T.: Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage Credit Directive, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol. 16, 2013-2014, pp. 223-252.

when repaying housing loans due to changes in the financial market.¹⁶ When dealing with consumer contracts, it is for the first time prescribed that the consumer is entitled to convert a credit agreement into an alternative currency, or to contract different arrangements to limit the exchange rate risk. For the first time, there is also a consumer directive containing an obligation of the Member States to prescribe the possibility of transferring to the creditor the charged immovable, or the proceeds from the sale which are sufficient to repay the loan (*datio in solutum*).¹⁷ Member States are also bound to lay down special measures to encourage creditors to exercise reasonable forbearance before foreclosure proceedings.

Interestingly enough, some relatively old harmonisation measures in the area of consumer contract law have also been reaffirmed within the context of the protection of citizens at the time of a financial crisis. The Court of Justice of the European Union (ECJ) has particularly contributed to such trends. In its judicial dialogue with the national courts, the ECJ has interpreted individual rules from consumer directives by taking into account the circumstances connected with the over-indebtedness of consumers and the need to offer them, in accordance with the primary law of the Union, effective protection of their subjective rights recognised by EU law. This is why the ECJ based its interpretations on the principle of effectiveness and equivalence, but also on the EU Charter of Fundamental Rights. In this regard, particularly important are the preliminary rulings based on the Unfair Contract Terms Directive (UCTD).¹⁸ It is interesting to note that the largest number of preliminary rulings to interpret this Directive were rendered in the period from 2013 to

¹⁶ See points 3, 4 of the Preamble to MCD.

¹⁷ This Directive only provides for the obligation of Member States “not to prevent the parties to a credit agreement from expressly agreeing that return or transfer to the creditor of the security or proceeds from the sale of the security is sufficient to repay the credit” (Art. 28/4 MCD) to agree upon *datio in solutum*. Member States are free to choose how to formulate the prerequisites for the exercise of the consumers’ rights to repay the loan by transferring the ownership of the mortgaged immovable.

¹⁸ Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21/4/1993, pp. 29–34.

2016 when proceedings for the payment of loans of over-indebted consumers who could not repay them were instituted before the national courts.¹⁹ The largest number of requests for preliminary rulings were submitted to the ECJ by the courts from the Member States which were most affected by the financial crisis²⁰ and involved disputes dealing with consumer contracts.²¹ These preliminary rulings of the ECJ where the Court interpreted individual European provisions on the protection of consumers later became the basis for the reforms of national laws (the foreclosure procedure in particular) in individual Member States hit by the financial crisis. The standards and models of consumer protection in a debt crisis defined by the ECJ in its preliminary rulings were, for example, the main model for national legislators when reforming foreclosure procedures against consumers.²² National courts adjusted their case law regarding disputes dealing with the settlement of claims under consumer contracts to the interpretations of the ECJ. At the end of the day, the case law of the ECJ contributed to a situation where, in proceedings

¹⁹ In the period from 1 January 1998 to 15 July 2017, the ECJ rendered a total of 52 preliminary rulings in connection with the UCTD. Of that number, in the period from 2013 to 2016, 77% preliminary rulings were rendered. The data that have been dealt with regarding the data on the case law of the ECJ in relation to the Unfair Contract Terms Directive published on EUR-Lex, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:31993L0013> (23/7/2017).

²⁰ In the period from 1 January 1998 to 15 July 2017, most requests for preliminary rulings were submitted by Spanish courts (70), Slovak courts (16), Romanian courts (17), Hungarian courts (12). The largest number of requests for preliminary rulings was submitted in the period from 2012 to 2016 (102 altogether). The data dealt with regarding the data on the case law of the ECJ in relation to the Unfair Contract Terms Directive published on EUR-Lex, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:31993L0013> (23/7/2017).

²¹ Of the total number of preliminary rulings, 71% of them, relate to the interpretation of the Directive on Unfair Contract Terms in the context of disputes over consumer loans. The data dealt with regarding the data on the case law of the ECJ in relation to the Unfair Contract Terms Directive published on EUR-Lex, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:31993L0013> (23/7/2017).

²² Regarding the reform of the Spanish enforcement proceedings after the ECJ has rendered its judgment in the cases *Aziz*, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 and *Morcillo*, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099, see literature listed in note no. 9.

for the settlement of claims arising from consumer contracts at the national level, social elements and the protection of human rights began to be much better acknowledged.

Increased recognition of the social role of private law to protect citizens in financial crises may, however, also have some negative consequences for the development of private law. When dealing with some of these measures aimed at the social protection of citizens in a financial crisis, it is justified to raise questions of their retroactivity, proportionality and constitutionality. A large number of these measures have resulted in the limitation of private autonomy, the stronger influence of public law on private law relations, and the primacy of public enforcement of consumer rights. In addition, some of these measures aimed at the increased protection of consumers in a financial crisis have had a negative effect on both the enforcement of the acquired rights and the legal position of third persons. It has also had a negative impact on further lending. Finally, the impact of the measures on the social role of private law at the European and national level of Member States for the most part depends on the success of their practical implementation. The success of legislative efforts to regulate the measures for the protection of citizens in a financial crisis in private law relations depends on whether citizens will really accept them and make use of them. When dealing with the case law of the ECJ in connection with the interpretation of the standards of the protection of consumers in a financial crisis in EU law, its realisation depends on whether, at the national level, there is a corresponding infrastructure to apply these standards.

In the remaining part of this paper, the author presents some practical problems connected with the application of measures by which, in private law, a high level of social justice of over-indebted citizens should be ensured. Two problems are selected. The first problem shows that for the success of measures for the private law protection of over-indebted citizens, it is not enough that at the European level there is a uniform interpretation of the European measures for the protection of consumers. These problem is analysed on the example of Unfair Contract Terms Directive. The second prob-

lem shows that the success of the measures aimed at preventing and removing consumers' insolvency does not only depend on the quality of legislative measures by which national legislators react to the problem of the over-indebtedness of citizens. This problem is elaborated in the context of reform of Croatian bankruptcy law by introducing in the Croatian legal system for the first time consumer bankruptcy procedure.

Both examples clearly show that the social role of private law to be accomplished by a European or a national measure depends on a whole series of legal, economic, sociological, psychological, educational, cultural and other factors which in different ways have an impact on the establishment and enforcement of private rights.

2. Practical Problems with the Application of New Measures

2.1. EU law: interpretation vs. application/enforcement

The Unfair Contract Terms Directive (UCTD) regulates the protection of consumers from unfair contract terms in consumer contracts. It is a directive in the area of European consumer contract law which has lasted the longest since it entered into force as far back as 1993. Despite the proposals to reform the rules on the protection of consumers from unfair contract terms,²³ the European legislator has not decided to change essentially the concept of the protection

²³ See the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Brussels, 8/10/2008 COM(2008) 614 final 2008/0196 (COD), {SEC(2008) 2544} {SEC(2008) 2545} {SEC(2008) 2547}, http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/docs/COMM_PDF_COM_2008_0614_F_EN_PROPOSITION_DE_DIRECTIVE.pdf (3/11/2017); The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Common European Sales Law, Brussels, 11/10/2011 COM(2011) 635 final 2011/0284 (COD), {SEC(2011) 1165 final} {SEC(2011) 1166 final}, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=EN> (4/11/2017)

against unfair contract terms as laid down in the UCTD. Any change, even a minimal one, of the European concept of the protection of consumers from unfair contract terms would require very serious discussion at the European level about the object and the method of protecting consumers from unfair contract terms and also about its aims. The results of the discussion would not only determine the level of consumer protection from unfair contract terms, but its outcome would also have to be a decision on the extent to which the freedom of contracting, private autonomy and market competition would be limited in order to protect consumers. The UCTD of 1993, as a measure of minimum harmonisation, was already a difficult compromise between various national concepts of the protection of contractual parties when entering into standard contracts on the European market.²⁴ Any new and deeper encroachment on the freedom of contracting to protect consumers from unfair contract terms would require a new balance between consumer protection on the one hand, and all the other values on which the functioning of the European market is based, on the other.

The main aim of the UCTD is to protect consumers in cases where the trader has written a standard contract in advance and the consumer has not been able to negotiate its individual contract terms. The purpose of the Directive is to ensure efficient protection of consumers when traders take advantage of, or abuse, their stronger position on the market and, when making contracts, especially standard ones, they impose such contract terms on consumers that their economic interests are infringed. Because of such trader conduct, it is necessary to ensure, at the European level, at least minimum harmonisation of consumer protection, i.e. the protection of a consumer whose individual interests have been infringed by a specific consumer contract, as well as the protection of collec-

²⁴ A detailed description of the procedure of adopting Directive 93/13/EEZ and the discussions in individual phases of its adoption can be found in Niglia, L.: "The Transformation of Contract in Europe, The Hague, 2003, pp. 93-145; Tenreiro, M.: "The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems, ERPL 3/1995, pp. 273, 274.

tive interests of consumers to prevent the implementation of unfair contract terms on the market.²⁵ By ensuring appropriate protection from unfair contract terms, not only is consumer trust increased, but a contribution is made to the better functioning of the European market and to the development of market competition. This is why the basis for the adoption of the UCTD was Article 100a of the Treaty Establishing the European Community (now Article 114 of the TFEU).

Pursuant to Article 3/1 of the UCTD, an unfair contract term is *“a contractual term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer”*. At the same time, *“the contractual term is always regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term, particularly in the context of a pre-formulated standard contract”* (3/2 UCTD). Under Article 6/1 of the UCTD, Member States are bound to prescribe that unfair contract terms are not binding on the consumer and that the contract remains valid if it is capable of remaining in existence without these unfair terms. The Member States were obliged to provide effective legal instruments in their national legislations to ensure that the legal effects of unfair terms were not binding. A mandatory rule on the non-binding legal effects of unfair terms referred to in Article 6/1 of the UCTD also determines the action of national public law bodies and courts when dealing with private law disputes between traders and consumers regarding unfair contractual provisions. They are required to provide effective protection of consumers from such contract terms.

²⁵ See Pfeiffer, T.: Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln, Kommentar in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar IV, 1999, München, Kom. Art. 1, p. 1; Gozzo, D.: Das Transparenzprinzip und mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, Frankfurt am Main, 1996, 125; Matusche Th.: EU-Verbraucherschutz und deutsche Bankvertragsrecht, Köln, 1998, 3; Coors, C.: Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EEZ/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Italien, Münster, 2001., p. 88.

Although the intention of the European legislator, when drafting the UCTD, was not to provide specific protection of over-indebted and insolvent consumers, protection from unfair contract terms, as laid down in the UCTD at the time of the financial crisis, played a very important social role regarding consumer protection. The social role of the UCTD was particularly clear in enforcement proceedings involving mortgaged immovables which constituted the family homes of consumers, as well as in proceedings for the payment of loans denominated in foreign currencies. A decisive role in defining the specific social component of protection from unfair terms was that of the ECJ. In a series of preliminary rulings, the ECJ interpreted individual provisions of the UCTD in the context of ensuring effective protection from unfair terms before national courts. The obligation of national courts to act in accordance with the principles of equivalence and effectiveness when protecting customers from unfair terms was interpreted very extensively by the ECJ. In its numerous preliminary rulings, the ECJ emphasised the social component of protection from unfair terms by stating that, in court proceedings, the protection of consumers' fundamental rights must also be ensured (e.g. the right to a home, the right to an effective remedy).^{26, 27} The initial point for the interpretation of the UCTD has in all the Court's preliminary rulings been the same: *"the system of protection introduced by Directive 93/13 is based on the idea that the consumer is in a position of weakness vis-à-vis the seller or supplier, as regards both his bargaining power and his level of knowledge, a situation that leads to his agreeing to terms drawn up in advance by the seller or supplier without being able to influence the content of those terms"*.²⁸

²⁶ Aziz, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164; Kušionová C-34/13 ECLI:EU:C:2014:2189; Morcillo, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099; Hove, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262; Asbeek Brusse, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341

²⁷ See Rott, P.: o.c., pp. 683-687; Rutgers, J.W.: European contract law and social justice, Twigg-Flesner, Ch (ed): Research Handbook on EU Consumer and Contract Law, Cheltenham, 2016, 547; Gerstenberg, O: "Constitutional Reasoning in Private Law - The Role of the CJEU in Adjudicating Unfair Terms in Consumer Contract", European Law Journal, 5/2015, p. 603.

²⁸ Kásler, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, para. 39

Starting from the main assertion that the consumer is the weaker contractual party to a consumer contract, and particularly taking into account the social importance of protection from unfair terms to protect consumers' economic interests, including the protection of over-indebted consumers, the ECJ has defined a whole series of separate rules important for the effective protection of consumers from such terms. It ensues from the ECJ case law dealing with the UCTD that court protection from unfair terms provisions is based on two important rules: the first is the rule on the obligation of national courts with regard to *ex officio* judicial control of unfairness. This means that "*the national court is required to examine, on its own motion, the unfairness of a contractual term where it has available to it the legal and factual elements necessary for that task*".²⁹ The obligation of national courts regarding *ex officio* control exists in any court proceedings, regardless of their characteristics and purposes, as well as at all levels of court proceedings. Namely, the Court's view has been that the characteristics of court proceedings where the consumer is granted protection from unfair contractual terms may not have any influence on the level of protection the consumer must receive. The second rule provides that the national court's *ex officio* duty is to predict all the consequences of unfairness. When the national court finds that a contractual term is unfair, it must not apply it, except if the consumer opposes non-application.³⁰ Both these rules are a logical consequence of the mandatory nature of the rule referred to in Article 6 of the UCTD, pursuant to which unfair terms do not bind the consumer and do not have any legal effects from the very moment of entering into a contract. This is why the ECJ held that this mandatory rule was in line with the national rules on public order and why an *ex officio* obligation to control unfairness exists whenever the national court is obliged, on its own motion, to control whether a contractual term is in conformity with the provisions of public order.

²⁹ Pannon, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, para. 35.

³⁰ Pannon, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, para. 35.

The rule of *ex officio* control of unfairness has been the basis for the ECJ to interpret a whole series of separate rules to ensure effective protection of consumers against unfair terms before national courts, such as: the prohibition of the limitation period for the control of unfairness, the protection of consumers from unfair terms by interim measures, *ex ante* judicial protection before the effects of an unfair term occur, the *erga omnes* effects of injunctions, *ex officio* unfairness control in all judicial proceedings, and the right to effective remedy in foreclosure procedures.³¹ The Court has interpreted all these rules in a large number of its decisions which are therefore already considered to be its case law to be observed by the national courts of the Member States. In brief, the ECJ, primarily referring to the principles of equivalence and effectiveness in the enforcement of EU consumer rights, has offered in its preliminary rulings a consistent system of rules whose application may result in effective court protection from unfair contractual terms. By applying its standard of protection, a very high level of protection of social and human rights of over-indebted and insolvent citizens will be ensured. This may also contribute to private law achieving its social role and to the uniform application and interpretation of unfair contractual terms in the entire territory of the EU.

However, a question arises about whether in practice all standards of the protection defined by the ECJ, when interpreting the UCTD, can be achieved. Meeting all standards of such protection, including those of importance for the protection of the social and human rights of consumers, is in practice often very questionable. Indeed, in the European Union, the application and enforcement of EU law is

³¹ See e.g. the judgments *Cofidis*, C-472/00, ECLI:EU:C:2002:705; *Banco Español*, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349; *Aziz* C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164; *Jörös*, C-397/11, ECLI:EU:C:2013:340; *Banco Popular Español*, C-537/12 and C-116/13, ECLI:EU:C:2013:759; *Morcillo*, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099; *Unicaja Banco SA and Caixabank*, C-482/13, ECLI:EU:C:2015:21; *Morcillo II*, C-539/14, ECLI:EU:C:2015:508; *BBVA SA*, C-8/14, ECLI:EU:C:2015:731; *Finanmadrid*, C-49/14, ECLI:EU:C:2016:98; *Radlinger*, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283; *Sinués*, C-381/14 and C-385/14, ECLI:EU:C:2016:252; *Fernández Oliva*, C-568/14 to C-570/14, ECLI:EU:C:2016:828 et al.

decentralised. Protection from unfair contractual terms is exercised before the national courts. In EU law, there are no harmonised procedural rules and remedies for the enforcement of EU subjective rights before national courts. When dealing with the private enforcement of EU law before national courts, the principle of procedural autonomy applies. The national courts are competent to enforce EU rights by applying their national procedural rules and national remedies. To exercise the protection of EU rights depends on how the proceedings, in which the protection is achieved, are organised in national law. At the same time, many limitations exist in EU law when it comes to the principle of procedural autonomy. National courts must ensure effective judicial protection of the subjective rights provided for in EU law.³² They must take into account the principle of sincere cooperation (Art. 4/3 TEU), the principle of primacy and direct effect, the principles of equivalence and effectiveness, the principle of autonomous interpretation of EU law, and the principle of interpretation of national law in conformity with EU law.

Although national courts must take into consideration the requirements for effective protection defined in various principles of EU law, protection is, at the end of the day, determined by the national procedural rules of the Member States founded on the traditional principles of the protection of private rights. This is why it is not always possible for national courts fully to follow the case law of the ECJ when adjudicating disputes dealing with the protection of consumers from unfair contractual terms.³³ In the national

³² Article 19(1) TEU provides that “Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law”.

³³ On the proceedings of Hungarian and Romanian courts regarding the ECJ’s preliminary rulings in connection with the UCTD for more see Józson, M.: “The Methodology of Judicial Cooperation in Unfair Contract Terms, Cafaggi, F., Law, St. (eds): *Judicial Cooperation in European Private Law*, Cheltenham, 2017, pp. 129 – 166.

On the proceedings of Spanish courts see Gómez Pomar, F., Lyczkowska, K.: “Spanish Courts, the European Court and Consumer Law: Some Thoughts on Their Interaction, Cafaggi, F., Law, St. (eds): *Judicial Cooperation in European Private Law*, pp. 93 – 128.

On the proceedings of Slovak courts see Dobrovodský, R.: *Rechtsschutz des Ver-*

procedural regulations of the Member States, there are many obstacles to meeting the standards of protection from unfair terms and to achieving the necessary effects when protecting over-indebted consumers. Serious barriers to the *ex officio* control of unfairness are the principles of civil procedure dealing with the role of the court in litigation. In most Member States, the national rules on civil procedure prohibit, or only exceptionally allow, the national courts in civil proceedings to establish *ex officio* the facts and provide evidence. In the civil procedure of the Member States, there is a deeply rooted principle that the court is bound by the parties' claims (*Dispositionsmaxime*) and that it may decide only within the boundaries of the facts and evidence presented by the parties. The national rules providing for the implementation of this principle do not make it possible for the national court to control unfairness on its own because such action is deemed contrary to national procedural rules. Therefore, it will not always be possible for national courts to be active in civil proceedings to the extent envisaged in the interpretations given by the ECJ. In a large number of cases, the civil court will not be allowed to control *ex officio* the unfairness of contractual terms because it will not be competent to do so under the national law. It is highly possible that the court's action on its own motion, when controlling unfairness, will be considered to be acting *contra legem*. Indeed, in order to act in accordance with the interpretations given by the ECJ, national courts would have to assess case by case whether to act by following the principle of primacy of EU law. They would be in a position to decide whether it is necessary to observe the primacy of EU law to ensure effective protection from unfair contractual terms and not to apply the national procedural rule on the prohibition of *ex officio* action, or to deny protection because they may not *ex officio* apply control. The national courts are thus in a situation where they have to assess in each specific case the level of

brauchers (Eigentümers) vor Folgen der Liberalisierungs- und Deregulierungsschritte. Erfahrungsbericht aus der Slowakei. In: Eigentum und Rechtssicherheit: Wandel des Eigentumsbegriffs. – Tbilisi: Staatliche Ivane-Javakishvili-Universität, 2016, pp. 150 – 165.

the effectiveness of the protection they can provide by following domestic procedural rules, and, on that basis, to then decide whether to apply national procedural law or EU law. Such action requires, on the one hand, a very high level of sensitivity when assessing the unfairness of a contractual term, as well as an excellent knowledge of ECJ case law in the area governed by the UCTD. On the other hand, great attention must be paid to the process of assessing all the circumstances that are important to test the effectiveness of national procedural provisions. The effectiveness of the protection not only depends on whether the court is competent to control unfairness on its own motion, but also on the complex assessment of the effects of all relevant procedural provisions, including the assessment of the effectiveness of all remedies in the national legal order that are at the consumers' disposal when they must be protected from unfair contractual terms (e.g. deadlines for lodging remedies, the grounds for remedies, the consequences of denying protection in a particular phase of the proceedings, the possibility of obtaining *ex post* protection, the ways of obtaining *ex post* protection, and the like). Finally, such action may result in different decisions rendered by national courts concerning the assessment of the effectiveness of the protection and thus also lead to different outcomes regarding protection from unfair contractual terms.

At the national level, specific problems in the application of the rule on effective protection from unfair terms arising from the case law of the ECJ may also appear in so-called *ex parte* judicial proceedings. These are court proceedings where *ex officio* control of unfairness is often not possible because they are simplified proceedings without any adversarial elements, hearings, witnesses, but where the court renders its decision on the basis of standardised documents (e.g. enforcement procedures, payment-order procedures, and small claims procedures). In *ex parte* proceedings, the courts are not competent to control *ex officio* the possible unfairness of contractual terms. In a large number of cases, even when they are competent for *ex officio* control, the courts do not have enough elements to do this, taking into consideration the contents of documents on the

basis of which they render their decisions. As we have already said, the courts decide on the basis of standardised documents whose content is determined by law and which give the court a very limited insight into the complexity of consumer contracts resulting in the traders' monetary claims against consumers. The same problem arises in extrajudicial proceedings (e.g. extrajudicial foreclosure proceedings) where the court does not participate at all, and does not have the opportunity to control the unfairness of contractual terms on the basis of which a trader collects his claims against the consumer. However, according to the case law of the ECJ, the need for *ex officio* control of unfairness exists most frequently in *ex parte* proceedings, instituted by traders against consumers for the quick collection of their claims. As a rule, traders take advantage of summary, expedited and cheap proceedings for the collection of their claims. In a large number of its decisions, the ECJ has held that it is precisely such proceedings where it is important for the court, on its own motion, to control the unfairness of contractual terms even from the phase of rendering a decision regarding the trader's monetary claim, i.e. before its payment, to prevent irretrievable damage for the consumer.³⁴ The implementation of this standard of protection seems to be almost impossible because of the national provisions laying down different *ex parte* proceedings. The reform of such *ex parte* proceedings where the *ex officio* control of unfairness would be ensured could lead to a situation where these proceedings would lose their essential characteristics and would actually become adversarial civil proceedings.

At the level of the Member States, it is also very difficult to meet all the standards of protection interpreted by the ECJ regarding the interim measures and the regulation of the non-binding effects of an unfair contractual term. The concept of protection from unfair contractual term, as interpreted by the ECJ, is based on the concept of so-called *ex ante* protection. Whenever possible, protection from

³⁴ See *Banco Español*, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349; *Aziz*, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164.

unfair contractual terms should be provided before any negative effects of their application set in for the consumer. Therefore, the standards for effective protection require specific interim measures to be incorporated in the national legal orders to postpone the application of the relevant contractual term (e.g. enforcement based on an unfair contractual term) until its unfairness has been established in adversarial proceedings.³⁵ It also ensues from the case law of the ECJ that effective protection from unfair contractual terms requires the connection of individual and collective enforcement. Only the appropriate connection of individual and collective protection ensured by the corresponding interim measures, and the suspension or interruption of individual proceedings during collective ones, may, according to the interpretation of the ECJ, ensure complete and effective protection of the individual and collective interests of consumers. Therefore, it is very important to regulate, in explicit provisions, the impact of the institution of proceedings for collective protection with regard to limitation periods for restitutionary claims for overpaid amounts based on an unfair contractual term (e.g. based on an unfair contractual term on the interest rate in a loan contract). However, in national legislations, there are often no specific provisions providing for the connection between individual and collective protection in accordance with the standards defined by the ECJ. This is why, despite the interpretations given by the ECJ on effective protection from unfair contractual terms, not all the non-binding effects of an unfair contractual terms can be achieved at the national level. In the interpretation of the ECJ, in order to establish all the non-binding effects of an unfair contractual term for the consumer, it is not sufficient to proclaim it to be unfair. The consumer must be brought into such a legal and economic position as though he had never even contracted an unfair term. He must receive all the payments made in favour of the trader on the basis of such an unfair term. In addition, the legal and factual situation

³⁵ See *Aziz*, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164; *Fernández Oliva*, C-568/14 do C-570/14, ECLI:EU:C:2016:828.

regarding his rights and property that would have existed had the unfair contractual term not been made must be fully established.³⁶ Only then can all the effects important for the protection of the social and human rights of consumers infringed by unfair contractual terms be achieved. This is precisely where the social role of protection from unfair contractual terms in EU law is reflected. Although the ECJ has very clearly interpreted such a concept of protection in its decisions, because of a lack of corresponding instruments of protection within the national legal orders, such a concept of protection is unfeasible.³⁷

2.2. National law: legislation vs. acceptance in practice

Consumer bankruptcy was for the first time regulated in Croatian law in the Consumer Bankruptcy Act which entered into force on 1 January 2016.³⁸ The reasons for the introduction of consumer bankruptcy were more than justified. The main reasons were the increased indebtedness of consumers, the inability of citizens to regularly meet their financial obligations, and a high level of unemployment in Croatia.³⁹ The global crisis, which was to blame for

³⁶ See Naranjo, C-154/15, C-307/15 i C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980

³⁷ Problems connected with the implementation of ex officio control of unfairness before national courts have also been observed in the European Commission Fitness Check of Consumer and Marketing Law (May 2017). See Commission Staff Working Document – Report on the Fitness Check Brussels 235.2017, SWD (2017) 209 final, pp. 27, 28, http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332 (3/11/2017). From the Study: “Different reasons have been invoked why national courts do not (sufficiently) comply with the obligation to investigate ex officio whether a contract term is unfair: the absence of an explicit law provision in national law; the deeply rooted civil procedure rule that courts cannot examine matters not pleaded by the parties; the recent accession to the EU; the lack of awareness of EU consumer legislation; the lack of court cases in consumer law in general; the lack of time and/or means to review the contract terms of their own motion”. Study for the Fitness Check of EU Consumer and Marketing Law Final Report Part 1 – Main Report, May 2017, p. 90, http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332, (3/11/2017).

³⁸ OG 100/15

³⁹ See pp. 24-27, Commentaries on the final proposal of the Consumer Bankruptcy

increased unemployment, primarily contributed to the growth of citizens' indebtedness. Because of the extremely negative trends regarding indebtedness, the Republic of Croatia decided to draft the Consumer Bankruptcy Act and take yet more measures, among a large number of already taken normative and social measures,⁴⁰ to stop, or at least to slow down, the indebtedness of citizens. The adoption of such an Act was also necessary to offer consumers effective legal protection of their personal and family lives, their dignity and honour. It was particularly important to protect their constitutional right to a home⁴¹ in cases where they were in a situation of losing their only piece of real property and in which they lived.

The goals of consumer bankruptcy are to protect over-indebted consumers and, at the same time, to protect creditors. Creditors' claims are settled on the basis of the rule on the collective, equal and non-discriminatory satisfaction of their claims. The settlement of claims is carried out in accordance with a payment plan agreed on as out-of-court debt settlement or as judicial debt settlement. If the debt settlement fails, what comes next are insolvency proceedings to sell the consumer's property, taking into account the right to a home both of the consumer and his or her family and the satisfaction of all their needs. Finally, after a probation period, a customer in good faith is offered "a new start" through the discharge of the residual debt. The procedure of personal bankruptcy is instituted only upon the request of the consumer. It is filed in cases of the consumer's illiquidity. The consumer will be deemed unable to settle his or her

Act, P.Z. no. 881, pp. 24-27, [http://www.sabor.hr/konacni-prijedlog-zakona-ostecaju-potrosaca-drugo-citanje- \(1/11/2017\)](http://www.sabor.hr/konacni-prijedlog-zakona-ostecaju-potrosaca-drugo-citanje- (1/11/2017)).

⁴⁰ In the past few years, a series of normative measures have been taken aimed at the protection of over-indebted citizens. For example, the Consumer Loans Act has been amended several times with the purpose of fixing the maximum interest rate in consumer loans and the conversion of loans in Swiss francs. The Enforcement Act has also been amended several times to protect debtors in the cases of enforcement involving a person's home (delaying eviction from a person's only immovable, and restricting enforcement, et al). For more see Josipović/Ernst: "Recent Crisis-Motivated Reforms in Croatian Private Law" *Europski pravnik*, 1/2015.

⁴¹ Comp. Art. 8 of the Constitution of the Republic of Croatia.

financial obligations if he or she cannot pay the existing debts as they mature within 90 days and if the amount of such debts exceeds HRK 30,000 (ca. EUR 4,000).⁴²

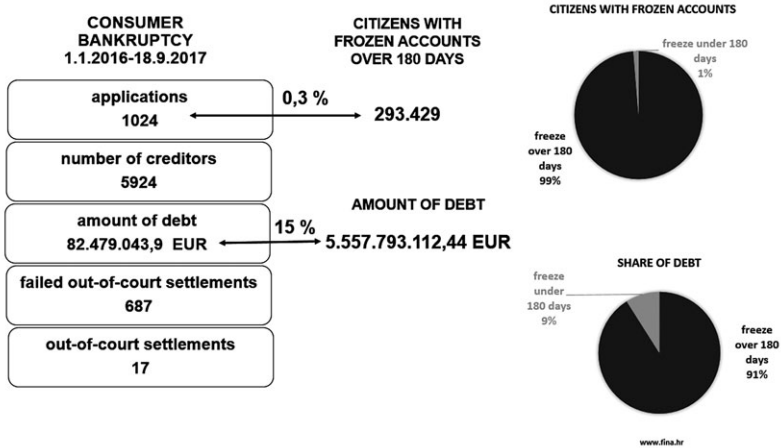
Despite the fact that consumer bankruptcy ought to have been one of the most important private law measures of the reform aimed at alleviating the consequences of consumer indebtedness, it has so far failed to be particularly successful. Although the number of citizens whose accounts are frozen because of their debts to financial institutions, public bodies, telecommunication companies and others, and the sum total is more than worrying, for now only an insignificant number of citizens have requested consumer bankruptcy proceedings. On 31 July 2017, a total of 323,120 citizens had their accounts frozen in the Republic of Croatia. This means that the accounts of one in every 13 inhabitants (counting all citizens of the Republic of Croatia) are frozen. The total debt of all citizens with frozen accounts amounts to HRK 42.22 billion (ca. EUR 5.63 billion). Of this amount, as many as 99% of citizens (293,429) have had their accounts frozen for longer than 180 days for a debt amounting to ca. EUR 5.55 billion.⁴³

However, in the period from 1 January 2016 to 18 September 2017, only 1024 consumers requested the opening of personal bankruptcy proceedings. On 18 September 2017, only 0.3 % of citizens whose accounts had been frozen for more than 180 days were in the process of filing for consumer bankruptcy proceedings.

The statistical data on the number of instituted bankruptcy proceedings show that in the Croatian legal order, despite a very high rate of indebtedness of citizens, personal bankruptcy proceedings, as a private law instrument for resolving the indebtedness of citizens, has not been accepted. Despite all the advantages they have for over-indebted customers, and despite the fact that these proceedings have a very obvious social component both in terms of dignity and the protection of consumers' fundamental human

⁴² See Art. 4 of the Consumer Bankruptcy Act.

⁴³ See www.fina.hr (18/9/2017).

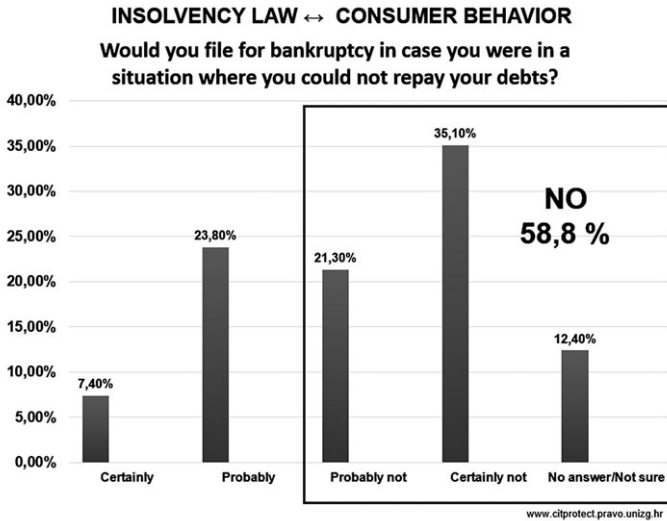
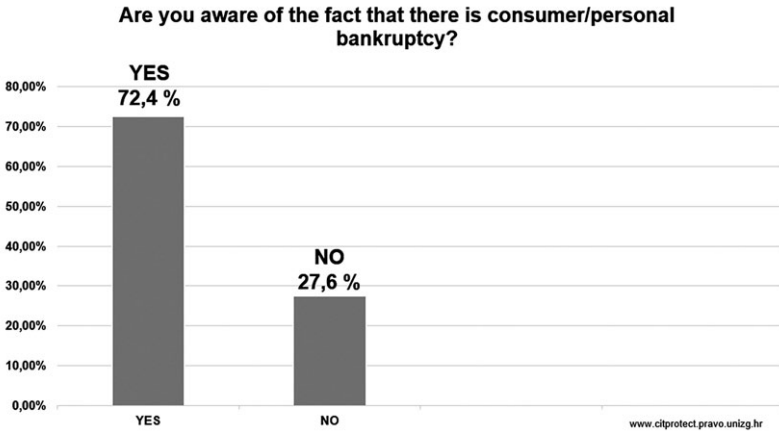


rights, there is no interest among citizens for these proceedings to be instituted. At the same time, research shows that a large number of citizens are aware of this possibility. According to empirical research⁴⁴ in the project called “Civil Law Protection of Citizens in the Financial Crisis”/CitProtect conducted at the Faculty of Law in Zagreb,⁴⁵ 72.4% of respondents knew that there was a possibility in Croatian law for over-indebted citizens to opt for the institution of personal bankruptcy. However, as many as 58.8% of them would not, even if they were over-indebted, opt for the opening of bankruptcy proceedings.⁴⁶

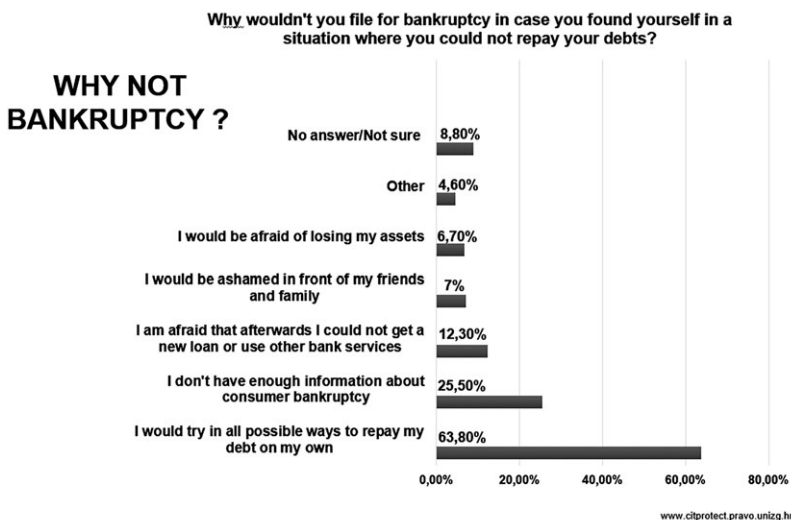
⁴⁴ The collection of data by a telephone survey via the Ipsos CATI system, based on a survey on public services prepared by the team working on the project “Civil Law Protection of Citizens in the Financial Crisis”/CitProtect (<http://citprotect.pravo.unizg.hr>). The research was conducted in October 2016 on the national representative sample of 1,000 respondents above the age of 18.

⁴⁵ “Civil Law Protection of Citizens in the Financial Crisis”/CitProtect (<http://citprotect.pravo.unizg.hr/>)

⁴⁶ Statistical data taken from the presentation by Ipsos Public Affairs, The Citizens’ Experience with Loans, October 2016, developed on the basis of results obtained in the survey on financial services within the project “Civil Law Protection of Citizens in the Financial Crisis”, financed by the Croatian Science Foundation (<http://citprotect.pravo.unizg.hr>).



The reasons for the non-acceptance of personal bankruptcy as a mechanism for solving the problem of over-indebtedness are different. Most citizens believe they could solve the problem of their



over-indebtedness (63.80 %) without the institution of consumer bankruptcy proceedings. However, a quarter of the respondents (25.5 %) were not sufficiently informed about consumer bankruptcy. There was a significant number of those who were afraid that, because of bankruptcy, they would no longer be able to obtain a new loan (Art. 12.30 %):

The statistical data on the over-indebtedness of citizens in the Republic of Croatia and a comparison with the data on the number of filed applications for consumer bankruptcy show that the social role of private law instruments for the protection of citizens in a financial crisis does not depend only on the awareness of the legislator of the need to develop the necessary statutory measures to solve the problem of over-indebtedness. The social role of private law also does not depend only on the success of the national legislator in drafting statutory measures. Research of public opinion on the statutory measure of consumer bankruptcy in the Republic of Croatia shows that for a statutory measure to be accepted by those it is meant for, it must be communicated properly to the public. It is important for citizens to receive clear and understandable infor-

mation about the positive effects of the measure, so that they are motivated to activate it to solve their indebtedness. The accomplishment of the social role of private law in modern society requires the engagement of not only legal experts to make high quality normative preparations for a statutory measure to be introduced, but it also needs the proper education of those it is targeting, as well as of society as a whole. The reasons why Croatian citizens have not accepted the statutory measure of consumer bankruptcy suggest that education and the promotion of this measure must include all layers of Croatian society. The research also shows that the success of consumer bankruptcy proceedings depends on the level of the financial literacy of citizens, on their being informed about the advantages of the measure, as well as on the removal of the existing prejudice against over-indebted citizens.

3. Perspectives

The problems arising in practice in the implementation of EU rules on the protection of the subjective rights of consumers from unfair contractual terms indicate that to promote the social role of private law in EU law it is not enough to adopt an appropriate harmonisation measure at the level of the EU. It is not sufficient to define uniform standards for the protection of EU law. It is also not enough for harmonisation measures introduced for some other purposes (e.g. to remove obstacles to the functioning of the market, to increase consumer trust) in the case law of the European Court of Justice to be simply interpreted in a different context (e.g. the context of the insolvency of consumers) to ensure, by their application in practice, the social role of EU private law (e.g. the protection of the right to a home). The same conclusion applies to national measures introduced to protect the social and human rights of over-indebted consumers, by which new private law institutes are introduced at the national level. The success of such measures does not only depend on a good normative organisation, but also on how

they are implemented. The fulfilment of the social role of private law at both European and national levels requires a more complex approach. Indeed, the efficient implementation of private law measures requires well-developed procedures in which the subjective rights of citizens will be effectively protected. A whole series of non-regulatory measures is also needed, such as sufficient information, debt management, financial education, debt advice, the social inclusion of over-indebted citizens, and others.

If the European legislator, in the harmonisation of private law, seeks to ensure the protection of specific social and human rights, it would be useful for the harmonisation measure itself to contain specific rules aimed at the protection of these rights. This has been done with the Mortgage Credit Directive which expressly binds Member States to develop measures to encourage creditors to exercise reasonable forbearance before the institution of foreclosure proceedings (Art. 28). The primary goal of directives has been to remove obstacles to the functioning of the market. An attempt to subsequently ensure the realisation of social values in contractual relations through the interpretation of directives may result in new injustices and legal insecurities in the implementation. In order for the measures, by which the social role of private law in the EU is achieved, to be efficient, it is necessary, at the level of the Member States, to develop appropriate instruments for the efficient enforcement of EU law. Regardless of the extent to which social values, to be achieved by the harmonisation of private law, are taken into account in the private law of the EU, they cannot be achieved without corresponding national procedural regulations. Therefore, the development of specific EU measures aimed at ensuring the protection of social rights in private law relations is a very demanding task for both European and national legislators. The European legislator should, as early as the phase of the preparation of the European measures aimed at the harmonisation of individual private law areas, seriously consider whether it is even possible, due to the principle of national procedural autonomy, to achieve all the planned effects at the national level. The decision on whether a harmonisa-

tion measure must include harmonisation of the rules governing the enforcement and application of the measure will also depend on such an assessment. To what extent such an approach will be possible primarily depends on the principle of the conferred powers of the Union, the principle of subsidiarity and the principle of proportionality (Art. 5. TEU). On the other hand, the requirements for the effective protection of subjective rights of the EU (Art. 19/2 TEU) are also an extremely serious challenge for national legislators. The implementation of the European measures requires a much more complex approach because it calls for harmonisation of the entire national legal system. It is not sufficient to implement the content of a directive in the national legislation. In order for the protection of subjective rights transposed by the directive to be effective, it is crucial for all segments of national legal orders to be organised in such a way as to enable the effective protection of subjective rights.

In the long run, the social role of private law mostly depends on the assessment made by national legislators on whether it is necessary to introduce measures to reform their national private law bodies. This assessment largely depends on the seriousness and the extent of the over-indebtedness of citizens and on the impact of their indebtedness on the economic, legal, financial and social system of the State, as well as on the economic and social circumstances of citizens and the specificities of the problem of over-indebted citizens in individual countries. All these elements will determine the possible selection of private law measures aimed at preventing over-indebtedness and at alleviating the situation of those who have already become insolvent. However, there are many private law institutes in national private law orders whose reform can lead to the greater social role of private law, particularly with regard to the protection of the right to a home and the right to an effective legal remedy. The social function of private law can be much more widely expressed with the development of new alternative instruments of debt payment, new instruments for the protection of third persons who have paid the debt, new remedies in enforcements proceedings, remedies for protection in extra-judicial enforcement, and rules on the pro-

tection against excessive security interests. All these new measures require the establishment of a new form of coherence in the entire legal system, particularly coherence between substantive and procedural law, as well as a new balance in private law relations among all the participants on the market.

AT THE END OF THE CONCEPT OF A CONSUMER?

1. Introduction

The development of the consumer law in the second half of the 20th century was often perceived as a sign of the fundamental transformation of the classical contract law into new, justice-driven system.¹ The consumer law has been a kind of equivalent to the human rights law in the private law relationships.² The development of the consumer law was also a reaction to the deep conversion of the market reality. Firstly, the industrialization and secondly the post-industrial development of the market have led to the phenomenon of the mass-contracts. In the scheme of the mass-contracts in the last decades of the 20th century the position of the contracting parties could be quite easily identified and described – on the one side was usually a powerful, organized entity, the main purpose of which was to gain the profits and the whole its organization was devoted to achieving this purpose. On the other side was often a natural person, concluding the contract to satisfy its own private needs, having neither possibility nor power to negotiate with his or her counterpart. Having such a clear picture of the contractual relationship it was quite easy to classify the parties, by using general concepts like trader and consumer. The picture was from the beginning slightly dimmed by the participants of the market, who formally fitted into

¹ R. Schulze, F. Zoll, *European Contract Law*, 2018, Chapter 2, no. 124.

² Compare: I. Benöhr, *EU-Consumer Law and Human Rights*, 2013, no. 1.4.3. On the interaction between the consumer law and human rights see also the review of the Benöhr's book by Ch. Mak, in *EuCML* 3/2016, p. 145.

one of these two categories, but the power relationship between them was different from the ideal picture, envisaged by the law-maker. In certain situations, which are, however, rather exceptional, the consumer may be even more powerful than the trader (better educated and situated, better informed etc.). These configurations have, however, already been considered. It could be “accepted injustice” on the edges of the concept of the consumer.³ This margin of this “injustice” belongs to the essence of the consumer concept. Nevertheless, it would be wrong to try to reduce this margin by the various interpretational devices, like “teleological reduction”. This teleological reduction, in an attempt to restore the “injustice” by limiting the consumer protection in such cases, would not be right, due to the fact, that this injustice is embodied in the concept of the consumer.⁴ To facilitate the operation of the market the individual feature of the trader and consumer should be irrelevant.⁵ The raise of the consumer law meant also a depart from the contract law focused on the individual transaction. Not the individual decision-making process but the economical decisions of the market were become in the focus of the regulation.⁶ The law of the fair market practices was supressing the traditional contract law, being on the way to replace it. But with the raise of the modern technology, the fundamentals of the consumer law become to be questioned. In this paper, I would like to analyse the process of the consumer law decline. What will emerge instead of it? Are we turning back to the classical contract law or something entirely new will emerge?

³ R. Schulze, F. Zoll, *European Contract Law*, Chapter 2, no. 124.

⁴ R. Schulze, F. Zoll, *European Contract Law*, Chapter 2, no. 124.

⁵ P. Mikłaszewicz, in: K. Osajda, *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2017, Article 23¹, thesis 6.

⁶ R. Schulze, F. Zoll, *European Contract Law*, Chapter 2, no. 124.

2. The rise of the consumer law in the Central European systems – a synonym of the „westernization” and „modern” approach to the private law

From the perspective of the Central-European legal systems, a decline of the consumer law may be especially surprising. At the edge of the political, economic and political transformation of the year 1989, the consumer law was in the eyes of the countries departing from the communism a symbol of the western legal tradition. Albeit certain elements of the consumer law were already present even before the transition, the consumer law was immanently linked with the modern democratic free-market societies.⁷ The accommodation of the consumer law was also an important incentive to modernize the legal systems. Hence the rumor on the decline of the consumer law or destruction of the concept of the consumer can be seen with high level of reluctance. Therefore, the European recent development of the notion of the consumer with the broadening of its scope and encompassing also the “contracts with the mixed purpose” has not always been welcome. A good example is Poland. In the recent reform of the civil code, exercised to implement the consumer rights directive, the question was posed, whether the concept of the contracts with the mixed purpose should be also reflected in the definition of the consumer in the Polish civil code.⁸ The Codification Commission responsible at these time for the draft has prepared the revision of the wording of the definition of the consumer, based on its extended version envisaged in the recital 17 of the consumer rights directive.⁹ This extended wording was rejected during the legislative process in the government and later in the parlia-

⁷ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, 2002, Chapter 1, no. 1 – 2.

⁸ R. Strugała, w: E. Gniewek/P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2017, Art. 22¹, no. 10.

⁹ R. Strugała, w: E. Gniewek/P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2017, Art. 22¹, no. 10.

ment. The extended definition has been too ambiguous. It is also true, that the Commission has not facilitated this process, by putting the concept of the contracts with the mixed purpose into the recitals and not into the language of the respective provision itself. It may be disputed, whether the Polish law-maker has implemented the directive wrongly. The answer to this question depends on the view concerning the relevance of the recitals to the directive,¹⁰ but it is not the major concern of this paper. Rather more interesting is the unwillingness of the Polish law-maker to follow the concept,¹¹ clearly expressed in the directive. The doubts of the Polish law maker have certain merit.¹² The concept of the contracts with the mixed purpose (commercial and private) are a sign of the deconstruction of the concept of the consumer.¹³ Through this extension of the concept of the consumer to the cases of the mixed purpose, the element of justice is supposed to be restored. But it means also that the abstract concept of the consumer with the clearly defined limits has been replaced by the ambiguous figure, which must be established by the scrutiny of the facts in the given circumstances. The category of the contracts with the mixed purpose changes the strict delimitation between the consumer and non-consumer. Now it could be both. It means an expansion of the consumer law to the relationships, based on the soft criteria. The question whether the business purpose of the transaction does not dominate cannot be quantified. It is always a matter of the assessment with a high margin of flexibility. The original concept of the consumer was supposed to be free from the necessity of a repeating qualifying of the situation, whether the justice requires the protection of the consumer. The concept of the consumer was

¹⁰ R. Strugała, w: E. Gniewek/P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2017, Art. 22¹, no. 10.

¹¹ Positively about this decision of the Polish law-maker: M. Sieradzka, *Konsument w świetle ustawy o prawach konsumenta – czy zmiany idą w dobrym kierunku*, in: D. Karczewska/M. Namysłowska/T. Skoczny, 2015, p. 259.

¹² F. Zoll, *O (nie) znowelizowanym pojęciu konsumenta, czyli o chęci uniknięcia niejasności i co z tego wynikło*, in: *Usus magister est optimus. Rozprawy prawnicze ofiarowane Profesorowi Andrzejowi Kubasowi*, 2016, p. 295.

¹³ See also R. Schulze, F. Zoll, *European Contract Law*, Chapter 2, no. 125.

designed to satisfy the needs of the market based on the mass transactions. The individual perspective should be disregarded, because the reality of the mass-transactions does not allow it, or it would be at least not economically efficient to take the individual approach into account. The category of the consumer was designed to be operational in the reality of the traditional market, which attributes the fixed positions to its participants. The Polish law-maker was defending the world with these clear categories. The problem is, that this world has already disappeared.

3. A process of the consumer concept's deconstruction in the European law

The abovementioned process is flanked from the one side with the judgement in case *Gruber*¹⁴ and comes to the recitals of the Consumer Rights Directive and the later consumer law acts of the Union. The problem of the mixed contracts has arisen primarily in the judgement of the Court of Justice in case *Gruber*. In this judgement, the Court was defending the traditional concept of the consumer. In case of the contracts with the mixed purpose, the Court has decided that the party acting in the mixed purpose can be regarded as consumer only if the commercial purpose of this transaction was negligible.¹⁵ In this decision, the Court defended the traditional perception of the consumer. It should remain sterile, even the subordinated (but not negligible) purpose of the transaction prevents the qualification of the party as a consumer. In various decisions, the Court of Justice has decided on the notion of the consumer. In case *Devenas*¹⁶ the Court of Justice was dealing with the question whether a contract between a lawyer and a non-professional client

¹⁴ Case C-464/01, *Gruber*.

¹⁵ N. Jansen/R. Zimmermann, *Restating the Acquis Communautaire? A Critical Examination of the « Principles of the Existing EC – Contract Law (2008)*, MLR p. 514.

¹⁶ Case C – 537/13, *Devenas*.

could be regarded as a consumer contract in the sense of the unfair-terms directive. The Court of Justice has affirmatively answered this question.¹⁷ It is also a decision having a lot of common with the rationales of the *Gruber* case. The court did not want to go into the analysis on the specific features of the legal profession, but it has just applied the rigid abstract concept of the consumer transaction. The lawyer is just a professional and the particularities of this profession should not play a role in the its qualification as a “seller or supplier” in the sense of the unfair terms directive. This same methodology the Court has shown in the older case *Dietzinger*¹⁸, deciding that the kind of the transaction itself has no impact on the qualification of the consumer if other criteria of the definition are fulfilled. Slightly more sophisticated was the ruling in the case *Costea*.¹⁹ The question was, whether a fact, that a layer is taking a loan without specified purpose, but secured with the commercial real estate of this lawyer should prevent the qualification of the borrower as a consumer. The Court has answered this question negatively. The fact, that the secured transaction has been linked to the commercial activity of the borrower, and has been ignored in the process of evaluation of the personal qualification of the customer at the beginning, belongs to the traditional line of judgments, even pushing much forward into this direction. The Court touches in this judgement the elements of the legal reasoning – it excluded from the possible consideration a fact which could be relevant for denying the consumer qualification to the consumer. It could be discussed, whether the Court of Justice should make its opinion also on such a matter. It is not the question of the substantive law, but it concerns the free evaluation of the findings by the court. Nevertheless, the Court tries to eliminate the individual circumstances from the process of such an assessment. It serves the concept of the abstract attribution of being a consumer to the client and eliminating from the array of the facts those elements

¹⁷ R. Schulze, F. Zoll, *European Contract Law*, Chapter 2, no. 127.

¹⁸ Case C – 45/96, *Dietzinger*.

¹⁹ Case C – 110/14, *Costea*.

that could require the more individual approach. This approach allows the national court to decide much easier whether the client is a consumer. The Court of Justice requires, that the national judge should do it *ex officio*²⁰, like in the *Faber* case²¹.

In the newest case *Schrems*²², which has not been decided by the Court of Justice yet, the advocate general has argued that a person who has concluded a long-term contract (opening a Facebook-account), acting at the time of the conclusion of the contract outside of his business and profession, but with the passage of time developing the business activity, should be regarded as a consumer, since the relevant time for such an assessment is the time of the conclusion of the contract. The consequences of the advocate's general position are not easy to assess. From one side it could be regarded as a continuation of the previous line of the case law. The advocate general sticks to the traditional way of defining the consumer. A relevant time is a conclusion of the contract and the court should not consider the circumstances of the case and the facts that currently the customer is acting as professional. It could be therefore seen as implementation of the principle of the abstract understanding of the notion of the consumer, irrespectively the situation existing between the parties. Looking on this case from other perspective it could be seen, that this judgement leads to extreme extension of the notion of the consumer. The customer, who fully uses its Facebook account as a professional, is to be regarded as a consumer since historically he has acted outside of his business or trade. In such case the notion of the consumer departs entirely from its function, being linked only to the formal act at the beginning of the relationship. But it could be

²⁰ M. Józso shows in her paper on example of the unfair terms check the operation of the *ex-officio* principle, combined with the more flexible perception of the consumer role – see: Unfair contract terms law in Europe in times of crisis: M. Józso. Substantive justice lost in the paradise of proceduralisation of contract fairness, *EuCML* 4/2017 p. 161.

²¹ Case C – 497/13, *Faber*. See also R. Schulze, F. Zoll, *European Contract Law*, Chapter 2, no. 130.

²² Advocate General's Opinion in Case C-498/16 *Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited*.

also seen as an expansion of the notion of consumer, related then to the concept of the contract with the mixed purpose.

The Consumer Rights Directive (and other acts, where this same technic has been used)²³ by expanding the notion of the consumer to the contracts with the mixed purpose leads to the not really noticed revolution. The notion of the consumer loses its abstract frame, allowing to ignore the individual circumstances. The national judge must consider the individual circumstances, balancing the purposes of the transaction, which despite the language of the recital in question, cannot be precisely quantify. The advantage of the economically efficient notion of the consumer disappears. The consumer law expands. But this inflating expansion could be very quickly stopped by the European law-maker, as being to intrusive. It happens already by the applying the requirement of the full-harmonization – the scope of the protection will find quickly its limit.

4. The rise (and decline) of the collaborative economy

The conclusion of the previous paragraph is an observation, not a criticism. The Polish law-maker was defending (probably with the infringement of the European law) the concept of the consumer, trying to preserve the conservative approach. It was consequent in this sense, that the new concept of the consumer, requiring more individual approach to assess whether commercial purpose of the transaction does not prevail, leads to the deconstruction of the consumer law in its original concept. The reality of the market has been however subjected to far-reaching modifications. One of them is the rise of the collaborative economy accompanied by the development of the online platforms.²⁴ The development of the sharing economy

²³ See also recital 12 of the Mortgage Credit Directive and recital 13 of the Consumer ODR Regulation. On this matter: F. Zoll, *O (nie) znowelizowanym pojęciu konsumenta*, p. 293 – 294.

²⁴ C. Cauffman, *The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider friendly*, *EuCML*, 6/2016, p. 235; see

has accelerated the process of the diffusion of the concept of the consumer (and trader) by dissolving the strict boundaries of the respective definitions. One may argue that already in the primary concept of the consumer, certain “overstatement” of the law-maker was assumed from the beginning. But the main assumption was, that in most of the cases the person qualified as the consumer is really a weaker party and the person qualified as the trader is not. The ongoing process is changing these assumptions. In the sharing economy, a supplier is often somebody, who in relation to the platform operator is very weak. It could be often somebody, who exercises his professional activity as a supplier only as an additional source of income. But even those suppliers, whose activity with the use of the platform should be regarded as the main professional activity of this person, are often fully dependent from the platform-operator.²⁵ On the customer side, it is quite often very difficult to distinguish between the professional and non-professional party. The automatization of the transaction does not often allow to identify the customer in the way allowing to classify him or her as a trader or as a consumer. It forces the platform operator to treat every customer as being a consumer.

It is true that the “collaborative” economy with its idealistic approach of the common use of resources in the solidary cooperation within the humanity has been affected by the process of professionalization. The operator of the platforms has developed the highly sophisticated business activity. The categories of the consumer law do not suffice for the proper balancing of these triangular relationship among the parties. The “consumer law” was adjusted to the reality of the binary relationships, in which the role of the parties played in the contractual relationship may be easily identified and

also: Research Group on the Law of Digital Services, Discussion Draft of the Directive on Online Intermediary Platforms, EuCML 4/2016, p. 164; Ch. Busch/H. Schulte-Nölke/A. Wiewiórowska-Domagalska/F. Zoll, The Rise of the Platform Economy. New Challenges for EU-Consumer Law?, EuCML, 1/2016, p. 3.

²⁵ Ch. Busch, Towards a “New Approach” for the Platform Ecosystem: A European Standard for Fairness in Platform-to-Business Relations, EuCML 6/2017, p. 227.

determined.²⁶ Hence it was not unjust to follow the objective definition of the consumer, which means that the perspective of the counter-part of the customer and even lack of possibility to identify the customer as a consumer, was not an impediment to qualify the customer as a consumer in this relationship. Usually, it was clear whether the trader should await the consumers or professionals as counterparts, therefore the marginal situation that from the point of view of the trader such identification was difficult could be seen, as this “accepted margin of injustice” in the notion of the consumer. This “margin of injustice” can be however only then accepted, if the, in most cases general, attribution of the classification as trader or consumer to the participating parties in the scheme of the market is correct. If these roles are entirely flexible and the participants are permanent in changing their not clearly distinctive roles, the “objective concept” of the consumer cannot be accepted any more.

5. The augmented reality and the end of the information asymmetry (unless somebody is electronically excluded)

Another factor also reshapes the position of the participants on the market. One of the starting points for the justifying of the classification as a consumer was the existing asymmetry of information available to the parties²⁷ and its unequal bargaining position. The development of social networks and of technical devices has facilitated the process of collecting information on the market and of comparing the offered goods and services. The reputational systems provide a powerful source of knowledge but also empower

²⁶ Ch. Busch/H. Schulte-Nölke/A, Wiewiórowska-Domagalska/F. Zoll, *The Rise of the Platform Economy*, p. 4.

²⁷ G. Straetemans, *Misleading practices, the consumer information model and consumer protection*, *EuCML* 5/2016, p. 199; M. Gumularz, *Ochrona konsumenta a fenomen “rozszerzonej rzeczywistości” – nowe wyzwania polityki prawa*, *Transformacje Prawa Prywatnego*, 3/2013, p. 39.

consumers, who may negatively comment and directly influence the commercial standing of the trader.²⁸ The evolution of the social networks is also a factor strengthening the position of the consumer, by facilitating the exchange of information among the clients of certain institutions and enabling to organize coordinated actions and even boycotts. This broadening of the perspective of the consumer can be called the “augmented reality”.²⁹ The consumer equipped in the modern technological devices can see the market from the new, “broadened” perspective. As a result, such a consumer does not need to be so strongly protected by the information duties of the trader.³⁰ One of the most important pillars supporting the concept of the consumer law was always the deficit of information, infringing the freedom of the decision-making process. If the technology compensates this flaw, the central argument for the special category of consumers may disappear. The special consumer law will be less and less justifiable.

6. The „granular” system of law as the new model of protection?

The concept of consumer is characterized by the high level of abstraction. It is based on the attribution of the typical role to the customer without taking a closer look on the circumstances of the individual situation and the need of protection. Also, the means of protection have been provided on an abstract level, without considering the specifics of the individual situation (at least before the expansion of the concept of contracts with double purpose). Also, the set of information or consumer remedies have been envisaged

²⁸ Ch. Busch, Crowdsourcing, Consumer Confidence, How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy, in: A. De Franceschi, European Contract Law and the Digital Single Market, 2016, p. 226.

²⁹ M. Gumularz, Ochrona konsumenta, p. 42.

³⁰ M. Gumularz sees it as a possibility for more flexible approach, addressing the needs of particular consumers – M. Gumularz, Ochrona konsumenta, p. 57.

without addressing specifically particular needs of the consumer.³¹ To be more specific was, however, not possible, due to the fact, that the law-maker usually is not perceived as being able to address the individual circumstances and very particular individual needs. Otherwise, the law would be too detailed and too complex. The development of the technology in the recent period may, however, change this approach. Some authors argue that the existing technology, which allows to adjust the services to the needs of the client by profiling him or her according to the collected data may contribute to this process.³² Such profiling of the internet users may facilitate also the adjustment of the legal rules to the individual consumer.³³ If it is possible to provide a consumer with the commercials adjusted to his or her profile, following the activity of this person on the internet, it should be also possible to adjust e.g. the information provided to this person upon the completion of the information duties. This approach, which could be a remedy against the problem of the “information overload”, would also mean a complete revision of the basic assumption of consumer law.³⁴ It would not be necessary any more to refer to the notion of the consumer, but it would be possible to develop an algorithm, adjusting the level of protection to the needs of the person. The advantage of such an approach would be the reduction of the “injustices on the edges” of the consumer concept, which I have already discussed in this paper. It would also mean that there is not a need any more to refer to the abstract notion of the “consumer” because the need for the protection would be determined not by the general category but by the existing special needs of the person.

The future of the granular law is uncertain yet. There are many doubts about this idea which cannot be discussed here. The idea of

³¹ G. Straetemans, *Misleading practices*, p. 203.

³² Ch. Busch, *The Future of Pre-Contractual Information Duties: From Behavioral Insights to Big Data*, in: Ch. Twigg-Flesner, *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, p. 231

³³ Ch. Busch, *The Future* p. 238;

³⁴ Ch. Busch, *The Future*, p. 234.

the “granular” or highly personalized law is rather an intellectually highly interesting but also highly controversial speculation. It allows, however, also certain prognosis about the future of consumer law, because it reflects the cease of the application of very abstract concepts.

7. Return to the „classical” contract law (formal equality of the parties) and the merger of the fair market law with the contract law?

It is very likely that the future will mean kind of a return to the more “classical” contract law, which leaves the personal “status” of the contracting parties unspecified. The new technologies may help to address more specific instruments to the individuals, but they also make the attribution of the market participants into specified category difficult. Therefore, the categories may disappear.³⁵ It may mean, however, that also the space of the freedom of contract will be, by paradox, narrower. One may expect a growing number of the mandatory law, applicable to the not specified categories of the parties. It may happen that just special categories of the transactions of high value may be treated in the specific, less protective way. We are all in a very special situation of the transition. The old categories, like category of the consumer, is losing its role and value, while the new categories have not yet arrived.³⁶

³⁵ See also H. Schulte-Nölke: *The Brave New World of EU Consumer Law – Without Consumers, or Even Without Law?* EuCML 4/2015, p. 138

³⁶ Some authors believe that it is possible to depart from the abstract European concept of the “average consumer” and replace it by the more flexible approach, but still within the categories of the consumer law: see Ch. Twigg-Flesner, *From REFIT to a Rethink: Time for fundamental EU Consumer Law Reform?*, EuCML, 5/2017, pp. 188 – 189. I am much more skeptical in this respect.

Prof. JUDr. Pavel Holländer, DrSc.

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika, Košice

NEROVNOSTĚ, MUTÁCIE POJMU SLOBODY A VEREJNÝ PRIESTOR: PRÁVNE IMPLIKÁCIE

V oblasti ekonomických vied prebieha v súčasnosti intenzívna debata na tému rovnosti. Otvoril ju v roku 2013 francúzsky ekonóm, profesor na Paris School of Economics a na École des Hautes Études en Sciences Sociales, Thomas Piketty, svojou knihou *Kapitál v 21. storočí*.¹ Nasledoval celý rad významných a inšpiratívnych prác, napríklad od anglického ekonóma a novinára Paula Masona *Postkapitalizmus* či od anglického ekonóma, profesora na univerzitách v Oxforde a London School of Economics, Anthonyho Atkinsona, *Nerovnosť: Čo možno urobiť?*² Leitmotívom týchto úvah, diskusií, vari niekedy i polemík, je problém narastajúcej nerovnosti, resp. narastajúcich nerovností: v západných spoločnostiach či v rámci celej zemegule.

V dňoch 16. až 21. júla 2017 sa konal v Lisabone kongres Medzinárodnej asociácie pre právnú a sociálnu filozofiu. V jeho plenárnom programe dominovali témy ľudských práv, právnych aspektov boja proti terorizmu či právnej reflexie utečeneckej problematiky, program sekcií potom obsiahol celú škálu právno-filozofickej problematiky, od vzťahu práva a morálky cez právnú logiku, právnú argumentáciu až k diskusií venovanej jednotlivým právno-filozofickým koncepciám a prístupom. Nijaké z vystúpení nebolo však zamerané na tematiku rovnosti (nerovnosti). Táto diskrepancia je

¹ PIKETY, T. *Le Capital au XXI siècle*. Paris 2013, slovenský preklad: *Kapitál v 21. storočí*. Bratislava 2015.

² MASON, P. *PostCapitalism: A Guide to Our Future*. London 2015, nemecký preklad: *Postkapitalismus. Grundrisse einer kommenden Ökonomie*. Berlin 2016; ATKINSON, A. B. *Inequality: What Can Be Done?* 2014, český preklad: *Ekonomika nerovnosti*. Praha 2016.

zarážajúca: všeobecne konštatovaný nárast majetkovej, sociálnej nerovnosti nemá nijaké aktuálne priemety vo svete práva či politiky, v koncipovaní právnych úprav (napr. daňového práva, práva sociálneho zabezpečenia, práva ochrany spotrebiteľa či slabšej strany obligáčného vzťahu atď. atď.), nemá nijaké priemety vo fungovaní demokracie súčasnosti?

Predpokladajme, že nerovnosť v spoločnosti začíname pociťovať ako axiologicky neakceptovateľnú vtedy, ak sa transformuje do presvedčenia o nespravodlivosti. Predpokladajme ďalej, že kategória spravodlivosti je zásadne spojená s úsilím obnoviť či nastoliť vnútorný mier v ľudskom spoločenstve, je mechanizmom, nástrojom spoločenskej homeostázy. Vychádzajme ďalej z tézy, podľa ktorej zmyslom spravodlivosti je hodnotiť ľudí, ich konanie, ich inštitúcie, nimi vytvorené normy a normatívne systémy hľadiskom rovnosti – to však v určitom kontexte: je ním ľudská koexistencia a kooperácia a v nich vytvárané situácie kompenzácie a distribúcie dohier a ujem (bremien). Obsahom tohto hodnotenia je váženie a pomeriavanie dohier a ziel. Inými slovami vyjadruje rovnaký náhľad nemecký morálny filozof Ernst Tugendhat (pozor, zhoda mien nie je náhodná, ide o syna Fritza Tugendhata, stavebníka a majiteľa klenotu svetovej funkcionalistickej architektúry, brnianskej Vily Tugendhat) poznámkou, podľa ktorej „egalitárny pojem spravodlivosti“ neplatí sám osebe, nie je teda definovateľný analyticky, „možno však ukázať, že nutne vyplýva z určitých predpokladov“.³ Pokúsim sa tieto predpoklady sformulovať:

Človek je niekedy definovaný ako bytosť, ktorá sa smeje. Táto definícia nie je presná. Kto sa delil o domácnosť s jazvečíkom, po jeho hravo-ironických kúskoch určite vnímal aj jeho tichý smiech. Niekedy je človek definovaný schopnosťou myslieť, čiže abstraktne reprodukovať a tvoriť svet. Niekoľko šimpanzov a goríl v priebehu predchádzajúcich desaťročí však dokazuje, že v určitej obmedzenej

³ TUGENDHAT, E. *Vorlesungen über Ethik*. Frankfurt am Main 1993. Cit. podľa českého prekladu: *Přednášky o etice*. Praha 2004, s. 282.

miere sú schopné osvojiť si ľudskú reč.⁴ Iné teórie vymedzujú človeka jeho schopnosťou konštruovať a používať nástroje. Šimpanzí lov termitov je však dôkazom nenáležitosti týchto teórií.⁵

Vo svete človeka sa na rozdiel od hierarchie usporiadania živočíšnych štruktúr objavuje paradigma rovnosti. Prečo? Rozdielne odpovede na túto otázku ponúkajú stoa, kresťanská scholastická filozofia, teórie spoločenskej zmluvy (predpokladajúce prirodzený stav, v ktorom sú si všetci rovní), liberalizmus, osvietenstvo i racionalizmus.

Azda možno sformulovať aj antropologickú odpoveď. Kompenzácia dohier je implicitne spätá s rovnosťou. Kompenzácia dohier bez rovnosti jej účastníkov prestáva byť sama sebou. Stáva sa distribúciou. Nerovnosť je teda implikovaná pojmom distribúcie. Distribúcia dohier je spätá s hierarchiou. Ak by medzi subjektmi vymieňajúcimi si dobrá (napr. tovar) nebolo postavenie rovnosti, tak by nešlo o kompenzáciu (čiže výmenu), ale o rozdeľovanie (distribúciu). Bol to Friedrich August von Hayek, liberál, nositeľ Nobelovej ceny za ekonómiu z roku 1974, ktorý toto rozlišovanie vyjadril zreteľne: „Pravidlá distributívnej spravodlivosti v rozdeľovaní nemôžu byť pravidlami správania voči seberovným, ale musia to byť pravidlá správania nadriadených voči podriadeným.“⁶ Rovnosť vzniká ako produkt delby práce a s ňou spätaj kompenzácie dohier. Dôvod: delba práce vyvoláva tú skutočnosť, že autarkické spoločenstvá nie sú ďalej schopné reprodukcie (a to na rozdiel od iných živočíchov). Zároveň však nemožno utvoriť univerzálnu a jedinú mocenskú štruktúru. Samotné spoločenstvá (vzájomne nenadradené), resp. ich členovia, sú teda nútené kooperovať (kompenzovať dobrá). Tým je daný jeden z dôvodov utvorenia paradigmy rovnosti (a to minimálne procedurálnej).

⁴ Pozri TERRACE, H. S. *Nim*. New York 1979. Cit. podľa českého prekladu: *Šimpanz Nim*. Praha 1985.

⁵ Pozri LEAKEY, R., LEVIN, R. *People of the Lake*. Harmondsworth 1978. Cit. podľa českého prekladu: *Lidé od jezera*. Praha 1984, s. 158 a naśl.

⁶ VON HAYEK, F. A. *Law, Legislation and Liberty*. London 1973. Cit. podľa českého prekladu: *Právo, zákonodárství a svoboda (Nový výklad liberálních principů)*. Díl 2. *Fata morgána sociální spravedlnosti*. Praha 1991, s. 84.

Na ďalší dôvod poukazuje nemecký konštitucionalista a právny filozof Reinhold Zippelius. Upozorňuje na súvislosť medzi kategóriou rovnosti a účelom práva – zabezpečením vnútorného mieru v určitom ľudskom spoločenstve: „V ranom práve slúžil princíp ekvivalencie na to, aby nahradil neprimeranú pomstu primeranou kompenzáciou rovnakého rovnakým.“⁷ Ilustráciou Zippeliovkej tézy je Aristotelom uvádzaný príklad práva mýtického minojského kráľa Rhadamanthya, podľa ktorého „spravodlivý je nález, ak trpíš toľko, čo si spáchal“.⁸

Cambridgeský sociálny filozof Ernest Gellner upozorňuje aj na inú príčinu paradigmy rovnosti, a to na skutočnosť, že je dôsledkom paradigmy zmeny: „Moderná spoločnosť nie je menlivá, pretože je rovnostárska; ale je rovnostárska, pretože je menlivá ... Ľudia môžu znášať hrozné nerovnosti, ak sú trvalé a posvätené zvykom.“⁹

Potom, čo sa fenomén rovnosti v ľudskom súcne etabloval, postupne sa odpútal od svojho pôvodného predmetu, získal samostatnú existenciu, stal sa pojmom a v procese hypostázie (spodstatnenia) ho ľudia postupne začali spájať aj s ďalšími predmetmi: najmä s inštitucionálnym usporiadaním spoločenstva a s úlohou individua pri utváraní legitímnych inštitucionálnych rozhodnutí – rovnosť preto nemožno koncipovať mimo pojmu slobody.

Vzťah slobody a rovnosti je plný paradoxov. Sloboda, odrážajúc tak rozdiely medzi ľuďmi, rozdiely v povahe, nadaní, talente, výkonnosti, ale aj šťastí či náhode, generuje nerovnosť. Postulát rovnosti posúva hranice slobody vždy na novú a novú úroveň. Hranica slobody v jej novej úrovni sa prejavuje rozsahom práv. Otázkou je samotné porozumenie pojmu slobody. Existuje jej univerzálny, rozdielnym historickým epochám a rozdielnym kultúram zhodný, univerzálny význam? Zjavne to tak nie je.

⁷ ZIPPELIUS, R. *Rechtssphilosophie*. 4. Aufl. München 2003, s. 110.

⁸ ARISTOTELES *Ethica Nicomachea*. Cit. podľa českého prekladu: *Etika Nikomachova*. Praha 1996, s. 132.

⁹ GELLNER, E. *Nations and nationalism*. Oxford 1988. Cit. podľa českého prekladu: *Národy a nacionalismus*. Praha 1993, s. 35 – 36.

Ak teda nedisponujeme všeobecne prijímanou predstavou obsahu slobody, ocitáme sa v zjavnom rozpore medzi hodnotovo pozitívne prijímaným termínom, označením ľudského statusu „sloboda“ a jeho dejinne veľmi rozdielnym významom.

Pre historické obdobie stredoveku Jacques Le Goff, slávny mediavelista, pripomína: „Stredoveký človek nemá vôbec zmysel pre slobodu v modernom chápaní toho slova. Slobodou je pre neho výsada, a slovo sa radšej užíva v pluráli ... Sloboda neexistuje mimo spoločenstva. Sloboda môže spočívať len v závislosti, keď predstavený zaručuje podriadenému rešpektovanie jeho práv.“¹⁰

Paradoxne a v rozpore s proklamovanými heslami, nosnou ideou nastupujúceho sveta racionalizmu, liberalizmu, osvietenstva, moderny, nebola sloboda, ale rovnosť, a to rovnosť v privilegiách čiže spravodlivosť. Príznačne pripomína Albert Camus: „Len čo totiž libertinské myslenie Boha spochybní, postaví do popredia otázku spravodlivosti. Lenže vtedajší pojem spravodlivosť splýva s pojmom rovnosť.“¹¹ Spoločenská dominancia jedného náboženstva (jednej náboženskej slobody ako privilegia) sa prelomí tolerančným patentom, vlastnícka sloboda, sloboda pobytu, sa ako stavovské privilegia lámu zrušením nevoľníctva a poddanstva, privilegium volebného práva do parlamentu (v Predlitavsku ním disponuje ešte v 90. rokoch 19. storočia len 15 % mužského dospelého obyvateľstva!) sa láme zavedením všeobecného volebného práva atď. atď. Rovnosť v privilegiách je nesená označením s pozitívnym významom: sloboda.

V tomto procese sa objavuje nový moment utvárania obsahu slobody: vytváranie nových proporcií medzi individuálnou autonómiou (osobnou autonómiou jednotlivca) a spoločnosťou, ktorého je onen jednotlivec súčasťou (rodiny, obce, štátu a pod.). Medzi základné princípy spravodlivého trestného procesu patrí zákaz donucovania obvineného k priznaniu: kým historicky, v období 17. až 19. storočia, šlo o ochranu ľudskej dôstojnosti zákazom mučenia, na

¹⁰ LE GOFF, J. *La Civilisation de l'Occident médiéval*. Paris 1964, 1982. Cit podľa českého prekladu: *Kultura stredoveké Evropy*. Praha 1991, s. 270 – 271.

¹¹ CAMUS, A. *L'Homme révolté*. Paris 1951. Cit. podľa českého prekladu: *Člověk revoltující*. Praha 2007, s. 126.

konci 20. storočia už diskutujeme na tému, či získanie bukálneho steru na účely identifikácie pomocou testu DNA bez súhlasu obviňeného nie je porušením princípu *nemo tenetur sa ipsum prodere* (čiže zákazu donucovania k priznaniu), prípadne či ním nie je odňatie pachovej stopy opäť kvôli identifikácii. Rozširovanie priestoru osobnej autonómie jednotlivca v tejto súvislosti by sa mohlo niesť v duchu hesla: „Od tortúry k bukálnemu steru!“ Zámerne provokatívnym spôsobom v televíznom programe *Fokus Václava Moravca: Doba konzumu* (Česká televízia, 8. marca 2016) významný český sociológ Ivo Možný k súčasnému pojmu sloboda poznamenáva: „Sloboda – to je marketingová značka pre individuálnu autonómiu“, resp. „individuálna autonómia sa dobre predáva pod značkou slobody.“¹² Český filozof Pavol Kalina na okraj tohto trendu vnímania slobody pripája pesimistické konštatovanie: „Projekt moderny prestáva fungovať ... Naša individuálna sloboda je takmer neobmedzená. K tomu málu, čo nemôžeme, patrí sloboda umrieť v kruhu rodiny. Moderný človek, najľahostejšia bytosť v dejinách, spravidla umiera v kúte a sám, podobne ako pes (v predmodernej dobe). Nemôžeme už ísť s celou dedinou do kostola a spolu s celou obcou sa zúčastniť na rituáli, ktorý presahuje hranice ordinárnej skúsenosti. Naše chyby nám nemá kto odpustiť. Moderný človek je sám a samota nie je sloboda.“¹³ Empiricky stačí na tomto mieste odkázať na rozpad rodiny, na percento samostatne žijúcich a samostatne bývajúcich dospelých, na výrazný a stály populačný pokles, na štatisticky dramatický nárast pohrebov bez akéhokoľvek rozlúčenia či rituálu.

Poznamenajme, že v oblasti práva trend spĺývania kategórie slobody s predstavou osobnej autonómie paralelne vedľa seba prežívajúcich jednotlivcov spôsobuje explóziu stále nových a nových základných práv.¹⁴ Len ako ilustráciu uvádzam „základné právo oznamovateľa trestného činu na účinné vyšetrovanie“, ktorého ju-

¹² Dostupné na: <http://www.ceskatelevize.cz/porady/11054978064-fokus-vaclava-moravce/216411030530003/video>, náhľad 6. 4. 2017.

¹³ KALINA, P. *Stísněnost ve svobodě*. Lidové noviny, 24. 8. 2012, s. 9.

¹⁴ K tomuto trendu pozri podrobne MENKE, CH. *Kritik der Rechte*. Frankfurt am Main 2015.

dikovanie vedie Ústavný súd Českej republiky k rušeniu uznesení policajného orgánu o odložení veci podľa § 159 ods. 1 tr. por. (nálezky sp. zn. II. ÚS 3626/13 a II. ÚS 3436/14).

Navyše Jan Kysela, pražský konštitucionalista, upozorňuje na oslabovanie verejného priestoru v súvislosti s ďalším momentom fragmentácie spoločnosti: „Ak bola vyššie reč o oslabovanie verejného priestoru, treba dodať, že ide o priestor spoločný. Inými slovami, jeho účastníci sa musia cítiť navzájom ako ‚my‘, a nie ako ‚my‘ a ‚oni‘. Kým predtým sa hovorilo o politickej fragmentácii spoločnosti, dnes sa upozorňuje na kultúrne (náboženská) hľadiská rozdeľujúce spoločnosť. A práve s nimi môže byť spojené spochybnenie elementárnej hodnotovej zhody, ba možno aj zhody na spôsoboch riešenia nezhody. Bez nej však nejde o jednu spoločnosť, ale o viac spoločností. Prežitie viacerých spoločností v jedinom štáte je neisté, pretože predpokladá nadradenie vôle k spoločnému bytiu za podmienok určitého obmedzenia ... To však znamená nové vytvorenie taviaceho kotla, v ktorom sa rozpustia všetci. Evidentne k tomu však nie je ochota na žiadnej strane, pretože dôraz sa kladie práve na pestovanie svojbytných identít. Na pretrvávanie obce zloženej z nadmieru odlišných častí neveril už Aristoteles.“¹⁵

Sloboda sa vyjavuje len v konflikte. Vo svete Robinsona Crusoea sloboda nemá rozumný zmysel. Sloboda jedinca môže byť v konflikte so slobodou iného, v konflikte s verejnou mocou ale nakoniec aj sama so sebou (ako hovorí Schopenhauer: „Slobodný som vtedy, keď môžem robiť, čo chcem ... Môžeš tiež chcieť, čo chceš? ... Môžeš chcieť to, čo chceš chcieť?“¹⁶).

Sloboda jedného voči druhému je daná vyvažovaním, vo vzťahu k spoločenstvu (verejnej moci) ideálom ľudského statusu: je teda daná dvomi hľadáiskami – rovnosťou (proporcionalitou) v právach či privilégiách a ideálom ľudského bytia, predpokladom čoho je existencia *tertia comparationis*.

¹⁵ KYSELA, J. Stát jako obr na hliněných nohou. Opožděné poznámky k seriálu o budoucnosti státu. *Právník*, č. 11, 2014, s. 966.

¹⁶ SCHOPENHAUER, A. *O vůli v přírodě a jiné práce*. Praha, 2007, s. 340.

Čo je teda vlastne sloboda? Evidentne nejde o pojem s výlučne vlastným, sebou samým daným obsahom. Ide o pojem, ktorému sa možno priblížiť len vo vzťažnej sústave: jednotlivec – spoločenstvo, a to *sub species* dobovo určujúcich hodnôt a ideálov.

Vo väzbe jednotlivec – spoločenstvo nejde (presnejšie vyjadrené nejde len) v súvislosti so slobodou o väzbu identickú s Immanuelom Kantom formulovanou maximou zladenia slobody jedného so slobodou druhého. Postavenie jednotlivca v spoločnosti obsahuje nielen ochranu individuálnych práv a slobôd (a ich vyvažovanie v prípade kolízie medzi nimi), ale aj ochranu verejných statkov. Rozdiel medzi nimi spočíva v ich distributívnosti. Pre verejné statky je typické, že prospech z nich je nedeliteľný a ľudia nemôžu byť vylúčení z jeho využívania. Príkladom verejných statkov je národná bezpečnosť, verejný poriadok, zdravé životné prostredie. Verejným statkom, ako poznamenávajú ekonóm – nobelista Paul Samuelson i právni filozofi Joseph Raz či Robert Alexy, sa teda určitý aspekt ľudskej existencie stáva za podmienky, keď nie je možné ho pojmovo, vecne ani právne rozložiť na časti a tie priradiť jednotlivcom ako podiely.¹⁷

V tejto súvislosti môžu nastať tri nepriaznivé situácie: prvé dve predstavujú vychýlenie kyvadla na jednu alebo druhú zo strán daného vzťahu (čiže stav anarchia verzus tyrania), tretiu situáciu potom predstavuje absencia relevantných, spoločenstvom akceptovaných a spoločenstvo integrujúcich a identifikujúcich hodnôt a ideálov (čiže procesu dekadencie, dekonštrukcie, relativizmu, fragmentácie). Môžu tieto hodnoty a ideály, a teda aj koncept slobody, nebyť transcendentný? Odpoveď moderny znie: áno. Počnúc Tomášom Hobbesom cez Jeana Jacquesa Rousseaua a Immanuela Kanta až po Johna Rawlsa vertikálu transcencie nahradila horizontála spoločenskej zmluvy. Ortega y Gasset jasnozrivo upozornil na jej paradox: „Spoločnosť sa neustanovuje dohodou rozumných

¹⁷ Pozri SAMUELSON, P. A., NORDHAUS, W. *Economics*. Cit. podľa českého vydania: *Ekonomie*. Praha 1991, s. 770 – 771, 982. RAZ J. *Right-Based Moralities*. In: WALDRON, J. (ed.). *Theories of Rights*. Oxford 1984, s. 187. ALEXY, R. *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main 1995, s. 239 a nasl.

vôlí. Naopak, každá dohoda vôlí predpokladá existenciu spoločnosti, ľudí žijúcich spolu, a dohoda tu môže spočívať iba v spresnení jednej alebo druhej formy tohto spolužitia vo vopred existujúcej spoločnosti. Idea spoločnosti ako zmluvného, a teda právneho zhromaždenia, je tým najnerozumnejším pokusom, pri ktorom sa voz zapriaha pred volský záprah.¹⁸

Sloboda a rovnosť predstavujú teda kategórie existujúce v trojuholníku, tretím vrcholom ktorého je spoločenstvo (verejný priestor). Otázkou je, akým spôsobom sa utvárajú hľadiská, parametre ich vzájomného pôsobenia. Pripomeňme, že v roku 1964 nemecký právny filozof a konštitucionalista Ernst-Wolfgang Böckenförde vyslovil ono slávne diktum, týkajúce sa zdrojov ľudskej spoločnosti integrujúcich a jednotiacich pút: „Otázka po tmeliacich silách sa tak vynára znovu a vo svojej skutočnej podstate: Slobodný, sekularizovaný štát žije z predpokladov, ktoré samotný nemôže garantovať.“¹⁹ Böckenfördeho diktum o polstoročie neskôr aktualizuje v nekrológu venovanému sociológovi Miloslavu Petruskovi jeho kolega, súputník a priateľ Ivo Možný: „Človek nemusí byť sociológom, aby započul navzdory všetkej tej mediálnej vrave našej neskorkej doby tiché pukanie; nezačali sme vo vzduchu zase cítiť nové ročné obdobie? Vynárajúcich sa otázok je mnoho a sú desivo zásadné. Spoločnosti nášho civilizačného okruhu sa práve dramaticky usilujú o, obnovenie rastu. Môže ale byť rast spoločenského produktu bez rastu spotreby? A rast spotreby bez rastu zadlžovania? Pretože ak nie je možný nijaký trvalo udržateľný rast spotreby, potom – je možný kapitalizmus bez rastu? A ak azda nie, potom – je možná demokra-

¹⁸ Y GASSET, O. *Evropa y la idea de la Nación*. 1966. Cit. podľa českého prekladu: *Evropa a idea národa*. Praha 1993, s. 29.

¹⁹ BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*. In: BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Säkularisation und Utopie. Erbracher Studien. Ernst Forsthoffs zum 65. Geburtstag*. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967. Opätovne publikované In: BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. 2. Aufl., Frankfurt a. M. 2006, s. 112. Cit. podľa českého prekladu: BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Vznik státu jako proces sekularizace*. In: *Vznik státu jako proces sekularizace. Diskuse nad studií Ernsta-Wolfganga Böckenfördeho*. Ed. HANUŠ, J., Brno 2006, s. 21.

cia bez kapitalizmu? Nervozita z možnej straty sociálnej súdržnosti hustne. Neukáže sa nakoniec, že zasa žijeme v nejakej utópii? Vynára sa nový spoločenský dopyt po vysvetlení toho, čo sa to do čerta s tou spoločnosťou teraz práve deje.“²⁰

Dieter Thomä, nemecký filozof, v článku publikovanom v denníku *Neue Zürcher Zeitung* v reakcii na súčasnú celosvetovú finančnú krízu odkazuje na prebiehajúce „diskusie o budúcnosti občianskej spoločnosti a o úpadku sociálneho kapitálu v západnom svete“, vracia sa k Böckenfördovmu diktu a nachádza pre neho analógiu v ekonomickom myslení, v diele slávneho, pre 20. storočie kľúčového ekonomického mysliteľa, Josepha Schumpetera.²¹ Pripomeňme znenie Schumpeterovej tézy: „kapitalistický systém nielenže spočíva na oporách postavených z mimokapitalistického materiálu, ale zároveň... čerpá energiu z mimokapitalistických vzorov správania, ktoré súčasne nutne ničí“.²² V dejinách 20. storočia tieto vzory podrobili skúmaniu vo svojom diele najmä Max Weber a Erich Fromm.²³ Thomä k uvedenému dodáva – nielen demokratický sekularizovaný štát, ale aj „slobodné hospodárstvo žije z predpokladov, ktoré nie je spôsobilé samo garantovať“.²⁴

Žijeme v protikladoch: v stále sa zrýchľujúcich pretekoch slobody a rovnosti: expanzia slobody v zmysle osobnej autonómie generuje nerovnosť, paradigma rovnosti okrem frustrácie vytvára nerovnosť medzi proklamovanou rovnosťou a skutočnou nerovnosťou (formálnou rovnosťou, právnou rovnosťou, rovnosťou pred zákonom, politickou rovnosťou, informačnou rovnosťou a ich reálnym opakom). Obrátenou stranou či rubom týchto pretekov je osla-

²⁰ MOŽNÝ, I. *Odvážny. Drzý. Neúnavný*. Lidové noviny. Orientace, 25.8.2012, s. 25.

²¹ THOMÄ, D. *Ausserkapitalistisches Material. Auch Wirtschaft lebt von Voraussetzungen, über die selbst nicht verfügt*. Neue Zürcher Zeitung, 21. 2. 2009.

²² SCHUMPETER, J. *Capitalism, Socialism & Democracy*. Cit. podľa českého prekladu: *Kapitalismus, socialismus a demokracie*. Brno 2004, s. 181.

²³ WEBER, M. *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, 1904 – 1905*. Cit. podľa českého prekladu: *Protestantská etika a duch kapitalismu*. In: WEBER, M. *Metodologie, sociologie a politika*. Praha 2009, s. 185 – 245; FROMM, E. *Escape from Freedom*. Cit. podľa českého prekladu: *Strach ze svobody*. Praha 1993, s. 55 a nasl.

²⁴ THOMÄ, D. *Ausserkapitalistisches Material*, pozn. 20.

bovanie verejného priestoru, oslabovanie, ktoré je plné paradoxov a v plnej miere sa manifestuje vo svete práva.

V trojuholníku slobody, rovnosti a verejného priestoru sme svedkami outsourcingu štátu.²⁵ Nejde tu o veľkosť, o dinosauri rozmer štátu, ale o „výpredaj“ jeho funkcií. Pod zástavou požiadaviek na zmenšovanie, zoštieňovanie štátu dochádza k „privatizácii“ jeho funkcií, zmyslu a účelu jeho pôsobenia. Oslabenie verejného priestoru ako rub vnímania kategórie slobody v zmysle osobnej autonómie sa azda najvýraznejšie manifestuje asymetriou medzi právami a povinnosťami.

Od antiky po súčasnosť sa vo filozofickom i štátovednom myslení utvára vedľa, resp. v spojitosti s predstavou slobodného jedinca i predstava spolužitia v ľudskom spoločenstve nachádzajúca vyjadrenie v kategórii povinností. Pre stoikov sú zmyslom a naplnením ľudskej existencie základne cnosti spravodlivosti, statočnosti, sebaovládania a ľudskosti, pričom stoa ešte nerozlišuje medzi mravnými cnosťami a právnymi povinnosťami. Naproti tomu Augustin Aurelius, akokoľvek skeptický voči pozemskému štátu, uznáva jeho účel zaistiť mier, ktorý slúži i civitas dei, v dôsledku čoho prijíma i povinnosť dodržiavať jeho zákony, ak slúžia zachovaniu pozemského života a nepoškodzujú zbožnosť a náboženstvo.²⁶ Tomáš Akvinský, vychádzajúc zo spoločenskej povahy človeka, formuluje povinnosť konať v prospech všeobecného blaha, najmä potom povinnosť podriaďiť sa právu ako súčasť *iustitia univesalis*. Táto spravodlivosť je výrazom rozumu prejavujúceho sa v stupňovitom usporiadaní zákonov – počínajúc *lex aeterna* cez *lex naturalis* až po *lex humana* – a zaväzujúceho ako poddaných tak i vládcov: „Človek je povinný poslúchať svetských vládcov potiaľ, pokiaľ to vyžaduje poriadok spravodlivosti. A preto ak nemajú spravodlivú vládu, ale uchvátenú, alebo ak prikážu konať nespravodlivé, poddaní nie sú povinní sa im podriaďiť, iba ak azda výnimočne, aby sa zabránilo

²⁵ K outsourcingu štátu pozri podrobnejšie Holländer, P. *Pojmy v Syzifovej krošni*. Bratislava 2015, s. 139 a nasl.

²⁶ AURELIUS AUGUSTINUS *De civitas dei*. Cit. podľa českého prekladu: *O Boží obci. II*, Praha 1950, s. 415 a nasl.

pohoršeniu alebo nebezpečenstvu.“²⁷ Cez oblúk stáročí zmieňme i osobnosť Samuela von Pufendorfa (1632 – 1694), ktorý položil základy modernej prirodzeno-právnej náuky o povinnostiach.²⁸ Vychádzajúc z ľudskej bezmocnosti a s ňou spojenej nutnosti združovať sa, vyvíja systém prirodzeného práva ako náuku o povinnostiach. Tie môžu podľa neho smerovať voči Bohu, voči sebe samému a voči iným ľuďom. Povinnosti voči iným ľuďom zahŕňajú tieto tri základné komponenty: príkaz neškodiť inému, príkaz rovného právneho zaobchádzania a konečne príkaz podporovať iných. Účelom príkazu neškodiť inému je zachovanie vnútorného mieru, príkazu rovného zaobchádzania zachovanie ľudskej dôstojnosti a príkazu podpory iného pomoc v krajnej núdzi. Túto skicu vývoja nemožno než zakončiť poukazom na idey Immanuela Kanta. Kantova náuka o povinnostiach akoby cez oblúk storočí hľadala obdobné riešenia, aké hľadali i stoici, a to prepojenie morálky a práva, morálnej a právnej povinnosti: „Právo je teda súhrnom podmienok, za ktorých môže byť zjednotená do celku ľubovôľa jedného s ľubovôľou druhého podľa všeobecného zákona slobody ... Všeobecným zákonom práva teda je: Konaj navonok tak, aby slobodné použitie tvojej ľubovôle mohlo existovať spoločne so slobodou každého človeka podľa všeobecného zákona.“²⁹

V priebehu ústavného vývoja Francúzska po roku 1791³⁰ sa po prvýkrát v moderných európskych dejinách sformovala tzv. „Quadriga základných povinností“, ktorá zahŕňala povinnosť zachovávať právo, daňovú povinnosť, povinnosť postúpiť vlastníctvo a brannú povinnosť. Vytvoril sa tým určitý konštitucionalistický model, ktorý neskôr nasledovala, napr. Weimarska ústava z 11. augusta 1919 (čl. 133, 153). Navyše táto ústava zakotvila i povinnú školskú do-

²⁷ *Thomae Aquinatis summae contra gentiles libri quattuor*. Cit podľa: BAHOUNEK, J. *Politické myšlení sv. Tomáše*. Brno 1995, s. 180.

²⁸ VON PUFENDORF *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*. Lund 1673. Cit podľa: *De Officio Hominis et Civis Juxta Legem Naturalem Libri Duo. Introduction by Walter Schucking*. New York 1927. Reprint: Buffalo 1995.

²⁹ KANT, I. *Die Metaphysik der Sitten*. Stuttgart 1990, s. 66, 67.

³⁰ V ucelenej podobe v *Deklarácii o povinnostiach* z 22. augusta 1795.

chádzku (čl. 145), povinnosť rodičovskej výchovy (čl. 120), a povinnosť prijať čestné úrady (čl. 132), sociálne záväzky vlastníctva (čl. 153, 155). Pre ústavy prijímané po druhej svetovej vojne je príznačný ústup od explicitnej úpravy základných povinností. Určitou výnimkou je Ústava Talianskej republiky z 22. decembra 1947, ktorá v čl. 2 „vyžaduje plnenie nepopierateľných povinností politickej, hospodárskej a sociálnej solidarity“, v čl. 54 zakotvuje daňovou povinnosť, v čl. 54 povinnosť občanov „byť verní republike a zachovávať jej ústavu a zákony“. Z ústav, ktoré boli prijímané v ďalšom historickom období, možno v tejto súvislosti zmieniť Ústavu Gréckej republiky z 9. júna 1976, ktorá v čl. 4 upravuje daňovú a brannú povinnosť, v čl. 51 ods. 5 i povinnosť voliť.

Základné povinnosti možno v ústavných systémoch slobody a demokracie koncipovať i nepriamo, a to prostredníctvom horizontálneho pôsobenia základných práv.

V polovici deväťdesiatych rokov 20. storočia Helmut Schmidt spolu s ďalšími vynikajúcimi svetovými štátnikmi a vedcami (Pierrom Elliotom Trudeauom, Michailom Gorbačovom, Šimonom Peresom, Franzom Vranitzkym, Henrym Kissingerom, Carlom Friedrichom von Weizsäckerom, Richardom Rortym a ďalšími) iniciuje vypracovanie „Všeobecnej deklarácie ľudských povinností“. Potrebu tohto kroku zdôvodňuje morálnymi argumentmi, potrebou morálky pri utváraní vzorov správania, ako aj podobou morálneho rozlišovania medzi dobrom a zlom vo forme imperatívov: „Ak bude každý sledovať výlučne svoje oprávnenia a nebude akceptovať nijaké povinnosti a zodpovednosť, potom môže každý národ a jeho štát – alebo aj ľudstvo ako celok – prepadnúť nepriateľstvu, konfliktom a nakoniec chaosu.“³¹

Zmyslom a významom základných povinností je vyjadriť v normatívnej podobe konštitutívne hodnoty, ktoré tvoria základ určitého ľudského spoločenstva (lojalitu, solidaritu, participáciu). Povinnosti, a to najmä v ústavnom systéme slobody a demokracie, teda nemôžu byť primárne založené na sankciách. Naopak, musia byť

³¹ SCHMIDT, H. *Zeit, von den Pflichten zu sprechen!* Die Zeit, Nr. 41, 3.10.1997.

primárne založené na stotožnení sa hodnotovými východiskami odôvodňujúcimi prísľušnosť jednotlivca k spoločenstvu. Nájst' v súčasnosti uvedený základ sa dnes javí ako mimoriadne zložitý. Ak dnešok charakterizuje úpadok vplyvu náboženstva, vlastenectva, zrušenie brannej povinnosti, rozpad tradičnej rodiny, morálny relativizmus a s ním spojené oslabenie sociálnych väzieb a sociálnej solidarity, nárast individualizmu a abstraktného vnímania sveta, potom je povinnosť koncept vnímaný už len negatívne – ako obmedzenie osobnej slobody. Otázkou, ktorá sa nutne ponúka, je v dôsledku tohto vývoje oslabujúca sa kohézia spoločenstva, a to najmä v prípade krízových situácií či období.

Ako ilustráciu „súhry“ či „disonancie“ kategórií slobody, rovnosti a verejného priestoru použijeme exkurz o daňovej spravodlivosti, exkurz o vzťahu slobody vlastníctva (a jej derivátu, slobody podnikania) a daňovej rovnosti v oblasti štruktúry daní i v oblasti daňových sadzieb.

V súčasnej neoliberalne formovanej mainstreamovej debata na tému deficitov verejných rozpočtov sa počíta len s premennou reštrikcií, mlčí sa ale o položke druhej strany rovnice, o príjmoch verejných financií v podobe daní a odvodov (príp. poplatkov). Ako ukázal výskum zdanenia práce a príjmov štátneho rozpočtu, podiel príjmov z dane z príjmov, sociálneho a zdravotného poistenia zamestnancov a osôb samostatne zárobkovo činných v prípade štátneho rozpočtu na rok 2011 z celkového príjmu z daní a poistného predstavoval v Českej republike 57 % (606,1 mld. Kč z 1061,3 mld. Kč), teda, inými slovami vyjadrené, zdanenie práce predstavovalo 57 % daňových a odvodových príjmov štátneho rozpočtu.³² Iným ukazovateľom vyjadrené, priemerná daňová sadzba³³ pri príjmoch zo zamestnania predstavuje 40 %, pri príjmoch z podnikania 28 %.³⁴

³² DUŠEK, L., KALÍŠKOVÁ, K. *Zdanění práce a státní rozpočet*. 18.10.2012, CERGE, Praha 2012, [http://www.czso.cz/csu/tz.nsf/bce41ad0daa3aad1c1256c6e00499152/26e2d32b36f25f57c1257a9c004655c6/\\$FILE/CERGE-EI_KS5_prezentace_191012.pdf](http://www.czso.cz/csu/tz.nsf/bce41ad0daa3aad1c1256c6e00499152/26e2d32b36f25f57c1257a9c004655c6/$FILE/CERGE-EI_KS5_prezentace_191012.pdf).

³³ Priemerná daňová sadzba je daná pomerom súčtu dane z príjmu, poistného zamestnanca a poistného zamestnávateľa k superhrubému príjmu.

³⁴ DUŠEK, L., KALÍŠKOVÁ, K. *Zdanění práce a státní rozpočet*, pozn. 31.

Len pre porovnanie možno uviesť, že z dane z príjmu právnických osôb predstavoval príjem za rok 2011 sumu 82,3 mld. Kč, čo predstavovalo o 4,6 % menej, ako v roku 2010.³⁵ Obvyklým zdôvodnením tejto zjavnej disproporcie je podpora investícií. Takéto zdôvodnenie je však nepresvedčivé: tlakom na znižovanie investícií nie je iba zvyšovanie (priamych) korporátnych daní, ale aj zvyšovanie zdanenia práce a spotrebných daní (t. j. vrátane DPH), ktoré vyvoláva znižovanie dopytu, a tým vo svojich dôsledkoch zmenšenie priestoru ponuky. Okrem toho rozhodovanie o investíciách je dané viacerými parametrami ovplyvňujúcimi z krátkodobého či dlhodobého hľadiska mieru zisku (patrí medzi ne kvalita a cena pracovnej sily, stabilita a jednoduchosť právneho rámca podnikania, predvídateľnosť súdneho rozhodovania podnikateľských sporov, miera korupcie a klientelizmu, podnikateľské tradície, morálka a slušnosť podnikateľského prostredia, predovšetkým hodnota dôvery v podnikateľských vzťahoch, veľkosť trhu a jeho kúpna sila, infraštruktúra atď.), pričom výška daňovej a odvodovej záťaže pohybujúca sa v intervale, ktorý nevybočuje z medzinárodného porovnania a kontextu vývoja ekonomiky, je len jedným z týchto parametrov.

Akokoľvek sa téma daňového systému ideologizuje a diskusie o nej stratili povahu vecnosti, nemožno prehliadnuť varovanie ekonómov, stojacich mimo oblastí finančného priemyslu. Robert Skidelsky, anglický ekonóm, člen Snemovne lordov, upozorňuje: „Nemôžeme pokračovať v systéme, ktorý umožňuje, aby sa taká veľká časť národného príjmu a bohatstva hromadila v takom malom počte rúk. Pre dlhodobé prežitie kapitalizmu býva často nevyhnutné vzájomne dohodnuté prerozdelenie bohatstva a príjmov. Už skoro si toto ponaučenie odnesieme znova.“³⁶ Jeffrey D. Sachs, profesor Kolumbij-

³⁵ *Daňové příjmy státu loni stouply na 523 mld. Kč, MF čekalo více.* 4. 1. 2012, Finance.cz, <http://www.finance.cz/zpravy/finance/338074-danove-prijmy-statu-loni-stouply-na-523-mld-kc-mf-cekalo-vice/>.

³⁶ SKIDELSKY, R. *Nerovnost zabijí kapitalismus.* 21. 11. 2012, Project Syndicate – www.project-syndicate.org, <http://www.project-syndicate.org/print/the-need-for-redistribution-of-wealth-and-income-in-order-to-save-capitalism-from-its-current-crisis-by-robert-skidelsky/czech>

skej univerzity v New Yorku, potom upína pohľad na ďalší moment krízy: „Firemná korupcia sa vymkla kontrole z dvoch dôvodov. Po prvé, dnes sú veľké firmy nadnárodné, kým vlády zostávajú národné. Veľké spoločnosti sú finančne také silné, že sa vlády boja vziať si ich na mušku. Po druhé, firmy v krajinách, ako sú USA, patria k významným prispievateľom na volebné kampane, pričom samotní politici bývajú mnohokrát čiastočnými vlastníkami alebo prinajmenšom tichými podielníkmi na firemných ziskoch... Preto politici často zavierajú oči, keď správanie firiem prekročí únosnú hranicu. A aj keď sa vlády snažia presadiť zákon, firmy majú armády právnikov, ktorí sa ho usilujú obísť. Výsledkom je kultúra beztrastnosti založená na podložnom očakávaní, že firemná zločinnosť sa vypláca... Okrem toho budeme potrebovať nový typ politika, ktorý povedie nový typ politickej kampane – kampane založenej skôr na bezplatných internetových médiách než na médiách platených. Až sa politici dokážu emancipovať od firemných darov, opäť získajú schopnosť kontrolovať firemné neporiadky. Okrem toho budeme musieť presvietiť temné zákutia medzinárodných financií, najmä daňové raje typu Kajmanských ostrovov a tajnostkárske švajčiarske banky. Daňové úniky, provízie, nezákonné platby, úplatky a ďalšie ilegálne transakcie napospol prechádzajú týmito účtami. Bohatstvo, moc a nezákonnosť, ktoré tento systém umožňuje, sú dnes také obrovské, že ohrozujú legitimitu globálnej ekonomiky, najmä v dobe nevidanej príjmovej nerovnosti a ohromných rozpočtových schodkov vzniknutých v dôsledku toho, že sú vlády politicky – a niekedy i prakticky – neschopné uvaliť dane na bohatých.“³⁷

Jadwiga Staniszkis, poľská filozofka a sociologička, vo svojej knihe *O moci a bezmoci* intelektuálne provokatívne analyzuje súčasnú postkomunistickú stredoeurópsku situáciu – pre krajiny strednej Európy považuje za príznačné, že v nich „tvoria príjmy, ktoré majú povahu renty (teda spojené so statusom a postavením v rámci

³⁷ SACHS, J. D. *Vlna firemných zločinů v globální ekonomice*. 30. 4. 2011, Project Syndicate, www.project-syndicate.org, <http://www.project-syndicate.org/commentary/sachs177/Czech>

hospodárskej činnosti), alebo príjmy plynúce z redistribúcie sprostredkovanej štátom... základňu spoločenskej štruktúry v omnoho väčšom stupni než výlučne ekonomická výmena (a akumulácia kapitálu). V takejto situácii neprekvapuje, že sa stiera hranica medzi štátom a trhom, neprekvapuje ani veľká segmentácia trhu, a nakoniec ani hybridná povaha jeho hlavných aktérov pri súčasnej slabosti subjektov spoliehajúcich sa len na ekonomickú racionalitu. Takými hybridnými aktérmi (hybridní preto, že sú rozložený medzi sférami, ktoré v „normálnom“ kapitalizme musia byť striktné oddelené) boli a sú rovnako tak politickí kapitalisti premieňajúci sociálny kapitál moci na kapitál ekonomický, ako aj kapitalisti vo verejnom sektore, privlastňujúci si verejné fondy, žijúci z verejných zákaziek a zo sprostredkovania medzi štátom a trhom.“³⁸ Podľa Staniszkiis pre „reálny postkomunizmus“ je príznačné, že „tieto patológie sú v ňom už funkčne začlenené a systematicky reprodukované, a práve ony vytvárajú systém“, v dôsledku čoho vzniká „asymetria racionality“, či inak vyjadrené, fungovanie štrukturálnej moci „bez zreteľných subjektov a jednoznačného centra“, vzniká „neúplný kapitalizmus“, t. j. „renta a redistribúcia prevažujú nad obchodom založeným na ekonomickej racionalite“, vzniká systém „kapitalizmu verejného sektora“.³⁹ Porovnaním úvahy Jadwigi Staniszkiis a úvah Roberta Skidelského a Jeffreyho D. Sachsa sa zdá, že kapitalizmus verejného sektora nie je charakteristickým znakom súčasného spoločenského systému len v strednej Európe...

Zdá sa, že trojuholník slobody, rovnosti a verejného priestoru drží pospolu nielen silou, určenou určitou konštantou, ale najmä vzájomnými pomermi významu vrcholov trojuholníka, proporciami medzi nimi. Ak je dnes nárast miery slobody vo význame osobnej autonómie spojený s nárastom reálnych nerovností (ekonomických, daňových, reálneho politického vplyvu, v prístupe k informáciám relevantným pre spoločenské riadenie, ale koniec koncov aj ne-

³⁸ STANISZKIS, J. *O władzy i bezsilności*. Cit. podľa českého prekladu: *O moci a bezmoci*. Brno 2009, s. 16.

³⁹ Tamže, s. 18 – 19.

rovností v reálnom fungovaní právneho štátu), a je spojený s dekonštrukciou verejného priestoru, ide o dôvod návratu k pôvodnej otázke: čo je príčinou takej pramalej pozornosti právnej teórie tejto tenzii? Napokon, čo je príčinou toho, že tieto tenzie v spoločnostiach Západu neimplikujú výrazný nárast vnútorného napätia (tak, ako to bolo v podobných situáciách v 19. a v 20. storočí)?

Pokus o odpoveď na túto otázku predstavuje tézu (či hypotézu?) tohto zamyslenia.

Isaiah Berlin, rusko-britský filozof, esejista a historik, jeden z najvýznamnejších teoretikov politického liberalizmu, rozlíšil chápanie kategórie slobody do jej dvoch podôb: podoby negatívnej a pozitívnej slobody, slobody „od“ a slobody „za“,⁴⁰ slobody voči vonkajšiemu zasahovaniu do sféry vlastného bytia („morom, proti ktorému bola namierená zbraň negatívnej slobody, nebolo laissez-faire, ale despotizmus“⁴¹) a slobody konať podľa vlastnej vôle na základe rozumného rozhodnutia.

Presbyteriáni v anglickom „dlhom parlamente“ v roku 1643 prijali právnu úpravu cenzúry, obmedzenie slobody prejavu, zaviedli podmienku tzv. licencie pre vytlačenie akéhokoľvek spisu. John Milton, básnik (jeden z tých najslávnejších v anglických dejinách), politický mysliteľ, reaguje v roku 1644 na tento krok namierený proti slobode manifestom, ktorý vošiel so dejín západnej civilizácie ako azda tá najslávnejšia obrana slobody prejavu – Areopagitikou alebo rečou o slobode tlače. Básnickým jazykom naplneným étosom slobody stavia svoju argumentačnú stavbu na tomto základnom bode: „Ak by každý čin dospelého človeka, či už dobrý alebo zlý, bol podrobený dozoru a príkazom a donúteniu, cnosť by bola len prázdny pojem, nebolo by možné chváliť správne konanie, zásluha by nespočívala v tom, že dokážeme byť striedmi, spravodliví a zdržanliví. Mnohí si neuvážene sťažujú na Božiu prozreteľnosť, že dovoľila, aby Adam porušil príkaz. Keď mu Boh dal rozum, dal

⁴⁰ BERLIN, I., *Four Essays on Liberty*. 1969. Cit. podľa českého prekladu: *Čtyři eseje o svobodě*. Praha 1999, s. 219 a nasl.

⁴¹ Tamže, s. 65: „Základným významom slobody je oslobodenie z pút, z uväznenia, z otroctva. To ostatné je buď rozšírenie tohto významu, alebo metafora.“

mu tiež slobodnú vôľu, lebo rozum je práve možnosť sa rozhodnúť; inak by to bol len bábkový Adam, taký Adam, aký by bol v bábkovom divadle. ... Tí, ktorí sa domnievajú, že odstránia hriech tým, že odstránia predmet hriechu, nepoznajú dobre ľudskú povahu. ... Predpokladajme, že by sme týmito prostriedkami mohli odstrániť hriech; vedzme však, že by sme odstránili práve toľko cnosti, koľko by sme odstránili hriechu, pretože predmet obidvoch je ten istý; odstráňte hriech a odstránite aj cnosť. ... Bolo by lepšie uznať, že je nesprávny taký zákon, ktoré úlohou je obmedzovať veci, ktoré môžu rovnako viesť k dobru, ako aj k zlu. A ak by som mal voliť, vybral by som si radšej hrstku dobra ako omnoho väčšie množstvo násilnej zábrany zla.“⁴²

Základným Miltonovým argumentom je rozum ako potencialita slobody. Inými slovami vyjadrené, ak Boh obdaril človeka rozumom, t. j. možnosťou poznávať svet a voliť si v dôsledku toho alternatívy svojho správania, mohol ho potom neobdaríť slobodou? Na čo je človeku rozum, ak nedisponuje slobodou voľby? Ak slobodou voľby nedisponuje, potom nedisponuje ani cnosťou, t. j. v jeho správaní prejavenu tendenciou konať dobro. Zdôvodnenie slobody v Miltonovej Areopagitike vyplýva z ľudskej prirodzenosti, z napätia či rozporu medzi rozumom a neslobodou.

Spojenie rozumu s kategóriou slobody vniesol do európskeho filozofického diskurzu so všetkou naliehavosťou Baruch Spinoza. V Rozprave politickej Spinoza hovorí: „Nazývam teda človeka slobodným len potiaľ, pokiaľ sa necháva viesť rozumom, pretože je do tej miery jeho konanie určované príčinami, ktoré možno plne pochopiť len výlučne z jeho povahy, a to aj vtedy, ak by jeho konanie bolo nimi určené nutne. Pretože sloboda ... nutnosť konania neruší, ale ju uznáva.“⁴³

V Logike ako vede Georg W. F. Hegel označuje slobodu ako pravú nevyhnutnosť: „Sloboda je vedome utvorená, odhalená

⁴² MILTON, J. *Areopagitica* (1644). Cit. podľa českého prekladu: *Areopagitika aneb řeč o svobodě tisku*. Praha 1946, s. 36 – 37.

⁴³ SPINOZA, B. *Tractatus politicus*. 1675 – 1676. Cit. podľa českého prekladu: *Rozprava politická*. Praha 1939, s. 14.

nevyhnutnosť.⁴⁴ V Encyklopédii v tejto súvislosti doplňuje: „V každom prípade nevyhnutnosť ako taká ešte nie je slobodou; je však jej predpokladom a obsahuje ju v sebe a ruší ju. Mravný človek si uvedomuje obsah svojho konania ako niečoho nevyhnutného a pre neho platného a neľutuje nalomenie svojej slobody. Naopak, tá sa stáva o mnoho viac týmto uvedením skutočnou a obsahom naplnenou slobodou, a to na rozdiel od ľubovôle ako ešte bezobsažnej a len možnej slobody.“⁴⁵

Friedrich Engels v Anti-Dühringovi formuluje vo väzbe na Hegla tézu, ktorá sa neskôr stala súčasťou komunistickej ideológie, súčasťou dezinterpretácie vzťahu slobody a rozumu, odpútaním pozornosti od vzťahu slobody a jej obmedzenia tyraniou: „Hegel jako první správně vyložil vztah mezi svobodou a nutností. Svoboda je pro něho pochopením nutnosti. ‚Nutnost je slepá jen potud, pokud není pochopena.‘ Svoboda nespočívá ve vysněné nezávislosti na přírodních zákonech, nýbrž v poznání těchto zákonů a v možnosti, která je tím dána, dát jim plánovitě působit k určitým účelům. Platí to jak ve vztahu k zákonům vnější přírody, tak k zákonům, které řídí tělesné a duchovní jsoucno člověka samého – dvě třídy zákonů, které můžeme od sebe oddělovat nejvýš jen v představě, nikdy však ve skutečnosti. Svoboda vůle neznamená proto nic jiného než schopnost rozhodovat se se znalostí věci. Čím svobodnější je tedy soud člověka o určitém předmětu, s tím větší nutností je určen obsah tohoto soudu; zatímco nejistota, založená na neznalosti, která volí zdánlivě libovolně mezi mnoha různými a rozpornými možnostmi rozhodnutí, dokazuje právě tím, že je nesvobodná, a že je ovládána předmětem, který měla ovládnout. Svoboda spočívá tedy v naší vládě nad námi samými a nad vnější přírodou, ve vládě založené na poznání přírodních nutností; je tedy nutně produktem dějinného vývoje.“⁴⁶

Pripomeňme na tomto mieste už raz spomenuté Schopenhauera

⁴⁴ HEGEL, G. W. F. *Wissenschaft der Logik. Zweiter Teil*. Leipzig 1934, s. 214.

⁴⁵ HEGEL, G. W. F. *Enzyklopädie. Band I*. Berlin 1840, s. 311.

⁴⁶ MARX, K., ENGELS, B. *Spisy. Svazek 20*. Praha 1966, s. 126 – 127.

rove slová: „Slobodný som vtedy, keď môžem robiť, čo chcem ... Môžeš tiež chcieť, čo chceš? ... Môžeš chcieť to, čo chceš chcieť?“⁴⁷

Negatívna sloboda predstavuje teda „vymanenie sa z pút otroctva, tyranie, despotizmu“, pozitívna sloboda potom schopnosť formulovať alternatívy svojho konania. Pozitívna sloboda má pritom dve dimenzie: dimenziu endogénnu, t. j. dimenziu sebazdokonaľovania, dimenziu vnútornej schopnosti či neschopnosti poznania, a dimenziu exogénnu, dimenziu vonkajších myšlienkových vplyvov (od tých pozitívnych, emancipačných až po tie negatívne, manipulatívne).

Nárast nerovnosti a dekonštrukcia verejného priestoru sa na rozdiel od minulosti doposal výrazne nedotkli negatívnej slobody – naopak, nebránia jej rozširovaniu v zmysle autonomizácie spoločnosti. V dejinách 19. a 20. storočia to boli nerovnosti v oblasti negatívnej slobody, ktoré viedli k spoločenským (i právnym) zmenám – a to nie je prípad súčasnej situácie. Sme svedkami oslabovania priestoru pozitívnej slobody, a to najmenej z týchto troch dôvodov: mimoriadnym nárastom vplyvu mediálnej manipulácie (exemplárnym príkladom tohto javu je konzumná spoločnosť), úpadkom vzdelanosti (ako na túto skutočnosť so všetkou naliehavosťou a presvedčivosťou poukázal Konrad Liessmann⁴⁸) a dôsledkami Böckenfördeho dikta, t. j. stratou všeobecne akceptovaných, spoločnosť identifikujúcich a integrujúcich hodnôt. Švajčiarsko-izraelský filozof a psychológ Carlo Strenger východisko z dilemy medzi slobodou, rovnosťou a verejným priestorom vidí v sebazdokonaľovaní, v prebudení sa endogénnej dimenzie pozitívnej slobody.⁴⁹ Avšak tie základné, tie najzákladnejšie, každú civilizáciu formujúce idey, neprinášajú ani vedci, ani filozofi, koniec koncov ani vládcovia, prinášajú ich proroci či patriarchovia. Nijakých ale okolo nás nie je vidieť...

⁴⁷ SCHOPENHAUER, A. *O vôle v prírodě a jiné práce*. Praha, 2007, s. 340.

⁴⁸ LIESSMANN, K. P. *Theorie der Unbildung. Die Irrtümer der Wissensgesellschaft*. Wien 2006. Český preklad: *Teorie nevzdělanosti. Omyly společnosti vědění*. Praha 2008.

⁴⁹ STRENGER, C. *Abenteuer Freiheit. Ein Wegweiser für unsichere Zeiten*. Frankfurt am Main 2017, s. 7 a nasl.

Summary

We live in contrasts: the ever-accelerating plants liberty and equality: the expansion of freedom in terms of personal autonomy generates inequality, paradigm of equality creates a disparity between the proclaimed equality and real inequality (formal equality, legal equality, equality before the law, political equality, information equality and real opposite). Facing side of this competition is weakening public space, weakening, which is full of paradoxes and fully manifests itself in the world of law. Increase inequality and deconstruction of the public space, in contrast to the past, yet greatly touched negative freedom – on the contrary, not prevent it from spreading. We are witnessing a weakening area of positive freedom, at least for three reasons: an extraordinary increase in the impact of media manipulation (an example of this phenomenon is the consumer society), the decline of education (as made this point Konrad Liessmann) and loss generally shared, company identifying and integrating values. However, the most basic, most fundamental, every civilization forming ideas do not bring neither scientists nor philosophers, after all nor rulers, bring them prophets and patriarchs. But there is no one around us.

Prof. Dr. Evgeny Alexeevich Sukhanov

Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University, Moscow

MODERNE REFORM DES RUSSISCHEN GESELLSCHAFTSRECHTS UND DIE RECHTE DER MINDERHEIT DER AKTIONÄRE

1. Das Problem der Vermögensungleichheit der Bürger besteht aus verschiedenen konkreten, kleinen Problemen. Eine der solchen Probleme ist die Verteidigung der Vermögensinteresse der „kleinen Leute“, z.B. Aktionären der Minderheit in der Aktiengesellschaften (sog. „Minoritarien“). Das ist der Teil des allgemeinen zivilrechtlichen Problems der Verteidigung der „schwacher Seite“ und ist besonders interessant im Bereich des Zivilrechts, das auf das Prinzip der juristischen Gleichheit aller Teilnehmer der zivilrechtlichen Beziehungen gegründet ist. Wo sind die Quelle dieses Problems und gibt es vielleicht zwischen ihnen auch rein juristische Quellen bzw. Gründe? Ein gutes Beispiel dazu stellt geltendes russisches Aktienrecht dar.

Zuerst muss man darum über den allgemeinen Stand der modernen russischen Aktiengesetzgebung sagen. In russischen Rechtsordnung sind die Beziehungen in Aktiengesellschaften mit den zwei Gesetzen geregelt, und zwar: das Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation (ZGB) und das Föderaler Gesetz „Über die Aktiengesellschaften“ (AG-Gesetz). ZGB in seiner Kapitel 4 des Ersten Teils schließt die allgemeine Normen über die juristische Personen, zwischen ihnen auch die Normen über die Aktiengesellschaften (AG) ein, AG-Gesetz – spezielle, ausführliche Normen über die Aktiengesellschaften. Theoretisch spielt das ZGB die Rolle des „allgemeinen Gesetzes“ (lex generalis), und AG-Gesetz – die Rolle des speziellen Gesetzes (lex specialis). Praktisch ist die Lage schwieriger, denn zwischen ihnen noch einige Widersprüche gibt es. Als Ergebnis dieser Widersprüche zwischen Gesetzgebungsentscheidungen ist ein

ernstes Schaden der Vermögensinteresse der kleinen Aktionäre zugefügt.

2. Vom Jahre 2012 verwirklicht in Russland eine Reform der Zivilgesetzgebung auf der Grundlage der Konzeption der Entwicklung der Zivilgesetzgebung der Russischen Föderation, die war in 2009 von Staatspräsident der RF bejaht. Auf der Grundlage dieser Konzeption war ein Gesetzentwurf über die neue Fassung des ZGB vorzubereitet (der Gesetzentwurf). Die benannte Konzeption und der Gesetzentwurf waren von einer Arbeitsgruppe des Beirates beim Staatspräsident der RF über die Kodifizierung und Vervollkommnung der Zivilgesetzgebung ausgearbeitet. Der Gesetzentwurf über die neue Fassung des ZGB war in 1. Lesung von Staatsduma in Jahre 2012 bejaht. Dann war er in 10 selbständige Teilen (einzelne Gesetzentwürfe) verteilt. Die meistens von ihnen sind bejaht im Laufe von 2012 – 2017 Jahren und schon gelten (außer der wichtigsten Teilgesetzentwurf über die neue Fassung Abschnitt II des Ersten Teils des ZGB über die Sachenrechte). Die Reform des Gesellschaftsrechts war im Jahre 2014 in Form der neuen Fassung des Kapitels 4 des Ersten Teils des ZGB über die juristische Personen verwirklicht. Aber bis heute ist sie nicht im vollen Umfang in der geltende Fassung des AG-Gesetzes widerspiegelt.

Es waren viele scharfe Sprüche zwischen den Verfassern des Gesetzentwurfes und den Vertretern des Ministeriums für die ökonomische Entwicklung der RF (als Hauptvertreter der Föderalen Regierung), die im Laufe viel als 4 Jahren dauern. Dieses Ministerium zählte als Hauptrichtung der Reformierung der Zivilgesetzgebung „allseitige Liberalisierung“ der gesellschaftsrechtlichen Gesetzgebung mit dem Ziel, die begünstigte „Investitionsklima“ zu schaffen durch den Übergang zur Nutzung „viel bequemlichen und geschmeidigen“ anglo-amerikanischen Rechts. An erste Stelle bei diesen Ministerium stehen (und standen) die Interesse von großen und größten Unternehmensleuten.

Die Verfasser des Gesetzentwurfes (die Mitglieder der obengenannten Arbeitsgruppe) gehen von solchen Standpunkt aus, dass

die Bekräftigung der Verteidigung der Rechte und Vermögensinteresse sog. „kleiner Aktionäre“ (die Mitgliedern von Minderheit der Aktionäre) nötig ist, wie auch klassische kontinental-europäische (deutsche) Grundlage für russische Aktionärgesetzgebung aufbewahren muss. Bis heute gelten die Direktorenräte der russischen Aktiengesellschaften faktisch ohne jegliche Kontrolle von der Seite der Aktionäre (vor allem gibt es bei uns keine Aufsichtsräte). Sie behandeln „kleine Aktionäre“ als eine Last; die nur unnötige Behinderungen für die Tätigkeit der Direktoren (Gesellschaftsmanagement) immer schaffen. Sie leiten nach einen alten deutschen Sprichwort: „Aktionäre sind dumm und frech – dumm, weil sie ihr Geld hergeben und frech, weil sie dafür auch noch was verlangen“.

Aber diese „dumme und freche“ Leute hatte seine Einlage in das gesellschaftliche Vermögen (Stammkapital) gemacht und darum haben gesetzliche Interesse in der Ergebnissen der Tätigkeit der Gesellschaft und in der Mitteln seiner Erreichung. Die Nutzung des gesellschaftlichen Vermögens ohne ihre Kontrolle ist der grobe Störung der Vermögensrechte (*property rights*). Über dessen Beachtung sind die Anhänger der „Verbesserung der Investitionsklima“ immer besonders vorsorgen. Aber im Vergleich mit den anderen Rechtsordnungen befindet sich Russland am 140. Platz (aus 144 Plätze) in Bezug auf Fragen der Verteidigung der Rechte „kleiner Aktionäre“. Als Ergebnisse der Sprüche zwischen diesen beiden Standpunkte muss man sagen, das die neue Fassung des Kapitels 4 des ZGB einen Kompromiss zwischen ihnen dargestellt. Dabei muss man auch berücksichtigen, das in Bezug auf die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) solche Probleme praktisch bestehen nicht.

3. Einerseits, sind in der neuen Fassung des Kapitels 4 ZGB den Aktionären einige neue, zusätzliche Rechte eingeräumt, und zwar:

- 1) auf die Berufung der Entscheidungen der Organen der Gesellschaft, aus denen zivilrechtliche Folgen fließen;
- 2) auf die Förderung den Schadenersatz, der der Gesellschaft zugefügt ist;

- 3) auf die Anfechtung von der Name der Gesellschaft einigen von ihnen Rechtsgeschäfte (sog. große und mit der Interessiertheit); wie auch
- 4) auf die Förderung der Rückkehr des Anteils der Beteiligung in der Gesellschaft, der zu anderen Personen übergeht hatte ohne seine Wille als Ergebnisse der rechtswidrige Handlungen anderen Personen, einschließlich anderen Mitgliedern der Gesellschaft, mit der Zahlung der rechtsfertigen Entschädigung nach der Gerichtsentscheidung und des Schadenersatzes von der Seite der schulden Personen – Klagen zum Wiederaufbau der gesellschaftlichen Kontrolle (in diesen Fällen nutzt man in vorigen unbegründet Klage über „rei vindicatio“, der nur für die sachenrechtliche Beziehungen vorausbestimmt und schlecht verteidigt die vermögensrechtliche Interesse der Aktionäre in der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen).

Ihnen entsprechen die Pflichte der Aktionäre, zwischen ihnen muss man besonders nennen:

- 1) die Pflicht der Nichtverbreitung der Information über die Tätigkeit seiner Gesellschaft;
- 2) die Pflicht, der Schaden seiner Gesellschaft nicht zufügen;
- 3) die Pflicht der Handlungen, die die Schwierigkeiten für die Gesellschaft schaffen, um seine wirtschaftliche und andere Ziele zu erreichen.

Auf diese Weise ist nötige Bilanz der Rechten und Pflichten aller Aktionäre und seiner Interesse eingeführt. Das ist einer der Hauptleistung neuer Gesellschaftsgesetzgebung.

4. Aber im Juni 2017 war eine neue Fassung Art. 91 AG-Gesetzes angenommen. Die begrenzt wesentlich das Recht der Aktionäre auf die Information über die Tätigkeit seiner Gesellschaft.

Jetzt kann man Information über die sog. große Rechtsgeschäften oder Rechtsgeschäften mit der Interessiertheit nur solche Aktionäre bekommen, die mindestens 1% aller Stimmaktien besitzen. Das betrifft „öffentliche AG“ (Analog anglo-amerikanischen „public limited companies“, PLC, oder deutschen börsennotierte AG), d.h. großen und größten AG. In „nicht öffentlichen AG“ (Analog anglo-

-amerikanischen „private limited companies“, Ltd.), d.h. mittleren und „kleinen“ (nicht börsennotierte) AG diese Schwelle kann man noch höher sein – aber nach einstimmiger Entscheidung aller Aktionäre (das praktisch sehr selten sein, denn fast immer wird jemand, der „gegen“ sein wird). Solche Erhöhung kann man auch durch Gesellschaftsvertrag, in denen alle Aktionäre sind beteiligt, zu gestalten.

Dabei kann man solche Information nur zu bekommen, wenn Aktionär eine konkrete „wirtschaftliches Ziel“ hinweist, für welche diese Information nötig ist, und ein spezieller Vertrag über die Nichtverbreitung dieser Information mit der Gesellschaft schließt.

Wenn nach Meinung der Gesellschaft solche rechtsfertigte Ziel besteht nicht, oder gilt Aktionär „nichtgewissenhaft“, oder seine Interesse „nicht begründet ist“, oder ist er Konkurrent der Gesellschaft, oder diese Information betrifft der Zeit, wenn er kein Aktionär dieser Gesellschaft war, bekommt er ein Verzicht.

Aber wenn hat Aktionär keine Information, z.B. über die Rechtsgeschäfte der Gesellschaft oder über die Entscheidungen seiner Exekutivorgane, kann er keine praktische Möglichkeit, diese Rechtsgeschäfte oder Entscheidungen anfechten. Daraus folgt, das die Bilanz der Interessen der Gesellschaft und seiner „kleinen Aktionäre“ verletzt ist, und nicht zugunsten der Aktionäre, und die Verwirklichung seiner gesetzesrechte auch begrenzt ist.

5. Besondere Gespräche verdient die Frage über die Mitwirkung der „kleine Aktionäre“ in der Leitung der Aktiengesellschaft.

In „nicht öffentliche“ Aktiengesellschaft kann man eine Reihe der wichtigen Fragen, die kraft Gesetzes nur Hauptversammlung der Aktionäre zu lösen möchtet, nach seiner einstimmigen Entscheidung kann man auf die Lösung seiner Vorstand und/oder Direktorenrat übergeben. Auch die Fragen, die kraft Gesetzes diese kollektiven Organe zu lösen möchten, kann man auf die Lösung der einziger Geschäftsführer übergeben (Art. 66.3 ZGB). Das betrifft auch die Fragen der Berufung, Vorbereitung und Führung der Hauptversammlungen, wie auch die Fragen des Bestandes und der

Arbeitsordnung seiner Vorstand und Direktorenrat. Das ist möglich nur auf der Grundlage der einstimmigen Entscheidung aller Aktionäre, spricht aber auch über die Möglichkeiten der weiteren Begrenzung der Rechte der Minderheiten von Aktionäre auf die Teilnahme in der Leitung der Aktiengesellschaft.

6. Solche Begrenzungen kann man auch in den Bedingungen des Gesellschaftsvertrags (Aktionärsvereinbarung) (Art. 67.2 ZGB und Art. 31.2 AG-Gesetzes). Darum verdient solche Aktionärvereinbarung besondere Bemerkungen als eine der ernstesten Gefahren für die Minderheit der Aktionäre. Das ist ein Vertrag der Aktionäre über die besonderen Bedingungen der Verwirklichung seiner Gesellschaftsrechte. Solcher Gesellschaftsvertrag ist kein Gründungsvertrag, seine Analogen im deutschen Recht sind Aktionärbindungsvertrag oder Stimmbindungsvertrag, in anglo-amerikanisches Recht „shareholders agreement“.

In solcher Vertrag kann man nicht alle, sondern auch nur einige Aktionäre beteiligen (z.B. Hauptaktionäre), wie auch einige „Dritte Personen“ (z.B. Banken), die zwar keine Mitglieder der Gesellschaft sind (und darum keine Vermögensrisiko für die Ergebnisse seiner Tätigkeit tragen), sondern haben sehr breite Möglichkeiten, seiner Tätigkeit zu leiten. Seine konkreten Bedingungen sind voll geheim für alle andere Aktionäre und Organe der Gesellschaft. Anders gesagt, mit der „Hilfe“ dieses Vertrages kann man ganz geheim die Leitung der Aktiengesellschaft anderen Personen übergeben; die keine seine Mitglieder (Aktionäre) sind. Das ist besonders gefährlich für die Minderheit der Aktionäre.

Nach Meinung einiger Juristen, breite Nutzung solchen Verträge in der Leitung der Aktiengesellschaften muss man betrachten als eine der Form der nötiger Übergang des Gesellschaftsrechts „von imperativen zur dispositiven Grundlage“, d.h. von gesellschaftsrechtlichen zur vertragsrechtlichen Regelungen in dieser Zivilrechtlichen Bereich. Das ist für die Gesellschaftsmanagement und große Aktionäre bequem, aber führt zu große Gefahren für die Minderheit der Aktionäre (und für die Gläubiger der Aktiengesellschaften).

7. Als Ergebnis dieses Zustandes ist die Minderheit der Aktionäre von der Leitung und Kontrolle für die Tätigkeit seiner Aktiengesellschaften beseitigt sind (auch wenn sie in sein Kapital einige Vermögen einlagen) und juristischer Mechanismus der Verteidigung seiner Vermögensinteressen abgeschwächt ist, d.h. die nötige Bilanz zwischen Interessen verschiedenen Gruppen der Aktionäre und Gesellschaftsmanagement auch verletzt ist.

Diesem Zustand fördert das Fehlen in russischem Modell der Aktiengesellschaft Aufsichtsrates. Genauer gesagt, ist in dieser Modell Direktorenrat dasselbe, als Aufsichtsrat (in Gesetzestexte steht immer in Klammern: „Direktorenrat (Aufsichtsrat)“, d.h. Exequitivorgan auch als Kontrollorgan bezeichnet. Das ist direkte Folge der amerikanischer Einfluss - in dieser Rechtsordnung kein speziellen Kontrollorgan der Aktionäre (shareholders) gibt es.

Aufsichtsrat im deutschen Sinne (als Kontrollorgan der Mitglieder der Gesellschaft) auch nach neuen Normen der ZGB (Abs. 4 Art. 65.3) bildet man nur nach einstimmigen Wunsch der Mitglieder (oder Gründer) der Gesellschaft, der in seinen Satzung bekräftigt muss. Aber auch in dieser Fall kann dieser „Kontrollorgan“ nach ein Viertel aus Direktoren der Gesellschaft bestehen. Mit solcher Gesetzeslösung ist seine Rolle akl Kontrollorgan der Aktionäre wesentlich herabsetzt ist.

8. Die Lösung dieser Problemen und Wiederaufbau der vernünftigen Bilanz der Interessen aller Aktionäre, einschließlich „kleine Aktionäre“, kann man in der Fall der geplanten Schaffung eines einziges Gesetzes über die „Wirtschaftsgesellschaften“ (AG und GmbH) warten.

Als allgemeine Schlussfolgerung kann man sagen, das effektive Verteidigung der Rechte der Minderheitsaktionäre pflichtige Bestandteil aller gesetzlichen Modellen der Leitung der Aktiengesellschaft sein muss. Das ist ausgeschlossen und unmöglich bei der Überwindung dieser Leitung auf die vertragliche Grundlage (mit der Hilfe der „geheimen“ Gesellschaftsverträge).

Doc. PhDr. Mária Šmidová, PhD.

Teologická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

Prof. doc. JUDr. Marek Šmid, PhD.

Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave

OCHRANA RODINY V SOCIÁLNO A PRÁVNOM KONTEXTE

Úvod

Témou nášho príspevku je ochrana rodiny v sociálnom a zároveň právnom kontexte. Ide o mimoriadne široko koncipovanú tému, vzhľadom na viacero možných hľadísk. Prelínajú sa tu hľadiská na manželstvo a partnerstvo, majetkové práva a povinnosti rodiny a jej členov, rodinu ako inštitúciu v spoločnosti a jej definovanie, uplatňovanie princípu rovnosti medzi členmi rodiny a rodiny navonok, ochranu detí, sociálne služby v štáte, otázky práce a odmeňovania živateľov rodín, ako aj mnohé ďalšie otázky upravené takmer všetkými odvetviami práva.

Dovolíme si zúžiť túto sériu právno-sociálnych vzťahov a súvislostí na základe kritéria zamerania výskumu autorov príspevku, ale aj aktuálnosti a legislatívnej dynamiky na otázku, ktorá má silnú spojitosť medzi sociálnymi a právnymi aspektmi hľadania riešení. Touto oblasťou je sociálna funkcia práva pri ochrane rodiny v záťažových situáciách, vyvolaných najmä narodením dieťaťa so zdravotným postihnutím.

Príspevok najprv sleduje východiskovú líniu všeobecnej a informačnej povahy, zameranú na aktuálny stav práva regulujúceho ochranu a zabezpečenie podpory rodiny so zdravotne postihnutým dieťaťom, resp. s takýmto členom rodiny; táto časť slúži ako orientačné východisko a kontext slovenskej sociálnej úpravy a jej implementácie. V druhej časti analyzuje aktuálny legislatívny vý-

voj v oblasti sociálnych služieb na Slovensku, ktoré najvýraznejšie reprezentujú sociálnu funkciu práva týkajúcu sa rodiny s členom so zdravotným postihnutím. V tretej časti komentuje implementáciu práva sociálnych služieb v slovenských pomeroch v praxi. V druhej a tretej časti má za cieľ upozorniť na právnu úpravu a okolnosti i v polohe de lege ferenda. Tieto časti sa zameriavajú na oblasť včasnej intervencie, ktorá je podľa nášho názoru podstatnou zložkou sociálnych služieb vzhľadom na svoju výrazne preventívnu povahu.

1. Stav práva regulujúceho ochranu a zabezpečenie podpory rodiny so zdravotne postihnutým dieťaťom

Dokumenty, týkajúce sa právnych otázok osôb s postihnutím, možno členiť na štyri skupiny: dokumenty mimoprávnej povahy, ktoré sú východiskami a smernicami pre tvorbu právnych noriem, medzinárodné právo, právo Európskej únie a právo Slovenskej republiky. Všeobecne záväzné právne predpisy Slovenskej republiky, upravujúce práva a povinnosti ľudí s postihnutím a ich rodín, vychádzajú a mali by byť v súlade s princípmi a normami prijatými v rámci regionálnych a univerzálnych medzinárodných a nadnárodných spoločenských.

1.1 Dokumenty mimoprávnej povahy

Najkomplexnejším dokumentom mimoprávnej povahy, ktorý jasne deklaruje prioritu myšlienky zabezpečenia ľudí s postihnutím v zmysle znižovania hendikepu a v zmysle ich integrácie do spoločnosti pred myšlienkou charity a inštitucionalizovaného udržiavania ľudí s postihnutím mimo spoločnosti, je dokument prijatý Valným zhromaždením Organizácie Spojených národov 28. októbra 1993, s názvom *Štandardné pravidlá vyrovnávania príležitostí pre osoby so zdravotným postihnutím* (ďalej len „pravidlá“). V čom spočíva hlavná myšlienka vyrovnania príležitostí? Vyrovnanie príležitostí

definujú Pravidlá ako proces, prostredníctvom ktorého sú rôzne systémy spoločnosti a prostredia, ako napríklad služby, informácie a dokumentácia, sprístupnené všetkým, osobitne osobám so zdravotným postihnutím. Ide o princíp rovnakých práv všetkých členov ľudskej spoločnosti. Z toho ďalej vyplýva, že ľudia s postihnutím majú právo žiť vo svojej miestnej komunite (nie izolovane), že na druhej strane majú mať plnú zodpovednosť, teda takú mieru povinností, ktorá je totožná, alebo podľa okolností v maximálnej možnej miere blízka, ľuďom bez postihnutia.

Ľudí so zdravotným postihnutím sa ďalej týkajú *Deklarácia práv zdravotne postihnutých osôb* prijatá VZ OSN 9. decembra 1975 a tiež *Deklarácia o sociálnom pokroku a rozvoji*.

V rámci medzinárodných organizácií v Európe i vo svete, ako aj v rámci Európskej únie sa prijímajú viaceré politické dokumenty, ktoré sa týkajú ochrany práv ľudí s postihnutím. Na zabezpečenie reálnych opatrení v oblasti života ľudí s postihnutím sa prijímajú v rámci OSN i regionálnych organizácií rôzne plány a programy, ktoré by vyžadovali osobitnú pozornosť.

V oblasti filozofického základu ochrany jednotlivých druhov práv ľudí s postihnutím a ich rodín majú historickú, ale aj aktuálnu úlohu sociálne dokumenty Katolíckej cirkvi, najmä encyklické listy pápežov. Možno povedať, že mnohé dokumenty OSN a iných systémov ochrany práv ľudí s postihnutím súvisia a majú svoj základ práve v dokumentoch Katolíckej cirkvi.

1.2 Medzinárodné právo

Základnými právnymi dokumentmi v oblasti ochrany práv ľudí so zdravotným postihnutím a ich rodín sú medzinárodné zmluvy a dokumenty s právnou záväznosťou prijaté v rámci Organizácie Spojených národov, ktoré majú univerzálny charakter. Medzi tie patria najmä:

- *Charta Organizácie Spojených národov a Štatút Medzinárodného súdneho dvora* (San Francisco 26. júna 1945); v SR publikované pod č. 30/1947 Zb.;

- *Všeobecná deklarácia ľudských práv*, prijatá VZ OSN v roku 1948;
- *Medzinárodný pakt o občianskych a politických právach* (New York 19. decembra 1966); v SR publikovaný pod č. 120/1976 Zb. v čl. 26 ustanovuje, že všetci sú si rovni pred zákonom a majú právo na rovnakú ochranu zákona bez akejkoľvek diskriminácie;
- *Opčný protokol k Medzinárodnému paktu o občianskych a politických právach* (New York 16. decembra 1966); v SR publikovaný pod č. 169/1991 Zb. ustanovuje mechanizmus vykonávania Paktu;
- *Medzinárodný pakt o hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach* (New York 16. decembra 1966), v SR publikovaný pod č. 120/1976 Zb. vychádza z rovnakých antidiskriminačných princípov ako Medzinárodný pakt o občianskych a politických právach. V čl. 12 ustanovuje, že zmluvné strany paktu uznávajú právo každého na dosiahnutie najvyššej dosiahnuteľnej úrovne fyzického a duševného zdravia. V čl. 14 ustanovuje, že vzdelanie bude smerovať k plnému rozvoju ľudskej osobnosti a má umožniť všetkým osobám účinnú účasť v slobodnej spoločnosti;

Dohovor o právach dieťaťa (New York 20. novembra 1989), v SR publikovaný pod č. 104/1991 Zb. v čl. 23 ustanovuje osobitne práva dieťaťa s postihnutím. Podnetnými sú tie časti tohto ustanovenia, kde sa zmluvné strany dohodli, že *...duševne alebo telesne postihnuté dieťa má požívať plný a riadny život v podmienkach zabezpečujúcich dôstojnosť, podporujúcich ich sebadôveru a umožňujúcich aktívnu účasť dieťaťa v spoločnosti;*

Dohovor o odstránení všetkých foriem diskriminácie žien (New York 18. decembra 1979), v SR publikovaný pod č. 62/1987 Zb. ustanovuje, okrem iného, aj práva dievčat a žien s postihnutím.

V rámci OSN teda upravujú ľudské práva politické dokumenty a univerzálne zmluvy o ľudských právach, ale aj zmluvy špecializované na určité skupiny ľudí, napríklad ženy, deti, migrujúce osoby. Od roku 2008 upravuje univerzálna medzinárodná špecializovaná zmluva aj práva ľudí s postihnutím. Treba pripomenúť, že ide o najväčšiu skupinu ľudí na svete; podľa Svetovej zdravotníckej organizácie (WHO) žije na celom svete asi 650 miliónov ľudí s rôznymi druhmi postihnutia, čo predstavuje približne 10 % svetovej

populácie. Pritom 80 % týchto osôb (400 miliónov ľudí) žije v chudobných krajinách, ktoré nemôžu zabezpečiť dôstojný život ľuďom s postihnutím, ktorí majú preto oveľa nižší životný štandard. Netreba zabúdať, že postihnutie sa týka aj rodín ľudí s postihnutím, a teda že hovoríme približne o jednej miliarde ľudí. V Európe tiež nie je situácia pod kontrolou. Každý šiesty človek v Európskej únii, teda asi 80 miliónov jej občanov, je zdravotne postihnutých. Viac než jedna tretina ľudí nad 75 rokov má zdravotné problémy, pričom tento počet sa bude zvyšovať s postupným starnutím obyvateľstva krajín únie.

Predchádzajúce politické a právne dokumenty, týkajúce sa ľudí s postihnutím, prijaté v OSN, nestrácajú svoju platnosť, ale sú stále platnými východiskami pre prvý komplexný univerzálny medzinárodnoprávny nástroj ochrany ľudských práv ľudí s postihnutím, *Dohovor Organizácie Spojených národov o právach osôb so zdravotným postihnutím* (ďalej len „Dohovor“), ktorý spolu s jeho *Opčným protokolom* prijalo VZ OSN 13. decembra 2006. Dohovor bol otvorený pre štáty na podpis od 30. marca 2007. Prezident Slovenskej republiky podpísal Dohovor a Opčný protokol 26. septembra 2007, čím Slovenská republika vyjadrila vôľu ratifikovať oba dokumenty. Dohovor a Opčný protokol nadobudli všeobecnú právnu platnosť v zmysle záverečných ustanovení zmluvy 3. mája 2008 (viac na webovej stránke OSN: <http://www.un.org/disabilities>). Dňa 26. mája 2010 Dohovor i Opčný protokol ratifikovala Slovenská republika, pre ktorú teda nadobudol týmto dňom platnosť a vyvolal povinnosť začať proces implementácie Dohovoru do nášho vnútroštátneho práva. Dohovor je publikovaný v Zbierke zákonov pod č. 217/2010 Z. z. Základným východiskom prístupu k osobám so špeciálnymi potrebami podľa Dohovoru je myšlienka, že znevýhodnenie je vecou, problémom spoločnosti a nie osoby so zdravotným postihnutím. V tomto zmysle, podľa článku 3 Dohovoru, sa za osoby s postihnutiami považujú tie osoby, ktoré majú dlhotrvajúce fyzické, psychické, intelektuálne alebo zmyslové poruchy v interakcii s rôznymi bariérami, ktoré môžu sťažovať plnú a efektívnu účasť v spoločnosti na základe rovnosti s inými.

Názorným príkladom je situácia extrémne myopickej (krátkozrakkej) osoby v dvoch rôznych krajinách. Tam, kde táto osoba má prístup ku korekčným šošovkám, sa nebude považovať podľa Dohovoru za osobu s postihnutím; naopak, v krajine, kde takýto prístup nemá, daný nedostatok v spoločnosti spôsobuje jej postihnutie. Na tomto príklade vidieť jasne väzbu postihnutia na spoločnosť a nie na danú osobu. Európska únia ako celok sa tiež stala stranou Dohovoru. V rámci jej kompetencií by teda všetky politiky, právne predpisy a programy mali byť v súlade s ustanoveniami Dohovoru. Týka sa to napríklad prístupu k vzdelávaniu, zamestnanosti, dopravy, infraštruktúry a budov otvorených pre verejnosť, volebného práva, účasti na politickom živote a zabezpečenia plnej spôsobilosti na právne úkony pre ľudí so zdravotným postihnutím.

Práva ľudí s postihnutím v rámci systému OSN, najmä v oblastiach práce, vzdelávania a zdravotníctva upravujú aj ďalšie medzinárodné zmluvy, najmä zmluvy uzavreté v rámci Medzinárodnej organizácie práce (ILO), Organizácie OSN pre výchovu, vedu a kultúru (UNESCO) a Svetovej zdravotníckej organizácie (WHO).

Treba mať na pamäti, že nielen OSN, ale aj rôzne kontinentálne či regionálne systémy majú v sociálnej oblasti svoju vlastnú štruktúru, obsahujúcu úpravu práv a povinností ľudí s postihnutím. Takéto úpravy sa v rôznom obsahu a rozsahu prijali v rámci EÚ, Rady Európy, OBSE, ako aj v rámci kontinentálnych regionálnych úprav, napríklad systémov ochrany sociálnych a ďalších ľudských práv na africkom a americkom kontinente. V rámci európskeho regionálneho priestoru sa považujú za kľúčové najmä Európska sociálna charta a Dohovor Rady Európy o ochrane ľudských práv a základných slobôd.

Revidovaná Európska sociálna charta (Štrasburg 3. mája 1996), v SR publikovaná pod č. 273/2009 Z. z. osobitne poskytuje ochranu deťom. Charta okrem antidiskriminačných ustanovení explicitne ustanovuje právo ľudí s postihnutím na odborné vzdelanie, právo na sociálnu pomoc, právo na odbornú prípravu a na profesionálnu a sociálnu readaptáciu.

Dohovor Rady Európy o ochrane ľudských práv a základných slobôd (Rím 4. novembra 1950), v SR publikovaný pod č. 79/1994 Z. z., v čl. 14 ustanovuje, že užívanie práv a slobôd priznaných týmto dohovorom sa musí zabezpečiť bez diskriminácie založenej na akomkoľvek dôvode, ako je pohlavie, rasa ... alebo iné postavenie.

1.3 Právo EÚ

V rámci Európskej únie sa v súvislosti s nadobudnutím platnosti Lisabonskej zmluvy, teda Zmluvy o Európskej únii a zmluvy o fungovaní Európskej únie, 1. decembra 2009, ktorá je publikovaná v Úradnom vestníku EÚ pod č. 2008/C 115/01, stala na základe čl. 6 Zmluvy o Európskej únii právne záväznou aj *Charta základných práv Európskej únie*, publikovaná v ÚV EÚ pod č. 2007/C 303/01, ktorá sa aplikuje v rámci kompetencií únie. Podľa čl. 21 ods. 1 Charty sa zakazuje akákoľvek diskriminácia vrátane dôvodu zdravotného postihnutia. Únia zároveň uznáva a rešpektuje právo starších osôb na dôstojný a nezávislý život a na účasť na spoločenskom a kultúrnom živote. Podľa čl. 26, Únia uznáva a rešpektuje právo osôb so zdravotným postihnutím využívať opatrenia, ktoré sú určené na zabezpečenie ich nezávislosti, sociálnej integrácie a integrácie v zamestnaní a účasti na spoločenskom živote.

Čl. 151 a 153 Zmluvy o fungovaní Európskej únie garantujú úlohu EÚ pri zabezpečovaní primeranej sociálnej ochrany, najmä v oblasti zamestnania.

1.4 Všeobecne záväzné právne predpisy Slovenskej republiky

Ústava Slovenskej republiky prijatá 1. septembra 1992, publikovaná pod č. 460/1992 Zb. ustanovuje v čl. 12 ods. 2, že základné práva a slobody sa zaručujú na území Slovenskej republiky *všetkým bez ohľadu na pohlavie, rasu ... alebo iné postavenie*. Týmto Ústava Slovenskej republiky ustanovila princíp, že ľudia s postihnutím by mali mať rovnaké práva, (ale aj povinnosti) ako ľudia bez postihnu-

tia. Iné postavenie možno interpretovať aj ako postavenie človeka s postihnutím. Inými slovami, v súlade so Štandardnými pravidlami vyrovnávania príležitostí pre osoby so zdravotným postihnutím. Človek s postihnutím by podľa Ústavy Slovenskej republiky nemal byť znevýhodnený, handicapovaný v žiadnej z tých oblastí, ktoré sa týkajú základných práv človeka. Na uvedené ústavné princípy nadväzujú viaceré ďalšie právne normy slovenského vnútroštátneho práva.

Zákon č. 448/2008 Z. z. o sociálnych službách upravuje právne vzťahy pri poskytovaní sociálnych služieb, financovanie sociálnych služieb a dohľad nad poskytovaním sociálnych služieb. Vzhľadom na praktický účinok, ako aj aktuálny legislatívny pohyb týkajúci sa tohto právneho aktu, venujeme tejto právnej norme osobitný výklad.

Zákon č. 447/2008 Z. z. o peňažných príspevkoch na kompenzáciu ťažkého zdravotného postihnutia upravuje právne vzťahy pri poskytovaní peňažných príspevkov na kompenzáciu sociálnych dôsledkov ťažkého zdravotného postihnutia, právne vzťahy pri vyhotovení preukazu fyzickej osoby s ťažkým zdravotným postihnutím, vyhotovení preukazu fyzickej osoby s ťažkým zdravotným postihnutím so sprievodcom, parkovacieho preukazu pre fyzickú osobu so zdravotným postihnutím a právne vzťahy na účely posudzovania potreby osobitnej starostlivosti poskytovanej podľa osobitného predpisu. Cieľom úpravy právnych vzťahov je podpora sociálneho začlenenia fyzickej osoby s ťažkým zdravotným postihnutím do spoločnosti za jej aktívnej účasti pri zachovaní jej ľudskej dôstojnosti za podmienok a v oblastiach ustanovených týmto zákonom.

Zákon č. 461/2003 Z. z. o sociálnom poistení vymedzuje sociálne poistenie, upravuje jeho rozsah, vykonávanie, organizáciu, financovanie, dozor štátu a konanie vo veciach sociálneho poistenia.

Zákon č. 5/2004 Z. z. o službách zamestnanosti upravuje okrem iného aj oblasť zamestnávania ľudí s postihnutím.

Zákon č. 601/2003 Z. z. o životnom minime ustanovuje životné minimum ako spoločensky uznanú minimálnu hranicu príjmov fyzickej osoby, pod ktorou nastáva stav jej hmotnej núdze.

Zákon č. 305/2005 Z. z. o sociálnoprávnej ochrane detí a o sociálnej kuratele upravuje sociálnoprávnu ochranu detí a sociálnu kuratelu na zabezpečenie predchádzania vzniku krízových situácií v rodine, ochrany práv a právom chránených záujmov detí, predchádzania prehlbovaniu a opakovaniu porúch psychického vývinu, fyzického vývinu a sociálneho vývinu detí a plnoletých fyzických osôb a na zamedzenie nárastu sociálno-patologických javov.

Zákon č. 245/2008 Z. z. o výchove a vzdelávaní (školský zákon) ustanovuje princípy, ciele, podmienky, rozsah, obsah, formy a organizáciu výchovy a vzdelávania v školách a v školských zariadeniach. Hlboko preto zasahuje do dôstojnosti života ľudí s postihnutiami.

Zákon č. 131/2002 Z. z. o vysokých školách a o zmene a doplnení niektorých predpisov, konkrétne § 100 upravuje podmienky štúdia študentov so špecifickými. Podľa zákona o vysokých školách má každý právo študovať na vysokej škole zvolený študijný program, ak splní základné podmienky prijatia na štúdium a ďalšie podmienky určené vysokou školou. Vysoká škola vytvára všeobecne prístupné akademické prostredie a zodpovedajúce podmienky štúdia pre študentov so špecifickými potrebami bez znižovania požiadaviek na ich študijný výkon. Pri určovaní týchto podmienok sa zaručujú rovnaké práva pre všetkých uchádzačov o štúdium a v súlade so zásadou rovnakého zaobchádzania sa zakazuje diskriminácia z dôvodu veku, pohlavia, sexuálnej orientácie, manželského stavu a rodinného stavu, rasy, farby pleti, zdravotného postihnutia, jazyka, politického alebo iného zmýšľania, príslušnosti k národnostnej menšine, náboženského vyznania alebo viery, odborovej činnosti, národného alebo sociálneho pôvodu, majetku, rodu alebo iného postavenia. Podľa § 100 ods. 9 zákona o VŠ a vyhlášky MŠVVaŠ SR o minimálnych nárokoch študenta so ŠP pôsobia na vysokých školách v Slovenskej republike koordinátori, resp. podporné centrá – špeciálne pedagogické pracoviská pre študentov so ŠP.

Vyhláška MŠVVŠ SR č. 458/2012 Z. z. o minimálnych nárokoch študenta so ŠP uvádza minimálne nároky na podporné služby študentov so ŠP z hľadiska priestorových a materiálnych nárokov a z hľadiska nárokov súvisiacich so štúdiom. Minimálne nároky

stanovuje podľa skupín študentov so ŠP uvedených v § 100 ods. 2 zákona o VŠ.

Zákon č. 576/2004 Z. z. o zdravotnej starostlivosti, službách súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti upravuje poskytovanie zdravotnej starostlivosti a služieb súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti, práva a povinnosti fyzických osôb a právnických osôb pri poskytovaní zdravotnej starostlivosti, postup pri úmrtí a výkon štátnej správy na úseku zdravotnej starostlivosti.

Zákon č. 578/2004 Z. z. o poskytovateľoch zdravotnej starostlivosti, zdravotníckych pracovníkoch, stavovských organizáciách v zdravotníctve ustanovuje okrem iného aj podmienky poskytovania zdravotnej starostlivosti a služieb súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti fyzickými osobami a právnickými osobami a povinnosti poskytovateľa zdravotnej starostlivosti a povinnosti zdravotníckeho pracovníka.

Zákon č. 580/2004 Z. z. o zdravotnom poistení.

Zákon č. 581/2004 Z. z. o zdravotných poisťovniach ustanovuje okrem iného aj dohľad nad poskytovaním zdravotnej starostlivosti upravuje podmienky, postup a rozsah slobodného prístupu k informáciám.

Zákon č. 355/2007 Z. z. o ochrane, podpore a rozvoji verejného zdravia ustanovuje okrem iného aj vykonávanie prevencie ochorení a iných porúch zdravia, požiadavky na zdravé životné podmienky a zdravé pracovné podmienky a povinnosti fyzických osôb a právnických osôb pri ochrane, podpore a rozvoji verejného zdravia.

Zákon č. 211/2000 Z. z. o slobodnom prístupe k informáciám upravuje podmienky, postup a rozsah slobodného prístupu k informáciám, pričom osobami, povinnými podľa tohto zákona sprístupňovať informácie sú štátne orgány, obce, vyššie územné celky, v rozsahu ich rozhodovacej činnosti aj tie právnické osoby a fyzické osoby, ktorým zákon zveruje právomoc rozhodovať o právach a povinnostiach fyzických osôb alebo právnických osôb v oblasti verejnej správy a ďalej právnické osoby zriadené zákonom a právnické osoby zriadené štátnym orgánom, vyšším územným celkom alebo obcou podľa osobitného zákona.

Zákon č. 365/2004 Z. z. antidiskriminačný zákon upravuje uplatňovanie zásady rovnakého zaobchádzania a ustanovuje prostriedky právnej ochrany, ak dôjde k porušeniu tejto zásady, pričom dodržiavanie zásady rovnakého zaobchádzania spočíva v zákaze diskriminácie aj kvôli zdravotnému postihnutiu. Zákon implementuje aj únióvu Smernicu Rady č. 2000/78/ES, ktorá ustanovuje všeobecný rámec pre rovnaké zaobchádzanie v zamestnaní a povolani z 27. novembra 2000. Táto ustanovila všeobecný rámec pre boj proti diskriminácii aj na základe zdravotného postihnutia s cieľom zaviesť uplatňovanie zásady rovnakého zaobchádzania. Ustanovuje, že vo vzťahu k osobám so zdravotným postihnutím sa vykonávajú primerané prispôsobenia, konkrétne vo forme vhodných opatrení realizovaných zamestnávateľmi (pokiaľ takéto opatrenia nie sú pre zamestnávateľov neúmerným bremenom), ktoré majú osobám so zdravotným postihnutím umožniť lepšie uplatnenie sa na trhu práce.

Zákon č. 9/2010 Z. z. o sťažnostiach ustanovuje spôsob podávania a vybavovania sťažností.

Zákon č. 213/1997 Z. z. o neziskových organizáciách poskytujúcich všeobecne prospešné služby upravuje založenie, vznik, zrušenie, zánik, postavenie orgánov a hospodárenie neziskových organizácií, pričom za všeobecne prospešné služby sa považuje poskytovanie zdravotnej starostlivosti, sociálnej pomoci a humanitárnej starostlivosti, ochrana zdravia obyvateľstva, služby na podporu regionálneho rozvoja a zamestnanosti a zabezpečovanie bývania, správy, údržby a obnovy bytového fondu, čo sa týka možností združovania osôb s postihnutím.

Právna úprava zriaďovania a činnosti nadácií sa nachádza v zákone č. 34/2002 Z. z. o nadáciách.

Praktickým dôležitým predpisom je vyhláška MŽP SR č. 532/2002 Z. z. ktorou sa ustanovujú podrobnosti o všeobecných technických požiadavkách na výstavbu a o všeobecných technických požiadavkách na stavby užívané osobami s obmedzenou schopnosťou pohybu a orientácie.

2. Aktuálny legislatívny vývoj v oblasti sociálnych služieb na Slovensku – včasná intervencia

Zákon č. 448/2008 Z. z. o sociálnych službách a o zmene a doplnení zák. č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) v znení neskorších predpisov (ďalej len „ZSS“) upravuje právne vzťahy pri poskytovaní sociálnych služieb, financovanie sociálnych služieb a dohľad nad poskytovaním sociálnych služieb.

Sociálna služba je odborná činnosť zameraná na prevenciu vzniku nepriaznivej sociálnej situácie, riešenie alebo zmiernenie nepriaznivej sociálnej situácie fyzickej osoby, rodiny alebo komunity, zachovanie, obnova alebo rozvoj schopnosti fyzickej osoby viesť samostatný život na podporu jej začlenenia do spoločnosti, zabezpečenie nevyhnutných podmienok na uspokojovanie základných životných potrieb fyzickej osoby a jej rodiny, riešenie krízovej sociálnej situácie fyzickej osoby a rodiny, prevencia sociálneho vylúčenia fyzickej osoby a rodiny, zosúlaďovanie rodinného života a pracovného života.

Nepriaznivá sociálna situácia je najmä ohrozenie fyzickej osoby pre ťažké zdravotné postihnutie alebo nepriaznivý zdravotný stav, či pre výkon opatrovania fyzickej osoby s ťažkým zdravotným postihnutím. Relevantným dôvodom takejto sociálnej situácie je aj ohrozenie vývoja pre jej zdravotné postihnutie, ak ide o dieťa do siedmich rokov veku, ako aj situácie členov jeho rodiny.

Podľa § 33 platného ZSS, služba včasnej intervencie sa poskytuje dieťaťu do siedmich rokov jeho veku, ak je jeho vývoj ohrozený pre zdravotné postihnutie a rodine tohto dieťaťa. V rámci služby včasnej intervencie sa poskytuje buď špecializované sociálne poradenstvo, alebo sociálna rehabilitácia a vykonáva sa stimulácia komplexného vývoja dieťaťa so zdravotným postihnutím a preventívna aktivita. Službu včasnej intervencie možno poskytovať ambulantnou sociálnou službou a terénnou formou sociálnej služby prostredníctvom terénneho programu.

Podľa vládneho návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa ZSS, predloženého Národnej rade SR 18. augusta 2017 (parlamentná tlač

663 prerokúvaná v súčasnosti výbormi NR SR) sa § 33 ZSS dopĺňa o pravidlo, že *v rámci služby včasnej intervencie sa vykonáva komunitná rehabilitácia.*

Novo sa teda ustanovuje vzhľadom na povahu a charakter služby včasnej intervencie vykonávanie komunitnej rehabilitácie. Ide o koordináciu činností všetkých subjektov v prospech podpory sociálneho začlenenia dieťaťa a jeho rodiny (najmä rodina, obec, poskytovatelia zdravotnej starostlivosti, poskytovatelia sociálnych služieb, vzdelávacie inštitúcie).

Ďalej sa dopĺňa pravidlo, že *poskytovanie terénnej formy sociálnej služby pri včasnej intervencii má prednosť pred ambulatnou sociálnou službou. Ak terénna forma sociálnej služby nie je vhodná, účelná alebo dostatočne nerieši nepriaznivú sociálnu situáciu, poskytuje sa ambulatná sociálna služba.*

Ustanovuje sa poskytovanie služby včasnej intervencie prioritne terénnou formou sociálnej služby prostredníctvom terénneho programu (zameraného na určitý druh zdravotného postihnutia, resp. cieľovú skupinu detí), ktorá sa dopĺňa ambulatnou formou sociálnej služby. Táto úprava vychádza z povahy a účelu poskytovania služby včasnej intervencie, ktorými sú najmä stimulácia vývinu dieťaťa so zdravotným postihnutím s cieľom docieľiť maximálne využívanie jeho oslabených funkcií a vytvárať kompenzačné mechanizmy za oslabené schopnosti, podporovať a rozvíjať jeho schopnosti, zručnosti a sociálne kontakty, ako aj poskytovať podporu pri vyrovnaní sa so zdravotným postihnutím dieťaťa a akceptácia jeho špecifických potrieb a poskytovať podporu a pomoc rodine pri tejto starostlivosti o dieťa. Prijímateľom služby včasnej intervencie je dieťa so zdravotným postihnutím, ale v konečnom dôsledku je to aj celá rodina tohto dieťaťa a základom tejto sociálnej služby sú konzultačné návštevy odborníkov v domácnosti klienta a pomoc pri uplatňovaní konkrétnych a individualizovaných postupov a techník podporujúcich psychomotorický vývoj dieťaťa, rozvoj komunikácie, techník pomáhajúcich adaptácii dieťaťa so zdravotným postihnutím na vonkajšie prostredie, a to podľa špecifických potrieb tohto dieťaťa.

V súlade s § 81 písm. f) zákona je v obligatórnej pôsobnosti vyššieho územného celku zabezpečiť poskytovanie služby včasnej intervencie. Vzhľadom na povahu a charakter tejto sociálnej služby a najmä jej preventívne pôsobenie z hľadiska nepriaznivých dôsledkov zdravotného postihnutia dieťaťa na jeho sociálne začlenenie a začlenenie jeho rodiny je odôvodnené ustanoviť aj povinnosť vyššieho územného celku poskytovať finančný príspevok na prevádzku tejto sociálnej služby, ak o poskytovanie požiada neverejného poskytovateľa tejto sociálnej služby. Právnou podmienkou je neposkytovanie tejto sociálnej služby s cieľom dosiahnuť zisk, a žiadosť vyššieho územného celku o poskytovanie tejto sociálnej služby neverejného poskytovateľa sociálnej služby, a to pri viazanosti ustanovením § 8 ods. 1 prvou vetou a § 8 ods. 3 zákona (zabezpečenie dostupnosti sociálnej služby a práva výberu poskytovateľa sociálnej služby fyzickou osobou, ktorá je odkázaná na sociálnu službu a žiada o jej zabezpečenie) a realizáciou práva informovaného výberu poskytovateľa tejto sociálnej služby podľa § 6 ods. 1 a 2 (vrátane dostupnosti informácií v zrozumiteľnej forme o spôsobe poskytovania sociálnej služby, o úhrade za sociálnu službu a cieľovej skupine, ktorej sa poskytuje).

Do demonštratívneho výpočtu jednotiek výkonu, v prepočte na ktoré sa určuje finančný príspevok na prevádzku poskytovanej sociálnej služby, sa novo ustanovuje pre druh sociálnej služby, ktorým je sociálna rehabilitácia, vykonávaná ako samostatná odborná činnosť – počet hodín a pre druh sociálnej služby, ktorým je služba včasnej intervencie – počet hodín. Úprava je vykonaná vzhľadom na požiadavky aplikačnej praxe a potrebu jednoznačnej interpretácie, keďže ide o druhy sociálnej služby, ktorých nákladovosť vychádza prioritne vzhľadom na ich individualizovaný rozsah vyžiadaný konkrétnym prijímateľom tejto sociálnej služby, z objemu poskytovaných výkonov v hodinách.

Predkladaný návrh novely zákona o sociálnych službách je naplnením záväzku z Programového vyhlásenia vlády SR na roky 2016 – 2020 *„zefektívniť systém viaczdrojového financovania sociálnych služieb, zavedením príspevku podľa stupňa odkázanosti pre všetkých zriaďovateľov rovnako“*.

Podľa nášho názoru ide o pozitívny legislatívny vývoj v oblasti poskytovania včasnej intervencie ako sociálnej služby.

Plán vykonávať v rámci služby včasnej intervencie aj komunitnú rehabilitáciu vytvára možnosť rozšíriť služby včasnej intervencie o zdravotnícku, psychologickú, sociálnu, pedagogickú a pracovnú rehabilitáciu. V rámci *de lege ferenda* však navrhujeme, aby sa do príslušnej časti novely ZSS zaradila aj metóda sociálnej práce, ktorou je sprevádzanie. Podľa § 11 ZSS sa rozlišujú druh, forma a rozsah sociálnej služby. Podľa § 12 ods. 1 písm. b) bodu 5. ZSS je druhom sociálnej služby na podporu rodiny s deťmi aj služba včasnej intervencie. Podľa § 16 ods. 1 písm. b) ZSS, poskytovateľ sociálnej služby vykonáva aj odbornú činnosť, ktorou je špecializované sociálne poradenstvo. Toto definuje § 19 ods. 3 ZSS ako *zistenie príčin vzniku, charakteru a rozsahu problémov fyzickej osoby, rodiny alebo komunity a poskytnutie im konkrétnej odbornej pomoci*. Práve tu by bolo vhodné doplniť na konci vety slová „a sprevádzanie“.

Plán priority terénnej formy včasnej intervencie je vhodným akceptovaním požiadavky efektívnosti práce a nákladov s ňou spojených.

Návrh týkajúci sa merania výkonu pri poskytovaní včasnej intervencie upravuje tiež uplatnenie princípu presnosti, transparentnosti a rovnosti vo financovaní sociálnych služieb poskytovaných verejnými a neverejnými poskytovateľmi, preto sa javí ako jednoznačne pozitívny.

3. Otázky implementácie práva sociálnych služieb v slovenských pomeroch v praxi

V centre našej pozornosti bola právna úprava sociálnej služby, ktorá sa nazýva včasná intervencia. Z tohto dôvodu si dovoľíme niekoľko poznámok o jej podstate, komparáciu v Európe a analýzu problémov, ktoré ju sprevádzajú. Podobne budeme venovať určitú pozornosť metóde sprevádzania, keďže ide podľa nášho názoru

o modernú a účinnú metódu v oblasti sociálnych služieb, ktorá by mala nájsť svoje miesto v právnom poriadku Slovenskej republiky.

Pod výrazom *včasná intervencia*, v odbornej literatúre uvádzanej aj ako *včasná starostlivosť*, rozumieme relatívne samostatnú oblasť starostlivosti o deti s rôznymi poruchami vývinu, o deti so zdravotným postihnutím, v období prvých rokov ich života do nástupu do predškolského či školského zariadenia a tiež o ich rodiny. Ide sa o interdisciplinárnu starostlivosť, spočívajúcu v diagnostike, rehabilitácii, poradenstve a terapii.¹

Výraz *včasná starostlivosť (intervencia)* je medzinárodne (*frühförderung, early intervention, rane intervencije, raná péče*) používaný pre opatrenia a terapeutické, vzdelávacie a socializačné programy orientované na uvedenú kategóriu detí a ich rodiny. Ich cieľom je integrácia rodiny a minimalizovanie dôsledkov postihnutia na vývin dieťaťa. Charakteristické pre *včasnú starostlivosť* je to, že jej klientom je celá rodina a poskytuje sa prevažne v prirodzenom prostredí a v spolupráci so systémom zdravotnej starostlivosti.²

Súhrnná štúdia o *včasnej starostlivosti Raná péče*³ hovorí o dôležitosti ekologicko-systémového prístupu, ktorý je v súčasnosti veľmi rozšírený a možno ho považovať za referenčný rámec aj vo *včasnej starostlivosti*. Od neho sa odvíjajú aj definície, ktoré zdôrazňujú kľúčovú úlohu rodiny ako faktoru, rozhodujúceho o úspešnosti *včasnej intervencie*. Skupina odborníkov, zainteresovaných v tejto štúdii zdôrazňuje, že účelom *včasnej starostlivosti* je zaistenie a podpora vývinu dieťaťa, posilnenie kompetencií rodiny a podpora začlenenia rodiny a dieťaťa do spoločnosti, pričom sa služby poskytujú v prirodzenom prostredí dieťaťa, ak možno na miestnej

¹ HORŇÁKOVÁ, M. 2010. *Včasná intervencia orientovaná na rodinu*. Bratislava: Univerzita Komenského, 260 s. ISBN 978-80-223-2915-6.

² HRADILKOVÁ, T. et al. 2012. *Naše cesta. Metódy práce s rodinou v rané péči*. České Budějovice: Středisko rané péče SPRP, 55 s. ISBN 978-80-87510-20-9.

³ EVROPSKÁ AGENTURA PRO ROZVOJ SPECIÁLNÍHO VZDĚLÁVÁNÍ. 2005. *Raná péče. Analýza situace v Evropě. Klíčové aspekty a doporučení*. [online]. [citované 2013-06-22]. Dostupné na internete: <<http://www.european-agency.org/publications/ereports/early-childhood-intervention/early-childhood-intervention-analysis-of-situations-in-europe-key-aspects-and-recommendations>>.

úrovni a práca prebieha tímovo, viacúrovňovo so zameraním na rodinu.

Vo väčšine krajín Európskej únie nielen uznali potrebu včasnej starostlivosti, ale urobili aj potrebné kroky na jej zabezpečovanie vybudovaním podporného súboru služieb pre jej fungovanie. V niektorých krajinách Európy sú služby spojené so starostlivosťou o dieťa s postihnutím a jeho rodinu financuje štát a poskytujú sa terénnou aj ambulatnou formou v centrách včasnej intervencie od narodenia dieťaťa. Interdisciplinárny tím v týchto centrách tvoria poväčšine zdravotník, psychológ, sociálny pracovník, pedagóg a zabezpečuje dobrú výmenu informácií medzi odborníkmi.

V Českej republike dôležitosť včasnej intervencie ako sociálnej služby pre rodinu bola potvrdená zákonom pred siedmimi rokmi a neskoršia novela jej aj vymedzuje miesto poskytovania: „raná péče“ ako terénna služba, doplnená ambulatnou formou služby pre dieťa a rodičov dieťaťa so zdravotným postihnutím vo veku do sedem rokov na podporu rodiny a podporu vývinu dieťaťa. Program starostlivosti zastrešuje ministerstvo zdravotníctva, sociálnych vecí aj ministerstvo školstva.⁴

V mnohých ďalších štátoch Európy si uvedomujú efektívnosť programu včasnej intervencie, ktorá má veľký význam vo všetkých úrovniach prevencie, v primárnej, sekundárnej aj terciárnej.

V Slovenskej republike Národný program starostlivosti o deti a mládež na roky 2008 – 2015 informoval, že na podporu komunitnej starostlivosti o matku a dieťa nebol prijatý osobitný program. Aj keď včasná intervencia je u nás je legislatívne prijatím novely zákona 448/2008 podopretá, nie je systémová a personálne vybudovaná. Zatiaľ sa skôr opiera o systém poradenských centier pri špeciálnych školách a školských zariadeniach. Začínajú vznikať prvé ambulancie pre včasnú diagnostiku a terapiu, pričom je odborne orientovaná prevažne na poškodenia a zaškolenie rodičov do jednotlivých

⁴ KNEZOVÍČOVÁ, Z. 2008. *Včasná intervencia v EÚ a na Slovensku*. [online]. Infodóm.[citované 2013-06-12]. Dostupné na internete: <http://www.ozinfodom.info/index.php?page=clanok_detail&id=6741>.

konkrétnych terapeutických techník. V našich zariadeniach chýbajú služby tímov odborníkov a takmer úplne absentujú mobilné formy starostlivosti.⁵ Ešte na nižšej úrovni je podpora rodín po stránke psychologickej a duchovnej.

Fungujúce centrá včasnej starostlivosti sú na Slovensku vytvorené len s podporou prevažne neziskových organizácií. V zákone o sociálnych službách nie je začlenená komplexná forma starostlivosti o rodinu s dieťaťom s postihnutím. Na takýto spôsob poskytovania pomoci dieťaťu s postihnutím v jeho prirodzenom prostredí sa v našom systéme sociálnej starostlivosti vzťahuje terénna forma sociálnej služby. Prostredníctvom takejto služby by mohli rodičia získať pomoc už od narodenia dieťaťa. V praxi sa však terénna forma sociálnych služieb pre rodinu s dieťaťom s postihnutím na Slovensku zatiaľ len začína uplatňovať, a to aj prostredníctvom novely ZSS. Mnohé výskumy, vykonané na území Slovenska, odhalili urgentnú potrebu pre takúto službu v rodinách, kde sa narodilo dieťa s postihnutím.⁶

Vytváranie centier včasnej starostlivosti miestnymi alebo obecnými úradmi je jednou z možností pomoci týmto rodinám. Pre dieťa s postihnutím v ranom období jeho vývinu je potrebné, aby čo najviac času trávil v harmonickom a podnetnom domácom prostredí. Rodine neprospeje, ak trávi množstvo času s dieťaťom dochádzaním na lekárske vyšetrenia, čakaním v ordináciách a zháňaním informácií. Preto treba, aby dôležitou súčasťou služby včasnej starostlivosti bolo jej poskytovanie v domácom prostredí, prostredí dieťaťa a jej klientom bola celá rodina. Konzultácia v rodine umožňuje individuálny prístup a má význam pre rodičov aj pre dieťa.⁷

⁵ HORŇÁKOVÁ, M. 2010. *Včasná intervencia orientovaná na rodinu*. Bratislava: Univerzita Komenského, 260 s. ISBN 978-80-223-2915-6.

⁶ GREGOROVÁ, M.: *Sociálna práca zameraná na podporu rodiny s dieťaťom so zdravotným postihnutím*. Diplomová práca. VŠ sv. Alžbety, 2013.

⁷ HRADILKOVÁ, T. et al. 2012. *Naše cesta. Metódy práce s rodinou v rané péči*. České Budějovice: Středisko rané péče SPRP, 55 s. ISBN 978-80-87510-20-9.

K spoločným rysom služieb včasnej starostlivosti podľa Európskej agentúry pre rozvoj špeciálneho vzdelávania patrí hlavne⁸ prístupnosť, aby bola na dosah rodinám, ktoré pomoc potrebujú čo najrýchlejšie aj na vidieku, nielen v mestách. Blízkosť v zmysle poskytovania služby buď v rámci komunity alebo priamo doma a blízkosť v zmysle porozumenia a rešpektovania potrieb rodiny. Finančnú dostupnosť služby rodinám podporuje aj skutočnosť, že vo väčšine krajín je táto činnosť financovaná zo zdrojov ministerstva zdravotníctva, sociálnych vecí a školstva, prípadne poisťovní a neziskových organizácií. Odborníci poskytujúci podporu rodinám pôsobia vo viacerých profesiách a interdisciplinárna práca tak uľahčuje odovzdávanie informácií medzi členmi tímu. Rôznorodosť služieb vyplýva zo zapojenia troch oblastí: zdravotníctva, sociálnych služieb a školstva.

Z výsledkov analýzy uvedenej štúdie, ktorá sa uskutočnila vo viacerých európskych krajinách vychádzajú nasledujúce odporúčania:

Z hľadiska prístupnosti sa odporúča vytvoriť systémovú koncepciu včasnej starostlivosti na miestnej, regionálnej aj národnej úrovni s podporou politických opatrení, zabezpečiť dostupnosť informácií a jasne zdefinovať cieľové skupiny.

Pre zaistenie blízkosti služieb treba získať informácie o podmienkach rodiny a jej sociálneho prostredia priamo v prirodzenom prostredí rodiny a s rešpektom k potrebám rodiny a dieťaťa.

Finančná dostupnosť bez ohľadu na sociálno-ekonomické pozadie rodiny, čo znamená, že všetky služby včasnej starostlivosti by mali byť financované z verejných zdrojov.

Má byť zabezpečená spoluprácou odborníkov s rodinou, ktorá je ich hlavným partnerom, pričom by odborníci mali túto spoluprácu iniciovať. Odborníci musia byť schopní spolupracovať v tíme, pre-

⁸ EVROPSKÁ AGENTURA PRO ROZVOJ SPECIÁLNIHO VZDĚLÁVÁNÍ. 2005. *Raná péče. Analýza situace v Evropě. Klíčové aspekty a doporučení*. [online]. [citované 2013-06-22]. Dostupné na internete: <<http://www.european-agency.org/publications/ereports/early-childhood-intervention/early-childhood-intervention-analysis-of-situations-in-europe-key-aspects-and-recommendations>>.

nos informácií musí byť funkčný a plynulý, treba organizovať spoločné nadstavbové výcviky či vzdelávanie v praxi.

Na zabezpečenie kvalitných služieb je nutná stabilita členov tímu. Rôznorodosť v sektoroch, ktoré včasnú starostlivosť zaisťujú, by nemala vylučovať určitý podiel zodpovednosti zdravotníctva, sociálnych služieb aj školstva.

Keď sa rodičom dostane informácia o možnosti služby včasnej starostlivosti, v stredisku včasnej starostlivosti im bude pridelený poradca, ktorý bude rodinu sprevádzať, sprostredkovať kontakt na ďalších odborníkov.

Ďalšou formou je sprevádzanie rodiča k lekárovi alebo do iných inštitúcií a vypracovávanie správ a podporných vyjadrení pre rodinu. Strediská organizujú individuálne konzultácie aj spoločné aktivity, semináre s odborníkmi, stretnutia rodičov, či týždenné kurzy pre rodiny. Môžu zriadiť aj požičovňu špeciálnych hračiek a pomôcok, ktoré si deti môžu vyskúšať, prípadne sa nimi môžu rodičia inšpirovať. Pomôcky, hračky aj literatúru poradca prináša na konzultácie aj do rodiny.

Včasná starostlivosť poskytuje informácie, odbornú pomoc a poradenstvo pri zvládaní starostlivosti o dieťa s postihnutím. Najlepším spôsobom, ako pomôcť dieťaťu, je posilniť celú rodinu. Pracovníci zaisťujú potreby tak jednotlivých členov rodiny, ako aj rodiny ako celku. Musia dobre vedieť, ako zapojiť rodičov a pracovať s nimi, plánovať služby, stanoviť a načasovať ciele. Venovať pozornosť obom rodičom aj súrodencom, prípadne iným členom rodiny a vedieť s nimi pracovať. Koordinovať starostlivosť o rodinu s ďalšími inštitúciami alebo službami, sprostredkovať kontakt na iných rodičov s podobnými problémami, pomôcť rodičom získať neformálnu podporu v obci alebo v blízkom okolí.⁹ Tu nastáva veľmi vážna výzva pre Cirkev, ktorá v tomto procese môže zohrať najväčšiu úlohu.

⁹ HRADILKOVÁ, T. et al. 2012. *Naše cesta. Metody práce s rodinou v rané péči*. České Budějovice: Středisko rané péče SPRP, 55 s. ISBN 978-80-87510-20-9.

Až 6 % detí predškolského veku v krajinách EÚ je postihnutých závažnými ohrozeniami vývinu z dôvodu zdravotného a sociálneho znevýhodnenia. (ECI 2.0, 2010).¹⁰

Včasná starostlivosť je dôležitá tak z profesionálneho, ako aj spoločenského hľadiska. Kládne si za cieľ podporovať a posilňovať dieťa, rodinu aj služby, ktoré pomoc sprostredkovávajú. Má podiel na vytváraní otvorenej a súdržnej spoločnosti, ktorá si je vedomá práv detí a ich rodín. Po niekoľkoročnej celospoločenskej diskusii sa podarilo vložiť do zákona o sociálnych službách zmeny, týkajúce sa právnej podpory včasnej intervencie.

Ak sa snažíme pochopiť problémy rodiny, jej života, prežívania a vzťahov, treba zamerať pozornosť na špecifické problémy, ktorým nepochybne postihnutie v rodine je.

Súčasná moderná doba prináša mnohé nové, nie vždy pozitívne pohľady na život, rodinu. Dá sa povedať, že oslobodila ľudí od väzieb k širšej rodine, ku komunite, ale zároveň spôsobila rozčlenenie ľudského života do oblastí riadených byrokratickými aparátmi, ktoré oslabujú kompetencie súčasnej rodiny. K znakom súčasnej rodiny priradujeme väčšiu závislosť od štátu, väčšiu nezávislosť od kruhu príbuzných a väčšiu nezávislosť manželov od rodiny.¹¹

Narodením dieťaťa so zdravotným postihnutím sa rodina stáva odlišnou od iných rodín. Táto odlišnosť sa týka všetkých jej členov. Nadobúda inú sociálnu identitu, životný štýl rodiny sa zmení, zmení sa jej správanie v rámci rodiny, ale aj navonok voči širšej spoločnosti.¹²

Narodenie dieťaťa so zdravotným postihnutím ako udalosť v rodine nepredpokladaná a neočakávaná predstavuje pre rodičov die-

¹⁰ ECI 2.0. Európska iniciatíva za kompetentnosť vo včasnej intervencii. Tréning zručností na podporu pedagógov, zdravotníckych odborníkov a sociálnych pracovníkov. [online]. [citované: 2013-07-07]. Dostupné na internete: <<http://www.earlyintervention.eu/index.php?menupos=4>>.

¹¹ KRAVÁROVÁ, M. 2010. *Problémy a zmeny v súčasnej rodine*. [online]. Prohuman. [citované 2013-10-2]. Dostupné na internete: <<http://www.prohuman.sk/socialnapraca/problemy-a-zmeny-v-sucasnej-rodine>>.

¹² VÁGNEROVÁ, M. 2008. *Psychopatologie pro pomáhající profese*. 4. vyd. Praha: Portál, 872 s. ISBN 978-80-7367-414-4.

ťaťa mimoriadnu záťaž. Rodina prežíva životnú krízu, spojenú s bolestivým pocitom nenaplneného očakávania narodenia zdravého dieťaťa. Pre rodičov je to jedna z najťažších životných kríz, pretože sa bezprostredne dotýka ich dieťaťa, tej najzraniteľnejšej oblasti ich života. Predstavuje pre nich sklamanie, ktoré je sprevádzané pocitmi úzkosti a beznádeje. Prežívajú krízu rodičovskej identity a ich úlohou je prijať dieťa také, aké je.¹³

Zvládanie tejto záťaže v rodine závisí od viacerých faktorov. Závisí od skúsenosti rodičov, ich osobnostných vlastností, vek, zdravotný stav, kvalita partnerského vzťahu, počet detí, druh a príčina postihnutia. Prístupy k zvládaniu záťaže môžu mať dvojaký charakter – aktívny a pasívny. Aktívny prístup sa prejavuje úsilím bojovať s neprijateľnou situáciou, hľadať pomoc u lekárov či liečiteľov, zamerať sa na rehabilitáciu dieťaťa.

Pasívny spôsob zvládania záťaže obmedzuje schopnosť nájsť prijateľné riešenie, často sa prejavuje formou úteku zo situácie, s ktorou sa rodičia nedokážu vyrovnáť. Jej krajným riešením je umiestnenie dieťaťa do ústavnej starostlivosti alebo odchod jedného z rodičov, najčastejšie otca, z rodiny. Spôsobom úniku zo situácie môže byť aj popieranie situácie, keď sa rodičia správajú, akoby dieťa bolo zdravé, alebo jeho problémy len dočasné. Je to ich najčastejší spôsob obrany pred ostatnými ľuďmi. Jedným z prístupov môže byť aj prijatie náhradného riešenia, ktorým rodič kompenzuje svoju nenaplnenie rodičovskej úlohy. Môžu rezignovať na možnosť zlepšenia stavu dieťaťa a začať sa venovať niečomu inému, napríklad profesijnej kariére, čo však môže byť príčinou stagnácie pre dieťa aj v tých oblastiach, v ktorých by inak napredovalo.¹⁴

Každá rodina má individuálne sily a schopnosti, na ktorých môže stavať a podľa nich aj zvládať rôzne záťažové situácie. Komplex týchto faktorov alebo silných stránok rodiny pomáha zvládať

¹³ BINAROVÁ, M. – SOBOTKOVÁ, I. 2007. Životní spokojenost a fungování rodin tělesně postiženým dítětem. In: *Psycholgia a patopsycholgia dieťaťa*, 42, č. 4, s. 307 – 322.

¹⁴ VÁGNEROVÁ, M. 2008. *Psychopatologie pro pomáhající profese*. 4. vyd. Praha: Portál, 872 s. ISBN 978-80-7367-414-4.

stresové záťažové situácie a vyrovnávať sa s nimi aj bez väčšieho narušenia rovnováhy. Za priaznivých okolností môže byť aj traumatizujúca situácia aspoň čiastočne prežívaná pozitívne, môže človeka aktivizovať a pôsobiť ako výzva. V tejto súvislosti môžeme hovoriť o výhodnosti postoja prijatia a vyrovnávania sa s touto situáciou ako so životnou skúškou, životnou úlohou. Tento postoj posilní sebedôveru rodičov, rozvinie ich schopnosti aj osobnosť.

Mnohé príklady svedčia o výrazne pozitívnom formovaní osobnosti rodičov vplyvom spolužitia s dieťaťom s postihnutím. Na udržanie pozitívneho psychického prežívania v rodine s dieťaťom so zdravotným postihnutím môže prispievať aj taká stratégia zvládania záťaže ako je pozitívne prehodnocovanie situácie, ktoré vedie k postupnej premene názoru, zameraním sa na to, čo je prijateľné, čo má zmysel.¹⁵

Druhou možnosťou je nájsť na situácii, ktorá sa nedá zásadným spôsobom zmeniť niečo, čo môže človek ovplyvňovať alebo kontrolovať. Patria sem rôzne zmysluplné činnosti, ktoré rodičia vykonávajú pre svoje dieťa s postihnutím.

Ďalšou možnosťou je cielene si vytvárať pozitívne zážitky, prežívať niečo príjemné, urobiť si radosť, odpočinúť si. Patrí sem šport, fyzická práca, záujmy, stretnutia s priateľmi a mnohé iné.

Do procesu zvládania záťaže vstupuje viacero somatických, psychických a sociálnych faktorov. Tieto môžu zvládanie situácie uľahčovať, ale tiež zvyšovať riziko krízy a následného zlyhania. Telesné zdravie a fyzická sila, s ktorými súvisí schopnosť zvládať únavu a nedostatok odpočinku, sú dôležité, pretože starostlivosť o dieťa s postihnutím je dlhodobou záležitosťou a často sa podpíše aj na zhoršení zdravotného stavu človeka, ktorý sa oň stará.

Prežívanie a zvládanie náročnej životnej situácie vo veľkej miere ovplyvňujú aj osobnostné vlastnosti rodičov. Dôležitú úlohu zohráva ich otvorenosť, schopnosť nadväzovať sociálne kontakty, či sú schopní zrozumiteľne formulovať potrebu pomoci, či vedú pomoc

¹⁵ Porov. LICHNER, M.: Povaha a riziká fundamentalizmu. In: *Studia Theologica*, r. 15, č. 1, 2013, s. 135 – 156.

prijímať. Citová stabilita a vyrovnanosť prispieva ku schopnosti posudzovať problém z väčšej šírky, z nadhľadu, pomáha získavať a udržiavať okolo seba ľudí, ktorí môžu v prípade potreby pomôcť. Optimizmus a náklonnosť vidieť viac tie pozitívne stránky pomáha ľahšie znášať záťaž nielen v prítomnosti, ale pomáha hľadiť s nádejou aj do budúcnosti. Vlastnosti ako priateľskosť, ústretovosť a empatia vo vzťahu k ľuďom napomáhajú vcítiť sa do dieťaťa, aj keď je odlišné, pomáhať mu a chrániť ho. Takto disponovaný človek je schopný vnímať aj prejavy lásky a vďačnosti, ktorými ho dieťa obdarúva.

Za veľmi dôležité vlastnosti pre rodičov detí s postihnutím sa považujú sebaovládanie a sebakontrola, ktoré sa pozitívne prejavujú v zodpovednosti, pevnej vôli a systematickosti. Rodičom pomáhajú k vytvoreniu účinného systému pre prácu s dieťaťom. Aj určitý stereotyp, presné naplánovanie každého dňa, pravidelné činnosti s dieťaťom. To, aký postoj rodič zaujme k záťaži, vyplývajúcej zo starostlivosti o dieťa so zdravotným postihnutím závisí aj od úroveň jeho sebadôvery a sebaistoty. Sebadôvera v prijateľnej miere napomáha zvoliť si aktívnejšie spôsoby riešenia, pomáha pri získavaní informácií, odbornej pomoci či duchovnej podpory.

V súvislosti so zvládaním záťaže je potrebná reziliencia, ktorá predstavuje schopnosť jednotlivca, skupiny, komunity odolávať alebo zregenerovať sa z ťažkého stavu, prispôbovať sa meniacim podmienkam a prosperovať.¹⁶

V ostatnom období sa stále vážnejšie pripomína potreba podpory rodiny. Najmä rodiny, ktorá čelí nejakému vážnejšiemu problému, akým narodenie postihnutého dieťaťa určite je. Zároveň vznikajú nové iniciatívy, ktoré vyzývajú kompetentných na vybudovania siete včasnej podpory. Ide o službu, ktorá by paralelne s medicínskou diagnostikou a terapiou mala vytvárať most medzi zranením rodiny a cestami ich liečenia. Včasnou diagnostikou a intervenciou sa myslia odborníci, ktorí sú pripravení profesionálne, ale aj ľudsky, s do-

¹⁶ HORŇÁKOVÁ, M. 2010. *Včasná intervencia orientovaná na rodinu*. Bratislava: Univerzita Komenského, 260 s. ISBN 978-80-223-2915-6.

statočným odstupom vidieť problém danej rodiny. Byť blízko tejto rodine znamená poskytnúť pomoc pri hľadaní možných spôsobov diagnostiky, liečenia, terapií, orientovaní v sieti sociálnej pomoci. Toto je viac odborná forma pomoci. Ľudia pracujúci v tejto sieti by však paralelne mali pracovať s rodinou dieťaťa s postihnutím.

Nadväzne na túto základnú otázku treba zistiť reálnu potrebu a možné spôsoby pomoci týmto rodinám nielen z hľadiska riešenia samotného problému choroby, ale zároveň hľadaniu odpovede na otázku, kde je zdroj pozitívnej sily na jej zvládanie. Závažnou je aj úloha otca a jeho vážnej role v týchto rodinách.

Pomoc, ktorú treba poskytnúť, by mala mať niektoré charakteristické črty, ktorými je hlavne adresnosť, to znamená individuálne prispôsobenie sa potrebám danej osoby. Ďalšími charakteristikami je flexibilita, čiže aktuálne prispôbovanie sa stavu, zmenám stavu, efektívnosť pri vynakladaní finančných prostriedkov zo sociálnych dávok sú využívané na tie potreby, ktoré sú pre kvalitný život dôležité. V neposlednom rade má ísť o odbornosť, ktorá sa týka zdravotných, ale aj iných služieb.

K sprevádzaniu

Counseling je novo sa formujúca metóda sociálnej práce. Je metódou, ktorá pomáha čeliť ťažkým situáciám, ktoré zasahujú jednotlivca na úrovni osobnej, spoločenskej i spirituálnej. Uplatnenie tejto metódy je vo všetkých oblastiach života človeka. Ide o problémy súvisiace s prácou a nezamestnanosťou, manželské a rodinné konflikty, problémy týkajúce sa sexuálneho a emocionálneho života, neschopnosť rozhodovať sa, výchovné problémy, straty a smútok z nich, samotu, neprimerané interpersonálne vzťahy, choroby, existenciálnu prázdnotu, nedostatok viery a problémy duchovného charakteru.

Podstatou novej metódy sprevádzania (counseling) je pomoc k svojpomoci, to znamená zaktivizovať v človeku jeho vnútorné sily, aby dokázal danú životnú situáciu vyriešiť vlastnými silami.

Sprevádzajúci je odborník, ktorý vytvára podporu sprevádzanému s cieľom vyriešiť jeho problém, čím sa táto koncepcia približuje zreteľne k druhu sociálnej služby, ktorou je špecializované poradenstvo.

Základným princípom sprevádzania je neriešiť problém za sprevádzaného, ale pomoc k svojpomoci. Sprevádzajúci rozhovor má byť zameraný na otváranie možností, ktoré je možné využiť pri riešení daného problému, nie na radenie. Dôležité je viesť sprevádzaného k hľadaniu vnútorných síl v sebe, schopnosti objavovať možnosti riešenia daného problému a motivácie pre jeho uskutočnenie. Pri sprevádzaní je možné riešiť len tie problémy, ktoré sprevádzaný chce riešiť. Sprevádzajúci rozhovor by mal byť vždy dobrovoľný a nedirektívny. Podstata úspechu pri takomto rozhovore spočíva v otvorenom a dôvernom vzťahu medzi obidvoma stranami. Znamená pomáhať v tej etape života, ktorú sprevádzaný nedokáže prejsť sám.

Koncepcia sprevádzania má byť postavená na rovnocennom partnerskom vzťahu medzi sociálnym pracovníkom a klientom, sprevádzajúcim a sprevádzaným. Ďalším pilierom je akceptácia klienta, sprevádzaného, ktorý sám za pomoci sociálneho poradcu, sprevádzajúceho, prijíma zodpovednosť za svoje konanie, rast, rozvoj, zrelosť, lepšie uplatnenie, aby sa efektívnejšie orientoval vo svete, vedel sa zodpovedne rozhodovať a viesť samostatný život.

Záver

Oblasť sociálnych služieb, resp. včasnej intervencie, je typickým príkladom aktívnej sociálnej funkcie práva, vyrovnávania príležitostí a tým napĺňania princípu rovnosti a spravodlivosti. Sociálne služby sú koncepciou jasne odôvodnenou na základe požiadavky rešpektovania dôstojnosti každého človeka, pričom rovnosť a znevýhodnenie sú jasne protikladnými javmi. Ide o ochranu a aplikáciu princípov, ktoré sa výrazne nachádzajú v oblasti ľudských práv, ale aj koncepciách štátu a ich zoskupení v medzinárodnom rozmere.

Tieto princípy sú podmienkou fungovania práva. Ich ochrana a pre-sadzovanie, a to aj v nesúlade s ľudskou vôľou, je jedinou cestou k pokoju a znesiteľne spravodlivým spoločenským vzťahom.

Summary

Our contribution is focused to the protection of the family in both the social and the legal context. This is an extremely wide-ranging theme, given the many perspectives. Here are the views of marriage and partnership, the property rights and obligations of the family and its members, the family as an institution in society and its definition, the application of the principle of equality among family members and the family outside, child protection, social services in the State, labor issues and the remuneration of breadwinners' families, as well as many other issues regulated by almost all branches of law. The contribution is the source of this information, including future legislative measures in the Slovak Republic.

The contribution is focused also to the Counseling as a new form of social work; it is a method that helps to cope with the difficult situations that affect the individual at the level of personal, social, and spiritual dimensions. The application of this method is possible in all areas of human life. These are issues related to work and unemployment, marital and family conflicts, sexual and emotional problems, inability to make decisions, educational problems, loss and sadness, loneliness, inappropriate interpersonal relationships, illness, existential emptiness, lack of faith and problems of a spiritual character.

JUDr. Eduard Bárány, DrSc.

Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied, Bratislava

SOCIÁLNA SPRAVODLIVOSŤ V PRÁVE

Každoročne prichádzajú znervózňujúce správy o tom, ako stále menšie percento obyvateľstva vlastní stále väčšiu časť bohatstva ľudstva. Čísla sú natoľko jednoduché, že im rozumejú aj ne-ekonomovia.¹ Po krátkom čase však ruch každodennosti prehluší obavy. Veď v životnom svete nás právnikov sa v dôsledku šokujúcej majetkovej nerovnosti nič dramatické nedeje. Alebo predsa? Sami seba síce vnímame ako strednú triedu, ale profesionálne prichádzame do styku s ľuďmi, ktorých majetkové pomery sú veľmi rôzne. Od klienta majúceho nárok na oslobodenie od súdnych poplatkov po CEO obchodnej spoločnosti s obratom pripomínajúcim rozpočet justície.

Ešte zo štúdia si pamätáme niečo o význame strednej triedy pre demokraciu a nebezpečenstvách priveľkých majetkových rozdielov pre rovnoprávnosť i pre samotný právny štát. Našťastie majetok nie je jediným zdrojom/prostriedkom moci a v modernej a postmodernej spoločnosti sa mnohé iné zdroje/prostriedky moci neviažu na majetok. Napríklad informácie, ako sa jeden z najvýznamnejších zdrojov/prostriedkov moci výrazne oddelili od majetku. To isté platí o spôsobilosti uplatňovať organizované a legitímne (legálne?) násilie. Práve načrtnutý pluralizmus spôsobov distribúcie zdrojov/prostriedkov moci v spoločnosti umožňuje, že napriek stále väčšej koncentrácii majetku prežívajú v nezanedbateľnej časti sveta právny štát i aspoň formálna demokracia a má význam uvažovať o jej vplyvoch na právny systém.

¹ Podľa správy Oxfam vlastnilo v roku 2015 zhruba rovnaký majetok ako chudobnejšia polovička ľudstva. www.oxfam.org.uk/media-centre/press-releases/2016/28.11.2017

Dramaticky sa zostrujúca majetková nerovnosť aktualizuje starú tému sociálnej spravodlivosti v práve. Majetková nerovnosť je určitým spôsobom distribúcie hmotných a duchovných statkov včítane peňazí. Sociálna spravodlivosť sa týka rozdelenia práve uvedených statkov. Pre potreby tejto úvahy ju možno charakterizovať ako uplatňovanie spravodlivostných intuícii na rozdeľovanie dobier a bremien, predovšetkým materiálnych statkov. Uvedená formulácia sa nezaobera otázkou konkrétneho rozdelenia dobier a bremien, ani jeho zásad, ale zdôrazňuje, že sociálna spravodlivosť spočíva vo vzorcoch, pravidlách a spôsoboch tohto rozdelenia.

Veľké časti právneho poriadku možno zmysluplne charakterizovať ako reguláciu rozdeľovania dobier a bremien, predovšetkým materiálnych statkov v spoločnosti. V právnom štáte, kde možno povinnosti ukladať iba zákonom alebo na základe zákona, čiže formou a prostredníctvom práva, sa nevyhnutne vo veľkej miere prekrývajú predmet právnej úpravy a oblasť uplatňovania sociálnej spravodlivosti. Aj preto má význam skúmať uplatňovanie sociálnej spravodlivosti v práve a prostredníctvom práva. Ak berie verejná moc svoju právnosť vážne, tak nemôže uplatňovať spravodlivostné intuície pri rozdeľovaní majetkových hodnôt ináč ako na základe a prostredníctvom práva. Dokonca aj filantropia či dobročinnosť sú v modernej a postmodernej dobe právne regulované a, čo predstavuje smutný paradox, stali sa nezanedbateľným zdrojom/prostriedkom moci. Aj v tom je príčina vhodnosti ich právnej regulácie.

Jeden z veľkých kritikov sociálnej spravodlivosti a najmä jej uplatňovania prostredníctvom práva, F. A. Hayek, vo svojom opus magnum *Právo, zákonodárstvo a sloboda* hneď na začiatku prvého dielu napísal: „... to, čo sa dnes všeobecne považuje za ‚sociálnu spravodlivosť‘ alebo spravodlivosť ‚v rozdeľovaní‘ má význam iba v druhom z týchto poriadkov, v organizácii, nemá však žiadny zmysel v tom spontánnom poriadku ...“² Povrchne a nepresvedčivo by sa mu dalo odpovedať odkazom na realitu skoro všetkých krajín,

² Hayek, F. A. *Právo, zákonodárstvo a sloboda (Nový výklad liberálnych princípů spravodlivosti a politické ekonomie)*. 1. Pravidla a řád. Praha, Academia, 1991, s. 10.

kde sa pri právnej regulácii skoro všetkého zohľadňuje aj jej sociálny vplyv, čiže súlad s intuitívne a skúsenostne založenými predstavami o ne-spravodlivom rozdeľovaní dohier a bremien. Nepresvedčivosť naznačenej argumentácie by spočívala v tom, že možno spoločnosť na svoju škodu uplatňuje spravodlivostné hodnotenia aj tam, kde nepatria.

V pozadí Hayekových myšlienok však stojí Aristotelovo rozlíšenie: „Jestvujú dva druhy čiastočnej spravodlivosti a práva jej zodpovedajúceho: jeden sa týka rozdeľovania pôct alebo peňazí alebo vôbec všetkých tých hodnôt, ktoré sa môžu rozdeliť medzi občanov usporiadaného štátu ..., druhý riadi vzájomný styk jednotlivcov.“³ Rozlíšenie distributívnej a komutatívnej spravodlivosti nie je vymedzením hraníc sociálnej spravodlivosti, teda vhodného uplatňovania spravodlivostných intuícii či hodnotení podľa tej časti morálky, ktorá sa týka rozdeľovania dohier a bremien. V podmienkach právneho štátu sú predmetom cieľavedomej právnej regulácie rozdeľovania dohier a bremien priamo verejnou mocou aj stanovenie pravidiel vzájomného styku fyzických osôb a právnických osôb hlavne súkromného práva. Uvedené rozlíšenie možno prispieva k pochopeniu rozdielu medzi súkromným a verejným právom, ale nie k vymedzeniu sféry uplatňovania sociálnej spravodlivosti. Rozdeľovania dohier a bremien, čiže z veľkej časti materiálnych statkov sa týka nielen ich distribúcie orgánmi verejnej moci podľa právom stanovených pravidiel, ale aj stanovenie pravidiel výmeny týchto statkov v súkromnom práve. V oboch prípadoch ide o hodnotenie podľa rôznych kombinácií princípov a dôsledkov. Aj pri stanovení pravidiel súkromného (občianskeho či obchodného) práva sa prihliada na princípy, aj na podľa skúsenosti predpokladané dôsledky, či skôr výsledky pôsobenia právnej úpravy. Sociálna spravodlivosť predstavuje podstatnú časť kritérií hodnotenia práva aj cieľov tvorby a uplatňovania práva. Ak právna norma súkromného práva prispieva viditeľne k rozdeľovaniu dohier a bremien v rámci transakcií medzi subjektmi súkromného práva, ktoré odporujú časti morálky

³ Aristoteles. *Etika Nikomachova*. Bratislava, Pravda, 1979, s. 118.

týkajúcej sa rozdeľovania dohier a bremien, tak výsledkom je jej hodnotenie ako nespravodlivej.

Táto úvaha sa zakladá na chápaní spravodlivosti ako súladu s časťou morálky týkajúcou sa rozdeľovania dohier a bremien.⁴ Táto charakteristika spravodlivosti stojí v rámci európskej tradície a zároveň sa vyhýba spojeniu s akoukoľvek odpoveďou na otázku čo je ne-spravodlivé? Jej prijatie vedie k umiestneniu sociálnej spravodlivosti do centra významu pojmu spravodlivosť. Ak morálka hodnotí určité rozdeľovanie dohier a bremien a hlavne materiálnych statkov, tak to znamená, že ide o jeho spravodlivostné hodnotenie. Je pritom ľahostajné, či ide o distribúciu orgánom verejnej moci alebo o dobrovoľnú výmenu medzi fyzickými osobami a právnickými osobami súkromného práva. Typickým príkladom súkromnoprávnej výmeny, ktorú morálka odsudzuje, je tzv. úžera, čiže požičiavanie peňazí osobám v tiesni za neprimerane vysoký úrok. Jej morálne odsúdenie ako nespravodlivej tu viedlo až k právnemu zákazu a trestnoprávnemu postihu, čiže k presadeniu kritéria sociálnej spravodlivosti v práve a k právnej úprave, povedané s Aristotelom, „vzájomného styku jednotlivcov“ podľa kritéria sociálnej spravodlivosti.

Hayekov pokus vylúčiť tzv. spontánny poriadok, čiže asi hlavne ekonomické vzťahy z legitímneho uplatňovania spravodlivostných hodnôt sa zakladá na predpoklade jeho vyňatia z ľudskej regulácie i zodpovednosti za jeho podobu i dôsledky jeho fungovania. Ak však ktorákoľvek sféra života spoločnosti, včítane ekonomiky, vedie k rozdeľovaniu dohier a bremien, ktoré je v rozpore s morálkou, tak to je spravodlivostný problém. Samotná predstava sociálnej spravodlivosti je reakciou na morálne neprijateľné pôsobenie ekonomiky, na postavenie pracujúcich v jej rámci a na ňou určované rozdeľovanie bohatstva.

⁴ „... spravodlivosť sa týka rozdeľovania (resp. pridelovania, priradovania) určitých hodnôt v spoločenských vzťahoch, či už ide o hodnoty pozitívne alebo negatívne ...“ Večeňa, M. *Spravedlnost v právu*. Brno: Masarykova univerzita, 1997, s. 16.
„... sociálnej spravodlivosti chápanej ako morálne zdôvodniteľnej distribúcie materiálnych statkov.“ Blaha, Ľ.: *Späť k Marxovi? (sociálny štát, ekonomická demokracia a teória spravodlivosti)*. Bratislava, VEDA, 2009, s. 278.

K celostnému chápaniu spravodlivosti, a to predovšetkým sociálnej, ukazuje Rawlsova koncepcia základnej spoločenskej štruktúry: „Primárnym subjektom princípov sociálnej spravodlivosti je základná štruktúra spoločnosti, usporiadanie hlavných spoločenských inštitúcií do jednej schémy kooperácie ... tieto princípy by mali v týchto inštitúciách riadiť pridelovanie práv a povinností a tie majú určiť náležité rozdeľovanie dohier a bremien v sociálnom živote.“⁵ Pre Rawlsa teda nie je sociálna spravodlivosť korektívom morálne neprijateľných dôsledkov spôsobu usporiadania spoločnosti, ktorý nemá zmysel hodnotiť morálnymi kritériami. V jeho koncepcii predstavuje kritérium a možno i východisko samotného usporiadania spoločnosti. Komplexnosť jeho myšlienkových konštrukcií je možno cudzia realite, ale jednoduchá téza, že podľa princípov sociálnej spravodlivosti, teda podľa časti morálky týkajúcej sa rozdeľovania dohier a bremien sa môže a má hodnotiť samotné usporiadanie spoločnosti, znie radikálne iba na prvé počutie. Prax európskych krajín jej v rôznej miere zodpovedá. Ak má také hodnotenie význam, tak je spojené s vedomým regulovaním spoločenského života, a teda v právnom štáte s právnou reguláciou. Uplatňujú sa prostredníctvom veľkých častí verejného i súkromného práva. Piliermi právneho presadzovania sociálnej spravodlivosti sú sociálne práva a sociálny štát,⁶ ktoré sú úzko spojené s ľudskou dôstojnosťou.

Predovšetkým sociálne práva si zaslúžia zo zorného uhla ľudskej dôstojnosti a sociálnej spravodlivosti zastavenie a zamyslenie. Ich účelom a výsledkom ich úspešného uplatňovania nie je len poskytnutie minima materiálnych statkov tým najbiednejším, ale aj, ba možno i hlavne, zmena postavenia človeka. Poskytujú totiž garanciu a nárok na určité materiálne a duchovné statky (vzdelanie, zdravotná starostlivosť, dôchodok atď.). Človek v núdzi už prestáva byť prosebníkom vo vzťahu ku filantropovi či charitatívnej organizácii,

⁵ Rawls, J. A. *Theory of Justice*. London – Oxford – New York. Oxford University Press, 1979, s. 54.

⁶ „Bez existencie sociálneho štátu si dnes moderný štát a spoločnosť v podstate nemožno predstaviť.“ Večeřa, M. *Sociální stát. Východiska a přístupy*. Praha, Sociologické nakladatelství, 1993, s. 98.

ale stáva sa nositeľom určitých subjektívnych práv. Zároveň spolu so sociálnym štátom sprístupňujú časť podmienok civilizovaného života (vzdelanie, zdravotná starostlivosť atď.) skoro všetkým, a tak prispievajú k zachovaniu časti nižších stredných tried. V každom prípade je dôstojnejšia situácia uplatňovateľa subjektívneho práva ako prosebníka a almužníka. Ak je súčasťou alebo podmienkou dôstojného života v podmienkach našej civilizácie prístup k vzdelaniu, zdravotnej starostlivosti, bývaniu a ďalším materiálnym i duchovným statkom, tak sa sociálne práva a sociálny štát stávajú pre väčšinu spoločnosti právnymi a inštitucionálnymi predpokladmi a prostriedkami dôstojného života. Ľudská dôstojnosť má aj materiálne predpoklady a rozmer. Súvislosť sociálneho štátu so sociálnymi právami možno stručne, a teda i zjednodušene vyjadriť tak, že sociálny štát je štruktúrou verejnej moci uskutočňujúcou sociálne práva.⁷ Sociálne práva a už vôbec sociálna spravodlivosť sa však nenapĺňajú len vo vzťahoch verejnej moci a človeka. Aj na ne sa vzťahuje koncepcia vyžarovania základných či ľudských práv do vzťahov subjektov súkromného práva, a tak sa napríklad právo zamestnancov na spravodlivé a uspokojivé pracovné podmienky podľa čl. 36 Ústavy Slovenskej republiky realizuje najmä vo vzťahoch obchodných spoločností a ich zamestnancov podľa pracovného práva.

Sociálna spravodlivosť sa uplatňuje aj mimo sociálnych práv i sociálneho štátu ako kritérium a neraz i obsah procesov tvorby, aplikácie i ostatnej realizácie práva.

Základ sociálnej spravodlivosti je rovnako ako všetkej spravodlivosti intuitívny. Chaim Perelman ešte v 60. rokoch minulého storočia, teda v časoch modernej viery v racionalitu, vyslovil tézu o mimoracionálnosti konečných hodnotových základov spravodlivosti: „Akýkoľvek systém spravodlivosti netvorí nič viac ako rozvinutie jednej alebo viacerých hodnôt, so samotnou podstatou ktorých je spojená

⁷ „Uvedomenie si riše sociálna a jej biedy býva sprevádzané taktiež pokusmi nájsť záchranné kolesá či pevný bod v ochrannej kolektívite. Colotka, P. Niektoré implikácie slovného spojenia „rovnosť a rovnoprávnosť“. In: *(Ne) rovnosť a rovnoprávnosť*. Mgr. Daniela Lengyelová (ed.) Bratislava, SAP, 2005, s. 344.

ľubovoľná (arbitrary) povaha.“⁸ Právno-teoretická spisba ponúka viacero formulácií o mimoracionálnom základe spravodlivostných predstáv, postojov alebo hodnotení. Mimoracionálny základ sociálnej spravodlivosti spočíva koniec koncov v intuíciách o tom, aké (ne)má byť rozdeľovanie dohier a bremien a aké (ne)majú byť jeho pravidlá. Mimoracionálnosť však neznamená nepoznatelnosť racionálnymi prostriedkami. V prospech či neprospech spravodlivostných hodnotení možno racionálne argumentovať, ale na konci argumentačnej línie ostane už ďalej racionálne nezdôvodniteľná a obvykle v danej kultúre samozrejme pôsobiaca intuícia. Mimoracionálny a intuitívny základ je vlastný všetkej a nie iba sociálnej spravodlivosti.

Spojenie sociálneho štátu a sociálnych práv so sociálnou spravodlivosťou, ich konečné zakotvenie v neraz až existenciálne pociťovaných spravodlivostných postojoch, hodnoteniach a zážitkoch predstavuje jadro morálnej argumentácie v ich prospech. Potreba spravodlivosti vo všetkých životných situáciách, a teda i všetkých oblastiach života spoločnosti je človeku vlastná a je pre neho spravidla veľmi významná, a tak sú pre neho dôležité aj inštitúcie včítane noriem, ktoré ju uspokojujú. Až existenciálne býva pociťovaná nespravodlivosť voči konkrétnym, viditeľným a blízkym osobám.

Sociálna spravodlivosť a jej slúžiace sociálne práva a sociálny štát nie sú teda len, ba ani nie hlavne, prostriedkami udržiavania spoločenského zmiere a prevenciou sociálnych revolúcií, ale aj a hlavne relatívne samostatnými hodnotami. Preto má argumentácia proti nim s údajnou menšou efektívnosťou menší význam. Slúžia ľudskej dôstojnosti a zároveň prospievajú i napredovaniu spoločnosti. Nie sú ani tak vynútenými ústupkami tzv. nižším sociálnym triedam, cenou za ich zmierenie sa s vlastným údelom. Predstavujú pokus a formu o uplatnenie dobra v práve a prostredníctvom práva. Zároveň sa ale dobro ničím, teda ani spravodlivosťou plne nevyčerpáva a nepostihuje. V komplexnej modernej a postmodernej spoločnosti sa sociálna spravodlivosť nezaobíde bez právneho sprostredkova-

⁸ Perelman, Ch. *The Idea of Justice and the Problem of Argument*. London – New York, Routledge & Kegan Paul – The Humanities Press, 1963, s. 52.

nia, ale sa ním nevyčerpáva. Existuje aj ako derridovská požiadavka a skúsenosť nemožného.⁹ Stala sa súčasťou každodennosti.

Význam sociálnej spravodlivosti pre fungovanie spoločnosti a pre jednotlivca súvisí s potrebou historicky konkrétneho množstva materiálnych statkov pre ľudsky dôstojnú existenciu. Postavenie ľudskej dôstojnosti na čelo Charty základných práv a slobôd Európskej únie potom signalizuje, že sociálna spravodlivosť preniká v našej právnej kultúre celým právnym poriadkom. Predchádzajúca veta znie príliš oslavne a vyvoláva nesprávny dojem, že právny poriadok je založený na ideáloch sociálnej spravodlivosti, hoci každodenná realita rastúcej majetkovej diferenciacie naznačuje menej radostnú situáciu.

Sociálna spravodlivosť stále nie je vymedzená všeobecne akceptovaným spôsobom a ešte menej jednoty panuje v hodnoteniach, čo je sociálne ne-spravodlivé. Aj v tom má sociálna spravodlivosť osud spravodlivosti ako takej. Napriek tomu panuje všeobecné presvedčenie, že právo má byť spravodlivé i spravodlivo uplatňované. Pri najmenej od doby Radbruchovej formuly, teda od šoku z hrôz druhej svetovej vojny sa určitá kvalifikovaná miera nespravodlivosti práva pokladá za dôvod uprieť právu alebo skôr jeho jednotlivým normám charakter práva. Možno pripomenúť, že už pred Radbruchom v 30. rokoch minulého storočia I. Jenkins tvrdil, že „... právo, ktoré je jasne morálne zlé, nie je hodné rešpektu alebo poslušnosti a má sa mu odporovať“.¹⁰ Keď G. Radbruch písal, že „... keď rozpor pozitívneho zákona a spravodlivosti dosiahol takú neznesiteľnú mieru, že zákon ako ‚nespravodlivé právo‘“ musí ustúpiť spravodlivosti,¹¹ tak pravdepodobne neuvažoval zvlášť o sociálnej spravodlivosti, ale o rozpore nacistického práva so spravodlivosťou. Ak však prij-

⁹ „... spravodlivosť by bola skúsenosťou, ktorú nie sme schopní zakúsiť.“ Derrida, J.: *Force of Law: „Mystical Foundation of Authority.“* *Cardozo Law Review*. Vol. 11:919, 1990, s. 947.

¹⁰ Jenkins, J. *Social Order and the Limits of Law. (A Theoretical Essay)*. Princeton, Princeton University Press, 1980, s. 213.

¹¹ Radbruch, G. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. In: *Rechtsphilosophie*. Stuttgart 1950, s. 353.

meme tézu, že sociálna spravodlivosť je neodmysliteľnou súčasťou a azda i jadrom spravodlivosti chápanej ako súlad s časťou morálky týkajúcou sa rozdeľovania dohier a bremien (teda i materiálnych statkov), tak aj neznesiteľný rozpor zákona so sociálnou spravodlivosťou je dôvodom, aby sa takému zákonu uprel charakter práva. Riziko Radbruchovej formuly spočíva v jej uplatňovaní na stále nižšiu mieru nespravodlivosti zákona, alebo ináč vyjadrené, v raste citlivosti na nespravodlivosť, keď sa i menšia nespravodlivosť stáva neznesiteľnou. Nemožno však z jej dosahu vylúčiť podstatnú časť spravodlivosti. Ak sa sociálna nespravodlivosť normatívneho právneho aktu alebo jeho časti stáva neznesiteľnou, tak to predstavuje podľa Radbruchovej formuly dôvod jej neprávosti. Situácia dramatického rastu majetkovej nerovnosti nastoľuje otázku, či časti právneho poriadku, ktoré ju umožňujú, nie sú v neznesiteľnom rozpore so sociálnou spravodlivosťou?

Tento príspevok vznikol v rámci projektu APVV-15-0267 „Právny pluralizmus: zmeny v chápaní práva“.

Resume

So called social justice in the core of justice in modern and postmodern society. It is a distribution pattern of benefits and burdens, particularly material ones. In a state governed by the rule of law the rules of this distribution pattern have to be legal ones. Social justice is basic idea of welfare state (Sozialstaat) and social rights. They are inalienable from contemporary concept of human de unity.

Social justice is a conformity of distribution pattern of benefits and burdens with moral intuitions. Radbruch formula applies also to qualified contradiction of law (piece of legislation) with social justice. It means that such qualified contradiction deprives a piece of legislation quality of law.

Prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc.
Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno

SPRAVEDLNOST OBČANSKÉHO PRÁVA

Žijeme v době, kdy koncentrace kapitálu dosahuje extrémních poloh: osm nejbohatších osob vlastní stejný majetek jako 50 procent nejchudších obyvatel planety, tedy 3,6 miliardy lidí. Jedná se o varovný trend, neboť ještě loni vlastnilo 62 nejbohatších osob týž majetek jako polovina planety.

Společným jmenovatelem extrémní příjmové nerovnosti, ale i klimatických změn a jaderné proliferaace je kapitalismus nebo chcete-li eufemismus: systém. A jestliže chceme pochopit příčiny našich neduhů, jakož i kořeny globálních problémů, musíme o nich vést zasvěcenou veřejnou debatu jako o spojitých nádobách a nikoliv jako o izolovaných fenoménech. Za rostoucí nerovností je podle organizace Oxfam agresivní regulace růstu mezd, daňové úniky a ždímání malých výrobců velkými korporacemi. Zdá se tedy, že z hlediska postavení občanského práva, konkrétně předmětu jeho právní regulace a jeho společenské funkce je jeho srovnatelný potenciál ovlivňovat tento vývoj (zejména z pohledu de lege lata) malý až zanedbatelný. Přesto však existuje a má smysl se jím zabývat.

I. Pluralita spravedlností (a občanské právo)

Tento příspěvek bude zřejmě mít pramalý smysl v české kotlině, kde jsou karty již rozdány. Možná bych však mohl najít sluchu mezi kolegy na Slovensku, případně v dalších zemích, kde se stránky re-kodifikace teprve píší.

Nepochybně se shodneme na tom, že cílem fungování civilního kodexu je dosažení spravedlnosti:

Už na prahu pojmu spravedlnost však narazíme na rozporný přístup: spravedlnost je na jedné straně vnímána jako univerzální cíl

soukromého práva, k jehož naplnění právo a společnost směřují, na druhé straně však spravedlnost přijímá různé, dokonce z hlediska vlivu na jedince i společnost zásadně odlišné podoby.

Tento jev je historicky determinován. V předklasickém období starého Řecka byl pojem *themis* užíván společně pro označení práva i spravedlnosti, které tvořily nedělitelnou jednotu. Později se pojem spravedlnost stává klíčovým výrazem pro sociální morálku.¹

Platón vkládá do základu pojmu spravedlnost myšlenku „dobra“ s tím, že člověk přebírá odpovědnost za spravedlnost, což vede k promítnutí spravedlnosti jak do sociálního řádu, tak do řádu duchovního. V tomto smyslu je posláním spravedlnosti sloužit nikoli individuu, nýbrž obecnému blahu.²

Zřejmě jedna z nejznámějších teorií spravedlnosti pochází od Aristotela. Aristoteles je znám jako autor rozlišování spravedlnosti univerzální, obsahující požadavek chovat se dle zákona a mravu a spravedlnosti individuální, členěné dále na spravedlnost distributivní, připouštějící nerovnost a spravedlnost komutativní, vyžadující rovnost zúčastněných subjektů.³

Římská společnost přijala odlišný koncept spravedlnosti, ovlivněný křesťanským učením. Křesťanství je orientováno na individuum a vyhýbá se formování vlastní představy o společenství a společenských institucích. Z křesťanství byla přijata priorita osobní svobody jednotlivce; vztah ke společenskému prostředí byl založen na lásce a mohl se tedy jen obtížně stát základem fungujících společenských institucí.

Uvedené dva historické kořeny přístupu ke spravedlnosti jako řádu tohoto světa se staly zdrojem odlišností ve vnímání a přijímání hodnot evropské kultury jako východisek formování právních řádů pozdějších společenských formací, zejména období modernity. Jak ukazuje pozdější vývoj, původní myšlenka kooperace v pojetí spravedlnosti se zejména v období modernity a pod vlivem filozofické-

¹ Höffe, O. *Gerechtigkeit*. 4. Auflage, München: C. H. Beck, 2010, s. 18n.

² Höffe, O., op. cit., s. 20, s. 24.

³ Höffe, O., op. cit., s. 22n.

ho myšlení T. Hobbese a liberálních ekonomických teorií rozpadla do dvou modelů: řeckého modelu kooperace (integračního), vycházejícího ze vzájemné závislosti lidí a spatřujícího ve společných institucích základ života společnosti a modelu konfliktu (eliminačního), u něhož je spoluzití založeno na potřebě vzájemného vymezení prostoru, jehož základem je svobodná vůle a potřeba svobodného souhlasu ke vzájemné kooperaci⁴.

Následně se spravedlnost s její mnohovýznamovostí stává nástrojem specifických koncepcí. Stejný rys však umožňuje její využití jako nástroje pokusů o překonání zdánlivě nesmiřitelného rozporu mezi spravedlností založenou na egoismu či na altruismu ve směru konceptu založeného na komunikaci řízené zájmy (R. Ihering).⁵

Důležité pro posouzení vzájemného místa a vazeb mezi hmotněprávní a procesní spravedlností je tedy respektování, potažmo uspořádání vazeb mezi společenským prostředím a jeho ovlivněním panujícími doktrínami a konceptem i praktickým fungováním soukromého práva a dosahováním jeho cílů, a současně společných cílů realizace soukromého práva a současně mnohvrstevnatého souboru dílčích funkcí, dílčích nástrojů a dílčích etap realizace tohoto procesu (a to nejen ve fázi hmotněprávní a procesní) a jejich specifiky, avšak současně s požadavkem jejich vzájemného synergického působení.

Výrazem této plurality cílů soukromého práva a prostředků k jejich dosažení je i pluralita spravedlností, založená na variabilitě vnímání cílů společnosti, jejího fungování a hlavních doktrínách, jimiž je toto fungování ovlivňováno. Tato dialektická pluralita vyjadřuje fakt, že obecně vzato neexistuje jediná spravedlnost a současně, že pojem spravedlnosti slouží jednak k formulaci cílů společnosti, avšak současně k vymezení metod a prostředků jejich dosažení.

Za výstižné je možno považovat vnímání právního pojetí spravedlnosti jako hodnotícího kritéria určitého chování. Toto hodnotící kritérium je objektivně a subjektivně determinované, což vede k si-

⁴ Höffe, O., op. cit., s. 62 – 63.

⁵ Tamtéž.

tuacím, že stejné chování může být posuzováno jako spravedlivé a současně jako nespravedlivé.⁶

Předchozí závěr má svůj logický zdroj, kterým je celá skupina odchylných přístupů k nalézání „spravedlivých“ řešení, jejichž základem je – zjednodušeně řečeno – způsob nakládání se společenským bohatstvím, resp. způsob jeho rozdělování.

Velmi zaobaleně, nicméně se zřetelným odkazem na hodnotový základ a užití právní techniky, jsou popsány základní typy spravedlnosti v klasické typologii, pocházející od Aristotela. Podle nich se odlišují:

Především spravedlnost založená na slavné Ulpianově parémii „*Iuris precepta sunt haec: ...suum cuique tribuere*“,⁷ která sama o sobě neřeší podstatu ani techniku dosažení spravedlivého výsledku, nýbrž pouze požaduje respektování stanovených pravidel zachování či rozdělování dober ve společnosti mezi jejími příslušníky.

Způsob zachování či rozdělování dober ve společnosti pak – z hlediska sledovaných cílů společnosti – má dvě techniky:

1. První technika směřuje k rozdělování, resp. přerozdělování společenského bohatství:
 - a) buď na základě výchozího předpokladu rovnosti a užití techniky rovnosti, bez ohledu na potřebu vyvažovat sociální pozice osob jako sledovaný cíl,
 - b) nebo na základě sledování cíle rovnosti mezi osobami, což vyžaduje akceptaci nerovných východisek a vyvažování pozic osob nerovností techniky právní regulace.
2. Druhou technikou je respektování stavu rozložení dober mezi osobami. Spravedlností se zde rozumí maximální respektování individuální autonomie osobnostních i majetkových práv. Slovenský autor T. Ötvös váže spravedlnost jako komplexní hodnotu na soubor hodnot, které jsou podřízeny hlavnímu cíli, spo-

⁶ Srov. Ötvös, T., Základné zásady súkromného práva. Citováno z nepublikované doktorské dizertační práce. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach. Právnická fakulta, 2013, s. 94.

⁷ Ulpianus; D. 1,1,10 pr. § 1.

čívajícím v dosažení spravedlnosti. Za tyto hodnotami považuje zásady soukromého práva, které určují cesty fungování spravedlnosti v konkrétním právním řádu.⁸

Autor těchto řádek se při řešení paradigmatu soukromoprávní regulace odvolává na jeho obecné východisko: Podle něj jsou jednotlivé podoby spravedlnosti výrazem dvou základních dimenzí, ve kterých se pohybuje soukromoprávní regulace. Východiskem fungování práva je preprávní svoboda jednotlivce, vyjadřující jeho individuální pozici. Vlastní funkcí civilního práva je omezení pozice jednotlivce v zájmu společnosti, vyjádřené rovností. Spravedlnost tu představuje dialektickou syntézu svobody a rovnosti, která vyvažuje vyváženou pozici mezi individuálním a sociálním rozměrem civilního práva.⁹

Uvedené představuje obecný hodnotový model občanskoprávní regulace, tedy cesty ke spravedlnosti občanského práva. Méně shody však již zřejmě bude panovat nad otázkou, jakou podobu a jaké nasazení by mělo toto dosažení spravedlnosti vyžadovat? Ještě užší prizma bude pak nutno zaujmout, chceme-li v kontextu příspěvku respektovat leitmotiv této konference a pokusit se dobrat odpovědi na otázku směřující k potenciálu občanského práva/zákoníku k vyrovnávání majetkových rozdílů ve společnosti.

II. Koncept a struktura civilního kodexu jako východiska spravedlnosti

Hledání zdrojů a mechanismů pro řešení otázky, zda, případně jaký typ či typy spravedlnosti zákonodárce zakódoval do kodexu či pro dosahování určitého typu spravedlnosti zvoleným legislativním modelem vytvořil prostor, je záležitostí východisek, struktury a modelu fungování kodexu. Tato otázka je zmíněna sice v DZ,

⁸ Srov. Ötvös, T., op. cit, s. 94.

⁹ Blíže viz též Hurdík, J. – Lavický, P. *Systém zásad soukromého práva*. Masarykova univerzita: Brno 2010, s. 51 – 75.

avšak spíše z ideologických pozic než reálného vnímání skutečného potenciálu kodexu, skrytého v jeho rozsahu, struktuře a obsahu.

Český zákonodárce vypracoval pro dosažení hledání spravedlnosti kodex, jehož text sestává z 3080 paragrafů. To je na první pohled značná dávka, vložená na bedra nejen znalců práva, ale (a možná především) 10 miliónů jeho adresátů, počítáme-li pouze občanstvo ČR.

Možná i tato (na pohled) redundantní kvantita vedla k již vysloveným názorům, mj. že kodex má své jádro a svou dřeň, přičemž za jádro je označováno prvních 14 paragrafů, které obsahují to nedůležitější z textu kodexu.

Ať budou tyto úvahy směřovat kamkoli, vynořuje se znovu otázka, co je skutečně významné či dokonce klíčové v právní regulaci obecného soukromého práva?

a) Hodnotový základ (ten nemusí být zakotven v zákoně – dokonce „panující“ přirozenoprávní doktrína není nakloněna ani formulaci „přirozených“ zásad právních v zákoně, ale nebazíruje ani na výslovném odkazu na ně). Další dopad – „specializace“ zásad s rýsuujícími se paradigmatickými (a v reálném životě katastrofickými) dopady: pro cíle tohoto příspěvku je významná specializovaná podoba zásady rovnosti v zásadě antidiskriminace s tendencí zvratu jejího působení ve svůj protiklad, tedy pozitivní diskriminaci. Navíc převedení soukromoprávní rovnosti do podoby antidiskriminace jako základního práva má své vedlejší, nicméně toxické účinky: rovnost působící směrem ke společenské synergii se zvrátila v individuální právo jednotlivce či skupin, z něhož se stal klacek, jímž se může ohánět kdokoli při prosazování svých individuálních, avšak s potenciálem společensky destruktivních požadavků.

Ani dopady „specializace“ typických soukromoprávních zásad cestou jejich zakomponování do speciálních skutkových podstat/jednotlivých institutů nejsou bez negativních konsekvencí: v konkrétních souvislostech nabývá „specializovaná“ zásada postavení „speciálního principu“, který vylučuje užití téhož, ale obecně formulovaného principu. Má-li mít zásada určující působení jako jed-

notící hodnota či její výraz, pak se svým rozptýlením mezi speciální úpravu tato funkce neguje. Tato negace působení specializovaných zásad přitom nepůsobí jen v okruhu přímého normativního dopadu „specializované“ zásady. Na základě argumentu *a contrario* či *a limine* tu bude tendence „vytěšňovat“ obecné působení zásady i z oblastí mimo přímý obor uplatnění výslovně formulované „specializované“ zásady: vždyť pokud by zákonodárce skutečně chtěl podřídit jinou oblast působení zásady, která má na jiném místě své specializované uplatnění, pak by tak – po vzoru speciálního užití zásady na jiném místě zákona – jistě učinil.

b) Metodický základ soukromoprávní regulace je věcí doktríny: je-li na metodách shoda, dokáže koncepční uchopení a implikování metod do kodexu, jeho výkladu a aplikace synergicky funkcionální zázraky. Pohříchu ani text zákona, ale ani důvodová zpráva (DZ) nejsou ohledně této otázky sdílné. Jasná deklarace tu chybí a k metodám soukromoprávní regulace se lze dopracovat – ovšem s akceptováním nepřesností ve výsledku – především indukci.

c) Právní instituty a technika jejich regulace.

Věcně je obsahem kodexu nepochybně soubor právních institutů. Fakticky jsou však do textu implementovány hodnoty a metodické postupy, které jsou tu jednak nadbytečné, jednak – z hlediska všeobecného působení zásad a metodologie – je jejich uplatnění ve specifické podobě na různých místech zákona zřetelně antisystémové.

To má dopady v podobě mnohvrstevnatá regulace, redundantní zejména v části kodexu založeném na metodě dispozitivnosti, vytvářející složitý systém pravidel, výjimek z nich, potažmo výjimek z výjimek, ne vždy vertikálně i horizontálně systémově provázané etc.

Shrnutě: Kodex by měl dát možnost pochopit jeho podstatu ve všech jeho attributech, tedy jak konstanty, tak proměnné, tedy potenciál jeho stability i flexibility ve východiscích, nástrojích i cílech. Tím je dána i obtížnost identifikovat typ spravedlnosti, k jehož dosažení kodex směřuje, resp. k jehož dosažení vytváří prostor.

III. Občanské právo a potenciál (re)distribuce dober

Na otázku, jaká spravedlnost pro tento svět, nacházíme odpověď v jeho stavu a vyhlídkách: Globální expanze narazila na své limity, zdroje jsou vyčerpány. Východisko se jeví s přerozdělení společenského bohatství. Z toho pro nalezení spravedlnosti i v právu vyplývá logicky distributivní spravedlnost.

Může však občanské právo svými zásadami, předmětem a metodami právní regulace tento požadavek naplnit?

V této souvislosti je namístě dotknout se role několika obecně rozšířených mystifikací:

- a) význam tzv. socializace civilního práva, zřetelné zejména u tzv. klasických civilních kodexů na přelomu 19. a 20. století;
- b) význam některých novodobých (ne)systémových zásahů do liberálního konceptu kodexu, jako je zejména spotřebitelské právo;
- c) význam dvou konceptů uplatňování spravedlnosti, odvolávajících se na Aristotela (Lazar): cesty ke spravedlnosti založené na konfliktu a cesty založené na spolupráci
- d) pominout bychom neměli ani určité naděje spojené se změnami samotného pojetí spravedlnosti v současnosti: Ve vazbě na změnu východiska majetkových vztahů z exkluzivity na přístup a s tendencemi k participativní ekonomice a síťovým vztahům se hovoří o nové spravedlnosti přístupu.

Ad a)

Možnosti distributivního potenciálu civilního práva může ukázat historický pohled: 200 let existence civilních kodexů modernity naznačily míru flexibility civilního práva a zejména její limity: 100 let individualistické koncepce bylo vystřídáno spíše parametrickými než paradigmatickými změnami, označovanými eufemisticky jako „socializace“ soukromého práva (zatímco do francouzského civilního práva pronikl „sociální prvek“, budovaný zejména na limitaci absolutní povahy vlastnického práva, cestou uvedení do literatury a judikatury – při nedotčení textu Code civil – tzv. moderní

teorie zneužití subjektivního práva, v německém BGB byla „socializace“ provedena inkorporací ekvitrních zásad do textu kodexu (§ 226, § 826 a některé další), v ABGB se po německém vzoru dostalo textu kodexu obohacení tzv. dílčími novelami, zejména 3. dílčí novelou ABGB z roku 1926). Změny od individualisticko-egoistického pojetí postavení jednotlivce v občanském právu k – pohříchu nikdy skutečně nenaplněné – sociální funkci práva demonstrovaly posílení sociální dimenze v občanském právu, avšak jejich cílem nebyla a nemohla být spravedlnost distributivní, nýbrž stále jen, byť nyní nanejvýš férově vypolstrovaná, spravedlnost komutativní.

Tato soukromoprávní mystifikace má svou prolongaci ve 20. století, kdy se ve spojení s teorií solidarity¹⁰ stala oporou pro tendence konfrontace s komutativní spravedlností, kterou usilovala ovlivňovat z pozic hlásané sociální spravedlnosti. Následně se promítla do národních modelů sociální spravedlnosti a přetavila se do 2. vlny sociální spravedlnosti, v níž se spojila s konzumní společností, směřující k spotřebitelskému právu, v „*regulatory welfare state*“.¹¹ V tomto procesu se tedy pojem sociální spravedlnosti pojil jak s veřejnoprávní metodou regulace, tj. mocenská distribuce dober, s metodami soukromoprávními, které se ani tváří v tvář těmto vlivům nehodlaly vzdát svého základu, tj. komutativní spravedlnosti. Paradoxně jeden z nejdiskutovanějších systémových zásahů do občanského práva, kterým je spotřebitelské právo, je současně deklarován jako pilíř sociální spravedlnosti v soukromém právu. (O tom blíže v dalším bodu.)

Ad b)

Evidentně chybně je rovněž hodnocen význam některých novodobých (ne)systémových zásahů do liberálního konceptu kodexu, jako je zejména spotřebitelské právo. To lze vnímat – opět historicky vzato- jako prolongace a pokus o další rozvinutí tzv. sociální dimen-

¹⁰ Micklitz, H.-W. *The many concepts of social justice in European private law*. Cheltenham, UK, Northampton, USA: Edward Elgar, 2011, s. 250.

¹¹ Micklitz, H.-W., op. cit., s. 3.

ze do smluvních závazků, jak jsme ji zaznamenali u „socializační“ vlny přelomu 19. a 20. století. Jeho uplatňování a prohlubování však ukazuje jeho nesystémovost, a ještě hůře: pokud bychom ve spotřebitelském právu hledali projevy distributivní spravedlnosti, ukáže nám jinou tvář: spotřebitelské právo, směřující svou podstatou primárně k rozvoji trhu, ergo k rozvoji konzumu, je založeno na deklarovaném bizarním kalkulu, podle něhož zvýšení spotřeby bohatých těch, kteří na to mají, vede ke zvýšení výroby a poskytování chudým více příležitostí¹². Podobně, jak ukazuje D. C. Korten, „když tvrdíme, že jednou z povinností jednotlivce je dodržovat uzavřené dohody, potom filosofie „morálky“ tržního liberalismu fakticky osvobozuje ty, kteří vlastní majetek, od jakýchkoli povinností vůči těm, kteří jej nemají. Dopady na možnost distribuce dober prostřednictvím netřeba dále rozebírat. Občanské právo je právo trhu, přičemž trh v oblasti distribuce nefunguje ani spravedlivě, ani efektivně¹³. Spotřebitelské právo je tedy svou podstatou vším jiným než funkčním nástrojem distributivní spravedlnosti.

Ad c)

Český kodex se rovněž vyhnul identifikaci (srovnej důvodovou zprávu), zda jím sledovaná spravedlnost je založena na konfliktu/soutěži nebo spolupráci (viz výše). Tím se současně vyhnul navazující otázce, zda by měl kodex reagovat na signály o změně ekonomického a sociálního paradigmatu společnosti založeného na soutěži typu vítěz – poražený v nové paradigma společnosti sítí, jehož principem je participace na sítích. Zde ovšem musíme připustit, že principy soukromého práva EU tyto změny reflektují spíše požadavkem na moderační opatření vůči volnému trhu a soutěži než změnou paradigmatických přístupů. 53 Lze těžko vyčítat českému zákonodárci, že tyto cíle kodexu a typy spravedlnosti sledované kodexem výslovně nespécifikoval. Jedná se nicméně o klíč k pochopení východisek,

¹² Korten, D. C. *Keď korporácie vládnu svetu*. Košice: Vydavateľstvo Mikuláš Hučko, 2001, s. 86.

¹³ Srov. Korten, D. C. op. cit., s. 84.

užitých legislativních nástrojů a především skutečného poslání kodexu, který usiluje – ve srovnání s úpravou, kterou nahradil – o posun k transparentnosti a koherentnosti celého soukromého práva a činí z kodexu dobře čitelnou knihu. To je důležitá otázka, neboť princip konfliktu/soutěže je spojován s komutativní spravedlností, kde promítnutí ekvity může vést maximálně ke korekci vztahů mezi individui, zatímco princip spolupráce je označován za výraz solidarity, ergo nositele sociální spravedlnosti. Významné je, že v uvedeném souboru vazeb se komutativní spravedlnost – a to i ve spojení s ekvitou – spojuje s cílem vyváženosti jednotlivců, zatímco funkcí solidarity je redistribuce dober s cílem dosažení koherence vztahů ve skupině¹⁴. Je to však kniha, která není návodem a cestou k odstranění sociálních rozdílů: její koncept, poslání i hodnotový základ a z toho vyplývající typ uplatněné spravedlnosti i cest k jejímu naplnění je založen na respektování a posilování majetkového *statu quo*.

Ad d)

Nutno přiznat, že spravedlnost přístupu bývá zmiňována často ve vazbě na nový evropský sociální model. Jak se však ukazuje, nový sociální model není zaměřen do všeobecného soukromého práva, tedy práva občanského, a navíc jeho cíl je formulován vágněji než cíl této konference – redistribuce společenských dober. K tomu přistupuje funkce spravedlnosti přístupu: její povaha je více procedurální než hmotně právně hodnotová a zjevně má více potenciálu v civilním procesu než civilním právu hmotném.

Východisko někteří vidí v opuštění čisté autonomie individua a její podpoře autonomií materiální, předpokladem emancipace člověka cestou umožnění a garantování jeho přístupu k potenciálu (technologickému i vztahovému) společnosti sítí. To je řešení nikoli příčiny, nýbrž jevové stránky rozporů současnosti.

Právo nicméně přijalo tuto variantu jako východisko reformou soukromého práva. Prosazení do individualistického soukromého práva regulatorních prvků a metod je mainstreamové řešení; disku-

¹⁴ Micklitz, H.-W., op. cit, s. 250.

se se omezují na míru individualismu a „čisté“ autonomie na jedné straně, na druhé straně na posílení této autonomie „materiální“ autonomií a na regulatorní zásahy zákonodárce do liberálního prostředí.

IV. Spravedlnostní mapa občanského práva, ostrůvky distributivní spravedlnosti a možné koncepty řešení

Pod tímto zorným úhlem se znovu předestírá otázka, zda občanské právo může (aktivně) naplňovat myšlenku sociální, ergo distributivní spravedlnosti?

Odpověď zní: *De lege lata* těžko. Ostrůvky regulace, založené na distributivní spravedlnosti, se v jádru občanského práva vyskytují minimálně a jsou i v rámci širší civilistické úpravy marginální. Navíc jsou svou metodou vytěšňovány na systémový okraj vlastního občanského práva – můžeme je spatřovat v konceptu rodinného práva, a to v distributivních rysech vztahů výživného, v přerozdělovacím mechanismu společného jmění manželů, s dopady do práva dědického: současně však nemůžeme přehlédnout vývoj k erozi distributivních nástrojů jak u SJM, tak u dědického práva, ale konekcí nepřímo – v důsledku krize tradiční rodiny – s dopady i do faktické efektivity vztahů výživného¹⁵. Cesty redistribuce dober nástrojů občanského práva, známé z minulosti, jako revoluční přímé změny vlastnické struktury, resp. nepřímé změny, jako např. reforma dědického práva (srov. dále v tomto příspěvku), jsou za současné situace prakticky nepředstavitelné.

Koncepty základních systémových skupin právních institutů, na nichž stojí občanské právo, pak svými paradigmaty **distributivní východisko vylučují**. Společnost ztrácí systémově strukturní vazby,

¹⁵ Nutno ovšem dodat, že prosazení distributivních mechanismů v rodinné právních vztazích neřeší situaci společnosti jako celku přenáší těžiště nerovností z individuálního rámce do rámce rodiny, čímž se „subjekty“ sociální stratifikace a hodnocení mění z jednotlivců na rodiny.

založené na rodině, manželství, příbuzenství, přátelství, sousedství, spolcích aj. a je stále více budována na množině „svobodných“ individuí. S tím jde ruku v ruce vyloučení distribuce a potlačení participace v organizovaných skupinách od spoluvlastnictví po právnické osoby, vlastnictví založené na jasně deklarované exkluzivitě, závazkové právo založené na – byť ekválně modifikované, nicméně komplexně uplatňované – komutativní spravedlnosti, respektující možnost převodu vlastnictví jako srdce kapitalistické ekonomiky¹⁶. Z uvedeného hlediska působí přímo proti smyslu distribuce dober koncept deliktálních závazků, dávající zejména nositeli majetkového potenciálu, ergo v právním smyslu subjektivního práva, rozsáhlý prostor jednat na újmu jiných, omezený pouze poměrně úzce formulovanými výjimkami (srov. koncept právní úpravy zneužití práva či náhrady škody při výkonu práva). Ulpiánův kategorický požadavek „*neminem laedere*“¹⁷ je tím tak podvázán, že skýtá jen symbolický prostor pro uplatnění.

Přesto právě tento pohled naznačuje jak limity občanského práva jako souboru nástrojů k přerozdělování dober, tak možný budoucí potenciál, pohříchu opět zejména jeho limity, tváří v tvář faktickému vývoji v sociálně ekonomických vztazích a jejich spontaneitě:

Koncept spravedlnosti přístupu se ukazuje především být nástrojem rovných příležitostí, tedy jinými slovy projevem distribuce šancí. V kontextu občanského práva je pohlčen komutativní spravedlností, s níž působí synergicky směrem k jejímu prohlubování, nikoli korekci a už vůbec ne k přerozdělování dober.

Je-li klíčovým etalonem spravedlivých vztahů v občanském právu požadavek antidiskriminace, výsledek tím dosahovaný je spíše karikaturou distribuce dober: antidiskriminace jako individuální právo v konfrontaci s obecným požadavkem rovnosti subjektů ve výsledku, tedy jako cíle, má tendenci nikoli k celospolečensky žádoucí distribuci dober, nýbrž směřuje k novým, v důsledku bizarní

¹⁶ Srov. Rifkin, J., Access, s. 110.

¹⁷ Srov. § 2900 českého OZ 2012 s předchozím kategorickým imperativem *neminem laedere* v § 415 českého občanského zákoníku z roku 1964.

dialektiky vývoje a prosazení základních práv do kontextu občanskoprávní regulace společensky nežádoucím důsledkům.

Prakticky jako stejně orientovaný vektor jako požadavek anti-diskriminace působí princip ochrany slabšího/slabší strany. Jeho působení je zrcadlovým odrazem principu rovnosti a funguje jako právo výjimek, nikoli jako obecně nastavený etalon rovných kritérií. Pozitivní diskriminace je pouze jedním s důsledků jeho prosazování v praxi. Pokud by měl princip ochrany slabšího směřovat k redistribuci dober, musel by být založen na východisku nerovnosti v rozdělování dober a svým působením zajistit jejich přerozdělení a v konečném efektu vyváženost dober mezi subjekty v relevantní skupině. To však zjevně není skutečným cílem v žádné skupině vztahů regulovaných vlastním občanským právem (snad s výjimkou rodinného práva).

Na uvedeném legislativním základě ani nelze předpokládat, že by prvky nové participativní ekonomiky mohly být významnější cestou k zmírnění sociálních rozdílů: jejich prostředí, z nichž vyrůstá a sociální dopady, k nimž směřuje, to rozhodně nenaznačují. Mohly by nicméně být, jak ukazují historické příklady, cestou z krizových situací (řecký příklad integrace lokálních ekonomik) či cestou k využívání zdrojů jinak nedostatkových či pro některé skupiny obtížně dostupných dober (UBER, sdílené ubytování aj.). Je to však cesta mobilizace nedostatkových zdrojů, nikoli přerozdělení nerovnoměrně alokovaných zdrojů.

Na uvedeném základě nelze rovněž spoléhat na principy obecné prospěšnosti a dobročinnosti, jakož i asynallagmatické nástroje distribuce dober (dar, výpůjčka, výprosa..), které vždy budou tvořit marginální výjimky z principu ochrany majetkového *statu quo*.

Snad jako českou promarněnou příležitost lze zmínit dědické právo, které se rozhodně neinspirovalo příkladem francouzské revoluce, jejíž vůdci hlásali změny ve vlastnické struktuře cestou vyvlastnění (doplněné heslem, že vlastnictví může pocházet z práce a úspor, nikoli ze spekulace a hry), kterých se sami revolucionáři zalekli a koneckonců šli cestou majetkové restrukturalizace, přesněji nivelizace společnosti „od konce“, reformou dědického práva.

V. Závěr

Shrnutí by mohlo vyznít defétisticky: Tradice evropské kultury a zejména setrvačnost a hloubka zakořenění liberálně individualistického ekonomického základu evropské společnosti zatím naznačují svou převahu a odolnost před skutečně paradigmatickými koncepty změn a jejich výzvami.

Hlubší a komplexnější pohled na toto téma prizmatem cílů této konference nicméně nastiňuje možnosti: Občanský zákoník má ve své podstatě jako základního kodexu soukromého práva zakódování primární ochranu lidské svobody a individuální vůle. To staví do popředí individualistický základ kodexu. Jeho cílem by však měla být rovnováha zúčastněných zájmů, vyplývající z následného poměrování míry ochrany lidské svobody požadavkem směřování k rovnosti a následně k ekvitě, tedy rovnováze. Prvním krokem, který by bylo namísto učinit ke změně, by měl být návrat k rovnosti jako základu a cíli sociálních vztahů, kterou český zákonodárce ne snad úplně opustil, nicméně zcela záměrně potlačil, čímž vytvořil v tomto základu právní regulace prostor preferencím individuálních zájmů a vzal prostor distribuci dober. To ovšem je pouze první krok, na který by mělo navazovat systémové propojení funkčních předpokladů distributivní spravedlnosti, kterou jádro současných civilních kodexů není svým vlastním potenciálem způsobilé uvést v život s těmi odvětvími, která svou povahou mohou být přímým zdrojem redistribuce dober. Občanské právo je svým současným potenciálem rovnováhy zájmů způsobilé výsledkem redistribuce dober garantovat, nikoli však evokovat a realizovat.

To nesnižuje jeho roli jako významného faktoru na cestě za vytvořením – v souladu s výzvami doby, nového normativního systému, „...dříve než nové formy moci založené na technicko-ekonomickém paradigmatu zničí nejenom politiku, ale také svobodu a spravedlnost“.¹⁸

¹⁸ Cit. z encykliky papeže Františka *Laudato si'*. Buď pochválen. Praha: Nakladatelství Paulínky, 2015, s. 36.

Summary

Author of this contribution deals – in compliance with the subject matter of the whole conference – with following questions: 1) is there any solution of an growing property inequality? and subsequently: 2) what could be the potential of the civil law in narrower sense in this struggle?

The problem of growing property inequality has not the solution in the depleting of the natural and economic sources – the potential of the Earth has been almost over. The only one solution seems to be the fair wealth distribution.

The corresponding method to achieve this goal through the instruments of civil law seems to be the distributive justice.

Author considers the role of distributive justice in the frame of civil law regulation and arrives at the conclusion, that the distributive justice is not typical of civil law. There are only the „small islands“ of impact of distributive justice within the civil law, as for example in the familial property law, inheritance law and some others. The main part of civil is built on the comutative justice and partially (as for example protection of weaker party, esp. consumer law etc.) on the corrective justice. The so called „social justice“ is no way to the distributive justice, but merely the set of instruments of fairly comutative justice.

The final consideration nevertheless concludes, that the civil law can serve as the significant part of the efforts of the law to achieve the more fairminded distribution of global property. The civil law is not able to constitute the legal constructions based on the distributive justice, but it is able to protect the outcomes of wealth redistribution.

Prof. JUDr. Josef Bejček, CSc.
Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno

ROVNOST A SLABOST V SOUKROMÉM PRÁVU JAKO VŮLE A PŘEDSTAVA?

(Rozprava nad důvody a důsledky zvláštních
skupinových formálních statusů subjektů
soukromého práva)

Úvodem

Odvětvotvorné zásady někdy podléhají nebezpečí své absolutizace a mýtizace a traktují se ve zřejmém rozporu s právní realitou a s lidskou zkušeností. Představují přitom jen základní hodnotovou orientaci, jež se zachovává navzdory četným výjimkám. Zásady jsou přitom jen abstrakce, skutečně existují jen konkrétní právní normy vykládané nějakým způsobem.¹ Ty je v řadě případů popisují ve prospěch jiných konkurenčních zásad a hodnot. To se týká i základní soukromoprávní zásady (resp. metody) rovnosti stran, která se nezřídka suspenduje ve prospěch jiných zásad.

Osobní status formální a reálný

Jedno z řady dělítek nepřehledné masy právních úprav na tzv. právní odvětví spočívá v osobní působnosti příslušných norem. Pomocí tohoto kritéria se určité normy instrumentálně a přímo zaměřují na vymezení, podporu a ochranu postavení a zájmů určitých

¹ Parafraze na Schopenhauerovo: „Národy jsou vlastně pouhé abstrakce: skutečně existují jen v individuu.“ *Schopenhauer, A. Svět jako vůle a představa II.* Pelhřimov: Nová tiskárna, 1998, str. 435.

skupin, nebo naopak nepřímou na potlačení zájmů a pozic skupin jiných. Tato sociální instrumentalizace práva postupuje z mezi-odvětvové úrovně i dovnitř jednotlivých odvětví – i v jejich rámci se ještě jemněji diferencují osobní statusy dílčích skupin adresátů právních norem. Díky tomu právo může účinněji a selektivněji plnit svoje sociální funkce.

Příslušnost ke skupině se konstruuje na základě objektivních kritérií *ex ante*, která neberou ohled na subjektivní subtility konkrétních osobnostních konstelací.

Názorným příkladem takové diferenciaci je třeba dělbá práce mezi obecným občanským právem a obchodním právem. Obchodní právo chápané vesměs jako zvláštní druh práva soukromého (bez ohledu na stále častější průniky veřejnoprávních regulací), se vztahuje se na obchodní činnost provozovanou na profesionálním základě a dlouhodobě.² Obchodní právo spočívá na základně všeobecného práva občanského a doplňuje je zvláštními úpravami, jež se vztahují na kvalifikovaný okruh subjektů – podnikatele; přitom tyto předpisy mají sloužit ulehčení a urychlení obchodního styku i za cenu snížené ochrany účastníků tohoto styku; na druhé straně je odpovědnost podnikatelů za sebe samotné vyšší nežli ve všeobecném občanskoprávním styku (soukromé právo spotřebitelské).³ Takže stavovské subjektivní hledisko je jedním z těch, která předurčují právem regulovaný styk příslušníků stavu obchodnického, tedy těch, kterým právo přiznává status obchodníka (podnikatele).⁴

Obchodní právo je ovládáno několika zásadami, které však nejsou natolik specifické, aby opodstatnily jeho vyčlenění jakožto tzv. zvláštního právního odvětví; spíše jde o modifikace a odchylky

² Podobně Krejci, H. *Grundriß des Handelsrechts*. Wien, Manz, 1995, str. 3 – 5. Někdy se konvenčně odděluje ještě tzv. podnikatelské nebo podnikové právo (*Unternehmensrecht*).

³ Tak Bülov, P., *Handelsrecht*, 4. A., Heidelberg, C. F. Müller, 2001, str. 1 – 3. Zvýraznění JB.

⁴ Druhé (objektivní) pojetí zdůrazňuje tzv. obchody, jakožto typické akty oběhu statků (např. již Malovský-Wenig, *Příručka obchodního práva*. Praha, Československý kompas, 1947, str. 2), k nimž dochází bez ohledu na osobní podnikatelský či nepodnikatelský status účastníků. Jde o záležitost spíše konvenční.

od obecných zásad práva civilního. Jde o *zvýšenou* soukromou autonomii účastníků *vyšší* ochranu obchodního styku, právní jistoty a dobré víry partnerů, uložení povinností *zvláštní* (profesionální) péče a důrazu na *hladký průběh* obchodů.⁵ Mj. i tím se liší obchodní právo od jiné součásti práva občanského – práva spotřebitelského.⁶ Na subjektivně profesionálním pojetí obchodního práva upravujícího postavení a vztahy podnikatelů (obchodníků) a instituty s nimi související se nic podstatného nezměnilo ani začlenění dříve samostatných pravidel obchodního zákoníku do zákoníku občanského, a to v podobě osobně statusových výjimek pro podnikatele rozptýlených v textu OZ.⁷

Pokládáme-li principy či zásady právní úpravy za odvětvotvorný prvek a hodnotový základ právního odvětví,⁸ je namísto otázka

⁵ Srov. Canaris, C. W., *Handelsrecht*, 24. A., München, C. H. Beck, 2006, str. 6 – 7. Ze srovnávacích analýz ovšem plyne, že se těmto rozdílům mezi obchodním a neobchodním právním stykem přikládá v různých zemích různý význam. Ve Francii (čl. L 132 – 1 násl. Code de la Consommation), v Anglii (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations), v Rakousku (Konsumentenschutzgesetz) a ve Švýcarsku (čl. 8 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) existují nejen samostatné právní režimy omezené jen na nepodnikatelské smlouvy. Navíc tam totiž i výkladová pravidla rozlišují mnohem výrazněji než je tomu v Německu odlišné potřeby ochrany spotřebitelů a podnikatelů. Spatřuje se v tom dokonce nebezpečí neatraktivnosti německého příliší úzkoprsé kontrolního práva, které by mohlo vést podnikatele k útěku od něj k jiným právním řádům. Srov. *Leuschner, L., Grenzen der Vertragsfreiheit im Rechtsvergleich*, ZEuP, 2017, str. 370 – 372. V teorii se na potřebu diferencovat ochranu stran podle jejich podnikatelského či nepodnikatelského statusu vylojují rozdílné názory jak ve prospěch diferenciacce (srov. Salač, J. Smluvní svoboda nebo smluvní spravedlnost? *Právní rozhledy*, 1998, č. 1, str. 11 – 13 a německá literatura tam citovaná), tak i názory zpochybňující rozdíly mezi vztahy B2B a B2C (srov. Hesselink, M. W. Towards a sharp distinction between B2B and B2C? *Working Paper Series*, No. 2009/06, CS ECL, Amsterdam; týž. Unfair terms in contracts between businesses, *Working Paper Series*, No. 2011/07, CS ECL, Amsterdam).

⁶ Spotřebitelské právo obsahuje výrazné veřejnoprávní prvky a v řadě zemí se chápe jako samostatná pedagogická a doktrinální disciplína (byť se k ní nepřirazuje odpovídající samostatné právní odvětví, resp. tuto otázku si nikdo neklade, protože není pro funkčnost práva spotřebitelského vůbec důležitá).

⁷ Srov. Bejček, J. Obchodní a hospodářské právo v době „postkodexové“. *Obchodně-právní revue*, 2014, č. 7 – 8.

⁸ Srov. Hurdík, J. Zásady soukromého práva, in: Hurdík, J., Fiala, J., Hrušáková, M. *Úvod do soukromého práva*. Brno, MU, 1997, str. 80 a násl. podobně Hurdík, J.

vztahu zásady a výjimky z ní. Zásada (či metoda⁹) rovnosti a autonomie vůle v soukromém právu může být více či méně formální a může být prolamována a atakována tolika masivními výjimkami (např. zásadou ochrany slabší strany), že se z původní zásady stane výjimka a z původní výjimky potvrzující pravidlo se stane fakticky zásada (pravidlo). Lze hovořit také o statusově podmíněné partikularizaci původně jednotné úpravy soukromého práva.

Rovnost účastníků versus jejich (skupinový) status?

Obecně se přijímá, že principy jsou druhem norem s pouze aproximativní (nikoliv absolutní) platností, že jsou poznatelné jen v konfrontaci s jinými principy a že jsou vlastně příkazem k optimalizaci (vyvažování, proporcionalitě).¹⁰

Rovnost účastníků soukromoprávních vztahů neplatí obecně, ale v závislosti na povaze oněch účastníků, Zásady do ní mohou vést i k situaci, že rovnost je jen jakousi „zbytkovou zásadou“ pro případy, kdy není speciálně vymezen zvláštní osobní status účastníka. Nadto existuje ještě všeobecné omezení rovnosti ve vztahu podnikatele k závislým nebo slabším subjektům bez ohledu na jejich formální osobní status.¹¹ Má-li právo garantovat nejen rovnost, ale i její dialektický antipod – svobodu,¹² může tak v dnešních podmínkách činit jen nespojitě, kategoriálně, v závislosti na charakteru zvláštních skupin účastníků vztahů. Preferenční či diskriminační hlediska jsou povýtce hodnotová a intuitivní a teprve svým vyjá-

Zásady soukromého práva. Brno, MU, 1998, str. 46; Hurdík, J., Lavický, P. *Systém zásad soukromého práva.* Brno, MU, 2010, str. 14.

⁹ Hurdík, J. op. cit., 1998, str. 46.

¹⁰ Srov. Holländer, P. Putování po stezkách principu proporcionality: intence, obsah, důsledky. *Právník*, 2016, č. 3, str. 271, s odkazem na Alexyho práce. Tamtéž (str. 278) se přiléhavě cituje myšlenka profesora Güntera Düringena: „Pravidlo a výjimka, to je celá jurisprudenc.“ (Rückert, J. Abwägung – die juristische Karriere eines juristischen Begriffs, *Juristen – Zeitung*, 2011, Jg. 19, str. 919 – 920).

¹¹ Srov. § 433 OZ.

¹² Hurdík, J. in: Hurdík, Lavický, op. cit., str. 31.

dřením v zákoně nabývají jasnější obrysy a praktickou uplatnitelnost.

Některá z nich jsou přes svoji intuitivnost dobře zdůvodnitelná racionálně i empiricky a všeobecně přijatelná (zvláštní status dítěte; zaměstnanec – zvláště pak nezletilce, těhotné ženy, apod.; spotřebitele), jiná jsou kontroverznější (postavení nájemce; obchodního zástupce; tzv. malého a středního podnikatele či podniku). Některá se zaměřují prvoplánově a přímočaře na ochranu příslušného účastníka jakožto na svébytný cíl (ochrana zaměstnance, dítěte, obchodního zástupce, nájemce bytu), jiná skrývají za ochranu účastníka i hmatatelné ekonomické a tržní motivy (spotřebitel či tzv. malý a střední podnikatel se chrání mj., ne-li zejména, kvůli fungování soutěže a jednotného trhu).

Princip rovnosti jako princip právní nemůže samozřejmě zajistit rovnost subjektů, které fakticky rovné nejsou a ani být nemohou. Rovnost před zákonem by faktickou (sociální, ekonomickou, mocenskou, psychologickou atp.) nerovnost jen konzervovala. Proto zákon stanoví v odůvodněných a společensky akceptovaných případech určité „handicapy“ či naopak „bonifikace“, pomocí nichž některé nerovnosti mezi účastníky aspoň částečně kompenzuje. Soukromé právo je založeno nikoliv na rovnosti subjektů (to by byla fikce), ale na rovnosti (souřadnosti) jejich zájmů. Aby se mohly rovné zájmy účastníků reálně prosadit v situaci faktické nerovnosti, kompenzuje se ve vybraných případech (typická) faktická nerovnost nerovností právní – znevýhodněním (typicky) silnější či zvýhodněním (typicky) slabší strany.¹³ Tím se situace posouvá směrem k rovnosti příležitostí pro uplatnění těchto rovnocenných zájmů.¹⁴

¹³ K tomu srov. analýzu Lalík, T. Rovnost v Ústave SR a judikatura Ústavného soudu SROV. *Justičná revue*, 2016, č. 6 – 7, str. 657 a násl. Autor rozebírá v této souvislosti mj. tzv. ústavní právo na rovnost (samozřejmě nikoliv faktickou). Rovnost podle něj splývá se spravedlností a vyrovnávací spravedlnost ji má restituovat tam, kde rovnost neexistuje (tamtéž, str. 659).

¹⁴ Etickým příkazem v pozadí je maxima, aby se s nerovnostmi stvořenými nebo svobodou podmíněnými zacházelo tak, aby nemohly být nástrojem k notorickému společenskému znevýhodňování postižených. Srov. Rich, A. *Etika hospodářství I*. Praha, Oikúmené, 1994, str. 187.

Ve vztazích soukromoprávních se tradičně a vesměs bez odporu považovala zásada rovnosti účastníků za jeden z prvotních a základních principů;¹⁵ odchylky od ní směrem k ochraně některého z účastníků či skupin účastníků (typicky tzv. slabších stran) se považovaly za diferenciační kritérium svébytnosti určitého právního oboru či dokonce jeho tzv. „odvětvové samostatnosti“.¹⁶ Dokonce se ochrana slabšího prohlašovala a pokládá i dnes za obecnější vývojový trend práva soukromého.¹⁷ Rekodifikovaný český ObčZ tento trend potvrzuje.

Princip nebo fikce rovnosti?

Princip rovnosti se zpochybňuje prosazováním zásady ochrany slabší strany, jež je výjimkou ze zásady rovnosti smluvních stran. Tržní moc a vyjednávací síla smluvních stran se mohou dramaticky lišit, a to nejen u jednostranných obchodů (B2C). I ve dvoustranných obchodech (B2B) je možné zneužití práva v hrubý neprospěch slabší strany – podnikatele. Reakci na tento fakt představuje i nově kodifikovaná obecná ochrana slabší strany (§ 433 ObčZ) a též některé veřejnoprávní regulace. Důvodová zpráva k ObčZ se ovšem navíc pokouší o kontroverzní změnu v systému zásad soukromého práva.¹⁸

¹⁵ Srov. např. Hurdík, J. *Zásady soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, str. 29 a jinde; Eliáš, in: Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P. a kol. *Kurs obchodního práva*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2003, str. 5 a násl.

¹⁶ Srov. tento přístup zejm. u práva rodinného a pracovního.

¹⁷ Tak Zoulík, F. Soukromoprávní ochrana slabší smluvní strany. *Právní rozhledy*, 2003, č. 3, str. 109 a násl.

¹⁸ Rezignuji přitom na teoreticky jemné rozlišování principů a zásad a na rozšiřování diskuse o diferenciačních kritériích, která jsou někdy nekonzistentní a ovlivněná spíše osobním vkusem autora nežli vědeckou přesností; odkazují raději na příslušnou literaturu a zdroje tam citované (Srov. reprezentativní publikaci Bydliński, F. *System und Prinzipien des Privatrechts*. Wien, New York: Springer Verlag, 1996; v tuzemsku zejm. Hurdík a Lavický, op. cit. Pořadí zásad (které navíc nemusí být vůbec formulovány v zákoně a jen se doktrinálně dovozují a aplikačně prosazují) není v žádném případě výrazem jejich důležitosti (byť důvodová zpráva k ObčZ na str. 12 zastává jiný názor a za „první“ zásadu prohlašuje autonomii a odklání se vědomě od tradiční zásady rovnosti stran, která se většinou chápalá

Naše soukromé právo nevycházelo ani před rekodifikací z předpokladu materiální rovnosti stran, neboť neodpovídal realitě. Jisté rozdíly v ekonomické a jiné síle obchodních partnerů byly, jsou a budou přítomny vždy a někdy jsou dramatické. Soukromoprávní princip rovnosti tedy vycházel spíše z fikce, s níž se pojila autonomie vůle a smluvní svoboda. Přirozenou faktickou nerovnost stran právo umožňuje kompenzovat až od jejího určitého (příkrého) stupně, pokud se projevil v společensky nepřijatelném výsledku.¹⁹ Rovností v právech nahrazuje zákon společensky přijatelným způsobem fakt, že fakticky jsou si lidé, ale i podnikatelé nerovní. Rovnost není tedy skutečností, ale požadavkem v podstatě povahy politické,²⁰ který je prosazován právními prostředky. Důsledně vzato by byl požadavek úplně stejného zacházení s nerovnými subjekty (disponujícími nerovnými možnostmi a příležitostmi k svobodnému projevu své autonomní vůle) výrazem nerovnosti (nespravedlnosti).

Soukromoprávní ochrana slabší strany se ani dříve nepokládala za porušení zásady rovnosti subjektů, která je typická pro soukromé právo, ale za rozšíření této rovnosti z rovnosti formální na rovnost materiální.²¹ Zatímco faktická nerovnost mezi lidmi i podnikateli je zcela přirozená, princip rovnosti jakožto společenské dohody a fikce neznamená mechanistické rovnítko, ale jde o požadavek rovnosti osob za srovnatelných podmínek. Zásada autonomie vůle a její uplatňování prostřednictvím tzv. ochrany slabšího onu materiální nerovnost kompenzuje a nastoluje situaci bližší skutečné rovnoprávnosti (a nejen formální rovnosti) i mezi subjekty evidentně nerovnými.

a stále chápe jako „konstitutivní“ a „odvětvotvorná“ zásada práva soukromého; důvodová zpráva tento přístup odmítá jako metodologicky vadný.

¹⁹ Např. neplatnost právního jednání pro rozpor s dobrými mravy; odřeknutí právní ochrany jednání představujícímu zneužití práva či rozpornému se zásadami poctivého obchodního styku; pro nepodnikatelské subjekty: dřívější možnost odstoupení od smlouvy uzavřené v režimu ObčZ 1964 v tísni a za nápadně nevýhodných podmínek, resp. dnešní relativní neplatnost lichevní smlouvy, apod.

²⁰ Srov. Popper. K. *Otevřená společnost*. Praha: Oikumené, 1994, str. 200. Ve speciálnější právní podobě srov. např. *Bydliški*, op. cit., str. 160 a násl.

²¹ Srov. *Zoulík*, op. cit., str. 116.

Ochrana slabšího smluvního partnera – podnikatele (jeho skutečné autonomní vůle nezdeformované extrémně nevýhodnou vyjednávací pozicí) tak zůstává spíše výjimkou z principu rovnosti a potvrzením principu autonomie vůle mezi stranami s podstatně odlišnou vyjednávací silou, nežli nosným samostatným principem. Tato výjimka se vztahuje ve své generální klauzuli jen na podnikatele v postavení strany silnější (srov. § 433 ObčZ). Ustanovení § 433 ObčZ představuje dekompozici a konkretizaci zásady poctivosti (§ 6 ObčZ), dobré víry (§ 7 ObčZ) a zákazu zneužití práva (§ 8 ObčZ) a je nepochybně samostatně aplikovatelné. Má přece jen jakési definiční znaky, podle nichž lze určité jednání subsumovat lépe než jen podle výše uvedených nejjobecnějších zásad. Je projevem spravedlnosti, u něž nelze vyloučit kolizi s právní jistotou.

Skutečná autonomie vůle znamená též nepodřízenost, rovnost ve svobodě, tedy rovnost i v autonomii. Ochrana slabší strany umožňuje – ovšem za cenu ústupku ze zásady (formální) rovnosti – dosáhnout reálného naplnění autonomie vůle – aby tedy nezůstala ve formální podobě (podobně jako v případě pouze formální rovnosti). Předpokladem k prosazení skutečné autonomie vůle je tedy skutečná (nikoliv jen formální) rovnost účastníků soukromoprávních vztahů, takže zásada ochrany slabší strany nastoluje skutečnou rovnost (naplňuje zásadu rovnosti) s cílem naplnit zásadu autonomie vůle.²²

Soukromoprávní ochrana slabší strany je (stejně jako zásada ochrany poctivosti) projevem myšlenky, že poctivost a svoboda nejsou protiklady. Ochrana slabšího není totiž ničím jiným než derivátem zásady poctivosti. Zatímco zásada smluvní svobody zajišťuje účastníkům smlouvy autonomní rozhodovací prostor, zásada poctivosti se týká kvality rozhodnutí, a tím i legitimacy celého tržního systému.²³ Orientace pouze na výsledek (efektivnost, blahobyt) bez ohledu na poctivý proces tvorby rozhodnutí, a tvrzení, že regulatorní

²² K tomu srov. *Hurdík a Lavický*, op. cit., zejm. str. 95, 106, 114.

²³ Srov. Fikentscher, W., Hacker, P., Podszun, R. *Fair Economy*. Berlin-Heidelberg: Springer Verlag 2013, str. 79.

úsilí o poctivost jde k tíži a proti základnímu smyslu individuálního blahobytu,²⁴ jsou cynicky jednohodnotové; naše soukromé právo je nesdílí.

Společenská hlediska (včetně pojetí poctivosti a spravedlnosti) přinejmenším spoluurčují ekonomiku, která není „hodnotově vyprázdněným strojem na peníze“ a nikoliv naopak, že by pouze ekonomika definovala společnost. Ani ekonomické, ani právní názory nejsou prosty hodnotových předpojatostí, takže ideologie je důležitá pro rozhodování i v těchto oborech.

Myslím, že ochrana slabší strany je jen druh takové ideologie (protichůdné k individualistické ideologii „přežití nejsilnějších“). Přiznat si to je předpokladem k získání potřebného odstupu při zásazích do smluvní autonomie a smluvní volnosti. Ideologie ochrany slabšího není z obecného hlediska o nic horší nebo lepší nežli ideologie přežití nejzdatnějších. Hodnotící znaménko může přidávat jen jiná ideologie, resp. hodnotová soustava. Není v tom cynismus – ten spatřuji spíše v opačném přístupu – v zastírání hodnotové předpojatosti při formulaci právních zásad. Racionalitu hodnotám vesměs stejně přidáváme až dodatečně a v závislosti na našem předchozím hodnotovém nastavení, které vůbec nemusí být formováno racionálními argumenty, ale může být předurčeno prostředím, výchovou, genetickou výbavou, konkrétními zájmy, tzv. osobnostní psychologickou rovnici, ale také vírou či nevírou v ledacos.²⁵

²⁴ Srov. Kaplow, L., Shavell, L. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Massachusetts, and London: Harvard University Press, 2006, str. 466. Na str. 469 se vyjadřuje přesvědčení, že pojmu poctivosti by se neměl přiřkládát samostatný význam (*independent weight*) při hodnocení zákonných pravidel. Ona se ale zákonná pravidla na ni vesměs odkazují jako na hypotézu. V našich poměrech je navíc našťástí samotná poctivost interpretačním zákonným pravidlem (srov. nejobecnější § 6 ObčZ a na řadě dalších míst).

²⁵ Tím se samozřejmě nevyklučuje možnost aplikace takových právních ideologií, které jsou předpojaté v rozporu se zdravým rozumem a kvůli tzv. politické korektnosti. Na takový případ z jiné oblasti upozorňuji jinde (Bejček, J. Fikce rovnosti nebo „politicky nekorektní“ realita nerovnosti? *Právní rozhledy*, 2013, č. 19, s. 670 – 674). Ve věci *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL a další v. Conseil des ministres* – C-236/09, 1. března 2011- rozhodl Soudní dvůr EU o předběžné otázce podané belgickým ústavním soudem tak, že čl. 5 odst.

Soukromé právo je sice *ve značné míře* apolitické,²⁶ což však nevyklučuje promítnutí parciálních skupinových zájmů, jejichž cílem není kompenzovat určité nerovnosti, ale spíše je nastolit. Dá se toho docílit jak soukromoprávním předpisem,²⁷ ale k dispozici je i instrumentarium práva veřejného.²⁸

2 směrnice 2004/113, umožňující členským státům ponechat bez časového omezení v platnosti výjimku z pravidla stejné výše pojistného a stejného pojistného plnění pro obě pohlaví, je v rozporu s uskutečňováním cíle rovného zacházení s muži a ženami, jež sleduje uvedená směrnice, a neslučitelný s články 21 a 23 Listiny základních práv Evropské unie. V důsledku toho musí být toto ustanovení po uplynutí přiměřeného přechodného období považováno za neplatné. Kromě jiného soud konstatoval, že v době, kdy byla směrnice přijata, bylo používání pojistně matematických faktorů týkajících se pohlaví běžně rozšířeným postupem v pojišťovnictví. V důsledku toho byl zákonodárce Unie oprávněn provést zásadu rovnosti žen a mužů, konkrétně uplatnit pravidlo stejné výše pojistného a stejného pojistného plnění pro obě pohlaví, postupně a s přiměřenými přechodnými obdobími. Evropské právo a judikatura tak vlastně v případě pojištění tvrdí, že muži a ženy *jsou stejní* (byť ve skutečnosti nejsou) a že se má s nimi zacházet úplně stejně (byť by spravedlivější bylo zacházení odlišné). Evropská směrnice o zastoupení žen ve vedení společností naopak tvrdí, že muži a ženy *stejní nejsou* (byť o jejich manažerské způsobilosti pohlaví zcela určitě nerozhoduje), a že se proto má s nimi zacházet různě (preferenčně či diskriminačně), a to na základě jejich pohlaví. Kdyby na těchto neslučitelných přístupech (pod heslem „Unisex v pojištění versus genderová diferenciacie v orgánech korporací“) Evropská unie trvala, ilustrovalo by to hodnotovou neukotvenost a možný voluntarismus a ideologický subjektivismus. Taková nekonzistentní ideologie (ani pod pláštíkem „politické korektnosti“) do práva nepatří. Ideologie ochrany slabšího však do této kategorie nespadá a je podepřena řadou validních argumentů.

²⁶ Hurdík, J. in: Hurdík, J., Selucká, M., Koukal, P. a kol. *Evropské soukromé právo v čase a prostoru*. Brno, MU 2017, str. 19.

²⁷ Srov. snahu prolomit na Slovensku abstraktnost směnky – viz novelizovaný čl. I § 17 zákona směnečného a šekového. K tomu Kotásek, J. *Zavřete oči, odcházím...* <http://www.lexforum.cz/551 z 2. 10. 2015> a navazující diskuse.

²⁸ Srov., např. český zákon o tzv. významné tržní síle č. 395/2009 Sb., nebo slovenský zákon o obchodných reťazoch č. 362/2012 Zb. Na Slovensku zaujal § 5b Zákona č. 250/2007 Z. z. o ochrane spotrebiteľa (platný od 1. mája 2014): „Organ rozhodujúci o nárokoch zo spotrebiteľskej zmluvy prihliada aj bez návrhu na nemožnosť uplatnenia práva, na oslabenie nároku predávajúceho voči spotrebiteľovi, vrátane jeho premlčania alebo na inú zákonnú prekážku alebo zákonný dôvod, ktoré bránia uplatniť alebo priznať plnenie predávajúceho voči spotrebiteľovi, aj keď by inak bolo potrebné, aby sa spotrebiteľ týchto skutočností dovoľával.“ Ústavní soud SR (Pl. ÚS 11/2016-7) přijal již ústavní stížnost argumentující porušením práva na soudní ochranu, povinnosti nestrannosti soudu a principů právního

„Statistické“ pojetí slabosti

Úprava zvláštních poměrů určitých účastníků, včetně zakotvení jejich „slabosti“, se musí stát normativně, a tedy hromadně, se zřetelem ke *statistickému* průměru vlastností onoho subjektu, které nemusí v každém jednotlivém případě odpovídat reálným poměrům. Vychází se z běžné strukturální nerovnosti²⁹ mezi subjekty, která pouze typicky, tedy nikoliv vždy, odpovídá nerovnosti reálné.³⁰ Tuto typovou, strukturální nerovnost má právo kompenzovat. Přitom se samozřejmě může stát, že v konkrétním případě může být zvláštní úprava zbytečná (že půjde o přeregulaci) a v jiném třeba nedostatečná (pokud je např. spotřebitel kognitivně nebo emocionálně v pásmu statistického průměru).³¹

Pojem slabší strany se vzpírá zákonné definici, což je na jednu stranu pochopitelné pro nesnadnost takové definice, ale na druhou stranu je to nebezpečné. Tvorba hypotézy právní normy se tak totiž posouvá do sféry soudcovské normotvorby. Kontextualita je samozřejmě nutná u výkladu každého pojmu, ale nemůže být jediným kritériem pro určení jeho obsahu.

státu, Blíže srov. Budjač, M. K namietenej protiústavnosti § 5b zákona o ochrane spotrebiteľa. *Súkromné právo*, 2017, č. 1, s. 8 a násl.

²⁹ Někteří autoři označují snad poněkud nadneseně sociální nerovnost za „strukturální“ násilí. Srov. Wilkinson, R., Pickettová, K. *Rovnováha (proč je rovnost výhodná pro každého)*. Grimmus, 2013, str. 14 a násl. Etzioni (Etzioni, A. *Morální dimenze ekonomiky*. Praha, Victoria Publishing, 1995, str. 214) konstatuje, že moc je zdrojem struktury. Může tedy ovlivňovat právo včetně deklarace a realizace jeho zásad, resp. „potřebných“ výjimek z nich.

³⁰ Tak např. typický spotřebitel je ve vztahu k typickému obchodníkovi asymetricky informován, což vytváří nerovnovážnou rozhodovací situaci. V jednotlivém případě však může jít o spotřebitele – profesionálního specialistu, který ve zbožiznalectví či v právní erudici vysoce převyšuje prodávajícího obchodníka, a přesto mu je jakožto příslušníkovi typově vymezené skupiny účastníků právního vztahu zaručena ochrana ve standardu statisticky průměrného (typického) spotřebitele.

³¹ Soukromé právo vyvinulo podpůrné mechanismy, jimiž i podobné *individuální* výchytky dokáže kompenzovat navzdory absenci *skupinové* ochrany. Jsou to v širokém slova smyslu hodnotové a eticky kvalifikované nástroje obsahové kontroly „správnosti“ smluv či právních vztahů.

Potížím tohoto druhu se právo snaží vyhybat *statusovým pojetím* slabosti (určité druhy subjektů jsou zákonem prohlášeny za slabší, aniž se zkoumá, zda tomu skutečnost v konkrétním případě odpovídá), resp. zavedením doktríny tzv. strukturální nerovnováhy ve vyjednávací síle stran (např. se pokládá obchodní zástupce za strukturálně slabší stranu, ač v konkrétním případě může mít svého zastoupeného – principála, který je na jeho teritoriální činnosti závislý, doslova v hrsti).³² Nebezpečí morálního hazardu a oslabování odpovědnosti tzv. slabší strany a v důsledku i principu autonomie vůle je nasnadě.

Nejjednodušším východiskem z těchto a podobných problémů je *statusové* hledisko. Určitému typu subjektů se zkrátka přisoudí (formou zákonné fikce) jisté standardizované nadosobní vlastnosti, které dotyčný subjekt vůbec mít nemusí a nemá, ale jichž pro potřeby práva „nabude“ svým statusem.³³ Tak třeba spotřebitel se pokládá paušálně za „strukturálně slabší“ stranu především kvůli nižší ekonomické síle a kvůli informační asymetrii. Oba parametry nemusí být přitom ve skutečnosti pravdivé; chráněným spotřebitelem může být i miliardář, který má díky internetu a štábu poradců k dispozici všechny potřebné a co do podrobnosti perfektní informace.³⁴

³² Takto např. postupoval německý ústavní soud, což se setkalo se silným odporem – komentář včetně odkazů viz u Cherednychenko, O. O. *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*. Selier München 2007, str. 284)

³³ Odpůrci regulatorních zásahů státu do ekonomiky konstatují, že antimonopolní zákony obracejí princip svobody výroby, nákupu a prodeje s diskutabilní motivací zajistit „konkurenci“ ve prospěch spotřebitele. Mají být v příkrém rozporu s principem svobody jednotlivce a zejména jednotlivce jakožto výrobce. Mají se ve skutečnosti inspirovat principem poddanosti výrobce spotřebiteli; výrobce má tedy strpět, co mu panovník v podobě spotřebitele (skrze prerogativ) uloží. Tím se ale má zapomínat na fakt, že výrobce je sám spotřebitelem, který by měl být respektován také. Srov. Leoni, B. *Právo a svoboda*. Praha: Liberální institut, 2007, s. 229 – 231. Zvolená míra poněkud přehnané abstrakce autorovi ovšem brání v poznání a uvážení nezanedbatelných rozdílů (a z nich plynoucích potřeb či účelnosti ochrany) mezi profesionálním a konečným spotřebitelem.

³⁴ Podnikatel jako zásadně plnoprávný a suverénní kontrahent bez ohledu na faktickou nerovnováhu ve vztahu k fakticky mnohem silnějším partnerovi ve vztazích dvoustranných obchodů (B2B); spotřebitel, který je chráněn v jednostranných obchodech (B2C) vůči podnikateli proto, že je statusově spotřebitelem.

Stejného cíle se dá dosáhnout v zájmu právní jistoty a ochrany slabšího hrubým řešením statusovým, které jiný standard právní ochrany spojí s formálními a objektivními znaky statusu, který nemusí odpovídat skutečně subjektivně zkoumané vyjednávací síle slabší strany (ne každý spotřebitel nebo malý a střední podnik je skutečně subjektivně slabší a zranitelnější ve vztahu ke konkrétnímu partnerovi, ale rozhodující je, že *statisticky* vzato spotřebitel nebo malý podnikatel slabším partnerem je). Namísto obtížného problému s definicemi a měřením síly smluvní vyjednávací pozice konkrétních stran se problémem *pragmaticky* sprovodí ze světa kategorizací typických *statisticky průměrných* subjektů. Nebere se ani ohled na vyjednávací dovednosti a obratnost jednotlivých partnerů, které nemusí být vůbec v souladu s jejich statusovou pozicí.³⁵

Statusové hledisko nabízí tedy určité řešení neurčitosti a rozostřenosti pojmu slabší strany, a tedy i pojmu vyjednávací síly. Členství v určité (zákonem uměle vytvořené) skupinové kategorii se zvláštním právním režimem je druhem jakési *presumpce* a náhrady (*proxy*) jisté vyjednávací síly, ačkoliv by *individuální* hodnocení vyjednávací síly konkrétního subjektu v konkrétní situaci mohlo dopadnout jinak.

Normativně se tedy prosadil „statistický“ přístup respektující statisticky časté odchylky v postavení smluvních stran dané jejich osobním faktickým statusem. Zcela přirozeně se nejdříve nabízela možnost podrobit zvláštní regulaci vztahy profesionálů k neprofesionálům – spotřebitelům, a to pomocí korektivů obsahové správnosti smluv, které by neměly pod sankcí neplatnosti používat ne-

lem, byť jde v konkrétním případě třeba o experta lépe informovaného nežli jeho partner – podnikatel, a dokonce se jedná třeba i o ekonomicky podstatně silnější subjekt, než je podnikatel. Obecná ochrana slabší smluvní strany, resp. malých a středních podnikatelů, kterou u nově nás zavedl nový občanský zákoník, toto primitivní schéma narušuje, byť samozřejmě na úkor právní jistoty a za cenu „judicializace“ práva.

³⁵ I když ti bohatší budou patrně mít více reálných šancí jednat obratněji už jen proto, že si budou moci dovolit akceptovat vyšší transakční náklady spojené s angažováním kvalifikovaných právníků.

poctivé klauzule.³⁶ Protože však začal poprávu převládat názor, že síla smluvních pozic nezávisí tolik na formálním spotřebitelském či podnikatelském statusu účastníků, ale spíše na „mimostatusových“ neformálních charakteristikách, sílila snaha dekomponovat obecnou zásadu obchodní slušnosti a poctivosti do katalogu zakázaných nepoctivých smluvních klauzulí i mezi profesionály. Je ovšem předmětem diskuse, zda se má stejně vysoký standard obsahové ochrany (určený původně pro spotřebitele) přenést i na podnikatele, nebo zda by se onen ochránářsko-paternalistický standard neměl snížit.

Paternalistický přístup není kvůli morálnímu hazardu namísť ani u spotřebitelů, přestože spotřebitelé jsou velmi z pohodlnější a neobezřetní (anebo možná jsou k těmto nešvarům vychováni právě demoralizující paternalistickou ochranou?). Empirické průzkumy prokázaly, že jen nepatrné procento spotřebitelů čte formulářové smlouvy a z nich jen menší část rozumí tomu, co čte.³⁷ Právní ochrana, která by měla paušálně tento fakt brát jako argument o slabosti spotřebitele, a nikoliv jako potvrzení neodpovědnosti a lehkomyšlnosti, by zpochybňovala samotnou koncepci svéprávnosti.

Extrémní empirismus, který by se měl přetavit do ochránářských norem, protože „tak to s pozorností a schopnostmi průměrných spotřebitelů ve skutečnosti je,“ by sice vyhověl tvrzení, že „spotřebitelé jsou omezenější v racionalitě nežli plně racionální rozhodvatelé“, a že by proto klasické modely založené na teoriích „práva a ekonomie“ měly být zavrženy proto, že neodpovídají skutečnosti *law and economics*;³⁸ znamenalo by to ovšem možnost extrémního rozšíření *post-hoc* soudcovské kontroly smluv z hlediska dodržení (informační) poctivosti v každém jednotlivém případě.

³⁶ Srov. Směrnici Rady 93/13/EHS ze dne 5. dubna 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách.

³⁷ Srov. Schwartz, A. A. Consumer Protection Exchanges and the Problem of Adhesion. *Yale Journal on Regulation*, 2011, vol. 28, s. 350, pozn. 224 a literatura tam citovaná.

³⁸ Tak Bar-Gill, O. The Behavioral Economics of Consumer Contracts. *Minnesota Law Review*, 2008, vol. 92, s. 749-751. Tvrdí se tam, že kvůli kognitivním omezením se spotřebitelé dopouštějí systematických omylů, na něž obchodníci nacházejí „strategickou odpověď“.

Pojem informační asymetrie se tak může rozšiřovat nejen na samotnou disponibilitu informací, ale i na porozumění jejich obsahu, což už hraničí s matením pojmů. Procedurální poctivost nemůže totiž jít tak daleko, aby obsahovala požadavek, že by strana poskytující včasné a úplné informace byla odpovědná též za to, že jim smluvní partner též dokonale porozumí.³⁹

Ve vztazích mezi profesionály je rovněž běžné, že jeden je silnější (podle různých hledisek) než druhý. Nemůže z toho ale vyplývat nějaký „přirozený“ nárok na odstranění informační asymetrie, není-li ovšem právě tato informační asymetrie tím rozhodujícím faktorem mocenské nerovnováhy. V takových případech právo vesměs stanoví kompenzační procedury a ev. i požadavky na obsah poskytnutých vyrovnávacích informací straně informačně handicapované.⁴⁰

Domnívám se, že ve vztazích mezi drobnými dodavateli (výrobci) a velkými (byť subdominantními) odběrateli (obchodními řetězci) nehraje informační asymetrie – na rozdíl od jednostranně obchodních smluv spotřebitelských – systémově žádnou roli spolutvůrce vyšší vyjednávací síly na straně kupujících nebo ekonomické závislosti prodávajících na kupujících. V informační výhodě naopak mnohdy mohou být sami dodavatelé (např. o vlastnostech svého zboží, o technologiích, nákladech na jeho výrobu a distribuci, o rezervách v cenotvorbě, apod.). Pokud takové mocenské relace mezi výrobcí a obchodníky panují, je potřeba jejich příčiny hledat jinde.

S rozdílným faktickým statutem účastníka se přirozeně pojí různá vyjednávací síla. Ta je však pouhou *potencialitou*, která nemusí být ve skutečnosti naplněna. Právní úprava chování subjektů nacházejících se v potenciálně mocensky asymetrické vyjednávací situaci se nutně ocitá na „tenkém ledě“ především kvůli vágnosti kritérií zásahu a kvůli možné arbitrárnosti intervencí a možnému popírání

³⁹ Vzato do extrému by také mohla silnější strana ještě prověřovat, zda původně věrohodně pochopenou informaci onen slabší subjekt podržel v paměti bez zkreslení po odpovídající dobu.

⁴⁰ Srov. nejen informační povinnosti podnikatelů vůči spotřebitelům, ale i obecně „agenta“ vůči „principálovi“, managementu vůči akcionářům apod.

smluvní autonomie, ochrany vlastnických práv a tržní autoregulace prostřednictvím konkurenčního boje.

Objevivší se koncepce tzv. *European Regulatory Private Law* (ERPL) se pokouší o jistý odstup od tradiční dělby práva na soukromé a veřejné kvůli kritice formální nezávislosti a formální rovnosti jakožto základů soukromého práva. Zaměřuje se např. na regulaci bariér vstupu na trh existujících na straně slabších (což je tradiční doména práva veřejného) a klade si jisté sociální cíle. Tím se mají zvýhodnit slabší lidé, zaměstnanci, zejména na částečný úvazek, těhotné ženy, mladí lidé a děti, stejně jako „obchodníci“, již získají přístup na trh dosud uzavřený.⁴¹

Kritika tzv. tradičního soukromého práva⁴² (že nebere při interakcích účastníků právních vztahů zřetel na osobní kvality a okolnosti každého a že nahrazuje starost o *skutečné* lidi jakožto svobodné a rovné aktéry vzájemných vztahů starostí o rovné abstraktní bytosti jednající navzájem) je podle mého názoru neoprávněná a také jednostranná. Neoprávněná proto, že nebere v úvahu zvláštní osobnostní statusy a režimy některých subjektů a navíc ani obecnou ochranu slabší strany. Jednostranná proto, že i ony zvláštní skupinové statusy nejsou ničím jiným než „skupinovou abstrakcí“ reality a náhradou za skutečné individuální subjekty. To je však přece obecný znak normativity. Ono „tradiční“ soukromé právo vyvinulo a praktikuje řadu nástrojů k překlenutí (resp. ke snížení či kompenzaci) rozdílů mezi formální a skutečnou svobodou, resp. formální a skutečnou rovností a umožňuje dostatečné sebeurčení stran se zřetelem stran k jejich *individuálním* rozdílům.⁴³

⁴¹ Micklitz, H. W. Social Justice and Access Justice Private Law, in: Micklitz, H. W. (ed.) *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*. Edward Elgar Publishing 2011, str. 3 – cit. podle Dagan, H. Between Regulatory and Autonomy-Based Private Law. *European Law Journal*. 2016, no. 5, vol. 22, str. 648.

⁴² Dagan, H, op. cit., str. 651

⁴³ Kriticky se k těmto socializačním a regulatorním trendům evropského soukromého práva vyjadřuje Hurdík, J., in: Hurdík, Selucká, Koukal a kol. op. cit., str. 22 – 27.

Ochranářská nakažlivost spotřebitelského práva?

Podstatou sporu o ochranu slabší strany (resp. o přiblížení se stavu rovnosti ve výsledku) je střet hodnotový. Je stejně tak legitimní tvrdit, že nerovnost stran obchodního vztahu je zcela přirozená a že není nic nezákonného na tom, když se tato nerovnost projeví ve smlouvě mezi nimi uzavřené, jako naopak dovozovat, že využití velké vyjednávací síly zpravidla pokazí vyjednávací proces i výslednou smlouvu.

Záleží na hodnotě, kterou přisuzujeme „svobodě“ nebo „rovnosti příležitostí“, tedy jak malé rozdíly ve vyjednávací síle ještě nevadí, a jak velké rozdíly již naopak ano. Je docela možné, že se rozdíl ve vyjednávací síle bude posuzovat *ex post* až podle toho, k jak velkým rozdílům v rozdělení zisku vedl (tedy vlastně podle měřítka rovnosti ve *výsledku*). Poctivost či nepoctivost dělby zisku (kde končí hranice drobného akceptovatelného rozdílu, a kde jde již o vykořisťovatelský hrubý nepoměr vzájemných plnění) opět podléhá hodnotovým měřítkům.⁴⁴ Přednost by měla dostat tržně konformní hlediska spravedlnosti komutativní (vyrovnávací) před hledisky spravedlnosti distributivní vnášenými zvnějšíškou smluvního vztahu. Možná i proto, že úplně každý jsme spotřebitelem (i ti, kdo jsou v určitém sektoru obchodníky), inklinujeme intuitivně k ochranářskému postoji v jeho prospěch.

Spotřebitel je tedy prototypem slabšího a ochranyhodného účastníka ze skupiny těch nejméně sporných.⁴⁵ Důvody jeho och-

⁴⁴ Soukromoprávní řešení se různí. ABGB např. prosazuje nezákonnost krácení nad polovinu (Verkürzung über die Hälfte – srov. § 934 ABGB), což je z hlediska předvídatelnosti a právní jistoty přínosem; český ObčZ prosadil po vzoru švýcarského obligačního zákona jen nijak nekvantifikované tzv. neúměrné zkrácení – § 1793 – 1795 ObčZ. Podle DZ k ObčZ – srov. s. 444 DZ – se nenavrhuje stanovit jako relevantní kritérium právě polovinu ceny, neboť to by mohlo vést k některým tvrdostem.

⁴⁵ Srovnatelného snad se zaměstnancem, ne však s dítětem. Sporný ovšem může být až excesivní rozsah ochrany spotřebitele, který někdy vzbuzuje protitlak a požadavky na to, aby byli obchodníci chráněni před spotřebiteli. Srov. např. Van den Bergh. *Economic Analysis of Consumer Law. Ars Aequi.* 1990, 39 (10), str. 787 – 793; cit. podle Hartkief, T. *Freedom and Protection in Contemporary Contract Law. Journal of Consumer Policy.* 2004, 27, str. 259.

rany se tradičně spatřují v závislosti na poskytovateli zboží či služby, v informační asymetrii (informačním deficitu⁴⁶) v neprospěch spotřebitele a v nemožnosti vynakládat transakční náklady na její překonání. Nově se přidávají i behaviorálně-psychologické důvody omezené spotřebitelské racionality (která neodpovídá liberálnímu předpokladu, že člověk je racionálně se rozhodující „*homo economicus*“ optimalizující svůj *ekonomický* prospěch⁴⁷) a dále slabosti vůle a snazší ovlivnitelnosti spotřebitele v rozhodovacím procesu ve srovnání s odosobněnými institucionalizovanými postupy na straně profesionálního obchodníka. Intelektuální, psychologická a hospodářská nerovnováha, jež je pro vztah spotřebitelů k obchodníkům typická, se označuje jako „strukturální slabost“,⁴⁸ resp. „strukturální nerovnováha“,⁴⁹ která by měla být kompenzována v rámci sociálního ochránářského modelu, aby se zmírnily dopady strukturálně nerovné vyjednávací moci stran. Slabost spotřebitele znemožňuje, aby fungovaly podmínky „hospodářského sebeurčení.“ Konstitutivní ochrana spotřebitele (zajišťující formální soukromou autonomii a svobodu soutěže) se doplňuje kompenzační ochranou nastupující v případě selhání smlouvy nebo soutěže ohrožujícího hospodářské

⁴⁶ Srov. Tamm, M., Tonner, K. *Verbraucherrecht, Beratungshandbuch*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2012, str. 19.

⁴⁷ Spotřebitelé se statisticky vzato systematicky ve svém praktickém konání odklánějí od předpokladů standardní ekonomické teorie. Rizikovost jejich chování neplyne jen z ekonomické závislosti a informační asymetrie, ale i z osobnostní psychologie neprofesionála; proto se deklaruje potřeba chránit je právně před nimi samotnými. Neschopnost průměrného spotřebitele čelit více volbám vede až k jakési „*confusopoly*“. I malé náklady na vyhledávání zboží na trhu mohou údajně vést k monopolním cenám i na jinak dobře fungujících trzích a zkruslovat poptávku. Blíže viz Smith, R., King, S. Does Competition Law Adequately Protect Consumers? *ECLR*. 2007, Issue 7, str. 412 – 424.

⁴⁸ *Tamm, M., Tonner, K.* v cit. práci na str. 29 kriticky komentují názory, že ochrana spotřebitele je samostatným principem občanského práva; převažuje mínění, že tomu tak není, a že by prohlášením tohoto principu mohl být podkopán svobodný demokratický základní řád občanského práva. Analogie s tzv. principem obecné ochrany slabší strany se nabízí.

⁴⁹ Srov. Drexler, J. *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*. Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, str. 278.

sebeurčení.⁵⁰ Toto sebeurčení představuje konkretizaci a materializaci subjektivního oprávnění ke kontraktaci (soukromá autonomie) a obsahové poslání (účel) právní způsobilosti.⁵¹

Otázka tedy mj. je, jak ochránit spotřebitele před nimi samými, pokud by trvali na krátkodobých efektech a rezignovali na dlouhodobější dopady omezené soutěže. Kromě toho nejsou masoví spotřebitelé bytosti dostatečně informované a přitom racionální (a už vůbec ne jednorozměrně ekonomicky) a mohli by být chráněni nejen před informační asymetrií, ale (a měli by být?) i před vlastní iracionalitou. Omezená racionalita vede k tomu, že spotřebitelé dělají tím více chybných rozhodnutí, čím více k tomu mají možnosti.⁵² Neplatí tedy klasická poučka, že výběr je pro spotřebitele vždycky výhodný, takže může být za určitých nevýhodný větší počet nabízejících konkurentů, který poskytuje více možností, jak se při volbě zmýlit. To lze zmírnit zejména veřejnoprávními standardy ochrany spotřebitele. Navíc je třeba spotřebitele občas chránit proti nim samotným a ukládat jim omezení i ve veřejném zájmu.

Jiným pramenem rizika je vlastní spotřebitelova neschopnost či neochota učinit správné rozhodnutí, byť i při dostatečné informovanosti. Příčinou může být lehkovážnost, naivita, pohodlnost, časový tlak při rozhodování, malá sebekontrola apod.⁵³ Spotřebitelé nejsou často s to stanovit strukturu (kvalitativně) a míru (kvantitativně) vlastních potřeb a v důsledku se mohou rozhodovat impulsivně nebo podle primitivních a hrubých pouček a pravidel.⁵⁴ Nemají totiž ve skutečné rozhodovací situaci (v rozporu s předpokladem klasické ekonomie) jasnou hodnotovou a preferenční hierarchii. Poznat-

⁵⁰ Podobně *Drexl*, tamtéž, str. 302, 394.

⁵¹ Toto tzv. hospodářské sebeurčení nepředstavuje nějaké privilegium spotřebitele a mají je i podnikatelské a jiné subjekty. Specifický na spotřebiteli je soubor jeho (typických) vlastností, které by bez speciální ochrany realizaci tohoto hospodářského sebeurčení velmi často a zpravidla bránily.

⁵² *Smith, R., King, S.*, op. cit., str. 413.

⁵³ Srov. *Gans, J. Protecting consumers by protecting competition: does behavioural economics support this contention?* Melbourne Business School, University of Melbourne, 31. 5. 2005, str. 2.

⁵⁴ Angličtina používá spojení *rule of thumb*, němčina *Faustregel*.

ky behaviorální ekonomie naznačují, že preference spotřebitelů jsou často situačně specifické a endogenní, a že zdaleka nekončí u maximalizace osobního užitku, jak tvrdí neoklasická ekonomie. Tato rozhodnutí často berou v potaz mravní ohledy a vztah k ostatním.⁵⁵

Profesionální podnikatele není důvod chránit před těmito psychologickými klamy a limitacemi skutečné svobody rozhodování, byť jde v řadě případů jen o fyzické osoby predestinované vlastní psychikou. Právnícké osoby psychiku nemají – v nejhorším případě je jejich vůle a rozhodování zdeformována psychologickými charakteristikami osob, které jsou jejími orgány nebo za ně jednájí v jiné pozici. Zásada profesionality a formální rovnosti podnikatelů (a s tím spojené právní jistoty) vyžaduje, aby si profesionál (ať už fyzická nebo právnícká osoba) zjednal jiného profesionála, pokud sám není s to analyzovat chování svoje i konkurentovo a adekvátně (racionálně) reagovat, nebo aby v opačném případě sám nesl riziko toho, že tuto nutnost nerozpozná a neuvědomí si ji; pokud o problému své nedostatečné informovanosti a/nebo neracionálního intuitivního rozhodnutí ví, ale spoléhá se, že jej zvládne sám, není důvod ke změně tohoto základního právně politického východiska.

Zdá se, že převládá integrační tendence k jednotnému smluvnímu právu v rámci práva občanského, spojená se zvláštní úpravou některých otázek ve spotřebitelských smlouvách a některých výjimek z obecné úpravy ve smlouvách oboustranně podnikatelských.⁵⁶

Kardinální otázkou je právě množství a dosah výjimek udělovaných z obecného smluvního práva těm, kteří postrádají tzv. vyjednávací sílu. Evropská komise se před určitou dobou pokoušela vykládat pravidla o ochraně spotřebitelů velmi široce a připodobňovat postavení malých podnikatelů k pozici spotřebitelů. Evropský soudní dvůr takovou ochranu odmítl; podle něj normálně informovaný obchodník v takové pozici není, protože si musí být vědom

⁵⁵ Bowles, S. *Microeconomics: Behaviour, Institutions, and Evolution*. Princeton University Press, New York 2003, str. 97 (cit. podle Smith, R., King, S., cit. práce, str. 417).

⁵⁶ Srov. Micklitz, H. W. *European Principles and the Protection of the Weaker Party*. *Journal of Consumer Policy*. 2004, No 27, str. 353.

svého postavení a svých zájmů.⁵⁷ O deset let později tentýž soud potvrdil,⁵⁸ že podle evropského práva se mohou za spotřebitele považovat jen fyzické osoby.

Slabší podnikatel jako kvazispotřebitel?

Podnikatel se jakožto profesionál bez ohledu na svoji velikost chápe ve vztahu ke spotřebiteli (B2C) jako strana silnější, byť to v konkrétním případě může být daleko od pravdy.⁵⁹ Ve vztazích mezi profesionály (B2B) se tradičně vycházelo ze zásady rovnosti, samozřejmě s korektivem dobrých mravů a obchodní poctivosti. V praxi to ovšem fungovalo jinak.

Rozdíly ve vyjednávací síle, které vedou k nepoctivým podmínkám, nejsou omezeny na vztahy B2C, ale vyskytují se masově i ve vztazích B2B a mají podobné rysy (zejm. rozdíl v ekonomické moci, omezenou racionalitu, informační asymetrii), pokud jde o samostatně podnikající lidi nebo malé a střední korporátní podnikatele.⁶⁰ Od ochrany spotřebitele (*consumer protection*) se patrně přesouváme k ochraně obecného zákazníka (*customer protection*). Zpochybňuje se kontradiktornost svobody smlouvy a soutěže na trhu na jedné straně, a ochrany slabšího na straně druhé a v důsledku tedy i oddělování jakéhosi „smluvního práva pro soutěž a trh“ od jiného „smluvního práva pro spravedlnost a pro ochranu slabšího“.⁶¹

⁵⁷ Srov. případ ECJ C-361/89 z 14. března 1991 (*Di Pinto*).

⁵⁸ Spojené případy C-541/99 a C-542-99, 22. listopadu 2001 (*Cape suc v Idealservice Srl, a Idelaservice MN RE Sas v OMAI Srl*). Akademické úvahy o podobnosti postavení malých a středních podniků a spotřebitelů a o jednotném standardu smluvního práva včetně ochrannářských prvků se ovšem úporně a jakoby kruhem vracejí.

⁵⁹ Třeba ve vztahu jednoduchého a nemajetného živnostníka k bohatému, vzdělanému a informovanému spotřebiteli.

⁶⁰ Srov. Hesselink, M. W. Towards a sharp distinction between B2B and B2C? *Working Paper Series*, No. 2009/06, CS ECL, Amsterdam; též. Unfair terms in contracts between businesses, *Working Paper Series*, No. 2011/07, CS ECL, Amsterdam.

⁶¹ Srov. Roppo, V. From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts. *ERCL*, 2009, No 3, str. 343, kde se odkazuje na článek A. Plaja. Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale? *Rivista di diritto civile*, 2008, I, s. 705.

V německé soudní praxi se údajně nehledí na zvláštní ustanovení o zvycích a praxi používaných v obchodních vztazích (B2B podle § 310 odst. 1 BGB), ale pokud se použije tzv. šedá nebo černá klauzule ve vztahu B2B, pokládá se za nepoctivou vůči *zákazníkovi* jako takovému (tedy ne pouze vůči *spotřebiteli*), i když zákazník jednal v rámci svého obchodu.⁶² Německé soudy tak *via facti* odmítají posuzovat případy odlišně v závislosti na tom, zda strana chráněná právní kontrolou je obchodník nebo spotřebitel. Jednotná kontrola standardu ochrany slabšího tam má podporu i v akademických kruzích.⁶³

Proti myšlence jednotného standardu ochrany jsou ovšem také právně politické výhrady. Pokud totiž soudy v praxi přirozeně tendují k přísné ochraně spotřebitele jakožto slabší strany, je možné, že ani ekonomicky efektivní smluvní podmínky a klauzule nemusí v soudní kontrole obstát. V rámci jednotného standardu kontroly by se tak soudci buď určité části ochrany spotřebitele vzdali, nebo by vycházeli z ekonomického kontextu i ve spotřebitelských případech, kde jde hlavně o ochranu slabšího. Mohli by tak být přehnaně přísní ve vztazích B2B nebo by naopak neposkytovali spotřebiteli dostatečnou ochranu.⁶⁴ Diferencovaný standard kontroly by také obtížně mohl zažehnat a poskytl by flexibilnější a předvídatelnější výsledky.⁶⁵

Existence principiálních důvodů pro odlišnou ochranu slabší strany kvůli jejímu formálnímu spotřebitelskému nebo naopak podnikatelskému statusu se však někdy zpochybňuje. Konstatuje se zejména, že se spotřebitelské smlouvy (B2C) a smlouvy obchodní (B2B) v možnosti nevyváženého postavení stran deformujícího

⁶² BGH, VIII ZR 141/06, 19. 9. 2007, BGHZ 174, 1 a násl., cit. podle *Drygala, T. Unfair Contract Terms in Business to Business Transactions*. In: *Drygala, Heiderhoff, Staake, Zmij* (eds.). *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law*. München: Selier European Law Publishers, GmbH, 2012, str. 44.

⁶³ Srov. tamtéž a tam citovanou literaturu, str. 46 – 47.

⁶⁴ *Drygala*, op. cit., str. 50.

⁶⁵ Takový standard se podle posledně citovaného autora pokouší zavádět CESL (Common European Sales Law) v čl. 83 a 86. Viz Sdělení Komise Evropskému parlamentu o jednotném evropském právu prodeje COM (2011)636 final. Srov. posledně cit. práce, str. 50, str. 45.

obsah právního vztahu nemusí od sebe navzájem nijak výrazně lišit. I u smluv B2B se totiž dají pozorovat typické znaky smluvní asymetrie,⁶⁶ jako je závislost podnikatelů na určitých smlouvách (dokonce někdy vyšší než u spotřebitelů); informační asymetrie; i podnikatelé jsou jen lidé se stejnou psychologickou výbavou a kognitivními omezeními⁶⁷ (k tomu přistupují informační šumy v korporacích, problémy dělby moci mezi orgány a členy orgánů apod. jako specificky podnikatelsko- korporační formy přídatné iracionality); pokud jde o zisk, ten není relevantním dělítkem pro míru ochrany (spotřebitelům někdy jde o osobní zisk také, a někdy se naopak v podnikatelských vztazích sledují též mimoekonomické hodnoty); spotřebitelé i podnikatelé leckdy nemají možnost jiné volby a jsou fakticky odkázáni na konkrétní tržní protistranu.

Z toho by plynul závěr, že by se měla dát přednost obecné ochraň skutečně slabšího před omezenou a formální ochranou toho, kdo je slabší „statisticko-statusově“, tedy možná i jen „na papíře“. Občanský zákoník chápe obecnou ochranu slabšího partnera⁶⁸ jako nadřazenou pouhé ochraň spotřebitele a jako subjektivě nediferencovanou (vztahuje se na každého partnera podnikatele).

„Sépiová mlha“ tzv. malého a středního podnikatele

Je namístě otázka, zda existují nějaké důvody pro zvláštní ochranu, pokud jsou onou slabší stranou ve vztahu B2B podnikatelé označovaní jako „malí a střední“. Na prvý pohled se zdá, že nikoliv, neboť excesy vůči nim ze strany silnějších partnerů jsou přece pokryty obecnou ochranou slabší strany. Nicméně je v poslední době zřejmé, že se začíná prosazovat další fragmentace ochrany či právního režimu právě u malých a středních podnikatelů.

⁶⁶ Srov. *Hesselink*, 2009, op. cit., str. 32 a násl.

⁶⁷ I Rupert Murdoch byl chráněn jakožto slabý spotřebitel, když si kupoval u stánku jeden výtisk novin. Srov. tamtéž, str. 37. Uvádí se vtipně, že důvod, proč si spotřebitel zaslouhuje větší ochranu, je ten, že podnikatelé si zaslouží ochranu menší.

⁶⁸ Srov. příslušnou „generální klauzuli“ ochrany slabší strany v § 433 ObčZ.

I u nás vznikl (v podobě zatím jen několika paragrafů) jakýsi zárodek zvláštního „práva malých a středních podnikatelů“. ⁶⁹ Má se tím dát patrně formální výraz skutečnosti, že samotný podnikatelský status nezaručuje rovné postavení mezi partnery a stejnou vyjednávací sílu, a že tedy „není podnikatel jako podnikatel.“ Na rozdíl od neexistující definice slabší strany byla konvenční kvantitativně zjiřitelná hranice pro zařazení do kategorie malých a středních podniků byla vytvořena již dříve. ⁷⁰

Vytvoření tak široké a přitom vnitřně nesourodé kategorie malých a středních podniků jako něčeho zvláštního se zvláštním režimem, co přitom tvoří páteř a motor hospodářského rozvoje, je sporné, neboť kategorie malých a středních podniků zahrnuje téměř všechny podnikatelské subjekty v EU. ⁷¹

S ochranným režimem ⁷² pro malé a střední podnikatele se nadále počítá v zájmu toho, aby tito podnikatelé (v evropské terminologii „podniky“) při přístupu k financím překonávaly důsledky tržních selhání vyvolaných neúplnými nebo asymetrickými informacemi, a aby se menší podniky mohly lépe vyrovnat s problémy svého zapojení do výzkumu a vývoje.

⁶⁹ Srov. v podstatě z hlediska dopadu marginální úpravy v §§ 1315 odst. 3, 1964 odst. 2, 1972 odst. 2 ObčZ.

⁷⁰ Za *středně velké* se považují podniky zaměstnávající méně než 250 osob, jejichž roční obrat nepřevyšuje 50 miliónů EUR a/nebo jejichž roční bilanční rozvaha (*annual balance sheet*) nepřesahuje 43 miliónů EUR. Za podniky *malé* se pokládají ty, které zaměstnávají do 50 osob a mají roční obrat a/nebo roční bilanční rozvahu nepřevyšující 10 miliónů EUR; kategorie *mikropodniků* zahrnuje zaměstnavatele nejvýše 10 osob s nejvýše dvoumiliónovým obratem a/nebo účetní rozvahou v EUR. Srov. Entrepreneurship and Small and medium-sized enterprises (SMEs). Dostupné na: <http://ec.europa.eu/growth/smes/>. OJ L 214/38: Příloha I.

⁷¹ Již před více než deseti lety šlo o 99 % všech podniků v rámci EU – srov. Hesselink, M. W. *SME in European Contract Law, final version* – 5 July 2007, CS ECL, Amsterdam, str. 4. Občanský zákoník přitom pojem malého a středního podnikatele užívá bez odkazu na evropská měřítka; jejich použití by vzhledem k vysokým prahům použitých ekonomických kritérií ostatně vedlo k zahrnutí prakticky všech tuzemských podnikatelů, takže by ztratilo jakýkoliv diferenační smysl

⁷² Srov. *What is an SME?* Dostupné z: http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition/index_en.htm.

Na malé a střední podnikatele se nemají vztahovat určité omezující veřejnoprávní regulace, aby tito podnikatelé nebyli nepřiměřeně ovlivněni nebo znevýhodněni ve srovnání s velkými podnikateli. Např. se právě některé kategorie veřejné podpory vyjímají z obecného zákazu, pokud jsou poskytnuty ve prospěch malých a středních podniků.⁷³

V praxi může nastat souběh „slabšího“ s „malým nebo středním podnikatelem“. Zvláštní zacházení s malými a středními podnikateli by se dalo právně politicky zdůvodnit v situaci, kdy by měli výrazně slabší postavení ve vztahu s velkými podnikateli. Vůči spotřebiteli však naopak malí a střední podnikatelé mohou být (a typicky budou) v pozici silnější strany a ochrana slabšího bude krýt spotřebitele.

Ve vztahu mezi dvěma relativně stejně silnými malými nebo středními podnikateli (malý vůči malému, střední vůči střednímu, velmi malý – mikro vůči velmi malému – mikro) se ochrana středního a malého podnikatele jakožto slabší strany samozřejmě neuplatní a použijí se obecná hlediska.

Další varianty (malý vůči střednímu, střední vůči velmi malému-mikro, malý vůči velmi malému – mikro) sice zahrnují na obou stranách příslušníky skupiny malých a středních podnikatelů, ale eventuální ochrana by se měla vztahovat je na *relativně* slabšího partnera bez ohledu na to, že i ten silnější patří také do privilegované skupiny malých a středních podnikatelů.⁷⁴

⁷³ V oblasti veřejného zadávání naopak vítězí tendence odstranit zvýhodnění malých a středních podniků praktikované pod heslem „myslete nejprve na malé“ („*think small first*“). Státní pomoc má být konformní s pravidly EU včetně blokovaných výjimek ze zákazu veřejné podpory, ale vzhledem k relativně malé velikosti těchto subjektů se počítá s uplatněním doložky „*de minimis*“. Občanský zákoník přidává do režimu veřejnoprávních úlev pro malé a střední podnikatele určitý bonus soukromoprávní.

⁷⁴ Vztah mezi tzv. mikropodnikatelem (např. jednotlivým obchodním zástupcem) a středním podnikatelem (např. společností s 249 zaměstnanci) může být srovnatelně nevyvážený jako vztah mezi tímž středním podnikatelem s 249 zaměstnanci a velkým podnikatelem (třeba společností s 300 zaměstnanci). Podobně Hesselink, 2007, op. cit., str. 5.

Sporná a arbitrární je tedy vnitřní kategorizace malých a středních podnikatelů, jakož i formálním odlišení malých a středních na jedné straně, a na straně druhé podnikatelů velkých. Hraniční hodnoty mohou rozhodnout o příslušnosti či nepřislušnosti do kategorie malých a středních podnikatelů, ačkoliv ve skutečnosti rozdíl v jednotkách počtu zaměstnanců nebo miliónů obratu nemusí být z hlediska relativní vyjednávací pozice vůbec podstatný, pokud bude vůbec nějaký.

Zvláštní režim malých a středních podnikatelů by také mohl vést k účelovým úpravám rozhodujících charakteristik v zájmu získání kýženého statusu malých a středních. Šedé „přechodové“ zóny z hlediska kategorizace malých a středních stejně budou existovat a muselo by se k nim přihlížet.⁷⁵

Obecně pokládám *segmentaci právních režimů* podle subjektů soukromoprávního vztahu velmi nebezpečný jev, který vede směrem k partikulárnímu právu feudálnímu (různá pravidla pro různé osoby, jejichž zájmy jsou rovnocenné a nedotýkají se zájmů veřejných). Rozsah je (zatím) minimální, ale prvky jakési *kvazirefeudalizace* práva již můžeme pozorovat.

Ochrana spotřebitele jako tzv. *typicky* slabší smluvní strany stojí spíše na politické vůli než na argumentech, zejména pokud se již po rozhodnutí o zvláštním standardu ochranného režimu položí dodatečná otázka, proč by vlastně jako slabší strana měli být chráněni výlučně a právě jen spotřebitelé, a nikoliv *jakákoliv* výrazně slabší strana. Výše jsme poukázali na to, že podobné důvody, jaké se uvádějí pro zavedení vyššího standardu ochrany pro typicky slabšího spotřebitele, mohou nastat i u malých a středních podnikatelů, přinejmenším v případech, kdy vystupují jednorázově mimo oblast svého vlastního oboru podnikání.⁷⁶

Jakákoliv kategoriální („indexovaná“) ochrana (poskytovaná v závislosti na *formálním* statusu malých a středních podnikatelů)

⁷⁵ Podobně jako se přihlíží při určování sazby trestu, pokud trestný čin spáchala osoba plně trestně odpovědná, ale „ve věku blízkém mládí.“

⁷⁶ Když např. softwarový podnikatel kupuje pro potřeby podnikání poprvé a/nebo ojedinele osobní automobil nebo pořizuje klimatizaci do kancelářských prostor.

je dvojsečná – zvyšuje sice právní jistotu, předvídatelnost a soudní rozhodovací komfort, ale nezřídka na úkor spravedlnosti a zdravého rozumu.⁷⁷

Nutnost ochrany menších a středních podniků (resp. společenský konsenzus o vhodnosti takové speciální ochrany) není *žádná objektivní zákonitost* a určitě se nedá prosazovat jako obecný požadavek regulatorního rámce ekonomiky – to by bylo anachronické stejně jako tvrzení, že velké podniky společensky škodí. Velké podniky dosahují úspor z měřítká a z rozsahu a mohou být efektivnější než podniky malé, jindy naopak jsou těžkopádnější a menší podniky je předčí flexibilitou a kreativitou. Velké podniky mohou nepřímo vyřadit soutěž mezi malými a středními podniky tak, že je donutí odejít z trhu a soutěž bude probíhat jen v kategorii větších podniků. To může být dvoustranné.

Závažnější než samotná velikost je *tržní moc* – ta totiž může ohrozit nebo narušit soutěž. Pro dominantu nepředstavují konkurenci (a tudíž nejsou pro něj tak nebezpeční) malí a střední podnikatelé, ale podniky označované jako „*second best*“.⁷⁸ Takové „již velké“ podniky jsou usazené a efektivní a dominantům vadí mnohem více než podniky malé a střední. Vůbec se nepodobají „rodinným obchůdkům“, které naopak mohou pod „deštníkem“ monopolem určovaných cen pohodlně prosperovat, protože i přes svoji nižší efektivnost mohou úspěšně uplatňovat ceny nad svými vlastními vyššími náklady.

Dovozuje se, že obligátní představa velkých podniků jakožto nepřátel podniků malých a středních je z toho důvodu iluzorní, protože zájmem těchto drobnějších podniků je, aby se podnikům dominantním dobře dařilo a aby se malí a střední podnikatelé mohli na jejich efektivnosti také přiživit.⁷⁹

⁷⁷ Srov. situaci, kdy by měl být podnik s 249 zaměstnanci chráněn, ale ten s 250 zaměstnanci již nikoliv.

⁷⁸ Srov. Ayal, A. *Fairness in: Antitrust*. Oxford Hart Publishing, 2014, s. 120.

⁷⁹ V posledně cit. práci se na str. 121 uvádí příklad, kdy se naopak větší společnosti obracely na státní úřady s žádostí o antitrustovou ochranu a o možnost soutěžit s malými podniky. „Ochranu“ menších podnikatelů totiž braly někdy zaslé

V zemích s vysokým podílem malých a středních podniků na tvorbě hrubého domácího produktu a na celkové zaměstnanosti⁸⁰ je protekcionistický postoj státu vůči nim politicky srozumitelný, což neznamená, že by jiné řešení více inklinující k formální rovnosti nebylo třeba ekonomicky přínosnější.⁸¹

Zásadně se malým a středním podnikům neposkytují žádné „bezpečné přístavy“, které by jejich pozici oproti obecné úpravě „všeobecného soutěžitele“ zlepšovaly.⁸² Vybočení představuje úprava v Nizozemsku, která pro vztahy v rámci vnitrostátní soutěže vyjímá ze zákazu dohod omezujících soutěž dokonce tzv. tvrdé kartely,⁸³ a navíc má tamní soutěžní úřad pravomoc (která je dnes již všeobecným standardem) v rámci prioritizace nezahajovat řízení i v případech nesplňujících podmínky klauzule *de minimis*, pokud porušení práva má jen nepatrný ekonomický dopad.⁸⁴

místní úřady, které bránily velkým (ale nikoliv monopolním) prodejcům v otevření poboček v katastrofu města.

⁸⁰ Jako např. v Japonsku (srov. Takizawa, A. S., Arai, K. Abuse of superior bargaining position: the Japanese Experience. *Journal of European Competition Law*, 2014, no. 5, s. 557), nebo v Německu, kde je tzv. střední stav (méně než 50 zaměstnanců a objem ročních prodejů pod 50 mil. €) motorem ekonomiky. Zaměstnává přes 60 % všech zaměstnanců a představuje přes 99 % počtu všech německých podniků. Srov. Dreher, M., Körner, J. Germany, in: Kéllezi, P., Killpatrick, B, Kobel, P. (eds.) *Antitrust for Small and Middle Size Undertakings and Image Protection from Non-Competitors*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2014, s. 129.

⁸¹ Japonsko např. má zvláštní úpravu zákazu zneužití významné vyjednávací síly, zatímco Německo uplatňuje všeobecný zákon o ochraně soutěže, ale ve vztahu k malým a středním podnikům při zjištění *individuální ekonomické závislosti* zakazuje i její zneužití. Jinak ulehčuje malým a středním podnikům spíše snižováním administrativních nároků na podnikání.

⁸² Blíže Bejček, J. *Smluvní svoboda a ochrana slabšího obchodníka*. Brno, MU, 2016, str. 432 a násl.

⁸³ Srov. Beeston, S., Liauw, A., Joe, J., Lap, S. The Netherlands. In: Kobel, P., Kéllezi, P., Kilpatrick, B. *Antitrust in the Groceries Sector & Liability Issues in Relation to Corporate Social Responsibility*. Berlin, Heidelberg: LIDC-Springer, 2015, s. 277.

⁸⁴ V Rakousku byla podobná liberální úprava nedávno zrušena.

Závěrem

Ochrana slabšího pod závojem kompenzace nerovnosti má i řadu (pozitivně) *diskriminačních peripetií*, jejichž rozbor se však vymyká tématu příspěvku i celé konference. Poznamenám proto jen, že heslo rovnosti jakožto možné formy sociální spravedlnosti je velmi atraktivním politicko-propagandistickým a ideologickým poutačem pro část elektorátu tíhnoucí spíše k rovnostářství (k rovnosti ve výsledcích) nežli k rovnosti příležitostí. Toto pojetí rovnosti pramení patrně z rovnosti před Bohem, ale zaměňuje rovnost skutečnou a rovnost legální (rovnoprávnost).⁸⁵

Svoboda je požadavkem individuálním, rovnost je požadavkem společenským a svobodu individua omezuje.⁸⁶ Rovnost příležitostí ji otvírá, rovnost ve výsledku ji ničí.

Rovnost stran v právním vztahu má užší význam. Vesměs se ztotožňuje s absencí diskriminace (zákazem rozdílného zacházení či požadavkem stejného zacházení) a v souvislosti se svobodou soukromoprávní smlouvy se koriguje jistým minimálním prahem poctivosti tak, „aby silnému nebylo dovoleno přitlačit slabého ke zdi“.⁸⁷ Soudy mají nejen smlouvy vynucovat, ale také zajišťovat, aby se v nich dodržoval jistý minimální standard poctivosti. Ten se však nepoměřuje zpětně podle výsledku, ale podle poctivosti procesu negociace, která by měla zajistit korektní interakci sil účastníků.

⁸⁵ Srov. Sarrazin, T. *Teror ctnosti*. Praha: Academia, 2015, s. 36 – 37, 65 a mnohde jinde.

⁸⁶ Myšlenka T. Manna z Problému svobody, cit. podle Sarrazin, T., op. cit., str. 208. Jak konstatuje Isaiah Berlin: „Křesťanská (a židovská či muslimská) víra v absolutní autoritu božských nebo přirozených zákonů nebo v rovnost všech lidí před tváří Boha se velmi liší od víry ve svobodu žít, jak se mi líbí.“ (zvýraznění textu JB). Srov. Berlin, I. *Čtyři eseje o svobodě*. Praha: Prostor, 1999, str. 228.

⁸⁷ Thal, S. N. The inequality of bargaining power doctrine: the problem of defining contractual unfairness. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1988, Vol. 8. No. 1, str. 18. Myslí se tím především absence nátlaku či pohrůžky (*duress*) nebo nepatřičného vlivu (*undue influence*).

Přiznává se však,⁸⁸ že toto dělení je spíše doktrinální a že v praxi se ne vždy dodržuje. Je-li *výsledek* nespravedlivý, zkoumá se (a často se nalézá) nespravedlivost ve vyjednávacím *procesu*, zatímco když i přes nespravedlivost ve vyjednávacím procesu se dostaví *spravedlivý* výsledek, nikomu to nevadí a kvůli „principu“ se nesoudí, protože výsledek je i navzdory porušení vyjednávací *spravedlnosti* uspokojivý. *Procedurální* nespravedlnost vede k *substantivní* nespravedlnosti (k velké nerovnosti ve výsledku) jen někdy, ale zdaleka ne vždy; naopak velká nespravedlnost ve výsledku nemusí být kauzálně podmíněna nespravedlností *procedurální*.

Nerovnost znamená rozdílnou moc, tedy mocenskou nerovnováhu s různým obsahem. Tato nerovnováha je nejen důsledkem ochrany vlastnictví a soutěže, ale i předpokladem fungování tržní ekonomiky. Ani přidělová rozdělovací ekonomika nerovnost neodstraní, jen ji posune ze vztahu mezi adresáty (kteří jsou si rovni a nemají vůči sobě ekonomickou moc a jsou v mocenské rovnováze) do vztahu mezi přidělující autoritou a skupinou rovných adresátů.

V soukromém právu se rovnost chápe jako souřadnost *zájmů* stran právního vztahu. (*zájmová* rovnost). Zájmy obou stran mají stejný význam a jen při křiklavé nerovnosti stran se přistupuje ke kompenzaci faktické nerovnosti prostřednictvím rovnosti v právech a povinnostech (rovnoprávnosti). Z této kategorie je i ochrana slabší strany.

Zvláštní zacházení není tedy diskriminační, ač se tak může jevit. Diskriminační by naopak bylo, kdyby se se stranami s diametrálně odlišným postavením zacházelo stejně – některé rozdíly v postavení stran naopak vyžadují, aby se se stranami zacházelo diferencovaně.⁸⁹

⁸⁸ Srov. Aytiah, P. S. Contract and Fair Exchange. *University of Toronto Law Journal*, 1985, Vol. 35, str. 5 – 6.

⁸⁹ Typickým příkladem je doktrína zvláštní odpovědnosti dominantního soutěžitele podle ZOHS. Dominant má více povinností a méně práv nežli (*ceteris paribus*) subdominant. Podobně je motivována i ochrana spotřebitele. I kdyby z hlediska veřejnoprávní ochrany soutěže nebylo právo porušeno (diskriminující subjekt by neměl dominantní postavení, a proto by se na něj zákaz jeho zneužití nevztahoval), nebude diskriminace spotřebitele nezávadná, protože by se ocitla v rozporu se zákazem diskriminace spotřebitele podle § 6 (veřejnoprávního) zákona

Požadavek na různé zacházení s různým není stanoven pro zákonodárce; ten není ústavněprávně povinen v právních normách rozlišovat a přihlížet k odlišnostem. Neexistuje právo na přijetí pozitivních opatření, formálně rovná úprava není kontroverzní *a priori*, není-li přijata s cílem poškodit nebo znevýhodnit určité subjekty nebo je zkrátit na jejich právech či svobodách.⁹⁰

Takový závěr nebude u úprav chránících slabší stranu zpravidla namístě, a to bez ohledu na lobbistické zájmové tlaky v pozadí, které se ventilují i v důvodových zprávách k návrhům zákonů nikoliv jako snaha poškodit jiné – silnější, ale jako snaha vyrovnat nepříznivé postavení a podmínky těch slabších.

Skupinové osobní statusy znamenají diskriminaci nebo naopak zvýhodnění jiných skupin (pozitivní diskriminaci), tedy popření zásady rovnosti.⁹¹ Zájmy účastníků nejsou souřadné, ale jsou v nadřazeném či podřazeném postavení, jeden druhému apriorně ustupuje. Pozitivně se diskriminuje spotřebitel, zaměstnanec, malý a střední podnikatel, dodavatel zemědělské produkce⁹² nebo jiný subjekt⁹³ a zpochybňuje se princip rovnosti⁹⁴ a sledováním širších sociálních cílů se rozmývají hranice mezi soukromým a veřejným právem, pro-

o ochraně spotřebitele (zákon č. 634/1992 Sb., ve znění pozdějších změn a doplňků stanoví v § 6, že „prodávající se nesmí při prodeji výrobků a poskytování služeb spotřebitele diskriminovat“). Dokonce, i když bude diskriminačně jednat subdominantní podnikatel vůči jinému podnikateli (nebude tedy přímo diskriminován spotřebitel), mohl by tím porušit evropské právo, které zakazuje diskriminační chování (jen s výjimkami výslovně uvedenými) jako překážku volného pohybu zboží a služeb, která brání vytváření a fungování jednotného trhu.

⁹⁰ Srov. Gerloch, A., Tryzna, J. Příliš rovnosti škodí? (K otázce ústavního zakotvení požadavku na odlišné zacházení v odlišných případech). *Soudce*, 2013, č. 3, str. 25, 28.

⁹¹ Pod závojem nediskriminace se nezdá skrývat nerovné upírání práv určitým skupinám oproti skupinám jiným (chráněným kategoriím) – jde tedy o nerovné zacházení pod rouškou zacházení rovného. Srov. Storme, M. Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law. *Juridica International*, 2006, Nr. XI, str. 43.

⁹² Srov. např. český zákon o významné tržní síle.

⁹³ U pojištění paradoxně třeba muž. K tomu blíže Bejček, J. Fikce rovnosti nebo „politicky nekorektní“ realita nerovnosti? *Právní rozhledy*, 2013, č. 19.

⁹⁴ Srov. Hurdík, J. in: Hurdík, J., Selucká, M., Koukal, P. a kol. *Evropské soukromé právo v čase a prostoru*. Brno, MU, 2017, str. 24.

sazují se různé modely distributivní spravedlnosti ohýbané podle nekonsistentních, roztržštěných zájmových (nezřídka čistě lobbistických) ad hoc kritérií.

Koncepcie abstraktních rovnostních práv⁹⁵ uvádí, že neexistuje-li relevantní důvod pro odlišné zacházení, vyžaduje se stejné zacházení. Existuje-li relevantní důvod pro odlišné zacházení, vyžaduje se odlišné zacházení. Podstata se redukuje na politické a hodnotové ocenění „relevance“ důvodu.⁹⁶

Na závěr si kladu provokativní řečnickou otázku, zda se smíríme s partikularizací soukromého práva na úkor principu rovnosti souřadných zájmů účastníků? Nebo zda snad v oné partikularizaci soukromého práva rovnost nakonec nespochívá?

Ve vztazích mezi podnikateli se zásadně a tradičně vychází z jejich rovného postavení.

Právní ochrana slabšího v podnikatelských vztazích je ovšem velmi delikátní zásah do smluvní autonomie a do autoregulačního a selekčního působení trhu. „Parcializace“ práva na „obecné právo slabších“ a „obecné právo silnějších“ může ochromit soutěž a ohrozit tím blahobyt spotřebitele?

Absolutizace principu rovnosti by znamenala diskriminaci zdatnějších účastníků právních vztahů a demotivační znehodnocení jejich úsilí, zejména pokud by šlo o rovnost nejen formální, ale i materiální (ve výsledku). Naopak absolutizace principu smluvní svobody by vedla k polarizaci společnosti, k přežití jen těch nejzdatnějších a v důsledku k popření svobody méně zdatných účastníků smluv.

Domnívám se ale, že statusové hledisko ochrany tzv. slabšího partnera je velmi hrubé a potenciálně nebezpečné. Obecně přijatel-

⁹⁵ Alexy, R. *Theory of Constitutional Rights*. Oxford, Oxford University Press, 2010, str. 280.

⁹⁶ Např. v případě tzv. „diskriminačních podmínek pojištění (výše cit. případ *Test-Achats*, C 236/09) existuje nezvratný faktický důvod odlišného zacházení s muži a ženami. To by mělo i zcela legitimní účel. Z ideologických „politicko – korektnostních“ důvodů se ovšem prohlašuje za nepřijatelný. Jinde (u malých a středních podniků nebo u regulace tzv. významné tržní síly) je to naopak. Tam se vyhlásí jakási „kategorální slabší strana“, a tím je argumentace pro zdůvodnění faktické diskriminace těch, co do té kategorie nepatří, „hotova“.

ný a dostačující by měl být důraz na dobré mravy a férovost smluv mezi kýmkoliv. Nedomnívám se, že existuje nějaký etický imperativ ochrany slabšího podnikatele; ochrana slabšího účastníka smlouvy v pozici podnikatele by měla být z dobrých důvodů vykládána mnohem restriktivněji než ochrana spotřebitele vůči podnikateli.

Zatímco korektivní (komutativní, vyrovnávací) spravedlnost si strany zajišťují svou interakcí samy (a je doménou práva soukromého), distributivní (rozdělovací) spravedlnost vyžaduje prostředníka externích hodnot a zájmů (a zabezpečuje ji stát či z jeho pověření jiná moc veřejná).⁹⁷ Je proto doménou práva veřejného.⁹⁸

Korektivní spravedlnost je výrazem vnitřního a aktuálního bipolárního kontextu zájmů partnerů, kdežto spravedlnost *rozdělovací* zahrnuje širší a z vnějšku vnášená společenská měřítká poctivosti. Na rozdíl od spravedlnosti korektivní, která nebere ohled na zvláštnosti osoby účastníka právního vztahu, spravedlnost *distributivní* k ní přihlíží a bere zřetel na různé objektivní i subjektivní okolnosti, které mohou mít vliv na „poctivost“ výsledku. Je vlastně implicitním vyjádřením skutečnosti, že soukromí účastníci vztahu nejsou schopni prosazovat svoje vlastní cíle, resp. nikoliv v souladu s širšími společenskými cíli a hodnotami, na nichž se trvá. Vnáší do hodnocení sociální standardy poctivosti, které se mohou dost odchýlovat od výsledku zájmového střetu stran, pokud by nebyl nijak korigován. Právo v tomto pojetí není „rovným měřítkem na nerovné“, ale „nerovným měřítkem na nerovné“.

Distributivní spravedlnost klade (jakožto na sociální cíl a hodnotu) důraz na *materiální* rovnost, a nikoliv na rovnost pouze formální. Smluvní svoboda takto pojímaná má daleko od liberální představy smlouvy jako říše svobody. Naopak se jako součást smluvního prá-

⁹⁷ Podle G. Radbrucha (*Rechtsphilosophie*, § 4) je vyrovnávací spravedlnost spravedlností soukromého práva a rozdělovací spravedlnost je spravedlností práva veřejného, jak uvádí *Cherednychenko*, op. cit., s. 36.

⁹⁸ Nehledě na nebezpečí oportunistu ve službách aktuálních politických a ideologických cílů, na něž poukazoval již Hayek, A. *Právo, zákonodárství a svoboda*. Praha, Academia, 1991, str. 66 a násl., kde se o vznešeném pojmu spravedlnosti vyjadřuje skepticky jako o pouhém argumentu politické (tedy hodnotové a mocenské) diskuse).

va často prosazuje požadavek na materiální (a nikoliv pouze formální) spravedlnost jakožto odraz požadavku na materiální rovnost.

Počet a selektivnost specifických dodatečných hledisek při posuzování podle distributivní spravedlnosti mohou být v různých odvětvích a pro různé subjekty velmi odlišné. Smluvní svoboda se však z hlediska typového vždy nějakým způsobem suspenduje, a to typicky s ohledem na porušení autonomie vůle a svobody vůle v důsledku výrazné mocenské nerovnováhy ve smluvním vztahu⁹⁹ nebo také kvůli konfliktu s nadřazenými veřejnými zájmy, jimž musí zájmy smluvníků ustoupit.¹⁰⁰

Materiální spravedlnost v soukromoprávním vztahu může být ohrožena či dokonce vyloučena kvůli pouze procedurálnímu charakteru spravedlnosti korektivní vycházející z formální rovnosti stran, jež není s to materiální spravedlnost zajistit.¹⁰¹ Dochází tedy ke strukturální změně soukromého práva, jež již není konstitutivně nutně spojeno jen se spravedlností komutativní, ale prosazuje i „veřejnoprávní“ hlediska spravedlnosti distributivní.

Tzv. ochrana slabší smluvní strany (resp. i zvýšený důraz na ochranu *slabší strany*, resp. *malých a středních podnikatelů* vnáší do práva externí a stěžejí definovatelná hlediska. Je příkladem aplikace *distributivní* spravedlnosti a patří do kategorie těchto změn. Formulace jejich blanketního obsahu se *de facto* přenáší na judikaturu, která je ovšem mohla vzít v úvahu již dříve rámci korektivu dobrých mra-

⁹⁹ Srov. ochranu zaměstnanců, dětí, spotřebitelů, antidiskriminační regulaci apod. Tak např. konstitutivní ochranná role pracovního práva a jeho převážně zákazový obsah založený na vnějších hlediscích spravedlnosti v podobě ochrany zaměstnanců z něj činí spíše součást práva veřejného nežli soukromého.

¹⁰⁰ Srov. např. zákaz určitých smluvených jednání trestním zákonem, zákonem o ochraně hospodářské soutěže, daňovými zákony, zákony na ochranu životního prostředí, atp.

¹⁰¹ Srov. Canaris, C. W. *Die Bedeutung der iustitia distributiva*. München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1997, s. 46 a násl., cit podle *Cherednychenko, O. O.*, 2007, op. cit., s. 44. Klasické soukromoprávní individualizační hledisko se týkalo vad vůle účastníka (úprava důsledků omylu, nátlaku, tísně) ale dala se pozorovat expanze i do obsahové kontroly správnosti smlouvy (srov. § 49 ObčZ z r. 1964 upravující důsledky kontraktace nápadně nevhodných podmínek, ovšem spojené s tísní, jakožto vadou svobodné vůle).

vů či zásad poctivého obchodování, apod. Povinný ohled na ochranu (jakkoliv definovaného či nedefinovaného) slabšího je vlastně dekompozicí obecné mravní zásady a omezuje přílišnou diskreci liberálního soudce.

Veřejnoprávní zásahy do smluvní autonomie s cílem ochránit slabší stranu by měly být omezeny na výjimečné a všeobecně či velmi většinově akceptovatelné případy typu ochrany nezletilých, zaměstnanců, nájemníků, spotřebitelů apod. Silnější vyjednávací pozice stran v obchodním vztahu je přirozená a obchodníci o ni usilují a dosahují ji za cenu nemalých investic. Jen její excesivní zneužití ke zřejmě nepoctivému výsledku by mělo být předmětem veřejnoprávních či soukromoprávních korekcí.

Pokud např. omezení vnášená do smluvního práva mají za cíl zlepšit informovanost stran a odstranit informační asymetrii, mohou i tato omezení procedurální nespravedlnosti zvýšit efektivnost.¹⁰² Redistribuční spravedlnost by však v oboustranně obchodních vztazích neměla spočívat jen v zájmu jisté skupiny dosáhnout redistribuce zisku.

I při samozřejmé nutnosti používat neurčitých pojmů by takové výjimky neměly vést k nepředvídatelnosti a právní nejistotě v obchodních vztazích, které potřebují jasná a ustálená pravidla. Přitom se dá dosáhnout rovnováhy mezi předvídatelností a pružností velmi účinně za pomoci soudního uznání obchodních zvyklostí, aniž by se tedy vytvářela sada podrobných strnulých pravidel.¹⁰³

¹⁰² Srov. Aghion, P., Hermalin, B. Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1990, vol. 6, no. 2, s. 381 – 404.

¹⁰³ Srov. Ahdar, R. Contract Doctrine, Predictability and the Nebulous Exception. *Cambridge Law Journal*, 2014, vol. 73, no. 1, s. 52 – 53. Jasnost zákonů neznamená zavrhnout pomocná pravidla používající kritéria „dobré víry“, „náležité péče“, apod. V obchodním právu mohou například požadavky slušnosti nebo spravedlnosti nabýt přesného významu na základě obchodní praxe a principů chování sdílených v obchodní komunitě. *Desideratum* jasnosti je tou nejpodstatnější komponentou legality. Srov. Fuller, L. *Morálka práva*. Praha, Oikoymen, 1998. str. 63 – 64. Z toho důvodu jsou tak významné dobrovolné kodexy chování, které fakticky nejsou vůbec dobrovolné, neboť normují pravidla chování jakožto formalizované zvyklosti i pro ty, kdo se k nim formálně nepřipojí. Vytvářejí nad to

Právně relevantní hranice nerovnováhy mezi obchodními partnery je neurčitá a není důvodu se domnívat, že by se oproti dřívější a stávající praxi jen díky jednomu všeobecnému ustanovení zákona a několika výskytům slova „slabší strana“ v soudní praxi měnila. Spíše se dá očekávat, že deklarované cíle se dosáhnou tradičně jinými prostředky (zákaz rozporu s dobrými mravy, ev. modifikovanými jako zásady poctivého obchodního styku; zákaz zneužití práva; zákaz nekalé soutěže, nekalých obchodních praktik, určitých nepoctivých smluvních ujednání...).

Na smlouvě mezi podnikateli, odrážející výhodnější vyjednávací sílu jedné ze stran, zásadně není pojmově nic závadného. Je problémem určit, kdy malé rozdíly v ní ještě nevadí, ale větší už ano. Kvůli ochraně tzv. slabšího podnikatele by se neměl silnější partner nutit do snahy o uzavření smlouvy, která neslouží jeho zájmům. *Slabost není v podnikání zásluha hodná ochrany, probíhá-li mezi podnikateli férová soutěž.* Ochrana tzv. slabšího podnikatele by se neměla zvrátit v *postih vyjednávací síly* a neměla by zastírat politické (redistribuční) cíle. Předvídatelná a jasná právní úprava by před generální klauzulí ochrany slabšího měla preferovat *jasně vyjádřená zakázaná ujednání a vyjednávací praktiky potenciálně a velmi pravděpodobně spojené se zneužitím vyjednávací síly*. To ovšem předpokládá identifikovat skutečnou vyjednávací sílu založenou na ekonomické závislosti druhé strany, a nikoliv na arbitrárních (a především snadno určitelných¹⁰⁴) paušálních kritériích. V opačném případě se dává příliš mnoho prostoru soudnímu uvážení.

Sváří se dvě protichůdné tendence.

i pro soudy důležitý interpretační zdroj a hodnotové měřítko. Proto se i v této práci přikláním k jejich co nejširšímu používání jakožto jednoho z nástrojů použitelných k řešení problémů spojených s využíváním a zneužíváním významné tržní síly. Přitom se nemusí trvat na akademicky možná přitažlivé, ale prakticky nedosažitelné absolutní pojmové a terminologické definiční jistotě.

¹⁰⁴ Obávám se obecnější působnosti psychologického bludu, kvůli němuž měřitelnost čehokoliv neúměrně zvyšuje důležitost a váhu měřeného ve srovnání s tím, co se změřit (kvantifikovat) nedá (typicky dlouhodobé kvalitativní dopady řady rozhodnutí).

Tendence první

Na jedné straně se soukromé právo partikularizuje – dělí se statusově (stavovsky) na právo podnikatelů (obchodní právo) a „zbytek I“.

V právu podnikatelů jsou zvláštní ochranné prvky (např. právo obchodních zástupců). Zvýhodňují se v něm dokonce tzv. SME. Přistupuje k tomu speciální sektorová ochrana (ZVTS). Nad tím vším se klene obecná soukromoprávní ochrana – zákaz zneužití postavení podnikatele jako silnější strany) resp. ochrana slabšího protistrany vůči zneužití pozice silnějšího partnera s podnikatelským statutem. A vše uzavírá veřejnoprávní zákaz zneužití dominantního postavení soutěžitele (typicky podnikatele) podle §§ 10 a 11 ZOHS a zákaz zneužití hospodářského postavení podle CenZ.

Ve „zbytku I“ můžeme identifikovat *prvoplánově ochranné* „zvláštní práva“ – právo spotřebitelské (jež ostatně dále rozlišuje mezi běžnými a zvláště zranitelnými spotřebiteli), rodinné, pracovní. Představují svého druhu excés – „rezervaci“ na půdě klasického občanského práva, určenou pro „chráněné druhy“.

Zůstává jakýsi „zbytek II“ – klasické a tradiční „normální“ občanské právo ovládané zásadou autonomie vůle a rovnosti“. I v tomto „zbytku II“ existuje řada ochranných prvků (obecná ochrana slabšího nebo třeba ochrana nájemníka u nájmu bytu a domu).

Tato první tendence prosazuje mechanističtější posuzování pozice subjektů jako typové (kategoriální, „indexované“). Výsledek může být méně vhodný („spravedlivý“, „přiléhavý“) v každém *jednotlivém* případě, ale je spravedlivý většinou, „statisticky“, je předvídatelný a zvyšuje právní jistotu.

Tendence druhá

Na druhé straně se prosazují tendence k jednotnému závazkovému právu bez ohledu na osobní status (jednotný „zákazník“). Strukturálně slabší postavení kvazispotřebitele se přenáší i do vztahů mezi profesionály; poznatky behaviorální ekonomie

a psychologie se prosazují i tady. Vzrůstá tím význam *obecných* korektivů obsahové správnosti a posuzování v každém *jednotlivém* případě. Je to přiléhavější, „spravedlivější“, ale méně předvídatelné, nejisté.

Je imanentní vlastností práva, že je konfrontováno s ideologií ve smyslu hodnot a představ o tom, jak by „věci“ měly fungovat. Na tom není nic špatného. Bezhodnotová není ostatně ani ekonomie, jež je kromě ekonomické teorie též spoluutvářena ideologií. Někdo přitom pokládá za důležitější soutěž a rovnost šancí, jiný zase ochranu slabšího před tržními riziky. Na kvalifikaci a odborném zaměření to nezáleží. Jde tedy o hodnotové a ideologické spory, které se řeší vposledku politicky. Volání po čestně přiznané ideologické diskusi a po soutěži ideologických vizí namísto kvaziekonomických (ale i právnických) disputací, jež jsou jen zástěrkou a zástupným kolbištěm politických idejí,¹⁰⁵ většinou zůstanou nevyslyšena. Přiznejme si, že se za šermováním paragrafy v této oblasti skrývají zpravidla hlubinné hodnotové víry, přesvědčení a předsudky. A samozřejmě také zájmy účastníků, které jsou úzce spjaty s jejich hodnotami a přesvědčeními.

Summary

The catchword of equality as a possible form of social justice can be politically and ideologically very attractive for a part of electorate leaning rather to egalitarianism (equality in results) than to equality in opportunities. Such a notion of equality stems presumably from equality in front of God, but it confuses real and legal equality (equality of rights).

It is admitted, however, that such subdivision is rather doctrinal and that it is not unavoidably observed in practice. If the *result* is unfair, unfairness is being examined (and often found) in negotiati-

¹⁰⁵ Tak Lao, M. Ideology Matters in the Antitrust Debate. *Antitrust Law Journal*, 2014, vol. 79, issue 2, s. 685.

on *process*. On the contrary, if a fair result is achieved although unfairness was present in the negotiation process, everyone is satisfied and there are no legal actions only for a “principle”, because such a result is, regardless unfairness in negotiation process, favourable. *Procedural* injustice leads to *substantive* injustice (to great inequality in results) only sometimes, but not always; on the contrary, any great injustice in results does not have to be causally conditioned by procedural injustice.

In private law, equality is understood as equivalence of the *interests* of parties to a legal relationship (equality related to the *interests*). Interests of both parties have the same importance, and – only in case of some extraordinary inequality of parties – factual inequality is compensated through equality in rights (and obligations). This category also includes protection of the weaker party.

Hence special treatment is not discriminatory although it may appear so. On the contrary, it would be discriminatory if parties with a diametrically different status were treated the same way; some differences in status of the parties, on the contrary, require that the parties are treated differently. A typical example is a doctrine of special responsibility of the dominant competitor under the Czech Act on the Protection of Competition. A dominant has more duties and fewer rights than (*ceteris paribus*) a subdominant one. Consumer protection is similarly motivated.

Group personal status means either discrimination or favouring of other groups (positive discrimination), i.e. denial of the principle of equality. Under the veil of non-discrimination, there is often an uneven denial of rights to certain groups as opposed to other groups (protected categories) – it means unequal treatment under a guise of equal treatment. The interests of participants are not equivalent, but they are in a superior or subordinate position, therefore a priori one interest retreats to another one. There is a positive discrimination towards consumers, employees, small and medium enterprises, suppliers of agricultural production or other entities, the principle of equality is questioned and boundaries between private and public law are blurred by pursuing

broader social objectives, different models of distributive justice distorted by inconsistent, interest-fragmented (often clearly lobbyists-provided) *ad hoc* criteria.

The concept of abstract equality-rights states that, unless there is a relevant reason for different treatment, the same treatment is required. If there is a relevant reason for a different treatment, different treatment is required. The essence is reduced to political- and value-assessment of the “relevance” of such a reason.

The question is whether we should reconcile us with particularisation of private law to the detriment of the principle of equality of equivalent interests of participants. Or perhaps whether the equality itself does not consist in such a particularisation of private law after all?

Relationships between entrepreneurs are in principle traditionally based on their equal status. Legal protection of the weaker party in business relations is, however, a very delicate interference with contractual autonomy and with self-regulatory and selective working of the market. “Partialisation” of law to “general law of the weaker parties” and “general law of the stronger parties” can paralyse competition and jeopardize consumer welfare.

Absolutisation of the principle of equality would mean discrimination against more proficient participants in legal relations and demotivating their efforts, especially if not only formal but also material (in results) equality were concerned. Conversely, absolutisation of the principle of contractual freedom would lead to polarization of society, to a survival of the fittests only and thus to a denial of the freedom of less proficient parties to contracts.

The status-based viewpoint of protection of the so-called weaker partner is very rough and potentially dangerous. Instead, emphasis on good morals and fairness of contracts between everyone should be generally acceptable and sufficient. I do not think there is any ethical imperative of protection of a weaker entrepreneur; protection of an entrepreneur as a weaker party to a contract should for good reasons be interpreted more restrictively than protecting a consumer against an entrepreneur.

Whilst corrective (commutative, equalising) justice is ensured by the parties themselves – by interaction between them (and it is a domain of private law), distributive justice requires an intermediary of external values and interests (and it is provided by the state or other public authority). It is therefore a domain of public law.

Distributive justice emphasises *material* equality (as a social objective and value), and not just formal equality. Contractual freedom in these terms is far from the liberal concept of a contract as a realm of liberty. Conversely, the requirement of the contract law for material (and not merely formal) justice is often underlined as a reflection of a claim of material equality.

The so-called protection of a weaker contractual party (and the increased emphasis on protection of a generally weaker party or of small and medium sized enterprises – SME) brings some external aspects into the law to be hardly defined. It is an example of application of distributive justice. Discovering of its uncertain content is de facto transferred to the court that, however, could have taken it into account already earlier in terms of good morals or principles of fair trading, etc. Compulsory protection (albeit defined or undefined) of the weaker party is actually decomposition of general moral principle and limits excessive discretion of a liberal judge.

Public-law interventions into contractual autonomy with the aim to protect a weaker party should be limited to exceptional and generally or very largely acceptable cases of protection of minors, employees, tenants, consumers, etc. A difference in bargaining positions of parties in a business relationship is natural and entrepreneurs seek to achieve it in exchange for a lot of investment. Only its excessive misuse for an apparently unfair outcome should be subject to public- or private-law corrections.

Even with the obvious need to use vague terms, such exceptions should not lead to unpredictability and legal uncertainty in business relations that, instead, need clear and stable rules. A balance between predictability and flexibility can be very effectively achieved through judicial recognition of commercial practices, without creating a set of detailed rigid rules.

As a matter of principle, there is generally nothing wrong on a business-to-business contract reflecting a more advantageous bargaining power of one of the parties. It is a problem to determine when the small differences do not matter (yet) and when there are (already) large enough to matter. In order to protect the so-called weaker entrepreneur a stronger partner should not be forced to conclude a contract that does not serve the interests thereof. *Weakness is not a merit worth of protection in businesslife if there is fair competition between entrepreneurs.* The protection of the so-called weaker entrepreneur should not be reversed in a *punishment of a bargaining power* and should not cover political (redistribution) goals. Predictable and clear legal regulation should prefer *explicit forbidden clauses and bargaining practices potentially and very likely associated with abuse of a bargaining power* over general principle of protection of the weaker. This, however, presupposes identifying a real bargaining power based on an economic dependence of the other party and not on arbitrary (and especially easily identifiable) universal “group-affiliation-based” criteria. Otherwise too much discretion is left to the judicial deliberation.

There are two opposing tendencies.

The First Tendency

On one hand, private law is particularised – it is divided by status to law of entrepreneurs (business law) and the “Remainder I”.

There are special protectionist elements in the law of entrepreneurs (e.g. law of commercial agents). Even so-called SME are favoured among them. Special industry (sector) protection may be added (e.g. regulation of commercial distribution chains). Above all of this general private law protection is overarching – prohibition of the abuse of a position of an entrepreneur as a stronger party and protection of a weaker counterparty against abuse of a position of a stronger partner with a business status respectively. Everything is completed by a public law prohibition of abuse of a dominant position of a competitor (typically an entrepreneur) due to the antit-

rust legislation and prohibition of abuse of the “economic position” according to the Act on Prices.

We can identify *first-hand protectionist “special rights”* – consumer law (which furthermore distinguishes between normal and particularly vulnerable consumers), family law, labour law in the “Reminder I” They represent a kind of excess – “reserve” on the soil of classic civil law, intended for “protected species”.

There remains some kind of the “Rest II” – namely classic and traditional “normal” civil law led by the principle of autonomy of will and equality. Even in this “Rest II” there are several protectionist elements (general protection of the weaker participant or protection of a tenant).

This first tendency promotes more mechanical, typological assessment of the position of entities (category-based, “indexed”). The result may be less appropriate (“fair”, “suitable”) in each *individual* case but is generally (“in terms of statistics”) fair, predictable and increases legal certainty.

The second tendency

On the other hand, there is a tendency towards a single law of obligations regardless a personal status (single “customer”). A “structurally weaker” position of a quasi-consumer is also transferred into the relations between professionals; findings of behavioural economics and psychology are being promoted here as well. This raises the importance of *general* correctives of content correctness and assessment in each *individual* case. It is more suitable, “fairer”, but less predictable, uncertain.

It is an immanent characteristic of law that it is confronted with ideology in terms of values and ideas of how “things” should work. There is nothing wrong with that. Even economics is not value-free, for – in addition to economic theory – it is also co-created by ideology. Some people consider competition and equal opportunities to be more important, while others prefer protection of the weaker parties from market risks. Qualification or professional orientation

does not matter. It is a dispute of value and ideology that are finally solved politically.

Callings for honestly confessed ideological discussion and a competition of ideological visions instead of quasi-economic (but also legal) disputes, which are just a pretext and substitute-arena of political ideas, are mostly left unanswered. Let us admit that there are hidden deep value beliefs, convictions and prejudices in this area behind brandishing with articles of the legal acts. And, of course, the interests of the participants, too, being closely connected with their values and beliefs.

Assoc. Prof. Dr. Christian Alunaru – “Vasile Goldiș”
Western University of Arad

Senior Lecturer Dr. Codruța Guzei-Mangu
West University of Timișoara

THE ROLE OF THE NEW ROMANIAN PRIVATE LAW IN COUNTERACTING THE GROWING WEALTH INEQUALITY

Introduction

The Principles Based on the New Romanian Civil Code Determined by the Protection of the Legal Entities that are on a Position of Economic Inferiority

The old Romanian Civil Code from 1864, in force until the 1st of October, 2011, despite the use of other sources (such as the Belgian Law of December the 16th, 1851, Pissanelli Italian Civil Code and some provisions of the Old Romanian Law) was considered to be a copy of the Napoleon Code of 1804¹. Some of the principles used in the elaboration of the French Civil Code in 1804 have been outdated

¹ For details on the fundamental principles of the old Romanian Civil Code and the changes brought by the new Romanian Civil Code, which came into force on 1 October 2011, see *Christian Alunaru*, “Die Besonderheiten der Zivilrechtsreform in Rumänien/ Osobitosti reformy občianskeho práva v Rumunsku” (Particularities of the Civil Law Reform in Romania), in “Reforma súkromného práva v strednej a východnej Európe/Die Reform des Privatrechts in Mittel- und Osteuropa”, editor Prof. JUDr. Ján Lazar, IURA EDITION Bratislava – Trnava 2009, p. 187 – 224;
Idem, “Zum neuen rumänischen Zivilgesetzbuch – Vertragsrechtlicher Teil” (About the New Romanian Civil Code – The Contract Law Part), in *European Review of Contract Law*, Vol. 6 no. 2/2010, p. 197 – 216, DE GRUYTER Berlin New York Publishing House.

for a long time, considering the 200 years in which social and politics realities have changed profoundly and essentially.

The economic growth was achieved by economic concentration, the acceleration of trade, the development and multiplication of services, the industrial revolution and then the technical-scientific one. The big changes that have happened at the economic level have also determined profound consequences in the social structure. They were the main causes of the appearance and accentuation of the inequalities between the participants in the civil and commercial circuit, economic, technical, informational and legal inequalities. Among other things, these inequalities have materialized in the standardization of contracts, especially those of traders and consumers, which made useless, if not impossible, any discussion and negotiation between future contracting parties. The weaker has no choice but to choose between accepting or refusing the clauses of the contract that have already been pre-established by the strongest. This opinion was expressed by the great French doctrinal R. Saleilles at the end of the last century, by the term "adhesion contracts".

The legislator's reaction, as well as the doctrine and jurisprudence to these realities, did not take long to reveal themselves. It is not the objective of this international legal conference, nor does my competence as a civil law specialist allow me to analyze the political and social measures taken by the state to prevent and combat the increasing discrepancy between the rich and the poor. The purpose of this study is to highlight the means of civil law drawn to ensure a balance between participants, stronger or weaker, in the civil circuit.

We have shown that some of the principles used in the French Civil Code of 1804 and in the 1864 Romanian Civil Code are now outdated. The entire construction of the general theory of the contract, made by analysts of the texts of the French Civil Code in 1804, was based on the theory of autonomy of will, creation of the school of natural law, based on political and economic liberalism, expression of the individualist philosophy of the eighteenth cen-

ture². An essential influence in the elaboration of this theory was the political and legal individualism outlined by Emmanuel Kant (1724 – 1804).

According to this theory, the consensual agreement between parties is nothing but the expression of individual freedom, by which man is bound only because he wanted it and to the extent that he wanted it. As a result of the consent of the contracting parties, the contract was considered to be always in accordance with the interests of the persons who concluded it. No one can want more, cannot accept what is contrary to his interests. This leads to the parties' balance of interests. As Fouillée, the philosopher, expressed in the nineteenth century, "Qui dit contractuel, dit juste"³.

Such a view was appropriate to the realities of the early nineteenth century, when production and trade embraced a family and artisanal character. The contractual relations were personal, the contract was concluded between persons with identical legal status and relatively equal economic power, who freely exposed and discussed their opposing claims, making mutual concessions and ending, most of the time, by concluding an agreement, whose terms expressed their common and genuine will. This conception was also the basis of the Romanian Civil Code from 1864, inspired by the French one.

The theory of autonomy of will is today somewhat outdated⁴. The will of the parties can no longer be regarded as the solely basis for

² The analysis of the theory of autonomy of will is taken over by the Romanian doctrine of the French doctrine. See: *Aurelian Ionascu*, *Voința juridică (Legal Will)*, in "Studia Napocensia", seria Drept. 1. (Law series. 1.), Bucharest Academy Publishing House 1974, pp. 49-53; *Ioan Albu*, *Drept civil. Contractul și răspunderea contractuală. (Civil Law. Contract and contractual liability)*, Dacia Publishing House, Cluj-Napoca, 1994, pp. 24-29; *V. Ranouil*, *L'autonomie de la volonté: Naisance et évolution d'un concept*. Presses Universitaires de France, Paris 1980.

³ *J. Ghestin*, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2006, p. 29.

⁴ The synthesis of the critique brought by the French doctrine of the theory of autonomy of will, taken over by the Romanian legal literature, is contained in: *B. Starck, H. Roland, L. Boyer*, *Droit civil. Obligations. Contrat*. Troisième édition, Litec, Paris 1989, p. 7-12

the construction of the general theory of the contract. What is agreed through contracts, that is, through the free play of individual wills, is not necessarily fair and does not always lead to justice. Many times the parties are not in a position of economic, informational and social equality. Thus, far from leading to balanced legal relations, autonomy of will (freedom of will) results in that the strongest imposes the law to the weakest and often, as shown in French literature, the contract determines “the crushing of the weakest by the mighty one.”⁵

That is why the legislator and judges have begun to intervene more and more frequently in the formation and the being of contracts. The legislator intervenes by elaborating more and more imperative rules (instead of suppletive (not mandatory) ones), and the judges pursue a double purpose, intervening in contracts: on the one hand, they try to ensure, to a certain extent, the contractual equilibrium by shaping the content of the contract. This is done by changing deadlines, eliminating contractual clauses such as unfair contractual terms or judicial review of contracts, especially those that determine debts of value (binding obligations whose object is a value expressed in a sum of money), or even by adding to the contract. In this regard, an example is art. 1182 paragraph 3 of the new Romanian Civil Code, which allows the court, at the request of either party, to add to the contract if the parties have agreed on the essential elements but have not reached an agreement on the secondary elements. On the other hand, the judges aim at controlling the behavior of the parties and making them loyal and cooperative, so that everyone can obtain, with minimal expense, all the advantages contemplated at the conclusion of the contract.

In modern Romanian civil law, as well as in the new Civil Code, entered into force on the 1st of October, 2011, contractual freedom is increasingly limited by the principle of contractual solidarity⁶.

⁵ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II/premier volume, Obligations. Théorie générale: Montchrestien, Paris 1998, p. 104.

⁶ For a detailed analysis of the contractual solidarity, see: *Liviu Pop*, *Tratat de drept civil Obligațiile. Volumul II. Contractul*. (Treaty of Civil Law. Obligations. Volume II. The Contract), Universul Juridic Publishing House, Bucharest 2009, p. 55-75.

The subjective view on the contract was criticized because it omitted the concrete, constructive element of the relations between the parties to the contract, which is the interest, the “engine of the contract”⁷. The analysis of the interest sought by the contracting parties makes it possible to know their contractual relationship, which is one of contractual solidarity. By giving their consent to the conclusion of the contract, each party assumes the task of obtaining the interest of the other, establishing a mutual dependency in achieving the common objective, formed of the sum of those interests. This means that, in its content, the contract ensures the achievement of the interests of the contracting parties as well as their compatibility, making it possible at any time to reconcile them when economic, social and political realities demands it. If such conciliation cannot be achieved through contractual arrangements, it will be done by the judge and sometimes by the legislator through mandatory rules. This is how it can be explained the important limitations to the classical principles of the general contract theory: the principle of contractual freedom, the principle of binding contract force, the principle of relativity of the effects of the contract, correlated with that of the contract’s opposability.

Contractual solidarity is obvious during the execution of the contract. Contractual solidarity justifies why the law demands the parties these two obligations: the obligation of cooperation and the obligation of coherence. Under the obligation of cooperation, the parties are compelled to work together to achieve each other’s contractual interest. Under the obligation of coherence, of consistency, they need to demonstrate mutual trust, which means that they must not adopt behaviors that are inconsistent with the achievement of the mutual interests they pursue by executing the contract exactly as it was agreed upon.

Cooperation between the contracting parties is more important in the event of difficulties in the performance of the contract. Under

⁷ J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1999, p. 74.

such circumstances, considering the solidarity principle in the performing of the contract, the parties must not remain passive. On the contrary, they have a duty to act in order to reconcile their contractual interests.

Difficulties in executing the contract can be of two kinds. Firstly, if these difficulties are personal of one of the parties, the obligation to cooperate includes in its content the duty of tolerance in exercising the rights of the other party, for example: tolerance in the exercise of its right to demand the full execution of the contract; tolerance in invoking the exception for non-execution (*exceptio non adimpleti contractus*); tolerance regarding the termination, rescinding of the contract etc. This means having the patience necessary to enable the co-contracting party to fulfill her commitments. Lack of tolerance may sometimes lead to the rejection by the courts of the demand of one of the contracting parties for the exercise of his contractual rights in bad faith.

The second type of difficulty that may arise in executing the contract is due to external factors, such as economic conjuncture (for example monetary fluctuations). In this case, the parties must cooperate, showing tolerance in the sense of reviewing the contract clauses (reassessment of claims and debts) in order to ensure contractual equilibrium.

It follows that, unlike classical conception, the content of the contract is no longer immutable, petrified. If the parties do not show tolerance, for example, they do not agree to review the content of the contract, it may be done by the court at the request of the party that is about to suffer a damage. Such a provision exists in art. 1271 of the new Romanian Civil Code, in case of **unforeseeability** (*rebus sic non standibus clausula*): if the execution of the contract became excessively onerous due to an exceptional change of the circumstances that would make it manifestly unjust for the debtor to perform his contractual obligation, the court may order the adaptation of the contract in order to distribute fairly, between parties, the losses and the benefits resulting from changing of the circumstances.

Contractual solidarity is also obvious (and beneficial) in the case

of non-performance of the contract. When a party does not achieve the contractual interest of the other party, the latter has some contractual prerogatives. But the creditor cannot use a contractual prerogative to enable it to obtain profits from the other party without fulfilling its contractual obligations. The victim of non-execution is no longer the absolute master of the consequences of non-fulfillment by the other party, or as expressed in French⁸ and Romanian⁹ literature (A.S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, Litec Paris 2006, pp. 579-580) (Liviu Pop Contract, p. 74), no longer has “the life and death of the contract”, and this on the grounds that it must respect the requirement of conciliation of interests with the obligation to preserve them whenever they are not irretrievably destroyed or lost. The creditor cannot use a contractual prerogative to enable him to obtain profits from the other party without fulfilling his contractual obligations.

The conciliation of the interests of the contracting parties makes it necessary for them to comply with the principle of proportionality in the event of non-performance of the contract by one of them, a principle aimed at maintaining the contractual balance. The contractual remedy to which the creditor whose interest has not been met by the other party may will resort to must be proportionate to the severity of the effects of the non-execution. In the same manner, the contracting party who is the victim of non-performance of the contract must act in such a way as to limit or minimize the damage caused to it, which is called “duty to mitigate” in English law. According to this rule, damages are limited to damage that cannot be reasonably avoided by the complainant after the non-performance of the contract by his contractual partner¹⁰. Surely, minimization of

⁸ A.-S. Courdier-Cook, *Le solidarisme contractuel*, Litec Paris 2006, p. 579-580.

⁹ Liviu Pop, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰ Liviu Pop, *op. cit.* p. 75 and 520, where French literature is quoted, such as: S. Reiffegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*. Thèse. Paris I. 1999. See also: D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?*, in *L'avenir du droit. Mélanges et hommage à François Terré*, Presses universitaires de France/Dalloz/jurisqueleur, Paris 1999, p. 603-634.

damage can be achieved through cooperation between the two contracting parties.

From all of the above, it follows that the times when the creditor was the absolute master of the contract, when the mighty and rich one could impose its interest against the weak and poor have passed. Contractual solidarity has introduced a different conception of contractual obligations: “contracting parties form a sort of microcosm. It is a small society where everyone has to work for a common purpose that is the sum of the individual goals pursued by each, as in a civil and commercial society. Therefore, the opposition between the creditor’s right and the debtor’s interest tends to be substituted by a certain union. The creditor who is to receive the benefit is not only creditor, he may have a duty of cooperation.” As the French doctrinal R. Demogue¹¹ said in 1931.

In the Explanatory Memorandum to the draft of the new Civil Code¹², the authors of the project stressed that among the aims pursued in drawing the general regime of obligations was the one “ensuring adequate protection of the subjects of law that are in a position of economic inferiority”. Therefore, the authors of the new Civil Code addressed the issue of the economic power inequality of natural and legal persons and consequently wished to avoid situations where persons with higher financial standing could impose their own interests in contracts concluded with parties having a precarious economic situation. In other words, the authors of the new Civil Code have perceived the danger of worsening the gap between the rich and the poor. In order to accomplish this goal, the explanations given in the 5th Book of the Civil Code - “On Obligations” in the Explanatory Memorandum to the Civil Code draft it has been shown that special regulations have been laid down concerning the formation of the contract, the inclusion of standard clauses in the contract, the reduction of the penalty clause, compensation of non-pecuniary

¹¹ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, tome VI, 1931, p.9.

¹² Published on the site of the Chamber of Deputies <http://www.cdep.ro/proiecte/2009/300/00/5/em305.pdf>.

damage etc. To these regulations, listed in the Explanatory Memorandum, following the doctrine's conclusion, must also be added the *clausula rebus sic stantibus*, respectively the unforeseeability clause.

Despite the explanations given in the Explanatory Memorandum, the provisions on the protection of the party in a situation of economic inferiority do not form separate chapters or sections, they are dispersed over the 5th Book of the new Civil Code. We will try to identify some of these in the following.

Lesion

A first example of the concern of the Romanian legislator for overcoming the excessive economic discrepancies is the regulation of the lesion (*laesio enormis*) in the new Civil Code. According to art. 1221 "There is a lesion when one party, taking advantage of the state of need, the lack of experience or the lack of knowledge of the other party, stipulates in his favor or another person a benefit of considerably higher value at the date of conclusion contract than the value of its own benefit".

In the old Civil Code of 1864, the lesion was regulated by art. 951 as a vice of consent only applicable to minors¹³ and was restricted by Decree no. 32/1954 (for the implementation of the Family Code and the Decree on Natural and Legal Persons)¹⁴ to minors aged 14 years who conclude, without the consent of their parents or guardian, legal acts for whose validity is not required a prior consent of the guardianship authority, if these acts cause them harm. In the old regulation, the lesion has come to have a limited area of application, both from

¹³ C. Hamangiu / N. Georgean, *Codul civil adnotat cu textul art. corespunzător francez, italian și belgian, cu doctrina franceză și română și jurisprudența completă de la 1868 – 1925*. (Civil Code annotated with the text of French, Italian and Belgian art. and French and Romanian doctrine and complete jurisprudence from 1868 to 1925). Vol II, Alcalay & Co Universal Book Publishing House Bucharest, 1925, p. 452 (Commentary on Article 951).

¹⁴ Published in *Buletinul oficial* (Official Monitor) no. 9 of 31 January 1954.

the point of view of the persons who can rely on it as a cause for annulment as well as of the acts that may be annulled for the lesion¹⁵.

The new regulation is much more suited to ensuring the balance between the contracting parties. The lesion now exists not only in the case of minors, but also in the case of adults.

What is surprising, however, is how the Romanian legislator used as sources of inspiration the Austrian General Civil Code (ABGB) and the German Civil Code (BGB). This was highlighted in an international seminar on recoding of civil law in Romania and Hungary, of course through the influence of Austrian law, presented together with Professor Vékás Lajos of the Eötvös Loránd University in Budapest in 2010 at the Vienna University of Economics (Wirtschaftsuniversität Wien)¹⁶.

From the analysis of the lesion conditions in the case of the adults, it follows that two of the conditions imposed by art. 1221 of the new Romanian Civil Code¹⁷, that of a considerable disproportion between the benefits of the two parties and that of the victim being in a state of need, lacking experience or knowledge compared to the other, are the conditions imposed by art. 879, paragraph 2, point 4 of the Austrian General Civil Code (ABGB) (as well as Article 138 of the German Civil Code - BGB)¹⁸.

¹⁵ For details on lesion regulation in the old Civil Code, see: *Gh. Belei*, Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil. (Romanian Civil Law. Introduction to civil law. Civil law subjects), the 7th edition was revised and added by M. Nicolae and P. Trusca, Universul Juridic Publishing House, Bucharest 2001, pp. 157-159.

¹⁶ *Christian Alunaru* (Romania), *Lajos Vékás* (Hungary), „Die Rekodifikation des Zivilrechts in Rumänien und Ungarn“ Recoding of civil law in Romania and Hungary, International Seminar at Wirtschaftsuniversität Wien, Central and Eastern European Economic Research Institute (Forschungsinstitut für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht - FOWI) 13. 9. 2010.

¹⁷ The commentators of the new Romanian Civil Code highlight the two conditions without showing their origin: *Cristina Zamșa*, in *Fl.-A. Bătaș / E. Chelaru / R. Constantinovici / I. Macovei*, (editors), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole* (New Civil Code. Comment on articles), C.H. Beck, Bucharest, 2012, p. 1283, Art. 1221, no. 4 - 7.

¹⁸ For details on the conditions required by the Austrian General Civil Code (ABGB), see: *H. Koziol / R. Welser*, *Bürgerliches Recht*, Band I., Allgemeiner Teil

It is important to note here that, unlike the Austrian General Civil Code (ABGB), the German Civil Code (BGB) does not expressly and explicitly include an express prohibition of *laesio enormis*, nor does it provide for both conditions, respectively both the exploitation of the disadvantaged situation of the party adverse and the exact measure of the disproportion (more than half) of the two benefits. But, finally, the same conclusion is reached as in Austrian law, following the additions to BGB Article 138 of the Supreme Court of Germany and doctrine. This article provides for nullity for violation of the good morals of the contract by which someone exploiting the state of need, lack of experience, lack of discernment, or a considerable weakness of the will of another, obtained, for himself or for a third party, the promise or granting, for a benefit, of material advantages that are manifestly disproportionate to the benefit. The measure of disproportion is not expressly mentioned in the legal text, but the German Supreme Court (Bundesgerichtshof) has stated that there is such a disproportion when the difference in value is 100%¹⁹. In addition to the objective disorder of the equivalence of benefits, the German Supreme Court also claims the existence of subjective factors regarding the favored part, that is to say, a reprehensible attitude of that party²⁰. This is fundamentally the situation when the favored

und Schuldrecht. 10. Auflage. (Civil Law, Volume I. General Part and Law of Obligations), the 10th Edition, Manz, Vienna, 1995, p. 144.

¹⁹ BGH, Urteile vom 2. Dezember 1982 – III ZR 90/81, NJW 1983, 1420 und vom 11. Januar 1995 - VIII ZR 82/94, BGHZ 128, 255, 268 (Supreme Court of Germany, Decisions of 2 December 1982 of the Senate III civil file no. 90/81, in "Neue Juristische Wochenschrift" (New Weekly Legal Journal) 1983, p. 1420 and the decision of 11 January 1995 of the Senate VIII civil, file no. 82/94, in "BGHZ - Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen" Rulings of the Supreme Court in civil matters), Carl Heymanns Köln, 128, 266, 268; Beschluss vom 13. Juli 1989 - III ZR 201/88, NJW-RR 1989, 1068 (Judgment of 13 July 1989 of the Civil Senate III, file no. 201/88), in "Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungsreport" (The New Weekly Legal Journal, Communications of Judicial Practice), C.H. Beck Frankfurt am Main 1989, p. 1068.

²⁰ BGH, Urteil vom 28. April 1999 - XII ZR 150/97, BGHZ 141, 257, 263; Urteil vom 19. Januar 2001 – V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, 301 f. (The Supreme Court of Germany, the decisions of the Civil Senate of 28 April 1999, file no. 150/97), in "BGHZ - Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen" (The BGHZ

party has known or has deliberately refused to know the imbalance between benefits. Because in the case of a gross disproportion of benefits there is, according to the German Supreme Court²¹, a presumption of a convicted attitude of the advancing part, which can only be overthrown by some special circumstances, the German doctrine speaks of a revival of *laesio enormis* (enorme Verletzung - enormous injury)²².

The sanction for the lesion is regulated in a separate article, art. 1222: The party who suffered a damage may request either the termination (annulment) of the contract or the reduction of its obligations with the value of the damages to which it is entitled. However, in order to promote the action for annulment in case we are referring to lesion in which the victim is an adult person, an additional condition of the lesion is required: that the lesion, at the time of the conclusion of the contract, should exceed half the value of the benefit, promised or executed by the party who suffered a damage. This condition is taken from art. 934 ABGB (“half-cut/ one-half reduction”, *laesio enormis*).

Decisions of the Supreme Court in civil matters), 1414, 257, 263 and the decision of 19 January 2001 of the Senate V civil, file no. 437/99, in BGHZ - Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen” (The BGHZ - Decisions of the Supreme Court in Civil Matters), 146, 298, 301.

²¹ See: *Kurt Schellhammer*, *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil* (The Right of Obligations according to the Fundamental Principles of the Action, including the BGB General Part), 8th Edition, Rev. C.F. Müller Recht in der Praxis, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen Hamburg, 2011, p. 41, footnote 162, and the rich judicial practice quoted there, eg. BGH, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2004, 2671, 2673 (German Supreme Court -The New Weekly Legal Journal 2004, p. 2671, 2673).

²² *Mayer-Maly*, *Renaissance der laesio enormis?* (The Renaissance *laesio enormis*), in *Claus-Wilhelm Canaris, Uwe Diederichsen* (editors), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983* (Festive Volume for Karl Larenz at the 80th Birthday on April 23, 1983), Munich 1983, pp. 395-409; *Thomas Finkenauer*, *Zur Renaissance der laesio enormis beim Kaufvertrag* (About the *Laesio Enormis* Resurrection in the Sale-Purchase Contract), in *Lutz Aderhold, Barbara Grunewald, Dietgard Klingberg, Walter G. Paefgen* (editors), *Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag* (Festive Volume for Harm Peter Westermann at the 70th Anniversary of Birthday), Köln, 2008, p. 183-207.

In the German Civil Code, this limitation of the disproportion between the parties' benefits is not expressly provided, but is a creation of the practice of the Supreme Court of Justice of Germany and the doctrine based on it²³. The small differences between how the lesion is regulated in German and Austrian law are nonessential, the principle being the same in both systems.

So when the Romanian legislator combined the provisions contained in two different ABGB texts (Articles 879 and 934), he, in fact, combined the conditions required for two different legal institutions based on opposite principles:

- *laesio enormis* (Article 934 ABGB - Austrian General Civil Code) which has as premise the objective condition that there is a disproportionate value between the parties' counter-performance, while
- the contract contrary to good morals (article 879, paragraph 2, point 4) is based on the subjective principle²⁴ of exploitation of the state of need in which the disadvantaged party is found. Here is a clarification. This contract that exploits the state of need of the other contracting party is referred to in German and Austrian law as "Wucher", that is to say, in a simplistic translation, "usury", which could lead to erroneous, incorrect conclusions. But the meaning of this term in German and Austrian law is much broader, as is clear from the Austrian Act of 1949 (Wuchergesetz), which, in art. 1 defines the notion of "Wucher" in the same sense - that exploitation of the state of need in which the other party

²³ A comprehensive analysis of the lesion in German law can be found in the dissertation held by Nefail Berjasevic at Siegen University on June 8, 2011. See: *Nefail Berjasevic, Wucherähnliche Rechtsgeschäfte. Der Versuch einer Dogmatik (Usury-like Contracts. An essay of dogmatics) in "Wirtschaftsrecht und Rechtsmethodik" (The collection of Economic Law and Methodology of Law), edited by Prof. Dr. Peter Krebs University of Siegen, Vol. 6, LIT Berlin Publishing House 2012.*

²⁴ According to § 879, paragraph 2. (4) of the ABGB, it is sufficient that there is less disproportion between benefits, but subjective circumstances regarding the injured party are required, influencing its decision-making capacity, such as a state of need. See: *H. Koziol / R. Welser, Bürgerliches Recht, Band I, Allgemeiner Teil. Sachenrecht. Familienrecht (Civil Law. Volume I. General Part. Property rights. Family Law), 14th edition, edited by Andreas Kletečka, Manz, Vienna, 2014, p. 109.*

is found. The German-English legal dictionary indicates for Wucherer not only the term “usurer” but also the term “profiteer”²⁵.

The meaning of the term “Wucher” is broader than that of “loan with excessive interest”, which results from the Austrian Act of 1949 on usury (Wuchergesetz), which in art. 1 defines the notion of “Wucher” identical to art. 879 par. 2 point 4. ABGB, in the sense of exploiting the state in which the other party is found in order to obtain an excessively large counterpart. The meaning of the German term becomes even more evident from the fact that the Austrian Penal Code has differently regulated offenses of “Geldwücher” (Article 154 - usury) and “Wucher” (Article 155 - exploitation of the co-contracting party in order to obtain an exaggerated counterpart)²⁶.

UNFORESEEABILITY – *rebus sic standibus/rebus sic non standibus clausula*

The unforeseeability (referred to in the German law as the “die Äquivalenzstörungen zwischen Leistung und Gegenleistung, and in French law as „imprévision“, governed by Paragraph 313 of the BGB „Störung der Geschäftsgrundlage“ and Article 1195 of the French Civil Code) was not regulated by the old the Romanian Civil Code from 1864, but the doctrine and the jurisprudence admitted this theory under article 970 C. Civ. good-faith (equity) in the execution, performance of the contracts²⁷. The definition given by the

²⁵ Gerhard Köbler, Rechtsenglisch. Deutsch-englisches und englisch –deutsches Rechtswörterbuch für jedermann (Legal English. German-English and English-German Dictionary for Everyone), 6th Revision, Manz, Vienna, 2005, p. 213.

²⁶ Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter Band Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914 -1945 (History of Public Law in Germany, Volume III, Science of State and Administrative Law in the Republic and Dictatorship 1914 - 1945), C.H. Beck. München 1999, p. 45.

²⁷ In the absence of explicit legal regulation, some authors have been against the intervention of judges in contracts on grounds of unforeseeability, as it would have contravened the principle of the binding force of contracts. In this respect: I. Albu, Drept civil. Introducere în studiul obligațiunilor (Civil Law. Introduction to the Study of Obligations), Dacia Publishing House, Cluj-Napoca, 1984, pp. 46-47.

romanian doctrine had as a source of inspiration the French doctrine: „The unforeseeability consists in the damage it suffers one of the contracting parties as a result of the serious imbalance in value caused by monetary fluctuations between its benefits and that of the other party during the performance of the contract, which most often consist of open or rampant inflation „²⁸.

Considering the purpose of this international conference, it is of particularly interest the causes and solutions found by the legislator to mitigate the discrepancy of economic power between the parties²⁹. It is known that in contracts with successive execution, the value of benefits is influenced by the economic conjuncture, in particular by reducing purchasing power in inflationary periods³⁰. But inflation is not the only cause of the imbalance between the benefit and the counterperformance, it is not the only cause that could cause damage to one party. Increased costs for obtaining a benefit through expensive licenses imposed by law or increased customs duties on imported goods to be delivered to the creditor or the Middle East crisis that prevents the seller from obtaining the promised oil to be delivered to the buyer are examples of unbalanced situations in a contract that is not due to inflation.

Other authors pronounced favorably but only for contracts with successive execution: *G. Giurcă* (I), *G. Belei* (II), *Teoria impreviziunii – rebus sic stantibus – în dreptul civil* (The theory of unforeseeability – rebus sic stantibus – in civil law), in „*Dreptul*” (Law) 10-11 / 1993, pp. 29-36; *B. Diamond / V. Luncean*, notă critică la dec.civ. nr. 730/1994 a Curții de Apel Alba (critical note at dec.civ. no. 730/1994 of the Alba Court of Appeal), in „*Dreptul*”, (Law) 8/1995, pp. 93-95; *L. Pop*, *Treaty of Civil Law. Obligations, Volume II, The Contract*, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2009, p. 536.

²⁸ *Liviu Pop*, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Volumul II. Contractul* (Romanian Civil Law. General Theory of Obligations. Vol. II. The Contract), Lumina Lex Publishing House, Bucharest 1998, p. 68.

²⁹ The Romanian doctrine has stated that the theory of imprecision is not applicable in the relations arising from the tortious civil liability (Tortlaw). See: *G. Giurcă* (I), *G. Belei* (II), *Teoria impreviziunii – rebus sic stantibus – în dreptul civil* (The theory of unforeseeability – rebus sic stantibus - in civil law), in „*Dreptul*” (Law) 10-11 / 1993, p. 29 - 36.

³⁰ *Gh. Bistriceanu, Gh. I. Ana*, *Finanțe* (Finances), Didactic and Pedagogical Publishing House, Bucharest 1993, pp. 68-76.

The right of the contractual parties to prevent and defend themselves from the consequences of the unforeseeability was not challenged before in the new Civil Code, but it was based on the agreement of the parties, as a result of the contractual freedom and it was accomplished by two kinds of clauses:

- a. Indexing clauses that reassess the amount owed by the debtor based on the reference to a factor outside the contract (such as a foreign currency, the price of precious metals etc.);
- b. The reviewing of the clauses (hardship clauses)³¹ whereby the parties to the contract bind themselves to renegotiate their benefits at different time intervals in order to rebalance them, taking into account the changes observed in the economic circumstances.

However, the problem was to justify court intervention in contracts in order to alleviate the disproportion between the value of the benefits of the parties, which is obviously a limitation of the binding force of the contracts³². The justification found by the doctrine was based on the principle of good faith associated with that of contractual solidarity, explained in the above. The principle of solidarity gives rise to obligations of cooperation, loyalty, coherence, tolerance and adaptation of the contract to the need of reconciliation of the parties' interests with the economic and social developments. The conciliation of the interests of the contracting parties makes it necessary to ensure that fairness is respected as a component of the principle of proportionality. Breaking the contractual balance during the performance of the contract, due to external circumstances, justifies the intervention of the judge at the request of one of the parties for the review of the contract and the reconciliation of their interests.

³¹ *M. Almeida Prado*, *Le hardship dans le droit du commerce international*, Bruylant-FEC Bruxelles, 2003, 129 ff. (quoted by *Pop / Popa / Vidu*, *Tratat elementar de drept civil, Obligațiile conform noului Cod civil* (Elementary Civil Law Treaty, Obligations under the new Civil Code), Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2012, p.155, note 1).

³² *L. Pop / I. Fl.Popa / S.Vidu*, *Tratat elementar de drept civil, Obligațiile conform noului Cod civil* (Elementary Civil Law Treaty. Obligations under the new Civil Code), Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2012, p.152.

The authors of the new Civil Code claim that they were inspired by the European Principles of European Contract Law, and the foundation of the relationship between the binding nature of the contract and the unforeseeability is found in the official commentary on this project: the idea of “contractual justice”³³. This means that it is fair to say that in the absence of contractual provision, the expenses and costs of an unforeseeable situation will not be solely the responsibility of one party. This ground of unforeseeability is not explicitly provided in the text of the new Romanian Civil Code, it is only suggested by the text.

The way the Romanian legislator regulated unforeseeability is at least surprising: in the first paragraph of article 1271, contrary to the title of the article (“Unforeseeability”) is stated the principle of monetary nominalism, as consequence of the principle referring to the binding force of contracts (*pacta sunt servanda*): “The parties are bind to execute their obligations even if their execution has become more onerous, either because of the increase in the cost of fulfilling its own obligation, or because of the decrease in the value of the counter-performance”.

The mechanism as such of the theory of unforeseeability is presented as an exception to the principle of binding force of the contract in paragraphs 2-3 of the above article. If the performance of the contract became excessively onerous, due to an exceptional change in the circumstances that would make it manifestly unfair and that would determine for the debtor an extremely unfair and unbalanced execution of his obligation, the court may order either the adaptation of the contract, in order to distribute fairly between the parties the losses and benefits resulting from the change circumstances; or the termination of the contract, at the time and under the conditions established.

³³ C. Zamșa/Fl.A.Baias/E.Chelaru/R.Constantinovici/I.Macavei, (editors), Noul Cod civil. Comentariu pe articole (The New Civil Code. Comment on articles), C. H. Beck Publishing House, Bucharest 2012, p. 1331, commentary on art. 1184, marginal note 4.

For the purpose of adjusting the contract, paragraph 3 of Article 1271 requires the fulfillment of some conditions:

- a) changing of circumstances occurred after the conclusion of the contract;
- b) changing of circumstances and the extent thereof have not and could not have been reasonably taken into account by the debtor at the time of the conclusion of the contract;
- c) the debtor did not take upon himself the risk of the changing of the circumstances and could not reasonably be considered to have taken upon himself that risk;
- d) the debtor attempted, within a reasonable time and in good faith, to negotiate the reasonable and equitable adjustment of the contract.

This latter condition is the natural consequence of the principle of good faith in the execution of the contract, which includes the two obligations: the obligation of loyalty and the duty of cooperation. We have shown that, under the duty of cooperation, according to the conclusions of the doctrine, if the difficulties in executing the contract are due to external factors, such as the economic conjuncture, the parties have to cooperate and show tolerance in the sense of re-viewing the clauses of the contract, in order to ensure the contractual equilibrium³⁴. Also, the contracting party who is the victim of non-performance of the contract must behave in such a manner as to limit or minimize the damage it causes, respectively the “duty to mitigate”.

Only if this negotiation on the reasonable and equitable adjustment of the contract has failed, the court may adapt the contract to the new economic realities or order the termination of the contract.

We mention that for the first time the law demands the parties to negotiate, not as it usually happens in the pre-contractual phase, but after the conclusion of the contract, this time with the purpose of adjusting the contractual clauses to the new economic circumstances, which caused the imbalance between the values of the performances of the contractual parties.

³⁴ L. Pop, I. Fl.Popa, S.Vidu, op.cit., p.160.

We add here that in the German doctrine³⁵ it is argued that the lesion institution (*laesio enormis*), together with the *clausula rebus sic stantibus*, are considered as main precursors of the theory of unforeseeability (“Wegfall der Geschäftsgrundlage” - the disappearance of the foundation of the contract) developed at the beginning of the 20th century and now codified in art. 313 BGB.

Reducing the Penalty Clause

The penalty clause (referred to in the German law as “Vertragsstrafe”, “Konventionalstrafe” or “Strafklausel”) is defined by the doctrine as “That auxiliary agreement by which the parties determine in advance the equivalent of the loss suffered by the creditor as a result of non-performance, late or inadequate performance of the debtor’s obligation”.

It was also regulated in the old Romanian Civil Code from 1864 (articles 1066-1072), the texts being inspired, as the whole code, by the French Civil Code, but the notion is no different from the one regulated in art. 339-342 BGB (German Civil Code) and Art. 336 par. 1 ABGB (Austrian Civil Code)³⁶.

The penalty clause is also regulated in the new Civil Code (art. 1538-1543), but the novelty of this code is the possibility for the court to reduce the amount of the penalty, stipulated in art. 1541. This is also a rule laid down in the Austrian General Civil Code (art. 1336, paragraph 2 ABGB), the German Civil Code (Article 343 of the BGB).

Within this section, this is the key element of the present study and the theme of the international conference in Smolenice: the fact that the Romanian legislator was concerned, first through spe-

³⁵ Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 35. Aktualisierte Auflage (*General Theory of Obligations, 35th edition*), C. H. Beck, München 2011, § 27, marginal note 4.

³⁶ For Austrian law, see: *Rudolf Welser, Bürgerliches Recht (Civil Law)*, Volume II, Edition 13, Manz Wien Publishing House, 2007, p. 22.

cial laws, and then through the new Civil Code, about limiting the amount of the penalties due, in case of inadequate execution or nonperformance of the obligation, to avoid immense, unreasonable compensation in relation to the obligation owed, which would lead to the debtor's ruin. It is a good example by which the Romanian legislator sought to counteract the growing economic inequality between the contracting parties and the people in society in general.

According to art. 1541 of the new Civil Code, the court may reduce/lessen the amount of the penalty only in certain cases, more precisely when:

- the main obligation has been partially executed and such execution has brought an advantage to the creditor;
- the penalty is manifestly excessive in relation to the damage that could have been foreseen by the parties at the conclusion of the contract. In that case, however, the penalty thus reduced must remain above the value of the main obligation.

The sanction applicable to any provision contrary to these provisions is that it is considered unwritten. (art. 1541, paragraph 3)

The analysts of the new Romanian Civil Code consider that this limitation of the principle of autonomy of will in concluding agreements by recognizing the courts' right to reduce/lessen the penalty clauses that they consider unfair is in line with current European regulations. In this regard are quoted the provisions of the French Civil Code (Articles 1134 and 1152, as amended by the Laws of 9 July 1975 and 1 October 1985 respectively), the "Law on the formation and protection of consumers in the field of certain credit operations" and the "Law on Protection Consumers of goods and services", the Benelux Convention on the Penalty Clause adopted at The Hague on 26th of November 1975, the Resolution of the Council of Europe on Penalty Clause in Civil Law, adopted in 1976 by the Council of Europe³⁷.

³⁷ D. Ungureanu, Fl.A. Baias/E. Chelaru/R. Constantinovici/I. Macavei, (editors), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole* (The New Civil Code. Comment on articles), C. H. Beck Publishing, Bucharest 2012, p. 1633, commentary on art. 1541, marginal notes 6-7.

The Conclusion of the Contract

In this field, the new Civil Code brought important novelties (Articles 1182-1203). The old Romanian Civil Code did not regulate the pre-contractual phase because, according to the principle of mutual consent, taken from the French law, which dominated the contractual field, the conclusion of the contract was reduced to the mere meeting of the offer with the acceptance. Even the notion of “contractual liability” appears for the first time in the new 2009 Civil Code, but that did not mean that the contractual obligations could be infringed without any consequence. Compensation to the creditor in the event of a default by the debtor was regulated, as in the French model, in the chapter -The effects of the obligations – (“De l’effet des obligations”) as an execution of obligations by the equivalent, where the execution in nature was no longer possible (“Des Dommages et intérêts résultant de l’inexécution de l’obligation”).

The new code regulates for the first time the “negotiations between the parties” that precede the conclusion of the contract, but the novelty is, in the spirit of the new principles governing the contract, the court’s right to intervene in forming the contract. According to art. 1182 paragraph 3 NCC, the court is entitled, at the request of either party, to add to the contract if the parties have agreed on the essential elements but have not reached an agreement on the secondary elements. The court’s intervention is obviously a way of defending the economical weaker party of the contract in order not to be constrained by the other side.

The requirement of “good faith” appears in many ways. Article 14 provides it as a general condition for the exercise of rights and the fulfillment of obligations by all natural and legal persons, and art. 1170 repeats it as a special rule for the conclusion and execution of the contract, as well: “The parties must act in good faith both in the negotiation and conclusion of the contract, and throughout its execution. They cannot remove/eliminate or limit this obligation”. Article 1183 governs good faith in negotiations (Good faith in negotiations): (1) The parties have the freedom to initiate, con-

duct and break the negotiations and cannot be held accountable for their failure. (2) The party engaging in a negotiation is bound to respect the requirements of good faith. The parties cannot agree to the limitation or exclusion of this obligation. (3) It is contrary to the requirements of good faith, among other things, the conduct of the party initiating or continuing negotiations without the intention to conclude the contract. (4) The party initiating, continuing or breaking negotiations contrary to good faith shall be liable for the damage caused to the other party. In determining such damage, will be taken into account the expenses engaged in the negotiation, the fact that the other party gave up on other offers and any similar circumstances.

Thus, although the parties have the freedom to initiate, conduct and break the negotiations and cannot be held accountable for their failure, however, the party engaging in a negotiation is bound to respect the requirements of good faith. The parties cannot agree to the limitation or exclusion of this obligation. Para. 3 of art. 1183 stipulates that it is contrary to the requirements of good faith, among other things, the conduct of the party initiating or continuing negotiations without the intention to conclude the contract. It is expressly provided the responsibility (liability) for initiating, continuing or breaking negotiations contrary to good faith, and the criteria to be taken into account for the assessment of the damage: expenses incurred for the negotiation, forfeiture by the other party of other offers and by any similar circumstances.

Unfortunately, the legislator also does not regulate the kind of responsibility engaged by the violation of good faith in negotiations. As the Romanian law does not have the notion of “*culpa in contrahendo*” (the pre-contractual liability), the doctrine has been guided by the principle of civil liability³⁸, according to the general principle of Romanian civil law, according to which contractual liability is special and operates only in the case of violation of a contract val-

³⁸ Moise, in *Baias/Chelaru/Constantinovici/Macavei*, (editors), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole* (The New Civil Code. Comment on Articles), 2012, art. 1184.

idly concluded, and any liability outside the contract can only be the responsibility of common law, that is tort liability.

Although art. 1183 does not expressly provide for it, the doctrine has suggested that the breach of the requirement of good faith may justify the removal by the court of contractual clauses abusively imposed by a professional (in other words, the court may declare them to be ineffective)³⁹.

Article 1191 states the principle of the irrevocability of the offer. According to art. 1193 the offer without a time-frame for its acceptance, addressed to a person who is not present, should be maintained a reasonable period of time, according to circumstances, in order for the recipient to receive, analyze and send the acceptance. The person who makes the offer shall be liable for the damage caused by the revocation of the offer before the expiration of this recommended period.

The Obligations of the Parties to Inform⁴⁰

The old Civil Code set out among the requirements of the validity of the contract the “valid consent of the party that binds”, but the means of defending the freely and knowingly expressed will were much criticized by doctrine⁴¹. Violations of consent, governed by the code, could be proven only after the contract was concluded and the sanctions applied in such case only had a curative and reparatory

³⁹ *Pop/Popa/Vidu*, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile conform noului Cod civil (Elementary Civil Law Treaty. Obligations under the new Civil Code)*, Publishing House Universul Juridic, Bucharest, 2012, 171.

⁴⁰ Extensive explanations on(this topic in: *Chr. Alunaru, L.Botos*, *Das Kaufrecht in Rumänien nach dem neuen ZGB Purchase Contract in Romania under the new Civil Code*), Chapter III, C. „Rechtlicher Schutz der Willenserklärung. Vorbeugungsmaßnahmen zum Schutz der Willenserklärung. Aufklärungspflicht der Vertragsparteien“ (Legal Protection of the Will manifestation. Preventive measures to protect the manifestation of will. Obligation to inform the parties of the contract), *Nomos - facultas.wuv Publishing House, Wien*, 2013, p.60 - 65.

⁴¹ *Fr. Terre, Ph. Simler, Yv. Lequette*, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 2005, p. 255.

role. Much more effective are preventive measures taken before the conclusion of the agreement in order to prevent the consent of the parties, especially the economically disadvantaged one, that is to say, the request of duty of information.

The Romanian doctrine has pointed out that it is more appropriate, instead of regulating the contract by imperative provisions, to treat the consumer as a free and intelligent person who can defend his own interests, if he is given the means for a correct information⁴².

The old traditional concept is outdated, according to this in a liberal society everyone has to inform himself before concluding a contract and there is an obligation to inform only where this is expressly provided by the law. (Such an obligation was provided in article 1337 of the old Civil Code of 1864 to the seller, who had to inform the buyer of the existence of other rights that have been created regarding the good that which will be sold, otherwise he will be held liable).

In the current consumer society, such a concept no longer corresponds to the times, because economic inequality results in the inequality of information, which damages the contractual equilibrium. That is why the doctrine is in favor of a general obligation to inform the contractual partners⁴³. The doctrine set out the general conditions that the information obligation must fulfill: information to be complete, clear and unequivocal, accurate and up-to-date. It is even spoken of by a “formality in information”, in the sense of the fulfillment of the obligation to inform in a form provided by the

⁴² I. Fl. Popa, Dolul și obligația de informare în contractele sinalagmatice (*Fraud and Information Obligation in Sinalagmatic Contracts*), in “Dreptul” (Law), No. 7/2002, pp. 70-81; V. Pătulea, Obligația de informare în formarea contractelor (*Information Obligation in Forming Contracts*), in Revista de Drept Comercial (The Commercial Law Magazine) No. 6/1998, p.77 et seq.

⁴³ D. Chirică, Tratat de drept civil. Contracte speciale. Volumul I Vânzarea și schimbul (Civil Law Treaty. Special Contracts, Volume I, Sale and Exchange), C.H.Beck Publishing House, Bucharest 2008, p.284 - 301; I. Fl. Popa, Dolul și obligația de informare în contractele sinalagmatice (Fraud and Information Obligation in Sinalagmatic Contracts), in “Dreptul” (Law), No. 7/2002, p.70-81; J. Goicovici, Dreptul consumației (Consumer Law), Legal Sphere Publishing House, Cluj, 2006, p. 157 - 178.

law, which ensures control over compliance with the obligation to inform the contractual partner⁴⁴.

Unfortunately, the new Civil Code does not include a special chapter dedicated to information obligations. We find only “hidden”, implicit, such as “fraud through reluctance” as a vice of consent (Article 1214 paragraph 1), that is to say, the opposite party “fraudulently omitted to inform the contracting party of circumstances that were required to be revealed”. Another example is art. 1695 para 2, which regulates the guarantee against the eviction (the fact of losing the property right gained as a result of concluding the contract) resulting from the claims of a third party. This guarantee is due only if the claims of the third party are based on a right which was born prior to the date of sale and which was not brought to the knowledge of the buyer (our emphasis) by that date⁴⁵. However, these are rare exceptions.

Under the influence of the doctrine and of the increasing consumer protection laws transposing European directives, Romanian jurisprudence also begins to slowly recognize the existence of a general obligation to inform.

More detailed rules on the obligation to provide information are contained only in the special laws on consumer protection, noting that the laws adopted after Romania’s accession to the EU have transposed the European directives in the matter into national legislation⁴⁶. There are laws or ordinances of the Government in areas such as the marketing of package travel services, the conclusion

⁴⁴ *Liviu Pop*, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Volumul II. Contractul* (Civil Law Treaty. Obligations, Volume II, The Contract), Universul Juridic Publishing House, Bucharest 2009, p. 292 - 296.

⁴⁵ *Liviu Pop, Ionuț-Florin Popa, Stelian-Ioan Vidu*, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile conform noului Cod civil* (Elementary Civil Law Treaty. Obligations under the new Civil Code), Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2012, p.93.

⁴⁶ Detailed explanations in: *Chr. Alunaru*, *Der Konsumentenschutz in Rumänien* (Consumer Protection in Romania), in Rudolf Welsch (editor.) *Konsumentenschutz in Zentral- und Osteuropa* (Consumer Protection in Central and Eastern Europe), Manz Publisher, Wien 2010, p.13 - 30.

and execution of distance contracts, electronic commerce, universal service and users' rights regarding the electronic communications networks and services, consumer credit agreements for consumers, as natural persons, the protection of the acquirer on certain aspects of contracts for the acquisition of timeshare real estate, health and patient rights, consumer rights in contracts with professionals etc.

Such laws are:

- Government Ordinance no. 21/1992 of 21 August 1992 on consumer protection (republished in the Official Monitor, Part I, No. 208 of March 28, 2007) modified by the Government Ordinance no. 58/2000 amending and supplementing the Government Ordinance no. 21/1992 on consumer protection and Law no. 37/2002 on the approval of the Government Ordinance no. 58/2000 amending and supplementing the Government Ordinance no. 21/1992 on consumer protection.
- Consumer Code (Law on Consumption Code, Law 296/2004, republished in the Official Gazette, Part I No. 224 of 24 March 2008).
- Government Ordinance no. 107 of July 30, 1999 regarding the activity of marketing the packages of tourist services (republished in the Official Gazette no.448 of 16 June 2008), which transposed the provisions of Council Directive 90/314 / EEC of 13 June 1990 on package travel, holidays and circuits;
- Government Ordinance no. 130/2000 of 31 August 2000 on the protection of consumers in connection with the conclusion and execution of distance contracts (republished in the Official Monitor, Part I, No. 177 of 7 March 2008, currently repealed by the Emergency Ordinance no.34 / 2014 of 04 / 06/2014 on consumer rights in contracts concluded with professionals, as well as for amending and completing certain normative acts, published in the Official Monitor of Romania No. 427 of 11/06/2014), which transposed the provisions of Directive 97/7 / EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts;
- - Law No 365/2002 on electronic commerce (republished under

Article II of Law 121/2006 amending and supplementing Law No. 365/2002 on electronic commerce, published in the Official Monitor of Romania, Part I, No. 403 of 10 May 2006, giving the texts a new numbering) transposing Directive 2000/31 / EC on certain legal aspects of information society services, in particular e-commerce in the internal market.

- Law no. 304/2003 on universal service and users' rights regarding electronic communications networks and services (republished in the Official Monitor, Part I no 343 of 5 May 2008) transposing Directive 2002/22 / EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights in respect of electronic communications networks and services (Universal Service Directive),
- Law no. 289/2004 on the legal regime of consumer credit contracts for natural persons (republished in the Official Monitor of Romania, Part I, No. 319 of April 23, 2008 and amended by Government Emergency Ordinance no 174/2008) currently abrogated by the EGO no. 50/2010, which transposed Directive no. Directive 87/102 / EEC of 22 December 1986 on the harmonization of the laws, regulations and administrative provisions relating to consumer credit, as amended and supplemented by Directive. Directive 90/88 / EEC of 22 February 1990 and Directive 98/7 / EC of 16 February 1998.
- Law no. 282 of 23 June 2004 on the protection of acquirers in respect of certain aspects of contracts for the acquisition of a right of use for the limited duration of immovable property (published in the Official Monitor No 580 of 30 June 2004) transposing Directive 94/47 / EC on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of timeshare. Currently, Law no. 282/2004 was repealed and replaced by Government Emergency Ordinance no. 14 of February 16, 2011 for the protection of consumers in concluding and executing contracts for the acquisition of the right of use for a fixed period of one or more accommodation spaces, of long-term contracts for obtaining holiday products, of resale contracts , as well as exchange

contracts (published in the Romanian Official Monitor No 134 of 22 February 2011), which transposed Directive 2008/122 / EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain issues relating to timeshare, long-term holiday product contracts as well as resale and exchange contracts, a directive which in turn repealed and replaced Directive 94 / 47 / EC.

- Patient Rights Act no. 46/2003 (published in the Official Monitor of Romania No. 51 of 29.01.2003).
- Law No.95 of April 14, 2006 on Health Reform (published in the Official Monitor of Romania No 372 of April 28, 2006)
- Emergency Ordinance no.34 / 2014 of 04/06/2014 on consumer rights in contracts concluded with professionals, such as amending and completing certain normative acts (published in the Official Monitor of Romania No. 427 of 11/06/2014), which entered into force on 13 June 2014, which transposed the provisions of Directive 2011/83 / EU of the European Parliament and Council Directive of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13 / EEC and Directive 1999/44 / EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577 / EEC Directive 97/7 / EC of the European Parliament and of the Council. Chapter II of this law governs „Consumer information for contracts other than distance or off-premises contracts” and Chapter III „Consumer information and the right of withdrawal from distance and off-premises contracts”

Regarding the legal consequences of the breach of the information obligation in the pre-contractual phase, the Romanian doctrine is inspired by the French doctrine⁴⁷: Given that there has been a violation of the imperative requirement of good faith, common law liability is to be entailed - given that contractual liability (special

⁴⁷ D. Chirică, *op. cit.*, p. 299 - 301; Chr. Larroumet, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, Economica, Paris, 2003, p. 346 - 347; L. Pop, “Contractul” (*The Contract*), *op. cit.* p. 296 - 298.

liability) can only be entailed only in the presence of a contract validly concluded. The damage to the other party (consisting of losses and disadvantages caused by the conclusion of the contract as a disadvantaged party due to the absence of necessary information) must be fully remedied. The fault of the contracting party who has not fulfilled the obligation to provide information must not be proved, as this is a obligation of result, the breach of which entails objective liability.⁴⁸

Unfair Contract Terms, Standard Clauses, Unusual Clauses

The theory of unfair contract terms is, according to the doctrine, another limitation of the binding effect of contracts, an example of court intervention in contracts⁴⁹. It is a specific problem rearding the consumer contracts.

In this field, the Romanian legislator transposed Directive 93/13 / EEC by Law 193/2000 on Unfair Contract Terms. Inspired by the French doctrine⁵⁰, the Romanian authors also considered this directive to be the most important measure for the harmonization of contract law in Europe, thus it concerns the very essence of the con-

⁴⁸ L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol. I. Regimul juridic general* (Treaty of Civil Law. Obligations. Vol. I. General legal regime), C. H. Beck Publishing House, Bucharest 2006, p. 62 - 64, 65 - 66; L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol.II. Contractul* (Treaty of Civil Law. Obligations. Vol II. The contract), op. cit., p. 298 .

⁴⁹ Pop / Popa / Vidu, *Tratat elementar de drept civil* (Elementary Civil Law Treaty), p. 160-161

⁵⁰ E.Hondius, *La Directive sur les clauses abusives et les États membres de l'Union Européenne*, in J. Ghestin / M. Fontaine, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1996, 591 et seq. ; R. Zimmermann, *Le droit comparé et l'européanisation du droit privé*, in *Revue trimestrielle de droit civil* 2007, p. 451 et, seq; J. Ghestin / I. Marchessaux, *L'élimination des clauses abusives en droit français à l'épreuve du droit communautaire*, in *Rev. Eur.dr. cons.*, 1993, No. 2, p. 68.

tract⁵¹. This law must be supplemented by other laws, such as Government Emergency Ordinance no. 34/2014 on Consumer Rights in Contracts Concluded with Professionals, which transposed into national law Directive 2011/83 / EU of the European Parliament and that of the Council of 25 October 2011 on Consumer Rights, amending Council Directive 93/13 / EEC And Directive 1999/44 / EC of the European Parliament and of the Council and that of the repealing (abrogating) Council Directive 85/577 / EEC and Directive 97/7 / EC of the European Parliament and of the Council.

Also of real importance is the “Consumption Code” (Law 296/2004, republished in 2008). This name could give the impression that it was the “avant-to-lettre” of the Proposal for a European Commission Directive on Consumer Rights, COM (2008) 614, a “codex of consumption” as in France (“Code de la consommation”) or Italy (“Codice di consummo”). In reality, it is only a framework law, the purpose of which was to gather all provisions in the field of consumer protection in the body of the law or annexes (17 in number), as it is clearly stated in art. 88 of the law⁵².

In Chapter III of the Consumer Rights Law, we find provisions on unfair contract terms. Among them, an important place is given to the right to refuse to conclude contracts that contain unfair contract terms, in accordance with the legal provisions in force.

⁵¹ *I.FI.Popa*, Reprimarea clauzelor abuzive, (Repressing of Unfair Contract Terms Clauses), in *În Pandectele Române (Romanian Pandects) 2/2004*, p.194; I. Balan, lauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori (Unfair Contract Terms in Contracts Concluded Between Traders and Consumers) in “Dreptul” (Law), 6/2001, p. 36 et seq. ; C. Toader, A. Ciobanu, Un pas important spre integrarea europeană: Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, Ordonanța Guvernului nr. 87/2000 privind răspunderea producătorilor și Ordonanța Guvernului nr. 130/2000 privind contractele la distanță (An Important Step Towards European Integration: Law no. 193/2000 on Unfair contract terms, Government Ordinance no. 87/2000 on Producers’ Liability and Government Ordinance no. 130/2000 Regarding Distance Contracts), in *Revista de drept comercial (The Commercial Law Magazine) 7/2003*, p. 78 et seq.

⁵² Detailed explanations on the Consumption Code in *Chr. Alunaru*, Der Konsumentenschutz in Rumänien (Consumer Protection in Romania), in R.Welser (editor), *Konsumentenschutz in Zentral- und Osteuropa (Consumer Protection in Central and Eastern Europe)*, Manz Wien Publishing House 2010, p. 13 -30.

Chapter IX on „Consumer Rights at the Conclusion of Contracts“ contains detailed provisions on unfair contract terms in consumer contracts. Various other special laws transposing European directives contain provisions on unfair contract terms in fields such as consumer protection, such as the marketing of packages of tourist services; concluding and executing distance contracts; concluding and executing distance contracts for financial services; credit agreements for consumers, combating incorrect practices of traders in relation to consumers, and so on.

Various other special laws transposing European directives in different areas of consumer protection contain provisions on unfair contract terms.

- Government Ordinance no. 107 of July 30, 1999 regarding the activity of marketing the packages of tourist services (republished in the Official Monitor no.448 of 16 June 2008), which transposed the provisions of Council Directive 90/314 / EEC of 13 June 1990 on package travel, holidays and circuits;
- Government Ordinance no. 130/2000 of 31 August 2000 on the protection of consumers in respect of the conclusion and performance of distance contracts (republished in the Official Monitor, Part I, No 177 of 7 March 2008) transposing the provisions of Directive 97/7 / EC of the European Parliament and of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts
- The definition given by art. 4 of the Law no. 193/2000 to the unfair contract terms is: „A contractual clause which has not been negotiated directly with the consumer shall be considered unfair if it, itself or with other provisions of the contract, creates, regarding the rights and obligations of the parties, a semnificative imbalance in the detriment of the consumer and contrary to the requirements of good faith.
- Government Emergency Ordinance no. 85 of 19 August 2004 on Consumer protection in the conclusion and execution of distance contracts on financial services (republished in the Official Monitor of Romania, Part I, No. 899 of 28 December 2007), which transposed Directive 2002/65 / EC of the European Parliament

and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619 / EEC and Directives 97/7 / EC and 98/27 / EC, published in the Official Journal of the European Communities (JOE) no. L 271 of 9 October 2002, as well as the provisions of art. 90 / EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market, amending Directives 97/7 / EC, 2002/65 / EC, 2005/60 / EC and 2006 / 48 / EC and repealing Directive 97/5 / EC.

Unfortunately, the regulation of unfair contract terms in Romanian law does not concern all contracts, but only those concluded with consumers. As a positive example, German law is given, where the transposition of European law has led to a BGB reform, so that the provisions of Art. 305 et seq. refer not only to the relationships between professionals and consumers, but also to relationships between professionals (traders)⁵³.

According to this definition, the doctrine set out five criteria to determine whether a clause is unfair:

- Absence of negotiations between the parties;
- Imbalance to the consumer's disadvantage;
- The breach of the principle of good faith;
- Use of one of the unfair contract terms listed in the Annex to the law;
- Other essential circumstances listed in Art. 4. par. 5, such as the nature of the products or services that are the subject of the contract at the time of its conclusion; - All the factors that led to the conclusion of the contract; other clauses of the contract or other contracts to that contract is related to, depends on.

Regarding the legal effect of the unfair contract terms, the Romanian regulation were inspired by the rules of the European directive,

⁵³ See also critical comments in: *R. Schulze / H.Dörner / I.Ebert/Th. Hoeren / R.Kemper / I.Saenger / K.Schreiber/H. Schulte-Nölke / A. Staudinger*, BGB Handkommentar, 7. Auflage (Pocket Commentary of the German Civil Code, 7th Edition), Nomos Publishing House, Baden-Baden, 2012. Introductory Note to § 305-310, Marginal 5-7 and §310 „Anwendungsbereich“ (application field), marginal 1-2.

so that, according to art. 6 of Law 193/2000 on Unfair Terms in Contracts Concluded Between Professionals and Consumers „The unfair contract terms contained in the contract, and found personally or through the structures authorized by law, will not have any effect on the consumer and the contract will continue, with the consumer consent, only if, after their removal, the contract can continue”.

This solution was criticized by the Romanian doctrine, which considered that, according to Romanian law, other sanctions such as absolute nullity⁵⁴ or considering unfair contract terms as unwritten⁵⁵ would have been more appropriate. Following the rich jurisprudence of the European Court of Justice, the Romanian doctrine accepted the sanction of nullity as more appropriate⁵⁶.

Although the regulation of unfair contract terms concerns only consumer contracts, the Romanian doctrine has suggested that these unfair contract terms could also be removed from other contracts, on the basis of common law rules.

These rules include:

- vices of consent, such as „*laesio enormis*”;
- the cause theory can lead to the removal of unfair contract terms, because the absence of a real and licit cause leads to the nullity of the contract;
- the requirement of good faith at the conclusion of the contract;
- transparency rules (transparency, clarity, intelligibility) can also be a useful tool. If the contractual clauses are not clear, understandable, their content cannot be understood even on the basis of the common interpretative rules contained in the section with this title in the civil code, the “subsidiary rules of interpretation” contained in art. 1269 will find application: Paragraph 1 contains a *contra proferentem* rule: “If, after applying the rules of inter-

⁵⁴ C. Toader / A. Ciobanu, 78 ff; I. Fl. Popa, Reprimarea clauzelor abuzive (Repression of Unfair Contract Terms Clauses), in *Pandectele Române (Romanian Pandects) 2/2004*, p.213 et seq. L.Pop / I.Fl.Popa / S.I.Vidu, op. cit., p. 169, footnote 4.

⁵⁵ J. Goicovici, *Dreptul consumației (Consumer Law)*, “Sfera Juridică” Publishing House, Cluj-Napoca, 2006, p. 79 et seq.

⁵⁶ L.Pop / I.Fl.Popa / S.I.Vidu, op. cit., p. 169, footnote 4.

pretation, the contract remains unclear, it shall be interpreted in favor of the the one who is bound". Paragraph 2 includes an application of the *in dubio pro reo* principle in the case of adhesion contracts, the typical field for unfair contract terms: „The adherence clauses are interpreted against the one who has proposed them”.

If unfair contract terms are covered by consumer protection legislation, standard clauses and unusual clauses are governed by Art. 1202 - 1203 of the new Civil Code. Even the authors of the code pointed out in the Explanatory Memorandum that the purpose of regulating these clauses was to prevent the abusive behavior of the contracting party with a superior economic advantage.

According to art. 1202, par. 2 „Standard clauses are stipulations previously agreed by one party for general and repeated use and which are included in the contract without being negotiated with the other party. Paragraph 3 of the article states that: „The negotiated clauses prevail over the standard clauses” and according to par. 4: „Where both parties use standard clauses and do not reach agreement on them, the contract shall, however, be concluded on the basis of the agreed terms and any common standard clauses in their substance, unless either party notifies the other party, either prior to the moment of the conclusion of the contract or, subsequently and immediately, that it does not intend to be bound by such a contract.

According to art. 1203, „unusual clauses” refers to „ Standard clauses providing for the benefit of the person who proposes them limitation of liability, the right to terminate the contract unilaterally, to suspend the performance of the obligations or to impose, to the detriment of the other party, the loss of rights or of the benefit of a deadline, the limitation of the right to oppose exceptions, the restriction of the freedom to contract with others, the tacit renewal of the contract, the applicable law, the compromise clauses, or the derogation from the rules on the jurisdiction of the courts „. These clauses are effective only if they are expressly accepted in writing by the other party.

Repair of Non-Pecuniary Damage

Although in the Explanatory Memorandum to the draft of the New Civil Code, the authors make it clear that among the means taken into consideration in establishing the general regime of obligations in order to ensure adequate protection of the subjects of law in a position of economic inferiority was also the „reparation of non-patrimonial damage”, in this regard, there is only one provision in the regulation of contracts: art. 1531, which provides for the full reparation of the damage suffered by the creditor through the non-execution and states in par. 3 the creditor’s right to the reparation of non-pecuniary damage.

Therefore, it remains to apply, by analogy, the repair of non-pecuniary damage within the framework of civil liability⁵⁷. It is true that, unlike the old Civil Code, the new Code regulates much more thoroughly and comprehensively civil liability (46 articles instead of 6 articles), the express regulation of moral damages being considered as a step forward. Leaving aside the justified criticisms of the non-pecuniary damage remedy because it is very brief in relation to the richness of the issues raised by the legal literature in recent years, we can not fail to notice the contradiction between the intentions of the authors of the Code expressed in the Explanatory Memorandum and the concrete manner of regulating in the texts of the Code the reparation of non-pecuniary damage suffered by the creditor due to the non-fulfillment of the contractual obligation. Even if we admit the application by analogy of the rules on tort liability, it is obvious that contractual liability has certain specific aspects with which the non-pecuniary damage in the tort liability is incompatible. We quote as an example regarding this matter, art. 1391: “Repair of non-pecuniary damage”: „(1) In case of damage to

⁵⁷ For details: *Christian Alunaru*, *Erwägungen zum Schmerzensgeldanspruch im gegenwärtigen rumänischen Zivilrecht* (Considerations on Moral Damage - Praetium Doloris - in Contemporary Romanian Civil Law), in *Studia Universitatis Babeş-Bolyai series Iurisprudentia* no. 4/2010, (online), p. 5 - 52.

bodily or health integrity, indemnization may be granted for the diminishing of family and social life opportunities. (2) The court shall also be able to compensate the ascendants, descendants, brothers, sisters and spouse for the pain suffered by the victim's death, as well as any other person who, in turn, could prove such damage. (3) The right to compensation for damage to the rights inherent in the personality of any subject of law may be transferred only if it has been established by a transaction or by a final court order. (4) The right to compensation, recognized under the provisions of this article, shall not be transferred to the heirs. However, they can exercise it if the action was initiated by the deceased. (5) The provisions of art. 253-256 remain applicable" (these are non-pecuniary defense instruments that may be requested to the court - our statement).

Conclusion

It follows from the above that the change of the economic, social and political realities in the 200 years since the promulgation of the French Civil Code, which was the inspiration for the Romanian Civil Code, led to a fundamental change in the general theory of obligations. Besides the old theory of autonomy of will, the creation of the school of natural law, based on political and economic liberalism, an expression of the individualist philosophy of the eighteenth century, the principle of contractual solidarity was made. The creditor is no longer the master of the contract, and he also has the duty to cooperate with the co-contracting party. The contract has become a kind of microcosm, a small society where everyone has to work for a common purpose that is the sum of the individual goals pursued by each party. The legislator and judge intervene increasingly in contracts, the first by imperative rules (instead of suppletive (not mandatory) ones), the second to ensure the contractual balance, when it is disturbed.

Although the purpose of protecting parties in a position of economic inferiority is expressly stated by the authors of the new Civil

Code, the legal provisions devoted to this purpose are scarce and widespread throughout the Code. More precise and detailed rules are contained in special laws transposing European consumer directives into national legislation. Perhaps the regulation of this area outside the Civil Code is an advantage, because this field is very dynamic and constantly evolving, and the regulation under the code would have caused a permanent modification and probably renumbering of the Code articles.

Doc. JUDr. Monika Jurčová, PhD.
Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave

ÚLOHY PRÁVA V KOLABORATÍVNEJ EKONOMIKE¹

I. úvod

Vo svojom príspevku na tému úloh práva v kolaboratívnej ekonomike by som chcela poukázať na určité otázky a okruhy problémov, ktoré sa hromadia okolo nás – možno aj ako dôsledok štvrtej priemyselnej revolúcie. „*Stojíme na prahu technologickej revolúcie, ktorá zásadným spôsobom zmení spôsob akým žijeme, pracujeme a vzájomne komunikujeme. Vo svojej miere, rozsahu a komplexnosti bude táto transformácia pre ľudstvo taká zásadná, ako žiadna iná technologická zmena z minulosti.*“² Základom štvrtej etapy priemyselnej revolúcie je internet vecí.³ Internet vecí a technologický pokrok sú zároveň aj rozho-

¹ Táto práca bola podporovaná Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe zmluvy č. 14-0061.

² <http://industry4.sk/industry-4-0/>, *The First Industrial Revolution used water and steam power to mechanize production. The Second used electric power to create mass production. The Third used electronics and information technology to automate production. Now a Fourth Industrial Revolution is building on the Third, the digital revolution that has been occurring since the middle of the last century. It is characterized by a fusion of technologies that is blurring the lines between the physical, digital, and biological spheres.* <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond> (Dostupné 2.11. 2017)

– stierajú hranice medzi fyzickými, digitálnymi a biologickými sférami.

– Možnosti miliardy ľudí spojených mobilnými zariadeniami, s nebyvalým výpočtovým výkonom, dátové úložné kapacity a prístup k znalostiam, sú takmer neobmedzené. A tieto možnosti sú umocnené vznikajúcimi technickým objavmi v oblastiach, ako je umelá inteligencia, robotika, internet vecí, autonómne vozidlá, tlač 3D, nanotechnológie, biotechnológie, vedy o materiáloch, skladovanie energie a kvantovej výpočtovej technike.

³ <https://tech.sme.sk/c/20422006/koniec-vlady-cloveka-zacala-stvrta-priemyselna-revolucia.html> (Dostupné 2.11. 2017).

dujúcimi faktormi, ktoré umožnili rozvoj kolaboratívnej ekonomiky realizovanej prostredníctvom digitálnej kolaboratívnej platformy. Širokej verejnosti dostupné smartfóny, pripojenie na internet a výkonné digitálne fotoaparáty obsiahnuté v smartfónoch umožnili rýchly zostup sieťovania, networkingu a podnietili rozvoj kolaboratívneho hospodárstva najmä v často diskutovanom systéme poskytovania ubytovania (napr. Airbnb) a dopravy (Uber). Vzťahom sociálnej nerovnosti, kolaboratívnej ekonomiky a práva sa chcem venovať v nasledujúcom postupe:

a) Kolaboratívna ekonomika a jej vplyv na narastajúcu sociálnu nerovnosť. Existujú diametrálne odlišné názory ako odpoveď na túto otázku. Na jednej strane sa uvádza, že kolaboratívna ekonomika môže byť považovaná za účinný nástroj na prelomenie trendu narastajúcej sociálnej nerovnosti, na druhej strane sa označuje až ako nový nástroj vykorisťovania, obchádzania účinných regulácií s cieľom poskytnúť prospech úzkej skupine ľudí, čo by z kolaboratívnej ekonomiky naopak robilo nástroj prehlbovania sociálnej nerovnosti. V nadväznosti na možný vplyv kolaboratívnej ekonomiky na sociálnu nerovnosť sa treba vyrovnáť s otázkou, do akej miery je právo spôsobilé pozitívne ovplyvniť účinky kolaboratívnej ekonomiky na otázky sociálnej nerovnosti a ak áno, či už dozrela vhodná doba na komplexnú právnu reguláciu v tejto oblasti.

b) V druhej časti príspevku zhrniem, ktorých odvetví práva sa dotýka trend kolaboratívneho hospodárstva, konkrétne pôsobením kolaboratívnej digitálnej platformy v spoločnosti a na trhu. Tieto otázky neskôr zúžim a spresním z hľadiska vybraných aspektov občianskeho a obchodného práva, so snahou neodkloniť sa od témy sociálnej nerovnosti.

II. Kolaboratívna ekonomika, sociálna nerovnosť a reakcia práva

Na internete sa možno dočítať, že štvrtú priemyselnú revolúciu treba považovať za príležitosť – príležitosť zvýšiť naše zapojenie

vo svete, pomôcť ľuďom uniknúť chudobe a byť vlastníkami zajtrajška.⁴ Ekonomovia Erik Brynjolfsson a Andrew McAfee v knihe *The Second Machine Age* však poukázali na to, že táto revolúcia by mohla priniesť medzi ľuďmi väčšie rozdiely, najmä narušením trhu práce.⁵ Tvrdenia ekonomov o všeobecnej prospešnosti kolaboratívneho hospodárstva sú teda protichodné. Na jednej strane ekonóm Arun Sundararajan tvrdí, že kolaboratívne hospodárstvo prináša možnosti reorganizácie ekonomických aktivít prostredníctvom digitálnej platformy, ktorá v konečnom dôsledku môže viesť k zrovnoprávneniu subjektov a znižovaniu majetkových rozdielov medzi ľuďmi, keďže poskytuje prístup na trh osobám, ktoré by ho inak nemali.⁶ Platforma poskytuje právo prístupu osobám užívateľov aj poskytovateľov tovarov a služieb a je teda v jednej línii s požiadavkami zabezpečenia formálnej rovnosti subjektov, keďže právo prístupu na platformu⁷ je masovo dostupné a nie je vo svojej podstate závislé od statusu osoby a jej majetkového postavenia.

Iní autori zdôrazňujú prínos kolaboratívnej ekonomiky (všeobecne – nielen v obmedzení na digitálnu platformu) v týchto oblastiach:

- Poskytuje jedným možnosť využiť autá, kuchyne, byty a iný majetok druhých ľudí a zabezpečiť tak využitie nevyužívaných hodnôt či mŕtveho kapitálu produkovať hodnotu.
- Spája početných kupujúcich a predávajúcich, súťaživým spôsobom spojiť ponuku a dopyt na dvoch stranách trhu a umožniť vyššiu úroveň špecializácie.

⁴ <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/what-does-the-fourth-industrial-revolution-mean-for-civil-society/>(Dostupné 2.11. 2017).

⁵ <http://industry4.sk/industry-4-0/>(Dostupné 2.11. 2017).

⁶ <https://www.weforum.org/agenda/2015/09/will-the-on-demand-economy-raise-global-living-standards> (Dostupné 2.11. 2017), pozri tiež Sundararajan, A. *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*. MIT Press, 2016.

⁷ Micklitz, H. W. Potrebujú spotrebiteľia a obchodníci novú architektúru spotrebiteľského práva?: podnet na zamyslenie; (preklad Monika Jurčová). In: *Právny obzor*, roč. 98, č. 3 (2015), s. 285 – 302.

- Znižuje náklady na hľadanie ochotných obchodných partnerov, dohodnutie podmienok, kontrolu kvality plnenia, zníženie transakčných nákladov a rozšírenie rozsahu obchodu.
- Zhromažďuje hodnotenia minulých spotrebiteľov a dodávateľov a sprístupňuje ich budúcim účastníkom trhu, vďaka čomu sa významne zníži problém informačnej asymetrie medzi spotrebiteľmi a dodávateľmi.
- Ponúka obchádzanie (oklamanie) regulačných úradov, ktoré sú „v zajatí“ súčasných producentov, umožňuje dodávateľom vytvárať hodnotu pre zákazníkov, ktorým boli dlhodobo poskytované horšie služby doterajšími poskytovateľmi, ktorí sa stali neefektívnymi a neschopnými reagovať na nové výzvy v dôsledku ich regulatívnej ochrany.⁸

V nadväznosti na posledný argument naopak kritici kolaboratívnej ekonomiky a platforiem hromadne poukazujú na fakt, že skutočnou súťažnou výhodou týchto platforiem je ich spôsobilosť vyhnúť sa nákladom, ktoré iné (podnikateľské) subjekty znášajú v dôsledku dodržiavania regulačných opatrení – opatrení, ktoré majú za cieľ ochranu tretích osôb. Považujú za nezmyselné vyňať z pôsobnosti regulačných opatrení celé kategórie obchodných aktivít len kvôli ich realizácii prostredníctvom internetu. Kritici žiadajú, aby legislatíva podporovala skutočné inovácie, nie však obchodné schémy, prostredníctvom ktorých nehorázne zbohatnú podvodníci sprostredkovatelia. Žiadajú rovnaké podmienky pre prenajímateľov izieb podľa Airbnb ako pre riadne ubytovacie služby a pre vodičov a motorové vozidlá v schéme Uber ako pre taxislužby.⁹ Kritika býva niekedy až neľútostná, o čom svedčia vyjadrenia ako „podporovatelia platforiem básnia o naplnení sna o spoločnosti drobných podnikateľov, realitou sú však monopoly s absolútnou kontrolou nad virtu-

⁸ Koopman, C., Mitchell, M., Thierer, A. The sharing economy and consumer protection regulation the case for policy change. *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Vol. 8, Issue 2, dostupné na <http://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1130&context=jbel> (Dostupné 2.11. 2017).

⁹ Pozri napr. Slee, T. *What's yours is mine. Against the Sharing economy*. New York and London: OR books, 2015.

alizovaným trhovým prostredím, ktorí na domnelých mikropodnikateľoch v skutočnosti parazitujú“.¹⁰

Pravda je pravdepodobne niekde uprostred, otázka prospešnosti nielen pre jednotlivca, ale aj pre spoločnosť je skutočne kontroverzná. Veď napríklad poskytovanie služieb môže byť na jednej strane v spoločnosti zdrojom významných daňových príjmov, ale rovnako tak môže narušiť trh s nájomným bývaním.¹¹ Dôsledky nie sú jednoznačné. Využitie áut v rámci schémy UBER môže viesť k vyššiemu zhodnoteniu auta, dodatočnému zdroju príjmov pre vodiča, zvýšeniu prepravných možností a bezprostrednému zníženiu ceny jazdy, ale tiež sa neblaho dotýka taxikárov, ale aj vodiča a spolujazdca samotného vzhľadom na bezpečnostné riziká, ohrozenie zdravia, otázky krytia poistením a podobne.

Potenciál rozvoja trhu je pravdepodobne aj jedným z hlavných dôvodov podpory Európskej komisie¹² platformám vyjadrenej v Európskej agende pre kolaboratívne hospodárstvo. Dokument Komisie ako celok je orientovaný vo viacerých aspektoch (postavenie poskytovateľov služieb, pracovnoprávne vzťahy, prístup na trh a pod.), výrazne v prospech kolaboratívnej ekonomiky (*collaborative economy friendly*) a podpory jej ďalšieho rozvoja, pričom Cauffman dokonca uvádza, že stanovisko Komisie je pravdepodobne až príliš pro-kolaboratívne orientované („*perhaps even too collaborative economy friendly*“).¹³

Regulácia zaostáva za spoločenským a ekonomickým vývojom, otázkou však je, do akej miery je zaostávanie zlé alebo dobré.

¹⁴ Rýchlosť a smer prvej reakcie slovenskej legislatívy určitým spô-

¹⁰ Bóka, M. Realita zdieľanej ekonomiky. *Pravda*, 5. augusta 2017.

¹¹ Katz, v. *Regulating the Sharing Economy*. Volume 30, Issue 4, Annual Review, 2015, *Berkeley Technology Law Journal*, dostupné online na <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2083&context=btlj> (2.11.2017)

¹² KOM(2016) 356 final, 2. 6. 2016

¹³ Cauffman, C. The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy (Too) Platform and Service Provider Friendly? In: *Journal of European Consumer Market Law*, roč. 5, 2016, č. 6, s. 235.

¹⁴ V čase prípravy tohto článku som nadobudla dojem, že kolaboratívna ekonomika nevymizla z novinových správ azda ani na jeden deň. Titulky ako „Na Ibize

sobom poukazuje na predstavu o prvoradosti úloh štátu v našom prostredí. Ministerstvo financií pripravilo novelu zákona o dani z príjmov, ktorá okrem iného zavádza v § 16 ods. 2 rozšírenie definície výkonu činnosti a trvalého miesta, ktoré sú základnými podmienkami pre vznik stálej prevádzkarne na území SR. **Za výkon činnosti s trvalým miestom na území SR je možné považovať aj výkon činnosti prostredníctvom digitálnej platformy na území SR.** Za takéto činnosti digitálnej platformy môžeme považovať najmä sprostredkovávanie uzatvárania kontraktov medzi držiteľmi hnutelných alebo nehnuteľných vecí alebo poskytovateľmi služby a koncovým užívateľom.¹⁵ Bez ohľadu na neznalosť daňového práva, túto akciu MF považujem za správny krok, lenže je zrejmé, že okrem boja proti daňovým únikom platformy vyvolávajú komplexné otázky vo všetkých oblastiach práva a okrem ochrany štátnych záujmov treba myslieť aj na individuálne záujmy obyvateľov štátu.

Skutočnosť, že ani Európska únia ani Slovenská republika doteraz neprijali žiadny regulatórny rámec pre kolaboratívne platformy nemusí byť nutne hodnotená negatívne.¹⁶ Ako sme už poukázali, považujeme rozmach kolaboratívnych platforiem za úzko spojený s nástupom štvrtej priemyselnej revolúcie, o ktorej sa oficiálne vyhlasuje: *Nevieme zatiaľ, ako sa bude vyvíjať, ale jedna vec je jasná: reakcia na ňu musí byť integrovaná a komplexná, zahŕňajúca všetky zúčastnené*

licencie na ubytovanie cez Airbnb“, Realita zdieľanej ekonomiky“ alebo „Štát chce zdaníť Uber“ (Pravda), či „Štyri dôvody, prečo si ubytovanie cez Airbnb rozmyslieť“ (Denník N), prípadne aj titulky zo zahraničnej tlače ako „Spain’s Balearic Islands to fine illegal tourist rentals“ svedčia o aktuálnosti diskusie o pozitívach a negatívach kolaboratívnej ekonomiky. (Pozn. aut.) Pozri napr. <https://dennikn.sk/853097/styri-dovody-preco-si-ubytovanie-cez-airbnb-radsej-rozmysliet/?ref=top>, <http://www.nydailynews.com/newsires/lifestyle/spain-balearic-islands-fine-illegal-tourist-rentals-article-1.3395536>. (Dostupné 2.11.2017)

¹⁵ Z dôvodovej správy k návrhu zákona, pozri http://hsr.rokovania.sk/data/att/157468_subor.docx (Dostupné 2.11.2017)

¹⁶ K súčasnému stavu problematiky na Slovensku pozri aj Jurčová, M. Zdieľaná ekonomika a platformy – zatiaľ nepublikovaný príspevok z medzinárodnej konferencie Právny pluralizmus a pojem práva, konanej 5. – 7. apríla 2017 v Piešťanoch. Jurčová, M. Ubytovanie vs. nájom, podnikateľ vs. nepodnikateľ. In: *Súkromné právo*. ISSN 1339-8652. Roč. 3, č. 3 (2017), s. 93 – 98.

strany na globálnom základe od verejného do súkromného sektora, do akademickej obce i do občianskej spoločnosti.“ Nuž a komplexne reagovať na veličinu, ktorá sa bude vyvíjať neznámym smerom, môže byť niekedy rizikové. Ak si spomenieme na nedávnu minulosť prípravy Návrhu spoločného referenčného rámca¹⁷ a naň nadväzujúcu prípravu CESL,¹⁸ je zrejmé, že aj rýchly technologický vývoj zamedzil pokračovanie projektu CESL, bolo nevyhnutné pracovať na nových nástrojoch a tieto, hoci sa dostali do štádia návrhu smerníc, opätovne do určitej miery stagnujú, keďže aj s ohľadom na ich zakotvenie v minulej normotvorbe EÚ neboli dostatočne prepojené s vývojom internetu vecí a rozvojom kolaboratívneho digitálneho hospodárstva. Z toho aspektu treba v mnohom prisvedčiť napr. myšlienkam Twigg-Flessnera, ktorý poukazuje na potrebu umiernenosti a dôrazu na koncepcnosť v tvorbe práva, ak sa spoločnosť nachádza v období prevratných zmien.¹⁹ A práve riziko tvorby práva analogicky s existujúcimi pravidlami – ako sa ukázali aj návrhy smerníc predložené Komisiou²⁰ – nemusia byť správnu odpoveďou na zmenenú situáciu, ak sme v období prevratných zmien. Zdá sa byť otázne,

¹⁷ Jurčová, M., Novotná, M.: *Budúcnosť spoločného referenčného rámca*. Dostupné na: http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2010/files/prispevky/05_obcan/Jurcova_Monika_%284189%29.pdf; Jurčová, M., Novotná, M.: *Zelená kniha Komisie a európske zmluvné právo, perspektívy voliteľného nástroja zmluvného práva ako 28. právneho poriadku v EÚ*. 1. časť. In: *Justičná revue*, roč. 63, č. 4 (2011), s. 595 – 610., 2. časť. In: *Justičná revue*, roč. 63, č. 5 (2011), s. 778 – 792.

¹⁸ KOM 2011 (635) v konečnom znení. Pozri aj Jurčová, M. *Návrh nariadenia o spoločnom európskom kúpnom práve*. 1. časť. In: *Justičná revue*, roč. 64, č. 5 (2012), s. 727 – 742. 2. časť. In: *Justičná revue*, roč. 64, č. 6 – 7 (2012), s. 874 – 884; Jurčová, M., Štefanko, J. *Proposal for a regulation on a common European sales law: a new legal regime for domestic and cross-border trade*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, spoločné pracovisko Trnavskej univerzity v Trnave a Vedy, vydavateľstva Slovenskej akadémie vied, 2013, 188 p.

¹⁹ Twigg-Flessner, C. *Disrupted Technology – Disrupted law*. How the digital revolution affects Contract law. In: Franceschi, A. *European Contract law and the Digital Single Market. The implications of the Digital Revolution*. Cambridge: Intersentia, 2016, s. 11 – 47.

²⁰ Návrh Smernice EP a Rady o určitých aspektoch týkajúcich sa zmlúv o dodávaní digitálneho obsahu zo dňa 9. 12. 2015, COM (2015) 634 v konečnom znení; Návrh Smernice EP a Rady o určitých aspektoch týkajúcich sa zmlúv o on-line a iných predajoch tovaru na diaľku z 9. 12. 2015

do akej miery možno súčasné modely a regulácie aplikovať na obchodné modely, ktoré sa realizujú v prevažne digitálnom prostredí a ktorých predmetom sú často nehmotné statky.²¹ Rozhodne to však neznamená, že vzhľadom na prevratnú dobu bude právna veda a legislatíva sedieť so založenými rukami a čakať, kým sa situácia ustáli. Naopak, už teraz je zrejme, že prebieha široká diskusia, ktorej cieľom je identifikovať oblasti, ktoré si vyžadujú založenie novej dogmatiky a nové prístupy.²² Promptne reagovať na legislatívnej úrovni možno odporučiť len v prípadoch, keď hrozí neodvratná závažná ujma²³ Z tohto hľadiska možno postup Ministerstva financií, ktoré pristupuje na zdanenie operátorov platforiem, privítať.

III eliminácia a znižovanie nerovnosti vo svete kolaboratívnej ekonomiky nástrojmi práva

Kolaboratívna ekonomika na báze digitálnej platformy sa týka takmer každého právneho odvetvia, v obchodnom práve otázky vymedzenia postavenia podnikateľa, z hľadiska občianskeho práva zasahuje najmä do zmluvného práva, testuje možnosti aplikácie spotrebiteľského práva, teórie zastúpenia a zodpovednosti prevádzkovateľa platformy a poskytovateľa služieb, verejnoprávne aspekty

²¹ K téme pozri napr. Zoll, F. The remedies in the proposals of the Online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content. In: *Journal of European Consumer Market Law*, roč. 5, 2016, č. 6, s. 250 – 254.

²² Pozri aj Exploratory study of consumer issues in online peer-to-peer platform markets, máj 2017, dostupné na [internete ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45245](http://internete.ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=45245) (5.9.2017)

²³ Na úrovni komisie najdôležitejšie dokumenty: Stratégia pre jednotný digitálny trh v Európe (COM(2015)0192), 6. mája 2015, sprievodný pracovný dokument útvarov Komisie (SWD(2015)0100), Oznámenie Komisie z 25. mája 2016 s názvom Online platformy a jednotný digitálny trh – Príležitosti a výzvy pre Európu (COM(2016)0288), sprievodný pracovný dokument útvarov Komisie (SWD(2016)0172), Oznámenie Komisie z 2. júna 2016 s názvom Európska agenda pre kolaboratívne hospodárstvo (COM(2016)0356), sprievodný pracovný dokument útvarov Komisie (SWD(2016)0184), SPRÁVA o on-line platformách a jednotnom digitálnom trhu (2016/2276(INI))

regulácie podnikania, živnostenského oprávnenia, prístupu na trh, ochrany spotrebiteľa, ochrany života a zdravia, daňové predpisy, poisťovníctvo, súťažné právo. Zasahuje do oblasti ochrany osobných údajov a práva duševného vlastníctva. Kolaboratívne digitálne platformy existujú vo virtuálnom svete internetu, vďaka ktorému spájajú osoby z rôznych štátov, medzinárodné právo súkromné v týchto vzťahoch s cudzím prvkom hrá prominentnú úlohu.

Ekonómovia označujú podnikanie platformami ako two-sided market,²⁴ zmluvné vzťahy sú založené na trojuholníku právnych vzťahov medzi poskytovateľom služieb – dodávateľom, zákazníkom a prevádzkovateľom platformy.

Na tomto obmedzenom priestore sa zameriam na načrtnutie troch okruhov zodpovednosti/ zodpovedných subjektov, ktoré môžu významne ovplyvniť aj dopad kolaboratívneho hospodárstva na spoločenské vzťahy.

- a) zodpovednosť prevádzkovateľa platformy,
- b) zodpovednosť jednotlivca,
- c) zodpovednosť štátu (a/ alebo Európskej únie).

1. Zodpovednosť prevádzkovateľa platformy

Potreba regulácie platformami by mala byť v prvom rade otázkou nastavenia spoločenskej a právnej zodpovednosti platformy spolu so zabezpečením ochrany jej užívateľov. V tomto ohľade treba privítať iniciatívu Výskumnej skupiny pre právo digitálnych služieb (Research Group on the Law of Digital Services) ako európskej siete právnych akademikov, vznik ktorej bol iniciovaný skupinou výskumných pracovníkov z univerzity v Osnabrücker (Nemecko) a Jagelovskej univerzity (Poľsko), ktorá vypracovala diskusný návrh novej smernice smerujúcej priamo k úprave postavenia on-line sprostredkovateľských platformami (Discussion Draft of a Directive

²⁴ https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2014/tirole-lecture.pdf

on Online Intermediary Platforms.²⁵ Návrh smernice o on-line sprostredkovateľských platformách vychádza okrem iného zo široko akceptovaného názoru (Oznámenie Komisie, odborná literatúra), že rozsah kontroly platformy nad transakciou má byť určujúci aj vo vzťahu k režimu zodpovednosti platformy vo vzťahu k zákazníkom.²⁶

V tejto oblasti tiež považujem za dôležité budúce rozhodnutie, ako aj súčasný návrh generálneho advokáta Szpunara zo 4. júla 2017 k veci C-320/16 Uber France SAS, ktoré môže v budúcnosti prispieť k vyjasneniu kritérií, do akej miery digitálna platforma poskytuje výlučne službu informačnej spoločnosti a kedy už je aj poskytovateľom základnej služby, z čoho vyplývajú významné dôsledky nielen z hľadiska prístupu na trh, ale aj pre režim zodpovednosti. Je evidentné, že kolaboratívne platformy môžu okrem služieb informačnej spoločnosti poskytovať aj ďalšie (základné) služby (napr. doprava).²⁷ V takom prípade môžu členské štáty za splnenia špecifického postupu uložiť vo vzťahu ku kolaboratívnym platformám, poskytujúcim takéto základné služby, regulačné opatrenia vrátane povinnosti získať povolenie alebo licenciu nevyhnutnú na poskytovanie služieb v danom odvetví pre iných poskytovateľov predmetných služieb.²⁸

Ruka v ruke s právnou zodpovednosťou kráča spoločenská zodpovednosť platformy, ktorá by sa mohla prejaviť spoluprácou prevádzkovateľa platformy s regulačnými autoritami. Aj napriek nadšeniu pre platformy Sundararajan zdôrazňuje, že nutne potrebujeme nové regulačné nástroje, viac regulácie pre platformy, stabi-

²⁵ Text diskusného návrhu je dostupný ako Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms. In: *Journal of European Consumer and Market Law*, ročník V, č. 4, 2016, s. 164 – 169. Slovenské znenie dostupné na https://www.elsi.uni-osnabrueck.de/projekte/model_rules_on_online_intermediary_platforms/translations/slovak.html (2.11.2017).

²⁶ Katz, V., s. 1071.

²⁷ K odlišným záverom o povahe služby uberPop dospeli autori v článku Kindl, J. Koudelka, M. Regulační výzvy sdílené prepravy. *Právní rozhledy*, 7/2017, s. 232.

²⁸ Čl. 2 a 3 smernice o elektronickom obchode, Oznámenie Komisie o kolaboratívnom hospodárstve, s. 5 – 6.

litu a právnu istotu, nové modely poistenia a iných právnych záruk pre používateľov. Navrhuje čiastočne delegovať zodpovednosť na prevádzkovateľov platforiem a potrebu spolupráce prevádzkovateľov s vládou. Uvádza sa, že v súčasnosti sa v Spojených štátoch amerických takáto spolupráca už realizuje v rámci zhromažďovania údajov spoločnosťou Airbnb pre vládu.²⁹

2. Zodpovednosť jednotlivca, aj keď spotrebiteľa

Kolaboratívna ekonomika je šedou zónou, ak ide o právne kategórie. Jednou z otázok, ktorými sa prelamujú doteraz zaužívané aplikačné postupy, je mnohorakosť povahy zainteresovaných subjektov, na rozdiel od prevádzkovateľa platformy, ktorý je podnikateľom a profesionálom, na strane zákazníkov a dodávateľov môžu byť tak obchodníci, ako aj neprofesionáli, spotrebiteľia. To pravdepodobne viedlo k zavedeniu termínu „prosumer“ a už sa len možno obávať, ak bude tento termín oficiálne včlenený do eurolegislatívy, ako s ním vyrovná slovenská legislatíva. *Prosumer* je skratkou slov „producer“ (výrobca) a „consumer“ (spotrebiteľ). Na prvý pohľad by to nemalo spôsobovať až taký problém, pretože slovenská legislatíva je založená na ochrane spotrebiteľa v spotrebiteľskej zmluve a nie je z nej zrejmé, že by sa táto ochrana vzťahovala len na vzťah B2C, ale možno ju interpretovať aj tak, že spotrebiteľ požíva ochranu aj vo vzťahoch C2B, t. j. spotrebiteľ zostáva spotrebiteľom, aj keď predáva vlastnoručne vyrobené džemy podnikateľovi alebo svoje ojazdené auto autobazáru.³⁰ *Prosumer* vzhľadom na realitu kolaboratívnej ekonomiky alebo kolaboratívnej platformy môže spôsobovať „zmätok“ vo vzťahu dvoch spotrebiteľov, takže zmena bude asi potrebná.

Tu treba len dodať, že v bežnom živote (živote mimo virtuálneho priestoru) osoby tradične využívajú aj práce na čierno (bez papiera)

²⁹ <https://annual.cfainstitute.org/2017/06/08/the-sharing-economy-and-the-evolution-of-crowd-based-capitalism/> (2.11.2017).

³⁰ Pozri § 52 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v platnom znení.

alebo služby neprofesionálov a neuvažujú ani nad spotrebiteľskou ochranou, ani nedostatkom podnikateľského oprávnenia poskytovateľa služby. Problémom je, že získanie kontaktu na poskytovateľa – dodávateľa tovarov alebo služieb cez profesionálnu platformu zahmlieva skutočnosť, že zmluvným partnerom na základe vzťahu sprostredkovaného platformou bude nepodnikateľ. Z rôznych variácií vzťahov na platforme teda obavy spôsobuje najmä vzťah medzi dvoma neprofesionálmi, pričom na označenie vzťahov na platforme by som všeobecne odporučila používať pojem profesionál a neprofesionál. Uvedomujem si nedostatok tohto označenia, keďže profesionalita, resp. neprofesionalita je len jeden z rozhodných prvkov na priradenie pozície spotrebiteľa aj vzhľadom na rozhodovanie SD EÚ o postavení advokáta.³¹

Vo vzťahoch medzi dvoma neprofesionálmi, nebude spotrebiteľ ako zákazník požívať výhody spotrebiteľskej ochrany a zmluva nebude kvalifikovaná ako spotrebiteľská zmluva. Má to aj pozitíva:

Prinesie to renesanciu klasických kontraktov v civilných kódexoch, keďže frekvencia aplikácie ich ustanovení, bez potreby zohľadnenia osobitnej spotrebiteľskej legislatívy, bola v posledných rokoch minimálna.

Tento stav môže podporiť hlasy, ktoré požadujú univerzálnejšie zmluvné právo, veď rozdrobenosť predpisov na vzťahy B2C, B2B a C2C nevyhovuje požiadavkám právnej istoty.³²

V neposlednom rade, samozrejme, za zachovania požiadavky zdržania sa nekalých praktík, spravodlivosti a slušnosti, tento vývoj môže znova prispieť k zvýrazneniu dôležitosti osobnej zodpovednosti jednotlivca.

³¹ Pozri rozhodnutie Costea v SC Volksbank Romania SA' (Vec C-110/14, 3. september 2015) a rozhodnutie Biruté Šiba v Arūnas Devėnas (Vec C-537/13, 15.1. 2015).

³² Pozri napr. Hesselink, Martijn W., Towards a Sharp Distinction between B2B and B2C? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive (June 8, 2009). *European Review of Private Law*, Vol. 18, No. 18, pp. 57 – 102, 2010; Centre for the Study of European Contract Law *Working Paper Series* No. 2009/06. Dostupné na SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1416126>. Dňa 2.11.2017.

Potrebné ochrannárske opatrenia v spotrebiteľskej a pracovno-právnej legislatíve plus legislatíva na ochranu osobných údajov majú, podľa môjho názoru, aj negatívny efekt potlačenia osobnej zodpovednosti jednotlivcov. Ten istý technologický pokrok, ktorý umožnil rozvoj kolaboratívnej ekonomiky, priniesol aj možnosti bezbrehého zverejňovania údajov zo súkromia, ktoré by jednotlivci v klasickom kontakte bez internetu nikdy nezverejnili. Na margo tohto trendu možno poznamenať, že tak ako správne zverejňovať súkromné dáta bez kalkulácie s existenciou rizika ich zneužitia, tak nie je ani reálne očakávanie získať výrobky a služby za nižšiu cenu od neprofesionálov ako od profesionálov a súčasne očakávať štandard plnenia na profesionálnej úrovni. Nie je úlohou štátu ani legislatívy snažiť sa naplniť nereálne očakávania jednotlivcov.

3. Zodpovednosť štátu

Legislatíva určuje opatrenia z hľadiska požiadaviek prístupu na trh, legislatíva má určiť aj moment, kedy sa z neprofesionála stáva obchodník. Kritériá navrhované Komisiou ako snaha poskytovateľa dosiahnuť profit, objem obchodov, ich frekvencia sú mierne povedané problematické a vo vzťahu k súčasnej definícii podnikania v Obchodnom zákonníku nie sú nápomocné.³³ Napĺňanie odporúčaní Komisie, ako majú národné štáty postupovať pri prehodnocovaní opodstatnenosti a primeranosti platných právnych predpisov týkajúcich sa požiadaviek v oblasti prístupu na trh a zhodnotenia statusu profesionálneho poskytovateľa služieb, by malo byť uvážlivé a rozhodne by nemalo viesť k ďalšiemu drobeniu a vrstveniu právnych predpisov. Možno to skôr vnímať ako príležitosť na prehodnotenie minimálnych štandardov pre všetkých. Komisia uvádza, že vnútroštátne orgány by mali vo všeobecnosti zohľadniť špecifický charakter obchodných modelov kolaboratívneho hospodárstva a nástroje,

³³ § 2 ods. 1 Obchodného zákonníka (zák. č. 513/1991 Zb. v platnom znení) Podnikaním sa rozumie sústavná činnosť vykonávaná samostatne podnikateľom vo vlastnom mene a na vlastnú zodpovednosť za účelom dosiahnutia zisku.

ktoré môžu zaviesť na ochranu verejného záujmu, napr. v súvislosti s prístupom na trh, kvalitou či bezpečnosťou. Komisiou podporované zavedenie hodnotiacich (ratingových) systémov a systémov zachovania dobrej povesti či iných mechanizmov, ktoré by účastníkov trhu odrádzali od škodlivého správania, by malo zmierniť riziko, ktoré spotrebiteľom spôsobujú informačné asymetrie. Uvádza sa, že to môže prispieť k vyššej kvalite služieb a prípadne znížiť potrebu zavedenia niektorých regulačných prvkov pod podmienkou, že kvalite takýchto hodnotení a recenzií možno v dostatočnej miere dôverovať.³⁴

Medzinárodná organizácia pre štandardizáciu momentálne pracuje na príprave normy pre on-line spotrebiteľské recenzie (*Online consumer reviews – Principles and requirements for their collection, moderation and publication*).³⁵ Recenzie sú užitočné, ak sa zvýši ich spoľahlivosť a vyriešia otázky možnej zodpovednosti platformy. Otázku *More reputation, less regulation?* si kladie aj Busch.³⁶ Ekonomóm Sundararajan poeticky uvádza, že spoločným menovateľom digitálnych platforiem je dôvera a hoci sa kolaboratívna ekonomika vyvinula vďaka digitálnej revolúcii, srdcom tohto modelu je dôvera. Budovanie dôvery je založené na on-line šírení informácií vrátane recenzných systémov, kontrole účtov na Facebooku a LinkedIn, ale aj vďaka činnosti vlád (register exekúcií, neziskových organizácií, profesijných združení).³⁷ Táto cesta je však ešte náročná a nespoľahlivá.

V odvetví ubytovania, na základe štúdie o možnostiach poskytovania ubytovania na Slovensku,³⁸ je nepochybne rovnocenným,

³⁴ Oznámenie Komisie z 2. júna 2016 s názvom Európska agenda pre kolaboratívne hospodárstvo (COM(2016)0356, bod 2.1.

³⁵ <https://www.iso.org/standard/68193.html?browse=tc> (dostupné 2.11.2017).

³⁶ Busch, C. Crowdsourcing consumer confidence. How to regulate online rating and review systems in the collaborative economy. In: Franceschi, A. *European Contract law and the Digital Single Market. The implications of the Digital Revolution*. Cambridge: Intersentia, 2016, s. 225 a nasl.

³⁷ <https://annual.cfainstitute.org/2017/06/08/the-sharing-economy-and-the-evolution-of-crowd-based-capitalism/> (2.11.2017).

³⁸ Study on the Assessment of the Regulatory Aspects Affecting the Collaborative

ak nie spoľahlivejším nástrojom, verejnoprávne stanovenie podmienok na poskytovanie ubytovania v súkromí. Osoby, ktoré poskytujú ubytovanie v súkromí, nie sú profesionáli v oblasti cestovného ruchu, ale sú to podnikatelia, s povinnosťou ohľadíť živnosť, s regulovanými hygienickými a bezpečnostnými štandardmi. Pri výbere ubytovania na Slovensku sa neriadime len recenziou, ale možno sa do značnej miery spoľahnúť aj na objektívne stanovený štandard poskytovania služby daný kategorizáciou ubytovacích zariadení. Trvalo určité obdobie, kým sa ustálili pravidlá na poskytovanie týchto služieb z hľadiska bezpečnosti, ochrany zdravia, hygienických štandardov. Verejnoprávnu reguláciu tejto oblasti možno považovať za pozitívnu a nebolo by vhodné rokmi overené a vytvorené štandardy poskytovania služieb zameniť za štandardy v oblasti stanovenia princípov a požiadaviek pre zber, úpravu a publikáciu spotrebiteľských recenzií on-line.

Ani situácia na Slovensku nie je v tejto oblasti ideálna, pretože úroveň spotrebiteľskej ochrany v zmluvnom spotrebiteľskom práve, ktorú vyžadujeme rešpektovať od všetkých dodávateľov, a k nim na základe definície dodávateľa zaraďujeme poskytovateľov ubytovania – neprofesionálov, ktorí poskytujú ubytovanie v súkromí, je zafažujúca. Vo verejnom práve sú diametrálne inak nastavené podmienky pre prevádzkovateľa hotela, penziónu, botelu na jednej strane a pre ubytovateľov na súkromí na druhej strane. Títo „ubytovatelia“ sú síce podnikatelia, musia mať živnostenské oprávnenie, znášajú odvodové a daňové povinnosti, požiadavky na vybavenie a bezpečnosť sú však na úrovni minimálneho štandardu. Všeobecné spotrebiteľské zmluvné právo a všeobecné spotrebiteľské úpravy vo verejnom práve takúto kategorizáciu nepoznajú, zaradenie neprofesionálov ako podnikateľov spôsobuje problémy v oblasti spotrebiteľskej a antidiskriminačnej legislatívy. Aj preto problematickými zisteniami pri kontrole ubytovania v súkromí sú diskriminácia (starší manželia odmietli cez rezervačný systém Booking.com

ubytovať osobu z Turecka, čím došlo k diskriminácii pri poskytovaní služby),³⁹ neoznačenie prevádzkarne v zmysle zákona, neupozornenie na možnosť riešenia alternatívneho riešenia sporov. Z hľadiska kvality poskytovania služby sú mnohokrát dané požiadavky nezmyselné vrátane požiadavky nediskriminovať. V súčasnosti už existujú obavy vysloviť tézu o práve na výber zmluvného partnera bez rizika obvinenia z diskriminácie. Nie je diskriminácia aj vlastnosťou zmluvného práva?⁴⁰ Neprofesionálny poskytovateľ tovaru a služieb by mal mať zachovanú aj možnosť diskriminovať. Prečo by osamelá žena nemohla obmedziť ponuku ubytovania len na ženy a takto si privyrobiť? Prečo by starší manželský pár nemohol ponúkať izby len pre dospelé osoby bez kriku detí?⁴¹

Ak sa vrátim k téme zodpovednosti štátu, tak rozumné a primerané nastavenie nástrojov, ktoré slúžia na ochranu verejného záujmu, napr. v súvislosti s prístupom na trh, kvalitou či bezpečnosťou, sú nevyhnutné.

Osobitne sa nevenujeme otázkam pracovného práva, ktoré sú rozhodne jednými z najaktuálnejších problémov v spojení s digitálnymi kolaboratívnymi platformami a štát na ne nemôže rezignovať. Výdobytky pracovnoprávnej legislatívy sa môžu prácou doma a cez kolaboratívnu platformu v zúfalej snahe jednotlivca privyrobiť si, strácať. Toto iste nie je cesta, ako sa vyrovnáť s otázkami narastajúcej sociálnej nerovnosti, ale rovnako aj dilema, do akej miery má štát fungovať ako ochranca.

³⁹ <http://www.soi.sk/sk/Informacie-pre-verejnost/Informacia-o-kontrole-ubytovania-v-sukromi-Stella-soi?ind=6> (dostupné na internete, 2.11.2017). Pozri aj Jurčová, M. Ubytovanie vs. nájom, podnikateľ vs. nepodnikateľ. In: *Súkromné právo*. ISSN 1339-8652. Roč. 3, č. 3 (2017), s. 93 – 98.

⁴⁰ Pozri napr. Storme, M. *Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law*, dostupné na <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Storme-Juridica.pdf> (2.11.2017).

⁴¹ Pozri aj Jurčová, M., Olšovská, A., Štefanko, J. (eds.) *Diskriminácia v zmluvnom práve*. Bratislava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2015. 249 s., ISBN 978-80-8082-835-6. Dostupné na <http://publikacie.iuridica.truni.sk/wp-content/uploads/2017/02/diskriminacia-v-zmluvnom-prave.pdf> (2.11.2017).

Úloha národného štátu je do určitej miery limitovaná digitálnym prostredím, v ktorom operuje kolaboratívna platforma, preto je nevyhnutný koordinovaný postup štátov a Európskej únie nielen v oblasti regulácie platforiem, ale aj v stanovovaní spoločných bezpečnostných a zdravotných štandardov pre poskytovateľov služieb, najmä z hľadiska minimálnej úrovne, ktorá musí byť zachovaná aj pre neprofesionálnych poskytovateľov. Niektoré problémy, ktoré môžu títo neprofesionálni a neregulovaní poskytovatelia spôsobiť na právom chránených záujmoch, ako sú život, zdravie a bezpečnosť obyvateľstva, sú do tej miery závažné, že zároveň minimalizujú akútnosť riešenia spotrebiteľských otázok, napríklad ak si predstavíme, že podľa niektorých návrhov možno riešiť prostredníctvom kolaboratívnej ekonomiky aj poskytovanie zdravotnej a ošetrovateľskej starostlivosti.⁴²

IV. záver

Mnohorakosť foriem kolaboratívnej ekonomiky komplikuje návrhy riešení. Premennivá doba revolučných zmien nás ohrozuje nestálosťou, v ktorej skôr než je návrh legislatívneho riešenia prijatý v riadnom legislatívnom procese, stáva sa zastaraným. Z hľadiska situácie na Slovensku pravdepodobne nemožno predpokladať, že by kolaboratívna ekonomika citelne ovplyvnila otázky sociálnej nerovnosti. Skôr na ňu možno nazerať ako na nástroj, ktorý môže niekoho vytrhnúť z biedy, ale osoba, ktorá je biedou ohrozená, nie je pravdepodobne zároveň aj osobou spôsobilou významným spôsobom zlepšiť svoje postavenie účasťou na kolaboratívnom hospodárstve.

Akútnou úlohou legislatívy v súčasnosti je zabezpečiť, aby sa majetková nerovnosť nástrojmi kolaboratívnej ekonomiky dočasne

⁴² <https://www.wsj.com/articles/taxis-hotels-what-industry-is-next-to-be-disrupted-by-the-new-economy-1497837840> (Dostupné 2.11. 2017).

nezhoršila. Rizikom sú pôžičkové platformy⁴³ alebo neoprávnené podnikanie osôb, ktoré sa dajú nalákať na možnosť privyrobiť si touto formou bez rešpektovania platnej legislatívy a bez uvedomenia si rizika sankčných postihov.

Resume

The European Commission presented guidance aimed at supporting consumers, businesses and public authorities to engage confidently in the collaborative economy. The document has introduced the strong support for new phenomena and therefore it has been labelled as the collaborative friendly. Rise of the collaborative economy has opened the heated bi-polar discussion on the possible impact of the collaborative economy on the social inequality among academics from various fields and the author presents the overview of their opinions. The author argues that the role of law may not be overestimated in tackling the issues of the social inequality and praises the need for forethought, conceptualised approach inevitable at the age of the disruptive changes introduced by the industry 4.0. The author points out to the responsibilities of the platform provider, the individual consumer and the state as the almost equivalently important subjects when it comes to solving the problem how to mitigate the possible negative effects of the collaborative economy. The paper argues that the rise of the collaborative platforms may contribute to reduction of fragmentation in the field of contract law and to support its unification and harmonisation. The role of public law health and safety regulations may not be fully substituted by the online consumer reviews.

⁴³ <https://www.zltymelon.sk/>.
<http://www.nbs.sk/sk/dohlad-nad-financnym-trhom-prakticke-informacie/upozornenia-a-oznamenia/ine-upozornenia/upozornenie-na-poskytovanie-poziciiek-peer-to-peer-sposobom>; Dostupné 2.11. 2017).

FAKTICKÉ A PRÁVNÍ LIMITY PRÁVA PŘI PROSAZOVÁNÍ PRINCIPU ROVNOSTI

Rovnost jako sociální a právní kategorie

Rovnost, resp. nerovnost je komplexní fenomén projevující se v oblasti sociální, ekonomické, politické a samozřejmě právní.¹ Prozatím je orientován výlučně antropocentricky, avšak není vyloučeno, že v souvislosti s pokrokem a rozvojem v oblasti technologií a zejména umělé inteligence bude nutno zvažovat jeho uplatnění i zde. Rozvíjející se stupeň interakce mezi lidmi a technikou bude možná takový přístup vyžadovat, protože v opačném případě by se mohly objevit nové formy nerovnosti.²

V oblasti práva hraje rovnost významnou úlohu ve více ohledech. Primárně je požadavek rovnosti spojován s určitou elementární představou spravedlivého uspořádání poměrů ve společnosti, k němuž má právní regulace směřovat. Dále jde o jeden z předpokladů pro zachování určité míry soudržnosti ve společnosti, která

* Příspěvek byl vypracován a prezentován za finančního přispění prostředků z projektu PROGRES Q04 Právnické fakulty Univerzity Karlovy.

¹ Večeřa M. Rovnost jako právní kategorie. *Časopis pro právní vědu a praxi*, č. 1/2008, str. 1.

² Náznačným možným směrováním jsou diskuze o právní úpravě autonomního řízení vozidel v souvislosti s odpovědností za případnou nehodu, pokud výsledek nehody bude ovlivněn právě rozhodnutím umělé inteligence. Je pak nutno určit, zda za nehodu bude odpovídat „řidič“, výrobce vozidla či výrobce příslušného softwaru, podle kterého program danou situaci vyhodnotil. Vzhledem k tomu, že se předpokládá, že se autonomní systémy řízení budou „učit řídit“, tedy se do určité míry vymknou lidské kontrole, vzniká pak otázka, zda a jak má být chráněno rovné postavení např. oběti dopravní nehody vůči „viničovi“ (ať za něj bude označen kdokoliv) ve srovnání se situací, kdy se na nehodě bude podílet výlučně lidský faktor.

je zajišťována mimo jiné působením právního řádu. Derivátem je opět právním řádem zaručená rovnost politická, zajišťující formálně stejnou míru participace jednotlivců na realizaci moci včetně podílu na utváření a aplikaci právního řádu. Současně jde o významný zdroj legitimacy práva, resp. moci ve společnosti. V praktické rovině se rovnost projevuje požadavkem na rovnoměrné rozložení práv a povinností (požadavek rovného zacházení). V neposlední řadě je argument žádoucí rovnosti jednotlivců používán jako argument legitimizující prosazování nástrojů směřujících k odstraňování negativně pocíťované faktické nerovnosti. Poskytnutí dodatečné legitimacy těmto nástrojům je nezbytné proto, že jejich uplatněním mohou být dotčeny jiné společnosti akceptované a ve společnosti sdíleného hodnoty.

Pojetí rovnosti v právu prošlo za poslední více než dvě století významným vývojem. Počínaje uznáním rovnosti všech lidí před zákonem³ až po přijetí velkého množství antidiskriminačních předpisů v druhé polovině 20. století a i v době nedávné. Zatímco princip rovnosti před zákonem v abstraktní rovině nebude vzbuzovat zásadní kontroverze⁴, jeho praktické uplatňování podmíněné identifikací a akceptací legitimních a vyloučením nelegitimních rozlišovacích kritérií nebývá zcela jednoduché. Podobně je otázkou, zda jiné dimenze principu rovnosti, prosazované např. v podobě antidiskriminačních zákonů, již také nenarážejí na své limity. Zde se však jedná o pouhý nástin podstaty problému, protože uvedené příklady jsou odlišné ze své podstaty a vyžadují tak odlišná řešení. Jádro problematiky lze shrnout tak, že princip rovnosti je v současnosti konfrontován s jinými společenskými a právními hodnotami, které jej historicky spíše doplňovaly, zatímco nyní se zdá, že se vzájemně vylučují. Je proto otázkou, zda prosazování principu rovnosti má limity, které musí být respektovány.

³ Např. francouzská Deklarace práv člověka a občana (1789) v čl. 1, 14. dodatek Ústavy Spojených států amerických (1868).

⁴ Problémem se však někdy ukazuje hledání akceptovatelných kritérií, podle kterých se má rovnost před zákonem posuzovat.

Rovnost v oblasti právní

Kategorie rovnosti má v oblasti práva různé konotace, což je dáno její variabilní povahou. Primárně je sice v současnosti kategorií inherentně právní, nelze však přehlédnout, že její reálné působení významně ovlivňují externí, mimoprávní, tedy faktické okolnosti.

V oblasti samotného práva je rovnost považována za jednu z hodnot, které má právo prosazovat a chránit.⁵ Již tím sama o sobě získává normativní potenciál. Dále vystupuje rovnost v poněkud konkrétnější podobě právního principu, případně jako základní právo (právo na rovné zacházení).

Z pohledu faktického vystupuje požadavek rovnosti lidí jako nástroj komparace, srovnávací měřítko pro posuzování shodného či odlišného postavení lidí. V této podobě je externalitou působící v oblasti právní regulace jako legitimizační zdroj opatření zavádějících podle okolností pravidla, která případně faktickou nerovnost odstraňují nebo ji určitým jiným způsobem zohledňují.

Hodnota rovnosti je považována za předpoklad existence takového práva, které zajišťuje spravedlivé uspořádání vztahů ve společnosti. Opírá se o axiomatický předpoklad rovného postavení všech lidských bytostí („*Lidé se rodí a zůstávají svobodnými a rovnými ve svých právech*“), z něž právní regulace následně vychází. Takto chápaná rovnost je primárně formální rovností formulovanou obsahově indiferentně tak, že se stejnými případy se má zacházet stejně, s odlišnými odlišně (rovnost před zákonem). Bylo by iracionální argumentovat ve prospěch toho, že formálně nerovné zacházení je spravedlivé.⁶

⁵ Je třeba odlišit aspekt právní, plynoucí z normativního ukotvení principu rovnosti, a aspekt sociologický, případně ekonomický apod. Srov. k tomu Robbins J. Equality as a Value: Ideology, in: Dumont, Melanesia, West, Social Analysis: *The International Journal of Social and Cultural Practice*, č. 34/1994, str. 21: „*Že jsou všichni lidé rovní a mělo by s nimi tak být zacházeno, je nejvíce porušované pravidlo v tradici Západu. I když přijmeme předpoklad, že západní tradice je ideologicky založena na rovnosti, nikdo nemůže tvrdit, že rovnost je pravidelně a důsledně zajišťována v praxi v jakékoliv společnosti, která je na takové ideologii založena*“ (vlastní překlad).

⁶ Mackie J. L. *Ethics: Inventing Right and Wrong*. Pelican Books, Harmondsworth 1977, str. 89; citovaný autor používá termín „unfair“.

Poněkud komplikovanější je pojetí rovnosti jako snahy o formulování určitého obsahu právní regulace, tedy stanovení rovných práv a povinností jejich adresátům. Nejde již o pouhou rovnost před zákonem, nýbrž o vytvoření fakticky rovného postavení z hlediska obsahu a rozsahu práv a povinností, jež se však dotýkají jinak reálně nerovného postavení. Takto chápanou rovnost v právech nelze zcela oddělit od rovnosti před zákonem, zároveň však nejde o shodné kategorie.⁷ Zjednodušeně lze říci, že nosnou linií v diskusi o rovnosti v právu je snaha o adekvátní propojení těchto dvou hledisek.

Oba koncepty, tj. jak rovnost před zákonem, tak rovnost v právech, jsou v současné době pozitivně právně zakotveny na různých úrovních právního řádu, přičemž toto zakotvení zpravidla odráží obě hlediska bez ohledu na způsob vyjádření. Tak například princip rovnosti před zákonem je formulován v čl. 3 Základního zákona Spolkové republiky Německo. Je chápán nejen jako požadavek stejného způsobu aplikace zákona na totožné případy, ale také jako požadavek na stanovení rovného rozsahu práv a povinností za srovnatelných okolností.⁸ Přímo o rovnosti jednotlivců v (subjektivních) právech hovoří čl. 1 francouzské Deklarace práv člověka a občana, čl. 1 Všeobecné deklarace lidských práv nebo čl. 1 Listiny základních práv a svobod. Z hlediska významového lze určité rozdíly mezi rovností před zákonem a rovností v právech nalézt. Rovnost před zákonem ve své minimalistické podobě znamená, že zákon má být vůči všem svým adresátům uplatňován shodným způsobem, což je ovšem důsledek, k němuž lze též dospět pojetím zákona jako nositele obecné právní normy dopadající shodně na všechny případy v dosahu jeho působnosti. Odlišnou otázkou je, zda a ve kterých případech zákon může stanovit odlišnou míru práv a povin-

⁷ Kritika rozlišení rovnosti před zákonem a rovnosti v právech je stará. Srov. k tomu např. Mill, J. S. *Utilitarianism*, reprint vydání z roku 1879. The Floating Press, 2009, str. 83: „*Spravedlnost spočívající v rovné ochraně práv všech lidí je udržována těmi, kdo podporují křiklavou nerovnost v právech jako takových*“ (vlastní překlad).

⁸ Jarras, H. D., Pieroth, B. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 11. vydání. Mnichov 2011, str. 110 (odst. 7).

ností jednotlivcům. Bez ohledu na konkrétní normativní vyjádření se princip rovnosti v právu prosazuje oběma popsányými způsoby. Normativní vyjádření není v těchto souvislostech významně rozlišující, protože i státy, které ve svých ústavách či chartách lidských práv mají zakotvený princip rovnosti před zákonem, aplikují jej též z pohledu rovnosti v právech⁹ a naopak.¹⁰

Zatímco požadavek rovnosti před zákonem v jeho klasické podobě je vcelku neproblematický, požadavek rovnosti v právech a povinnostech (stanovení jejich konkrétního obsahu) se musí vyřadit mj. s existencí faktické nerovnosti v postavení jednotlivců, přičemž klíčovou otázkou je intenzita, se kterou tak učiní. Dosažení úplné faktické rovnosti lidí je nejen nemožné (právo samo o sobě nemůže odstranit všechna možná omezení, překážky a hendikepy), ale bylo by to i kontraproduktivní, protože lze jen stěží tvrdit, že zcela rovnostářská společnost by byla společností zásadně spravedlivější či lepší v jakémkoliv ohledu¹¹.

Vzhledem k relativnímu charakteru rovnosti byly v právním prostředí vytvořeny a jsou aplikovány různé koncepty, kterými se poměřuje akceptovatelnost přidělování práv a povinností jednotlivým skupinám osob z hlediska rovnosti. Tyto koncepty lze seřadit na pomyslnou osu z hlediska nároků, které se kladou na normotvůrce stanovícího určitý obsah práv a povinností.

⁹ Jarras, H. D., Pieroth, B. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 11. vydání. Mnichov 2011, str. 112 a násl. Rozhodnutí o tom, komu a jaká práva budou přiznána, je primárně věcí zákonodárce. Čl. 3 odst. 1 Základního zákona v žádném případě nevyžaduje volbu nejučelnějšího, nejrozumnějšího či nejspravedlivějšího řešení (BVerfGE 84, 348/359). Požadavky na ústavnost zákona se však z hlediska principu rovnosti liší v široké škále. Na straně jedné stojí pouhé vyloučené svévole, na straně druhé se může vyžadovat přísná souvislost s požadavkem proporcionality (BVerfGE 121, 108/119).

¹⁰ Kupříkladu právě český Ústavní soud naopak rekonstruoval z principu rovnosti v právech princip rovnosti před zákonem, byť s odkazem na mezinárodní lidskoprávní závazky České republiky, konkrétně čl. 26 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech.

¹¹ K explikaci argumentů ve prospěch a neprospěch egalitarianismu srov. McKerlie, D. Equality, in: *Ethics*, Vol. 106, č. 2/1996, The University of Chicago Press, str. 274 a násl.

Minimalistickým požadavkem je požadavek na vyloučení zjevné svévole při stanovení práv a povinností, následuje požadavek na formulaci legitimních a racionálních důvodů pro zavedení nerovného rozsahu práv a povinností s ohledem na postavení dvou či více skupin osob,¹² až po úplné vyloučení (zákaz) rozlišování. Na tomto základě pak byly vytvořeny koncepty tzv. akcesorické rovnosti, tj. rovnosti v určitých základních právech a svobodách (čl. 14 Úmluvy o ochraně základních práv a svobod, čl. 3 odst. 1 Listiny základních práv a svobod), a rovnosti neakcesorické, tj. ve vztahu k jakémukoliv právu přiznanému zákonem, a to buď s ohledem na určitá kritéria (čl. 1 odst. 1 Protokolu č. 12 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod¹³), nebo dokonce z libovolného důvodu (čl. 1 odst. 2 Protokolu č. 12 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod¹⁴).

Hledání limitů působení požadavku rovnosti – východiska

Klíčovou otázkou je, zda samotný požadavek, resp. předpoklad

¹² Přítom i míra racionality a legitimacy zvolených kritérií může být sama o sobě odstupňována například od požadavku na pouhý potenciál zvoleného řešení dosáhnout sledovaného cíle až po požadavek schopnosti takového cíle skutečně dosáhnout.

¹³ „1. Užívání každého práva přiznaného zákonem musí být zajištěno bez jakékoli diskriminace z důvodu pohlaví, rasy, barvy pleti, jazyka a náboženství, politického či jiného smýšlení, národnostního či sociálního původu, příslušnosti k národnostní menšině, majetku, rodu či jiného postavení.“

¹⁴ „Nikdo nesmí být diskriminován žádným orgánem veřejné moci z jakéhokoli důvodu, zejména z důvodů uvedených v odstavci 1.“ Formulace čl. 1 Protokolu č. 12 je poněkud odlišná ve srovnání s čl. 26 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech, kterému je někdy připisován stejný význam: „Zákon zakazuje jakoukoli diskriminaci a zaručí všem osobám stejnou a účinnou ochranu proti diskriminaci z jakýchkoli důvodů, např. podle rasy, barvy, pohlaví, jazyka, náboženství, politického nebo jiného přesvědčení, národnostního nebo sociálního původu, majetku a rodu.“ Rozdíl spočívá v tom, že zatímco Pakt vyžaduje ochranu před diskriminací zajištěnou zákonem (tj. zákon sám může rozlišující kritéria stanovit), Protokol č. 12 zakazuje diskriminaci samotnému zákonodárci („žádný orgán veřejné moci...“).

rovnosti lidí v právu a právech, a jeho uplatňování je určitým způsobem limitováno, a to buď argumenty právními (plynoucími ze samotného právního řádu), nebo faktickými (nemožností dosáhnout ještě vyššího stupně rovnosti s ohledem na existující společenskou realitu).

Působení principu rovnosti je nutno zasadit do kontextu utváření a působení právního řádu jako celku. Je tudíž potřeba rozlišit utváření práva a jeho aplikaci. Princip rovnosti totiž plní v každé z obou rovin odlišnou úlohu. Postulát rovnosti před zákonem sám o sobě nevyvolává praktické potíže při aplikaci práva, neboť pro jeho naplnění v obecné rovině postačí, aby bylo právo (zákon) aplikováno shodným způsobem na všechny případy v rozsahu jeho působnosti.¹⁵ Stejně tak tento postulát nemá zásadní vliv na utváření zákona, protože se uplatní až v okamžiku, kdy je zákon vytvořen. Sám o sobě tedy neklade žádné zásadní nároky na normotvůrce při stanovení obsahu právní regulace.

Složitější je působení postulátu rovnosti v právech (a povinnostech), protože ten se prosazuje již *de lege ferenda*, tedy při formulování obsahu právních pravidel. Vyžaduje zvažovat účinky, jež právní úprava přinese pro postavení jednotlivců a jejich skupin z hlediska rovného či nerovného postavení, tj. rozsahu práv a povinností. Neméně významné účinky však má i ve fázi aplikační. Vzhledem k tomu, že princip rovnosti (v právech) je principem ústavním, je pod jeho zorným úhlem zkoumáno, zda normotvůrce principu rovnosti věnoval dostatečnou pozornost, a to s ohledem na argumenty jak právní (v právu obsažené), tak empirické.

Další diferenciací, která musí být vzata v potaz, je určení povinného subjektu, vůči němuž je požadavek rovnosti prosazován. Princip rovnosti je zpravidla zasazen do kontextu lidských práv, jejichž originárním účelem bylo vymezení vztahu mezi jednotlivcem a veřejnou mocí. Proto je princip rovnosti prosazován primárně

¹⁵ Tím samozřejmě není vyloučeno, že při posuzování jednotlivých případů může v rámci zákonem stanovené diskrece dojít k různým odchylkám odůvodněným povahou věci.

jako nárok na rovné zacházení ze strany státu, tedy stanovení rovného obsahu práv a povinností. V okamžiku, kdy byla akceptována povinnost státu zajistit uplatňování jednotlivých lidských práv, mezi nimi také principu rovnosti, ve vztazích horizontálních, začal se princip rovnosti prosazovat i zde. Relevantním kritériem, které musí být zohledněno, je tudíž vertikálnost či horizontálnost vztahů, v nichž se princip rovnosti prosadí.

Konečně pak musí být vzata v potaz i povaha případného nerovného zacházení, protože od ní se bude odvíjet praktický způsob nápravy zahrnující aplikaci principu rovnosti. Nerovné postavení jednotlivých osob či jejich skupin může být dáno buď přiznáním většího množství práv, nebo uložením většího množství povinností. Každá situace, vyžaduje-li to princip rovnosti, předpokládá jiný způsob nápravy.

Působení principu rovnosti lze v návaznosti na naznačená kritéria klasifikovat níže popsáním způsobem. Jedná se o abstraktní klasifikaci, která se může, ale též nemusí, v jednotlivých případech uplatňovat s ohledem na přítomnost jednotlivých prvků v konkrétním právním prostředí.

Varianty omezení působení principu rovnosti ve vztazích vertikálních

V prvé řadě je třeba určit, které vztahy jsou ve zkoumaném kontextu považovány za vertikální. Pro vymezení vertikálních vztahů není klíčová povaha uplatňovaných nároků, tj. obsah práv a povinností, které právní vztah naplňují. Podstatná je úloha nositele povinnosti zachovávat rovný přístup, jímž je ve vertikálních vztazích stát, resp. nositelé veřejné moci. Mezi vertikální vztahy proto budou spadat i takové, jejichž náplní jsou práva, která jsou z hlediska právní konstrukce uplatňována v postavení osob sobě rovných, jako jsou např. nároky na určitou formu náhrady uplatňované vůči státu apod. Jedná se tudíž primárně o to, zda taková práva či povinnosti svým aktem založil nositel veřejné moci.

Dále jsou identifikovány a popsány jednotlivé situace, při nichž se buď uplatní, anebo naopak neuplatní určitá omezení při prosazování principu rovnosti. Některé z těchto situací plynou z explicitní pozitivně právní úpravy, jiné se opírají o argumenty implicitní.

1. Princip úplné akcesorické rovnosti vázaný na nepřipustná diskriminační kritéria

Princip úplné akcesorické rovnosti vyžaduje stanovení stejného obsahu a rozsahu práv, resp. povinností, ve vztahu k předem definovaným okolnostem, které představují zapovězené důvody pro rozlišování. Je určován výlučně právními kritérii a má podobu příkazu k rovnému zacházení (zákaz diskriminace). S ohledem na definovaná rozlišující kritéria není možné jej prolomit. Jeho uplatnění však není bezbřehé, protože se předpokládá materiální omezení na okruh práv, jichž se týká (typicky základní práva a svobody), a také omezení důvodů, pro které je uplatňován (výčet nepřipustných diskriminačních důvodů; typicky pohlaví, rasová či etnická příslušnost atd.). Vzhledem k tomu, že okruh práv, k nimž se tento zákaz rozlišování vztahuje, má zpravidla podobu lidských práv, která jsou ústavně zaručena, a tedy jsou pod ochranou státu, směřuje takto formulovaný princip rovnosti vůči státu, zejména pak vůči zákonodárci, který jej musí respektovat při přijímání právní úpravy v těch oblastech, které se dotýkají těchto ústavně zaručených práv a svobod. Příkladem je ustanovení čl. 3 odst. 1 Listiny základních práv a svobod či čl. 14 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.

2. Princip úplné neakcesorické rovnosti vázaný na nepřipustná diskriminační kritéria

Stručně jej lze popsat jako požadavek na stanovení shodného (rovného) obsahu jakýchkoliv práv (a zřejmě i povinností) stanovených zákonem, jemuž odpovídá zákaz rozlišovat mezi nositeli takových práv z vyjmenovaných důvodů. Oproti první situaci se rozšiřuje jeho působení tak, že dopadá na „jakékoliv právo přiznané zákonem“. Vzhledem k jeho zasazení do kontextu ochrany lidských

práv je odpovídajícím nositelem povinnosti opět stát, resp. další subjekty veřejné moci. Příkladem takto konstruovaného pravidla je ustanovení čl. 1 odst. 1 Protokolu č. 12 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod.

Jeho uplatnění nachází ještě méně limitů, než v případě prvním, a to proto, že se neomezuje jen na určitou skupinu práv jako v prvním případě (zpravidla pouze ústavně zaručená práva). Svou konstrukcí vylučuje zavedení jakékoliv výjimky, jež by se opírala o nepřijatelná diskriminační kritéria. Vzhledem k tomu, že dosah těchto kritérií je velmi široký, přičemž sporné a problematické je zejména nepřijatelné rozlišování z důvodu „jiného postavení“, jeho naplnění by mohlo vést k závažným důsledkům např. ve sféře hospodářské.¹⁶ Rozlišování mezi jednotlivými subjekty z hlediska obsahu a rozsahu jejich práv a povinností je nicméně stále možné, pokud se opírá o jiná, než zakázaná rozlišující kritéria.

3. Absolutní princip rovnosti (absolutní zákaz diskriminace)

Absolutní zákaz diskriminace je posledním myslitelným krokem ve snaze o prosazování principu rovnosti, neboť vylučuje jakékoliv rozlišování. Je otázkou, do jaké míry jej lze reálně naplňovat, resp. jak jej chápat. Lze vyslovit předpoklad, že v jeho absolutní podobě (tj. vyloučení jakékoliv myslitelné formy rozlišování) by se jeho naplnění stalo jednak zcela nereálným, jednak by vedlo k absurdním důsledkům. Druhou možností je jeho aplikace v „pouhé“ relativní podobě, jež by umožňovala přihlížet k odlišnostem, jež by se opíraly o racionální a legitimní důvody tak, jako tomu je např. při určování obsahu práv a povinností, jež se týkají ústavně zaručených práv.

V pozitivně právní úpravě jej lze nalézt například v čl. 1 odst. 2 Protokolu č. 12 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod. Nutno konstatovat, že účinky tohoto ustanovení jsou spí-

¹⁶ Například by se otevřela otázka odlišně odstupňovaného zdanění jednotlivých skupin subjektů, otázka rozsahu poskytování zdravotní péče, otázka poskytování určitých sociálních výhod apod.

še nejasné, protože judikatura Evropského soudu pro lidská práva, která by toto ustanovení aplikovala, prakticky neexistuje.¹⁷

4. *Působení principu rovnosti limitované faktickými okolnostmi*

V tomto případě se jedná o efekt vyvolaný principem akcesorické i neakcesorické rovnosti vázané na konkrétní rozlišovací kritéria. V zásadě jde o naplnění formálního principu rovnosti, podle kterého se má „ve stejných případech měřit stejně, v odlišných případech odlišně“. Protože rozlišování (diskriminace) opírající se o určité důvody je zakázané, plyne z toho *a contrario*, že pokud jsou zvoleny rozlišovací důvody jiné než zakázané, je takové rozlišování přípustné.

Tyto jiné důvody mají povahu faktických okolností; nejčastěji mají povahu určitého postavení, ve kterém se jednotlivé osoby nacházejí. Nikoliv každý rozlišující důvod se však zpravidla požaduje za dostatečný. Variabilita situací, které do této kategorie spadají, je zřejmě nejvyšší, protože se zde mísí několik kritérií. Prvním a nejvýznamnějším je povaha práv, jež jsou rozlišováním dotčena a setkáváme se zde s minimálně dvěma kategoriemi. První tvoří ústavně zaručená práva, druhou pak práva založená na úrovni zákona. Dalším kritériem je povaha rozlišujících důvodů, zejména pak stupeň intenzity jejich působení odvozený od míry důležitosti, která je jim přisuzována.

Na základě takové situace se pak setkáváme např. s požadavkem na volbu a užití pouze těch rozlišujících kritérií, která jsou považována za objektivní a racionální. Tento požadavek se považuje

¹⁷ V databázi Evropského soudu pro lidská práva jsou dostupná pouze dvě rozhodnutí konstatující porušení čl. 1 Protokolu č. 12, navíc obě se týkají stížností podaných jednotlivci proti Bosně a Hercegovině v souvislosti s prezidentskými volbami v roce 2006. Podstatou sporu byly diskriminační podmínky výběru kandidáta na úřad prezidenta zakotvené v ústavě. Evropský soud pro lidská práva vyložil diskriminaci jako „rozlišování bez objektivního a rozumného ospravedlnění“, z čehož lze dovozovat, že se opíral primárně o čl. 1 odst. 1 Protokolu č. 12. Odstavec druhý totiž zakazuje rozlišování „z jakéhokoliv důvodu“, vzato doslova tedy i z důvodů racionálních a objektivních. (Blíže srov. rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 15. 7. 2016, stížnost č. 3681/06, a rozsudek ze dne 9. 6. 2016, stížnost č. 41939/07.)

za splněný, existuje-li spojitost mezi sledovaným cílem a použitým prostředkem, jímž je právě zavedení určitého rozlišujícího kritéria. Jde-li o práva ústavně zaručená, je požadavek na stupeň objektivitu a racionality zvolených kritérií nejvyšší, zatímco v případě práv zakotvených na úrovni zákona obvykle postačí pouhé vyloučení svévolie při volbě rozlišujících kritérií. Za svévolná by byla považována taková rozlišující kritéria, jejichž užití by ani vzdáleně nedávala záruky, že sledovaného cíle bude dosaženo.¹⁸ Svoji roli jistě hraje i povaha faktických okolností, které tvoří rozlišující kritéria. Na straně jedné se může jednat o faktický stav určité věci (věci), objektivně existující, na straně druhé mohou mít povahu rozlišujících kritérií vlastnosti či postavení jednotlivých osob. Zatímco v prvním případě je přezkum legitimacy zvoleného rozlišovacího kritéria zpravidla méně přísný, mnohem přísněji musí být zkoumány rozlišující důvody tehdy, pokud se zakládají na vlastnostech osob. Obvykle je proto předmětem přezkumu míra splnitelnosti těchto podmínek.¹⁹

5. Vyloučení principu rovnosti zvláštním pravidlem

Relativně ojedinělé jsou situace, kdy sama právní úprava požaduje poskytnutí zvýšené ochrany určitým skupinám osob, jako je tomu např. v případě ústavního požadavku na zvýšenou ochranu žen a mladistvých při práci. Formálně právně lze tuto situaci zdůvodnit argumentem opírajícím se o pravidlo *lex specialis*.

6. Reciproční antidiskriminační argument

Reciproční antidiskriminační argument zabraňuje v konkrétním případě prosazení požadavku rovnosti na základě tvrzení, že odstranění jedné podoby nerovnosti povede k nerovnosti další. Vytvoří se tedy stav, kdy bude sice odstraněn jeden druh nepřipustné diskriminace, avšak zároveň takto vznikne diskriminace v jiném ohledu.

¹⁸ Jarras, H. D., Pieroth, B. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 11. vydání. Mnichov 2011, str. 114.

¹⁹ Tamtéž, str. 113 a 114.

Známým je v této souvislosti rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ve věci *De Moscoso a další proti Španělsku*. Podstata stížnosti spočívala v tom, že podle španělské úpravy nedošlo k přechodu šlechtických titulů po úmrtí jejich nositele na dědice ženského pohlaví; tyto tituly přešly na mužské dědice, kteří měli přednost z důvodu pohlaví bez ohledu na dědickou posloupnost. V tom byla spatřována diskriminace z důvodu pohlaví. Španělská vláda v řízení před Evropským soudem pro lidská práva argumentovala, že samotné šlechtické tituly jsou projevem historicky podmíněné nerovnosti mezi jejich nositeli a ostatními lidmi. Samy o sobě však nemají diskriminační charakter v tom ohledu, že by vedly k závěru o rozporu s principem rovnosti vzhledem k jejich faktickému nepatrnému významu. Nebylo proto podle ní možné dovolávat se výhody mající ve své podstatě tříděně diskriminační charakter s podporou argumentu opírajícího se o diskriminaci na základě pohlaví. Evropský soud pro lidská práva této argumentaci přisvědčil.²⁰

Někteří autoři²¹ poukazují na problematičnost a potencionální nekorektnost použití takového argumentu. Primárně se jedná o to, že jeho použití přichází v úvahu například tehdy, jedná-li se o prosazení zájmu na vyrovnání právního postavení skupin osob, které patří k tradičně znevýhodněným skupinám. Vyrovnání jejich postavení totiž může obnášet přijetí určitého zvýhodňujícího opatření, jež vytváří další stupeň znevýhodnění pro odlišnou skupinu subjektů. Osoby dovolávající se potřeby určitého zvýhodnění jsou pak zatíženy nejen nutností prosadit právo na rovné zacházení, ale také vyvrátit působení tohoto recipročního antidiskriminačního argumentu.²²

²⁰ Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 28. 10. 1999 ve věci *De la Cierva Osorie De Moscoso a další proti Španělsku*, spojené stížnosti č. 41127/98, č. 41503/98, č. 41717/98 a č. 45726/99 ze dne 28. 10. 1999.

²¹ Brems, E. (ed.) *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*. Cambridge University Press, 2013, str. 137 až 139.

²² V některých případech však uložení takové povinnosti nemusí být nadbytečné, existuje-li skutečný zájem na zachování rovného přístupu k právům, protože takovou povinnost může splnit i ten, kdo o antidiskriminačním řešení rozhoduje,

Prosazování principu rovnosti ve vztazích horizontálních a jeho limity

Pro horizontální vztahy je v daných souvislostech charakteristické, že vznikají v důsledku jednání jednotlivých fyzických a právnických osob. Nejde tedy o vztahy založené autoritativním aktem orgánů veřejné moci ať již obecně závazným či individuálním, nýbrž ve své podstatě dobrovolným projevem vůle jednotlivců či obdobnou právní skutečností.

Je sporné, do jaké míry se princip rovnosti jako princip ústavní sám o sobě prosadí v horizontálních vztazích. Například německá

tedy právo aplikující orgán. Příkladem takového rozhodnutí je stanovisko pléna Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS-st. 39/14. Senátní judikatura Ústavního soudu začala od určité doby dovozovat (např. nálezy sp. zn. I. ÚS 3438/11, sp. zn. IV. ÚS 662/12), že osoby, které byly za minulého režimu odsouzeny k trestu odnětí svobody, mají, bylo-li následně jejich odsouzení zrušeno podle rehabilitačních předpisů, nárok na peněžitou náhradu nemajetkové újmy, a to podle čl. 5 odst. 5 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, přesto, že v době odsouzení nebyla Úmluva pro tehdejší Československo závaznou. Za klíčovou považovaly senáty Ústavního soudu skutečnost, že k rehabilitaci těchto osob došlo až poté, kdy se Úmluva pro Českou republiku závaznou stala (rehabilitační rozhodnutí byla vydávána až po roce 1992). Jinak řečeno, senáty Ústavního soudu dospěly k závěru o aplikovatelnosti Úmluvy *ratione tempore*. Zmíněné stanovisko pléna však dospělo k závěru, že zásah do osobní svobody těchto osob byl ukončen již poté, kdy byly propuštěny z vězení, nikoliv až momentem rehabilitace. Plénium proto dospělo k závěru, že nárok na peněžitou náhradu dán není. Ve vztahu k osobám, které však svůj nárok již uplatnily, přijalo plénium ve stanovisku výrok II., podle kterého mají být tyto již uplatněné a dosud nerozhodnuté nároky projednány v souladu s předchozí senátní judikaturou. Plénium považovalo za nepřipustné, aby se lišilo postavení osob, jejichž nároky již byly v jejich prospěch rozhodnuty, a osob, které své nároky sice uplatnily, avšak „neměly to štěstí“, že nároky nebyly projednány před judikatorním odklonem, ke kterému ve svém stanovisku přistoupil (bod 35. stanoviska). Reciproční antidiskriminační argument by ovšem vyžadoval vypořádat se s postavením osob, které své nároky před judikatorním odklonem nemohly uplatnit například proto, že dosud nebyla vydána příslušná rehabilitační rozhodnutí. Stejně tak by vyžadoval vypořádat se s postavením těch, kteří své nároky na náhradu újmy v penězích neuplatnili vůbec, neboť tyto nároky byly „založeny“ až judikaturou Ústavního soudu datovanou od roku 2012. Aplikaci recipročního antidiskriminačního argumentu se nejvíce přiblížilo separátní stanovisko JUDr. Vladimíra Kůrky kritizující závěr o výlučně prospektivním působení stanoviska pléna.

doktrína vychází z toho, že do horizontálních vztahů princip rovnosti „prozařuje“,²³ avšak jeho praktické účinky zmírňuje například preferencí principu smluvní svobody,²⁴ bylo-li by nerovné postavení vytvořeno na základě uzavřené smlouvy. Bezprostřední aplikace principu rovnosti je proto ve vztazích horizontálních zřejmě zcela výjimečná, je-li vůbec možná.

Spíše se lze domnívat, že v horizontálních vztazích se princip rovnosti prosadil až na základě antidiskriminačního zákonodárství.²⁵ Antidiskriminační zákonodárství má z tohoto hlediska smíšenou povahu. Z povahy věci by totiž mělo být zaměřeno na vztahy horizontální, avšak v některých případech v zásadě redundantně směřuje i do vztahů vertikálních.²⁶

Ve vztazích horizontálních používá antidiskriminační zákonodárství právní konstrukci obdobnou té, která je zakotvena na ústavní úrovni ve vztahu k principu rovnosti. Vyžaduje, aby se v určitých oblastech horizontálních právních vztahů zacházelo s jednotlivými osobami stejně příznivě, tj. bez ohledu na potenciálně diskriminační kritéria typu pohlaví, věk, etnická či rasová příslušnost atd. Podobně jako ve vztazích vertikálních však není prosazování principu rovnosti nelimitované.

1. Explicitně přípustné důvody rozlišování

Jsou stanoveny pro jednotlivé skupiny právních vztahů a jsou výslovně připuštěny. Z obecného hlediska se sice jedná o důvody diskriminační, nicméně opírají se o pozitivněprávní rámec a (z hle-

²³ Jarras, H. D., Pieroth, B. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 11. vydání. Mnichov 2011, str. 112

²⁴ Rozhodnutí BVerfGE 92 26/51.

²⁵ Srov. k tomu de Witte, B. From a „Common Principle of Equality“ to „European Antidiscrimination Law“. *American Behavioral Scientist*, č. 08/2010, Vol. 53(12), str. 1715, který hovoří o principu rovnosti jako o „obecném, ale prázdném principu“.

²⁶ Typická otázka přístupu k podnikání (srov. § 1 odst. 1 písm. b) zákona č. 198/2009 Sb., antidiskriminačního zákona) je věcí veřejnoprávních podmínek k výkonu podnikání a požadavek na stanovení rovných podmínek pro výkon podnikatelské činnosti lze dovodit již z ústavní úpravy, a to čl. 3 odst. 1 ve spojení s čl. 26 Listiny základních práv a svobod.

diska faktického) o rozumný a legitimní důvod pro rozlišování. Příkladem je požadavek určitého druhu vzdělání pro výkon povolání či zvýšená ochrana žen z důvodu těhotenství a mateřství.

2. *Implicitně přípustné důvody rozlišování*

Jsou závislé na posouzení, zda nerovné zacházení je či není zdůvodněno objektivním a legitimním cílem a jemu odpovídajícími přiměřenými a nezbytnými prostředky. Jde o obdobu principu proporcionality. Zpravidla lze tyto důvody využít jen pro určité kategorie právních vztahů a jen pro některé rozlišující důvody.²⁷

3. *Přípustná pozitivní diskriminace*

Princip rovnosti je narušován²⁸ tím, že jsou určité skupiny cíleně zvýhodňovány „za účelem vyrovnání nevýhody vyplývající z příslušnosti osoby ke skupině osob“ vymezené některým z relevantních rozlišujících znaků.

4. *Konkurence jiných práv a svobod*

Patrně jde o nejkontroverznější nástroj potencionálně limitující prosazení rovnosti při aplikaci antidiskriminačních opatření.²⁹ Úče-

²⁷ Srov. § 7 odst. 1 antidiskriminačního zákona: „*Diskriminací není rozdílné zacházení z důvodu pohlaví, sexuální orientace, věku, zdravotního postižení, náboženského vyznání, víry či světového názoru ve věcech uvedených v § 1 odst. 1 písm. f) až j), pokud je toto rozdílné zacházení objektivně odůvodněno legitimním cílem a prostředky k jeho dosažení jsou přiměřené a nezbytné.*“ Mezi vztahy, v nichž je rozlišování přípustné, patří oblast sociálního zabezpečení, přiznání a poskytování sociálních výhod, přístup ke zdravotní péči a jejího poskytování, přístup ke vzdělání a jeho poskytování, přístup ke zboží a službám, včetně bydlení, pokud jsou nabízeny veřejnosti nebo při jejich poskytování.

²⁸ K diskusi, zda pozitivní diskriminace je narušením principu rovnosti, srov. např. Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. *Rovnost a diskriminace*. C. H. Beck, Praha 2007, str. 23 a násl. Je-li rovnost chápána materiálně (cílem je dosažení shodného faktického postavení), pak o porušení rovnosti nejde. Ve smyslu formálním však pozitivní diskriminace rovnost narušuje, neboť spočívá v cíleném zvýhodnění určitých osob, které by měly být schopné dosáhnout shodného postavení i bez takového zvýhodnění.

²⁹ Z našeho pohledu se zdají být důsledky zahraničních antidiskriminačních úprav značně excesivní z hlediska dopadů na chování jednotlivců. Například

lem antidiskriminačních předpisů je prosazení požadavku na rovné zacházení (zákaz přihlížet k určitým vyloučeným kritériím) v horizontálních právních vztazích. Na rozdíl od vertikálních vztahů vznikají horizontální vztahy jako důsledek rozhodnutí jednotlivce o tom, že chce do určitého vztahu vstoupit, případně takový vstup požaduje. Horizontální vztahy se však vyznačují, na rozdíl od vztahů vertikálních, faktickou limitací zdrojů, resp. limitací kapacity svých účastníků. Zatímco vertikální vztahy takovým nedostatkem netrpí (rozhodne-li se stát poskytnout určité skupině jistá práva, musí je poskytnout všem, přičemž musí dopředu uvážit, zda budou k dispozici dostatečné zdroje), vztahy horizontální jsou v tomto ohledu limitované.

V důsledku toho je nutno provést volbu mezi žadateli o vstup do takového vztahu (např. výběr jednoho zaměstnance na jedno volné pracovní místo). Volba mezi více alternativami se může opírat o kritéria objektivní a subjektivní. Antidiskriminační zákonodárství akceptuje pouze kritéria objektivní, navíc pak některá z takových kritérií označuje za *a priori* nepřípustná. Nelze vyloučit, že všichni uchazeči o vstup do daného vztahu budou objektivní kritéria formálně splňovat shodným způsobem. V takovém případě bude volba provedena podle subjektivních kritérií, byť implicitních.

Antidiskriminační úprava umožňuje „diskriminovat“ pouze na základě legitimních, objektivních důvodů (srov. § 7 odst. 1 antidiskriminačního zákona), a to jen v některých kategoriích vztahů a jen z určitých rozlišujících důvodů. Například je nepřípustné ve věcech přístupu k povolání diskriminovat z důvodu pohlaví. Vzhledem k tomu, že při absenci objektivních rozlišujících důvodů, které by vyloučily jednoho ze dvou uchazečů, nelze jiný důvod použít, je nutno za takové situace uznat autonomii vůle jako legitimní důvod

Nejvyšší soud Kanady dovedil, že je diskriminační podmínkou omezit nájemce požadavkem na maximálně dvě osoby užívající byt, protože tím jsou z možnosti nájmu vyloučeny osoby s dětmi. Srov. Trstenjak, V., Weingerl, P. (eds.) *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*. Springer International Publishing Switzerland, 2016, str. 30.

omezující prosazení principu rovného zacházení. V opačném případě by se zaměstnavatel vždy dopouštěl diskriminace jednoho či druhého uchazeče s přihlédnutím k tomu, že jediným objektivním rozlišujícím znakem, ovšem zakázaným v dané souvislosti, je právě pohlaví.

Specifickým případem autonomie vůle je možnost činit rozhodnutí o nakládání s vlastním majetkem. I na tyto případy dopadá diskriminační zákonodárství, neboť vyžaduje zachovávat antidiskriminační přístup mj. v oblasti přístupu ke zboží a službám, včetně bydlení, které jsou nabízeny veřejnosti. Problematické jsou v takovém případě zejména situace, kdy je nabídka zboží či služeb opět kvantitativně limitována, a je tedy nutno činit volbu mezi jednotlivými zájemci. Citlivým tématem je v současnosti zejména otázka bydlení, zejména pronájmy bytů osobám, které jsou považovány³⁰ za problematické s ohledem na etnickou příslušnost.³¹

Právní úprava vyžaduje zajistit rovný přístup k službám včetně bydlení, což je převážně vykládáno tak, že nabídky bydlení nesmějí *a priori* vyloučit mj. příslušníky určitého etnika.³² Takový přístup ve skutečnosti rovný přístup k bydlení nezajišťuje, protože smyslem antidiskriminačního zákonodárství nepochybně není zajistit pouhou možnost ucházet se o bydlení, nýbrž mít k takovému bydlení

³⁰ Jakkoliv jde mnohdy o předsudek.

³¹ Sama kategorie etnické příslušnosti je ovšem problematická, protože je charakteristická kombinací spíše subjektivních, než objektivních znaků, čili identifikace příslušníků určitého etnika, pokud se k němu nehlásí, je prakticky nemožná.

³² Srov. k tomu Kvasnicová, J., Šamánek, J. a kol. *Antidiskriminační zákon, komentář*. Wolters Kluwer, Praha 2015, str. 94: „Není tedy z pohledu antidiskriminačního zákona přípustné, aby sám pronajímatel nebo realitní kancelář jako zprostředkovatel služby odmítal byt pronajmout někomu jen na základě příslušnosti k určité etnické skupině (nebo komukoli, kdo je nositelem i jiného diskriminačního znaku, např. osobě se zdravotním postižením). Jakkoli se v takovém případě jedná o soukromou sféru a nejde o nabídku pronájmu bytů obecních, je vlastník bytu i realitní kancelář jako zprostředkovatel (přicházející na trh s nabídkou služby) povinen respektovat zákon (antidiskriminační zákon). Pokud některý z těchto subjektů nabídku zveřejní, musí zajistit rovné zacházení podle antidiskriminačního zákona. To znamená, že vlastník není povinen svůj majetek pronajmout komukoli, nesmí však z nabídky pronájmu veřejně a priori vyloučit určitou skupinu poptávajících jen na základě předsudku, v daném případě na základě příslušnosti k určité etnické skupině nebo národnosti.“

reálně rovný přístup. Je-li však požadavek omezen na pouhou možnost ucházet se o určitou službu, lze dovodit, že i majetková autonomie představuje přípustný důvod limitující prosazování principu rovnosti.

5. Reciproční antidiskriminační argument

Je otázkou, zda lze limitovat uplatňování antidiskriminačního zákonodárství recipročním antidiskriminačním argumentem podobně, jako v případě vertikálních vztahů. Z povahy věci se uplatní primárně tam, kde jsou zdroje umožňující uspokojit určitou potřebu či zájem kvantitativně limitované. Z toho vyplývá, že jeho použití bude přicházet v úvahu spíše subsidiárně, tj. zejména v případech, kdy se nebude možno odvolat na určité základní právo (např. majetkovou svobodu).

Použití tohoto argumentu spočívá v tom, že tvrzená diskriminace bude odmítnuta s poukazem na to, že pokud by byl preferován ten, kdo se diskriminace dovolává, došlo by k diskriminaci druhé osoby. Relevantním příkladem může být například v oblasti pracovněprávních vztahů rozhodnutí o propuštění jednoho z několika zaměstnanců, přičemž jediný rozdíl mezi nimi bude spočívat v odlišném věku. Kritérium věku patří v pracovněprávních vztazích mezi zakázaná rozlišovací kritéria. Kvalifikační předpoklady a jiné okolnosti, které by zdůvodňovaly objektivitu výběru zaměstnavatele, budou jinak stejné. Propuštěný zaměstnanec bude poukazovat na to, že byl propuštěn právě pro svůj věk a bude prokazovat, že daný zaměstnavatel v obdobných případech propouští právě osoby určitého věku. Tímto tvrzením bude založena domněnka diskriminačního jednání, která podle aktuální procesní úpravy³³ přenáší důkazní břemeno na zaměstnavatele. Pokud nebude možno zdůvodnit objektivními kritérii volbu daného zaměstnance, nepodaří se zaměstnavateli působení domněnky vyvrátit. V takovém případě nezbude, než tvrdit, že volba zaměst-

³³ Ustanovení § 133a zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, v platném znění.

nance jiného věku by byla diskriminační vůči němu, a to z téhož důvodu.³⁴

Vliv fakticity na uplatňování principu rovnosti

Slabinou konceptu rovnosti uplatňovaného formou antidiskriminačního zákonodárství je skutečnost, že směřuje k zajištění rovného postavení určitých skupin osob, které jsou fakticky znevýhodněny proto, že jsou nositeli příslušných znevýhodňujících znaků.

Antidiskriminační zákonodárství však není a nemůže být založeno na přímém zvýhodnění takových skupin osob (stalo by se samo diskriminačním), a proto pracuje s obecnými znaky typu pohlaví, rasa, náboženství apod. Z praktického hlediska se však pracuje s určitými stereotypy, které se týkají skupin diskriminovaných osob, tj. ve své podstatě se předpokládá diskriminace určitých osob.

Antidiskriminační literatura³⁵ hovoří přímo o dominantních skupinách (tj. nediskriminovaných) a naopak o „tradičně diskriminovaných skupinách“ (ovšem nikoliv na základě obecných kritérií, nýbrž na základě konkrétních znaků – typicky ženy v pracovních vztazích, konkrétní etnické menšiny v přístupu ke vzdělání apod.).

Problémem je pak skutečnost, že přihlášení se k takové skupině, pokud následně je daná osoba ve svém požadavku odmítnuta,

³⁴ V nálezu spisové značky II. ÚS 1609/08 rozhodoval Ústavní soud o ústavní stížnosti, ve které stěžovatel namítal diskriminaci z důvodu věku při rozvazování pracovního poměru. Tvrdil, že propouštění jsou z důvodu organizačních změn zaměstnanci nad určitý věk, zatímco přijímání jsou zaměstnanci významně mladší. Zatímco obecné soudy vyzdvihly právo zaměstnavatele na volný výběr propouštěných a přijímaných zaměstnanců, Ústavní soud v případě indicie věkové diskriminace shledal. Na zaměstnavateli pak mělo být, aby prokázal, že kritérium věku nebylo rozhodující. Vyústění případu není známo, nicméně pokud by zaměstnavatel nebyl schopen prokázat objektivní kritéria při výběru propouštěných a přijímaných osob, ve sporu by vzhledem k presumované diskriminaci nemohl uspět. Jediným prostředkem by tak bylo použití recipročního antidiskriminačního argumentu.

³⁵ Brems, E. (ed.) *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*. Cambridge University Press, 2013, str. 139.

vytváří z obecného hlediska předpoklad diskriminace. Prozatím se zdá, že v našem prostředí převažuje princip rovnosti pouze z hlediska rovnosti příležitosti, která ponechává dostatečný prostor pro uplatnění autonomie vůle, majetkové svobody atd. V jiných státech, kde je antidiskriminační zákonodárství uplatňováno již dlouhodobě, se však mnohdy prosadila rovnost ve výsledku, která v konečném důsledku tyto svobody potlačuje.³⁶

Shrnutí

Princip rovnosti prošel v průběhu několika málo století značným vývojem. Ze své původní podoby charakterizované uznáním rovnosti ve svobodě jako reakcí na feudální poměry a různé formy nevolnictví a otroctví se transformoval do podoby požadavku na rovné zacházení realizovaného formou přiznání co do obsahu a rozsahu stejných práv a povinností. V prvotní podobě vůči státu, později pak i mezi jednotlivci navzájem.

Vzhledem k tomu, že mezi lidmi existují přirozené rozdíly, uznává se možnost stanovení odlišného rozsahu práv a povinností, avšak jen do určité míry. Zjevným trendem je postupné odstraňování důvodů pro rozlišování formulováním postupně se zpříšňujících požadavků, přičemž pouze při jejich respektování je možno stanovit odlišný obsah a rozsah práv a povinností.

Dalším krokem bylo prosazení principu rovnosti i v horizontálních vztazích. Východiskem se stal fakt, že stát na sebe nepřijal pouze povinnost zajistit rovný rozsah práv a povinností, nýbrž také zajistit, aby požadavek rovnosti byl dodržen ve vztazích mezi jednotlivci.

³⁶ Srov. Bernstein, E. D. *You Can't Say That!* CATO Institute, Washington 2003, str. 132, uvádí případ, kdy bylo žalobci (Afroameričanu) přiznáno odškodnění zato, že mu studentka hledající spolubydličiho sdělila, že nechce bydlet s osobou černé pleti. Zde již nejde o rovnost příležitosti (příslušný inzerát vzhledem k antidiskriminační legislativě žádný požadavek tohoto druhu neobsahoval a ani obsahovat nemohl), nýbrž o rovnost ve výsledku, protože pokud jediným důvodem pro odmítnutí byla právě barva pleti, pak nediskriminačnímu chování se mohla studentka vyhnout jen tím, že by dotyčnému spolubydlení umožnila.

Okruh situací a důvodů, pro které je vyloučeno nerovné zacházení, se tím ještě více rozšířil. Oproti vcelku samozřejmým kritériím rovnosti z hlediska pohlaví, rodinného původu či náboženského vyznání byla formulována další kritéria v podobě zdravotního stavu, sexuální orientace apod.

Jejich uplatňování a dodržování se vyžaduje v běžném společenském životě. Jednání člověka je však zároveň vedeno jeho svobodou, která mu umožňuje prosazovat jeho preference, ačkoliv se požadavku rovnosti přičítá. Vzniká proto otázka, zda má prosazování rovnosti své hranice nebo zda se rovnost stává hodnotou určující.

Prosazování rovnosti s sebou nese paradoxní jev spočívající ve vytváření velké rozrůzněnosti společnosti. V homogenních společnostech nehraje princip rovnosti zásadní roli, protože většinová rozhodnutí dopadají na většinu členů společnosti, ne-li na všechny, tudíž se málokdo cítí poškozen většinovým rozhodnutím. Možnost prosazovat nejrůznější dílčí zájmy v důsledku individuálních potřeb odporujících konformitě s většinou byla umožněna právě tím, že byl vysloven zákaz používat určitá rozlišující kritéria. Zavedení registrovaného partnerství bylo zdůvodňováno nepřipustnou diskriminací na základě pohlaví mezi páry heterosexuálními a homosexuálními. Sám tento institut byl však poznamenán určitou nerovností ve vztahu k manželství, např. pokud jde o osvojení dětí, které bylo registrovaným partnerům zakázáno jen z tohoto důvodu.³⁷

³⁷ Srov. důvodovou zprávu k zákonu č. 115/2006 Sb., o registrovaném partnerství: „Předkládaný zákon umožňuje stejnopohlavním párům založit registrované partnerství zákonem uznanou formou s rozsahem práv a povinností přesně stanoveným samostatnou právní úpravou. Dlouhodobé partnerské svazky osob téhož pohlaví nebyly dosud v právním řádu České republiky nijak upraveny. Ačkoliv tyto svazky vykazují tytéž znaky a plní tytéž funkce jako dlouhodobé partnerské soužití osob pohlaví rozdílného, nemají dosud partneři stejného pohlaví možnost svůj život v dlouhodobém partnerském svazku nijak právně zakotvit. To je strukturálním projevem homofobie (strachu z homosexuality a nenávisť k jejím nositelům) a stojí v přímém rozporu se zásadami osobní svobody a rovnosti, nediskriminace na základě jiného postavení a dosažitelnosti práva, které zaručuje ústava tohoto státu v článku 1 a 3 odst. 1 Listiny základních práv a svobod v souladu s článkem 13 Římské smlouvy a s článkem 21 Charty základních práv Evropské unie.“ Samotná právní úprava však postavení osob stejného pohlaví reguluje zčásti odlišně ve srovnání s institutem manželství. Odlišnosti jsou minimálně

Dalším krokem pak bylo odstranění tohoto zákazu z důvodu diskriminace ve srovnání s osobami žijícími mimo formální manželský svazek. Biologická nemožnost zejména mužských homosexuálních párů vedla v některých jurisdikcích k prosazení surrogátního mateřství za účelem vyrovnání jejich faktického znevýhodnění.

Samotný právní řád, jakož i faktické skutečnosti, do jisté míry prosazení principu rovnosti limitují. Vzniká však přitom napětí, protože hodnota rovnosti se nutně střetává na straně jedné s jinými hodnotami, na straně druhé s faktickou nerovností. Právní řád je schopen řadu faktických nerovností vyrovnávat a odstraňovat. Prozatím panuje vcelku rezervovaný přístup k uplatňování cíleně pozitivních opatření, snaha se soustředí spíše na vytvoření rovného přístupu k příležitostem. Trend dalšího vývoje je nicméně jednoznačný. Právní hodnoty však nemohou být z povahy věci absolutní, nýbrž se vzájemně vyvažují a nabývají různé míry relevance v závislosti na jednotlivých situacích. Je proto žádoucí, aby tato rovnováha byla zachována i ve vztahu k hodnotě rovnosti.

Resume

This paper deals with limits of equality principle. It follows evolution of equality principle starting with equality in freedom, equality under the law and finally, but not last, equality in rights and duties. From this short

dvě. Mezi registrovanými manželi nevzniká společné jmění manželů, a dále jsou odlišně stanoveny podmínky pro zánik registrovaného manželství ve srovnání se zánikem manželství. Institut společného jmění manželů, jakkoliv jej lze dohodou mezi manželi vyloučit, představuje zákonné majetkové společenství manželů, které jim dává nejen určitá práva, ale i povinnosti, zejména pak ve vztahu ke třetím osobám. V tomto ohledu mají tedy manželé více povinností než osoby v registrovaném partnerství. Podobně, v případě zániku registrovaného partnerství postačí prokázat, že partnerský vztah „fakticky netrvá“, zatímco v případě rozvodu manželství je nutno prokazovat, že „je hluboce, trvale a nenapravitelně rozvráceno a nelze očekávat jeho obnovení“. Je proto možno argumentovat tak, že manželství jako svazek muže a ženy je v určitém ohledu méně výhodné, než registrované partnerství, přičemž muž a žena do svazku registrovaného partnerství vstoupit nemohou.

analysis, it is apparent that equality principle influences ever larger areas of human behavior and law as well. Equality was considered as one of many legal values and was balanced by other legal values. Nowadays, it often seems that equality is the only value and equality principle is the leading principle in legislation as well as in decision making. The paper analyzes limits of application of equality principle. Two different fields of legal relations must be distinguished. First ones are vertical relations which comprise relations between individuals and the state and its authorities. Second ones are horizontal relations between two or more individuals. In these two fields, equality principle is subject to different explicit and implicit limitations that must be taken into consideration and that are analyzed in this paper. Among them, so called reciprocal antidiscrimination argument is the most interesting one.

Doc. JUDr. Miriam Laclavíková, PhD
Doc. JUDr. Mgr. Andrea Olšovská, PhD.
Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave¹

PRVÉ PRACOVNOPRÁVNE NORMY AKO PROSTRIEDOK ZABEZPEČENIA DÔSTOJNOSTI ZAMESTNANCOV V PROSTREDÍ SOCIÁLNEJ A MAJETKOVEJ NEROVNOVÁHY

Úvod

Živelná industrializácia ako dôsledok oneskorenej „uhorskej priemyselnej revolúcie“, budovanie dopravných sietí, uvoľnenie masy pracovnej sily z poľnohospodárstva a jej presun z vidieka do miest a priemyselných centier priniesli so sebou aj nový fenomén sociálnych problémov týkajúcich sa absolútne novej vrstvy priemyselného robotníctva. Na takú zásadnú zmenu právo reagovalo postupne a v zásade až ex post. Na jednej strane išlo o reguláciu výkonu práce za odmenu s vyústením do budovania pracovného zákonodarstva, na druhej strane (a až v ďalšom slede) reguláciu zabezpečenia sociálne rizikových situácií zamestnanca, resp. aj členov jeho rodiny s vyústením do noriem práva sociálneho zabezpečenia. Dovtedy sa uplatňujúci model viazanosti pracovnej sily verejnoprávnymi väzbami² a ich zabezpečenie z obrábania pôdy ako zdroja

¹ doc. JUDr. Miriam Laclavíková, PhD., Katedra dejín práva Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave;
doc. JUDr. Mgr. Andrea Olšovská, PhD., Katedra pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia, Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave.

² Výkon práce (najmä v oblasti poľnohospodárstva) regulovali normy verejnoprávnej povahy (donačná sústava, urbariálna sústava), a tiež povahy vecno-právnej stanovujúce jednak osobnú a ekonomickú viazanosť subjektu k pôde – právny vzťah nevoľníctva (uplatňujúci sa na našom území od začiatku 16. storočia až do prijatia patentu Jozefa II. o zrušení nevoľníctva pre Uhorsko v roku 1785), a jednak ekonomickú viazanosť subjektu k pôde – právny vzťah poddanstva

obživy (v omnoho menšej miere v rámci manufaktúrnej alebo cechovej výroby) sa zmenou spoločenských a politických podmienok v polovici 19. storočia úplne rozpadol. Na jednej strane vznikla masa voľných pracovných síl, na druhej strane sa postupne a často bez ohľadu na ľudskú dôstojnosť vytvárali možnosti ich využitia v rámci oneskorenej priemyselnej revolúcie a dlhodobej agrárnej krízy.³ V pozadí sa v rámci všeobecného súkromného práva kreujú špecifické právne normy s pracovnoprávnym obsahom narúšajúce systém súkromného práva so zásadou zmluvnej slobody. Štúdia sa pokúsi poukázať cez jej zameranie na prvé pracovnoprávne úpravy vo vzťahu k priemyselnému robotníctvu (t. j. zamestnancom v priemyselnej výrobe konca 19. a začiatku 20. storočia) na silnú odozvu sociálnej a majetkovej nerovnosti v ich obsahu (avšak bez jej zásadnejšieho riešenia v prostredí panujúceho liberalizmu).

Vznik špecifických noriem s pracovnoprávnym obsahom sa na našom území spája s obdobím 18. a 19. storočia nadväzujúc na európsky vývoj.⁴ Špecifickosť postavenia Uhorska spočívala v nevyhnutnosti jeho industrializácie, budovania dopravnej infraštruktúry v spojení so snahou o prekonanie dlhodobej agrárnej krízy a optimalizáciou rozloženia pracovných síl (preľudnenosť vidieka a nedostatok pracovných príležitostí). Vznikajúce továrne a priemys-

(uplatňujúci sa na našom území od 13. storočia až do roku 1848, keď bolo poddanstvo Bratislavskou marcovou ústavou zrušené). Pozri bližšie LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. Bratislava: Nákladom knižnice Právnickej Jednoty v Bratislave, 1946, s.181 – 186 a s. 342.

³ HALLON, L. Príčiny, priebeh a dôsledky štrukturálnych zmien v hospodárstve medzivojnového Slovenska. In: *Slovensko v Československu (1918 – 1939)*. ZEMKO, M. – BYSTRICKÝ, V. (eds.). Bratislava: VEDA, Vydavateľstvo SAV, 2004, s. 293 – 294.

⁴ Regulácia výkonu práce za mzdu postupne prepojila s riešením sociálnych záruk masy robotníctva, čo našlo svoj prvotný výraz v tzv. Bismarckovom sociálnom zákonodarstve. Systém sociálneho zabezpečenia vytvorený za kancelára Otta von Bismarcka spočíval na troch rozsiahlych právnych úpravách prijatých v 80. rokoch 19. storočia, konkrétne to boli zákon o nemocenskom poistení robotníkov z r. 1883, zákon o úrazovom poistení z r. 1884 a zákon o invalidnom a starobnom poistení z r. 1889. Pozri bližšie VYŠNÝ, P.: *Sociálne zákonodarstvo Nemeckej ríše v Bismarckovej ére*. In: MOSNÝ, P. et al. *Právnohistorická realita sociálnej doktríny 20. storočia*. Kraków: Spolok Slovákov v Poľsku – Towarzystwo Słowaków w Polsce, 2013, s. 207 a n.

selné centrá potrebujú pracovné sily s tým, že chýba dôslednejšia regulácia výkonu práce za odmenu, resp. regulácia snažiaca sa „vyvážiť zjavnú nevyváženosť“ strany zamestnanca a zamestnávateľa. Najrozšírenejšou v uhorských, a teda aj v slovenských podmienkach bola práca v poľnohospodárstve. Iná bola situácia v mestách chápaných tradične v pozícii centier obchodu, kde možno pozorovať počiatky istej pracovnoprávnej regulácie (bez verejnoprávneho kontextu). Rýchly prerod spoločnosti a zmena jej štruktúry so sebou priniesli aj negatíva vo vzťahu k človeku ako k pracovnej sile; úplný individualizmus a neohraničená sloboda zmluvných strán⁵ neposkytli dostatočnú ochranu (aspoň v smere zabezpečenia dôstojného a únosného využitia pracovnej sily) vo vzťahu k „slabšiemu“ partnerovi, ktorým bola početná skupina zamestnancov.⁶ Realitou sa stalo udržiavanie a prehlbovanie ekonomických a sociálnych rozdielov medzi jednotlivými vrstvami spoločnosti. Na uvedené reagovali aj nové myšlienkové prúdy so silným sociálnym potenciálom, z ktorých sa ako najvýznamnejšie vyprofilovali marxizmus a aj v reakcii naň sociálna náuka katolíckej cirkvi.⁷ Oba spomenuté ideové smery vychádzali z neudržateľnosti liberalizmu a zo zdôrazňovania solidarity, obetavosti jednotlivca pre celok. Úplne odlišnou bola ale realizácia uvedených cieľov vedúcich k odmietaniu súkromného

⁵ „Princip smluvní volnosti dával zaměstnavatelům velký prostor pro vymocování pro ně výhodných podmínek pracovních smluv, včetně požadavku věrnosti, poslušnosti a úcty projevované zaměstnavateli. Dělník mohl být kdykoliv propuštěn, o své vůli však nesměl zaměstnání opustit.“ VOJÁČEK, L. – SCHELLE, K. Vývoj státu a práva v letech 1848 – 1918 (určující trendy). In: *Stát a právo v letech 1848 – 1918 ve středoevropském kontextu*, sborník příspěvků z mezinárodní konference konané v Bratislavě 1. – 2. června 2006. SCHELLE, K. – VOJÁČEK, L. (eds.). Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 2007, s. 33.

⁶ „Hlavně v období průmyslové revoluce sa ukázalo, že stát musí vstoupit do vtedy celkom súkromnoprávnej sféry vzťahu medzi zamestnancom a zamestnávateľom najmä zákonnou právnou úpravou pracovného času, zákazom detskej práce, právnou úpravou ochrany dodržiavania pracovných podmienok zamestnancov ako i zabezpečením bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci.“ BARANCOVÁ, H. – SCHRONK, R. *Pracovné právo*. Bratislava: SPRINT, 2007, s. 44.

⁷ Filozofické myslenie so sociálnym potenciálom sa objavuje už omnoho skôr, známe sú diela sociálnych utopistov (T. Morus, T. Campanella, R. Owen), z našich mysliteľov možno sociálne úvahy nájsť aj v diele J. A. Komenského.

vlastníctva na jednej strane a na druhej strane k zmierlivému zdôrazňovaniu jeho sociálnej funkcie. Konflikt liberalizmu a solidarizmu, ktorý v sociálnej oblasti v podstate naplno odkryl koniec 19. a začiatok 20. storočia, sa do dnešných dní stal inšpiráciou pre koncepty modelov sociálneho štátu, o ktorý sa mnohé (a nielen európske) štáty usilovali a aj usilujú. Osobitný výraz nachádza konflikt myšlienok liberalizmu a solidarizmu v oblasti formujúceho sa pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia, o čom svedčí aj protirečivá súdna prax reflektujúca často rozličné ideové a hodnotové postoje sudcov ako autorít danej doby.

Prvé pracovnoprávne úpravy na našom území

Uhorská právna veda pred rokom 1848 pracovnú zmluvu zahŕňala pod zmluvu nájomnú (nájom služieb),⁸ s odčlenením nájomnej zmluvy vo význame nájmu veci (*locatio conductio rei*), pracovnej zmluvy (*locatio conductio operarum*) a zmluvy o dielo vzťahujúcej sa na výsledok pracovnej činnosti (*locatio conductio operis*).⁹ Potreba jasného odlíšenia a definovania nájomnej zmluvy, pracovnej zmluvy a zmluvy o dielo rezonovala však aj v súdnej praxi nasledujúceho obdobia.¹⁰ **Pracovná zmluva** (označovaná v období 19. – 20. storočia ako služobná zmluva) **bola v danom čase právnou**

⁸ JUNG, J. *Darstellung des ungarischen Privat-Rechtes*. Band 3. Wien 1818, s. 10.

⁹ LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*, s. 411 – 413.

¹⁰ Zásadné rozhodnutie Kráľovskej Kúrie zo 14. februára 1911, č. I.G.257/1910 „Podľa tohoto obsahu práve označenej listiny sluší dohodu, v nej obsaženú, pokladať za zmluvu arendálnu; lebo tým, že niekto bez vlastného ďalšieho majetkového príspevnia prenechá na určitý čas na požívanie niektorej nemovitosti k obrábaniu a pestovaniu plodín inej osobe za polovicu úrody, nevznikne zmluva pracovná, ale arendálna, právnej povahy ktorej sa neprieči, že pachtovným (nájomným – pozn.) je úplata, ktorá nie je určená v hotových peniazoch, ale určitou kvótou výnosu nemovitosti a inými dávkami, ktoré má ... plniť.“ Zásadné rozhodnutia býv. uh. kr. Kúrie (do 28. 10. 1918) a Najvyššieho súdu Československej republiky (do r. 1926) vo veciach občianskych z oboru práva súkromného platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi. FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A. (eds.). Bratislava: Nákladom Právnickej Jednoty na Slovensku v Bratislave, 1927, s. 420 – 423.

vedou chápaná ako zmluvný typ v rámci úpravy záväzkového práva. Jej teoretická konštrukcia vychádzala zo zmluvnej voľnosti, ktorá sa mala zabezpečiť rovnováhou zmluvných strán¹¹ (i keď len v ideálnej rovine).¹² Až podstatné reálne a do ľudskej dôstojnosti zasahujúce narušenie tejto rovnováhy smerujúce k výraznému posilneniu pozície podnikateľa (podnikateľov) ako zamestnávateľov

¹¹ Pripravovaná kodifikácia uhorského občianskeho práva zaradila pracovnú zmluvu medzi zmluvné typy záväzkového práva. Hoci kodifikácia nebola úspešná, definovanie pracovnej zmluvy a jej odlišenie od nájmovej zmluvy a zmluvy o dielo malo spolu so súdnou praxou zásadný vplyv na ďalší vývoj pracovno-právnych vzťahov. Návrh uhorského občianskeho zákonníka z roku 1900 (§ 1600 – § 1625) definoval pracovnú zmluvu ako zmluvu, ktorou sa zamestnanec zaväzuje vykonávať služby v domácnosti, v hospodárstve alebo v obchode zamestnávateľa a zamestnávateľ sa zaväzuje platiť mzdu. Úprava pracovnej zmluvy v predmetnom návrhu obsiahla všetky podstatné prvky úpravy pracovného vzťahu a obmedzila špecifika pracovných podmienok v závislosti od druhu vykonávanej práce a dojednanej dĺžky pracovného pomeru. Porovnaj LACLAVÍKOVÁ, M. – ŠVECOVÁ, A. *Pramene práva na území Slovenska II. (1790 – 1918)*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2012, s. 150 a ŠORL, R. *Pracovné zákonodarstvo na Slovensku v rokoch 1848 – 1918*. In: *Stát a právo v letech 1848 – 1918 ve střeoevropském kontextu*, sborník příspěvků z mezinárodní konference, konané v Bratislavě 1. – 2. června 2006. SCHELLE, K. – VOJÁČEK, L. (eds.). Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 2007, s. 245 – 246.

¹² Úvahy o rovnoprávnom postavení zamestnanca a zamestnávateľa z hľadiska právnej regulácie a nerovnoprávnom postavení z hľadiska ekonomickej sily možno nájsť aj v dobových súdnych rozhodnutiach. Osobitne možno uviesť rozhodnutie právnej jednotnosti Kráľovskej Kúrie 2/1913, v ktorého odôvodneniach chádzame argumentáciu: „*Tieseň, vylučujúca platnosť zmluvy, nemôže však byť zistená, jestli je založená – jako v daných případech – jedine na tom, že robotník je pod tlakom hospodárskych pomerov zväčša v odvislom (závislom – pozn.) postavení, voči hospodársky silnejšiemu zamestnávateľovi nie je často schopný náležite hájiť svoje záujmy a jako strana hospodársky slabšia – aby mohla seba a svoju rodinu uživiť – je mnohokrát nútený prijať i neslušné podmienky zamestnávateľove; lebo toto nepriaznivé polozenie neruší ešte robotníckeho voľného rozhodnutia a preto nečini uzavretú zmluvu, i keď sú jednotlivé jej výmienky (podmienky – pozn.) pre robotníka nevýhodné, z dôvodu tiesne neplatnou. Je pravda, že zamestnávateľ môže postavenie robotníckovo aj vykorisťovať a môže robotníka prinútiť (nútiť) k takým úmluvám, ktoré hrubo porušujú jeho najoprávnenejšie ľudské záujmy, ale tieto úmluvy nie sú neplatné pre tieseň pri uzavieraní zmluvy, ale preto, že sa priečia dobrým mravom ...“ Citované podľa: Zásadné rozhodnutia býv. uh. kr. Kúrie (do 28. 10. 1918) a Najvyššieho súdu Československej republiky (do r. 1926) vo veciach občianskych z oboru práva súkromného platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi. FAJNOR, V. – ZÁTURECKÝ, A. (eds.). Bratislava: Nákladom Právnickej Jednoty na Slovensku v Bratislave, 1927, s. 462 – 466.*

viedlo k úvahám o nutnosti stanoviť a určiť (aj cez kogentné normy) obsah pracovnej zmluvy (pracovné podmienky, pracovný čas, bezpečnosť a ochrana zdravia pri práci, ochrana osobitných skupín zamestnancov – ženy, mladiství, obmedzenie a až neskôr zákaz práce detí). Radikálna sociálna a ekonomická premena spoločnosti, ku ktorej došlo v polovici 19. storočia, vytvorila stav ohrozujúci aj verejný (štátny) záujem,¹³ na jednej strane totiž vznikla ekonomicky (a aj právne) silná skupina zamestnávateľov, na druhej strane sa však vytvárala početná masa zamestnancov žijúcich často na okraji chudoby. Na nutnosť zásahov do takto chápanej (absolútnej) zmluvnej slobody pri pracovnej zmluve upozornil začiatkom 20. storočia aj Augustín Ráth:¹⁴ „*Zákony zasahujú a ohraničujú aj iné právne dobrá a statky – celkom tak dôležité ako je vlastníctvo, napr. sloboda smluvy je garantovaná všetkými občianskymi zákoníkami, a predsa dnes v individualistickom spoločenskom rádu ani jedno zákonodarstvo sa nerozpakovalo ohraničiť slobodu smluvnú čo sa týka pracovnej doby medzi zamestnávateľom a delníkom – a či už z dôvodov a v interese zachovania delníkovej pracovnej sily a či z iných príčin: predpísalo maximum pracovnej doby, zabránilo práci detí pod istým vekom, zabránilo upotrebeniu zdraviu škodných látok, žiada hygienické opatrenia v továrňach, nariadilo nedeľný klid ... atd.*“¹⁵ V spoločnosti a zákonodarstve už teda dozrel čas na prijatie zákonov s pracovnoprávnym obsahom, ktoré by obmedzili takto široko chápanú zmluvnú voľnosť a nahradili sústavu miestnych (partikulárnych) právnych obyčají ustanoveniami novými, najskôr však kogentnej a až neskôr aj dispozitívnej pova-

¹³ ŠORL, R. *Pracovné zákonodarstvo na Slovensku v rokoch 1848 – 1918*, s. 236. (Autor cituje Coing, H. *Europäisches Privatrecht. Band II. 19. Jahrhundert*. München 1989, s. 185 – 186). Pozri aj ŠORL, R. *Právna úprava pracovnej zmluvy na Slovensku v období I. ČSR*. In: *Acta historico-iridica Pilsnensia 2006*, zborník príspevků ze setkání pracovníků kateder právních dějin z České a Slovenské republiky: Plzeň 21. – 23. 9. 2006. Knoll, V. (ed.). Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2007, s. 235.

¹⁴ Augustín Ráth (1873 – 1942) bol prvým dekanom Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave a jej prvým slovenským rektorom. VOZÁR, J. *Významní slovenskí právnici z Liptova*. Bratislava: VEDA, Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 2016, s. 51 a n.

¹⁵ RÁTH, A. *Socializácia práva*. In: *Právnik*, 60, 1921, s. 9 – 10.

hy. Dôležitým v tejto súvislosti je poukázať na skutočnosť, že jedny z prvých pracovnoprávných úprav riešiacich bezpečné pracovné podmienky boli obsiahnuté v obchodnom práve a živnostenských predpisoch, kým rámcová úprava pracovnej zmluvy bola zakotvená v rámci záväzkového práva.

Prvou a potrebnou reakciou na minimálne požiadavky bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci (aspoň vo vzťahu k detskej práci) boli v Uhorsku pracovnoprávne ustanovenia obsiahnuté v tzv. Wildnerových zákonoch o obchode z roku 1840 (zák. čl. XVI/1840 o obchodníkoch a zák. čl. XVII/1840 o právnych pomeroch v továrňach), ktoré kogentným spôsobom upravili prácu detí a mladistvých.¹⁶ Obdobie druhej polovice 19. storočia prinieslo výrazný nárast právnych noriem s pracovnoprávnym obsahom. Zásadnou úpravou vo vzťahu k dĺžke pracovného času sa stali normy živnostenského a obchodného práva (Živnostenské poriadky z rokov 1872 a 1884 a Obchodný zákon z roku 1875) limitujúce výkon detskej práce a práce mladistvých u živnostníkov (aj učňov a tovarišov) a zamestnancov v továrňach. Živnostenský zákon z roku 1872 obsahol (aspoň nepriamo) vymedzenie (s výnimkou nepretržitých prevádzok) denného pracovného času¹⁷ od 5. hodiny ránej do 21. hodiny večernej (t. j. 16 hodín denne). Do pracovného času sa mali započítať aj prestávky, a to dve polhodinové (jedna doobeda a jedna poobede) a jedna hodinová prestávka na obed. Táto úprava pracovného času platila pre všetkých dospelých továrenských zamestnancov bez rozdielu pohlavia.¹⁸ Denný pracovný čas pre

¹⁶ V zmysle § 6 zák. čl. XVII/1840 bolo možné v továrni zamestnávať deti mladšie ako 12 rokov len pri prácach neškodiacich ich zdraviu. Deti od 12 do 16 rokov nesmeli pracovať viac ako 9 hodín denne s povinnou jednohodinovou prestávkou počas práce. Pozri bližšie CZIZMADIA, A. Sociálnopolitické tendencie v pracovnoprávných úpravách a pracovných zmluvách buržoázneho obdobia. In: *Právnické štúdie*, roč. 15, 1967, č. 4. s. 802.

¹⁷ Dĺžka denného pracovného času nebola v pracovnom zákonodarstve do tohto obdobia určená, limity predstavovali v podstate len fyziologické možnosti zamestnanca.

¹⁸ MOSNÝ, P. – HUBENÁK, L. *Dejiny štátu a práva na Slovensku*. Košice: Aprilla, s.r.o., 2008, s. 134.

učňov do 14 rokov (zamestnaných u živnostníkov) bol 10 hodín a pre učňov nad 14 rokov 12 hodín. Denný pracovný čas pre deti a mladistvých zamestnaných v továrňach bol tiež odstupňovaný podľa veku, od 12 – 14 rokov 8 hodín a od 14 – 16 rokov 10 hodín.¹⁹ Do dĺžky pracovného času sa započítavala aj školská dochádzka. Nočná práca (od 21. hodiny večernej do 5. hodiny rannej) bola pre učňov, deti a mladistvých do 16 rokov pracujúcich v továrňach zakázaná. Vo všeobecnosti nemali deti a mladiství vykonávať prácu nezodpovedajúcu ich sile (fyzickej vyspelosti) a prácu škodiacu ich zdraviu a telesnému vývinu.²⁰ Nárast sociálnych nepokojov aj tzv. robotníckeho hnutia priniesol isté výsledky vo vzťahu k skráteniu denného pracovného času, o čom svedčí úprava zákonného článku XXXVI/1903 zaručujúca desaťhodinový denný odpočinok. V priemere sa na začiatku 20. storočia pracovný čas zamestnancov v továrňach na našom území pohyboval v rozpätí 10 až 12 hodín. V roku 1912 bol v nepretržitých prevádzkach (železiarne, valcovne, sklárne) pracovný čas upravený tak, že každých 14 dní bola prístupná 14-hodinová pracovná zmena a 24 hodinový odpočinok.²¹ Obmedzenia nočnej práce sa týkali spočiatku len detí a mladistvých, nočná práca žien bola zakázaná v roku 1911 prijatím zákonného článku XIX/1911.

Vo všeobecnosti možno konštatovať, že pracovnoprávna úprava obdobia konca 19. a začiatku 20. storočia sa vo vzťahu k priemyselnému robotníctvu vyznačovala:

¹⁹ BIANCHI, L. a kol. *Dejiny štátu a práva na území Československa v období kapitalizmu 1848 – 1945. I. časť*. Bratislava: Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1971, s. 290 – 291.

²⁰ BIANCHI, L. a kol. *Dejiny štátu a práva na území Československa v období kapitalizmu 1848 – 1945. I. časť*. Bratislava: Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1971, s. 292.

²¹ BIANCHI, L. a kol. *Dejiny štátu a práva na území Československa v období kapitalizmu 1848 – 1945. I. časť*. Bratislava: Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1971, s. 400.

- zmluvnou voľnosťou (obmedzovanou len postupne v záujme limitácie detskej práce,²² práce mladistvých a neskôr žien po pôrode či žien všeobecne),
- pomaly ustupujúcim paternalizmom²³ (osobitne vo vzťahu k učňom v úprave živnostenských zákonov).²⁴

Formovanie obsahu a charakteru odvetvia pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia v Uhorsku konca 19. a začiatku 20. storočia v podstate zodpovedalo vtedajšiemu európskemu vývoju. Špecifickosť niektorých prijatých právnych úprav priamo súvisela s hospodárskym a sociálnym potenciálom prevažne agrárneho Uhorska,²⁵ čo spôsobilo umelé konzervovanie či strnulosť viacerých právnych úprav. Centrami rozvoja priemyslu sa stali predovšetkým mestá či okolia väčších miest a významnejšie dopravné uzly. V nich vznikli možnosti sociálnej a neskôr aj politickej organizácie masy

²² Osobitne významným opatrením (vzhľadom na masové rozšírenie detskej práce pri výrobe zápalek) bolo ministerské nariadenie z roku 1908 zakazujúce zamestnávať pri výrobe zápalek zamestnancov mladších ako 16 rokov. V roku 1911 bolo úplne zakázané pri výrobe zápalek používať žltý a biely fosfor. JÁGER, R. – JANIGOVÁ, E. *Vývoj právnej úpravy poskytovania sociálnej pomoci na území Slovenska (od najstarších čias do roku 1939)*. Banská Bystrica: Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici, 2013 s. 102.

²³ „*Dosavadní paternalistický vztah mezi pánem a čeledí začal být nahrazován námezdním poměrem založeným na smlouvě formálně rovných stran o prodeji a nákupu pracovní síly (pracovní smlouva), a tedy paternalistická osobní závislost začala být se zrušením poddanství nahrazována liberálním principem svobodných a formálně rovných individuálit.*“ RÁKOSNÍK, J. – TOMEŠ, I. a kol. *Sociální stát v Československu. Právně-institucionální vývoj v letech 1918 – 1992*. Praha: Auditorium, 2012, s. 28.

²⁴ BIANCHI, L. a kol. *Dejiny štátu a práva na území Československa v období kapitalizmu 1848 – 1945. I. časť*. Bratislava: Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1971, s. 287 – 289.

²⁵ Uhorsko svoj charakter prevažne agrárnej krajiny nestratilo ani po vyrovnaní, podľa údajov z roku 1880 bolo z celkového počtu ekonomicky aktívnych osôb v priemysle zamestnaných len 12 %. Veľkú časť pracovnoprávnych vzťahov predstavovali pracovnoprávne vzťahy v poľnohospodárstve s rámcovou úpravou v podobe zák. čl. XIII/1876 o úprave pomeru medzi čeladou a gazdom, o poľnohospodárskych robotníkoch a nádenníkoch a zák. čl. XLV/1907 o úprave právneho pomeru medzi gazdom a poľnohospodárskou čeladou. BIANCHI, L. a kol. *Dejiny štátu a práva na území Československa v období kapitalizmu 1848 – 1945. I. časť*. Bratislava: Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1971, s. 253.

robotníctva (robotnícke spolky, robotnícke politické strany²⁶). Aktuálnou (ale už minimálne od čias štúrovcov) a štátom či spoločnosťou (alebo aj inými záujmovými organizáciami) neuznanou sa stala potreba sociálnej a kultúrnej inklúzie cestou vzdelávania a celkovej osvety.

Politické, hospodárske a spoločenské zmeny začiatku 20. storočia v istých ohľadoch zmiernili liberalizmus ako panujúcu ekonomickú teóriu. Ako dôsledok prvej svetovej vojny, ruskej revolúcie, ekonomickej a sociálnej nestability sa v československých pomeroch, ako aj v celej Európe čoraz častejšie začína hovoriť o „socializácii“. V radikálnej podobe sa politická požiadavka socializácie objavuje v súvisi s nárastom moci sociálnodemokratických a komunistických strán v európskych podmienkach a zahŕňa poštátnenie pôdy, železníc a kľúčových priemyselných podnikov. Cieľom bolo upokojenie ťaživej sociálnej situácie či už v dôsledku vojny, ale aj v dôsledku neriešených sociálnych problémov. Sám prezident ČSR T. G. Masaryk sa sociálnej otázke aj odborne venoval.²⁷ Socializáciu T. G. Masaryk vnímal ako evolučnú cestu vývoja ľudstva spojenú s nutnosťou vzdelávania („bez socializácie vzdelávania nebude socializácia hospodárska“),²⁸ čo v praktickej rovine znamenalo výchovu robotníckej vrstvy (zamestnancov) k novej kontrole podnikateľa (zamestnávateľa). V československých podmienkach k radikálnej socializácii nedošlo²⁹

²⁶ V roku 1868 vznikol Všeobecný robotnícky spolok, následne v roku 1880 Všeobecná robotnícka strana Uhorska a v roku 1890 Sociálnodemokratická strana Uhorska. Pozri bližšie KOVÁČ, D. *Dejiny Slovenska*. Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 1998, s. 144.

²⁷ Posledne v reedícii: MASARYK, T. G. *Otázka sociální. I. a II.* Praha: Ústav T. G. Masaryka, Masarykův ústav AV ČR, 2000.

²⁸ BEŇA, J. Socializácia a publicizácia v súkromnom práve a reflexie v právnej vede na Slovensku v mezivojnovom období. In: *Československé právo a právní věda v meziválečném období (1918 – 1938) a jejich místo ve střední Evropě*. MALÝ, K. – SOUKUP, L. (eds.). svazek 2. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2010, s. 1156.

²⁹ KUKLÍK, J. Diskuze o provedení socializace v Československu v prvních letech jeho samostatné existence. In: MOSNÝ, P. et al. *Právněhistorická realita sociální do- ktríny 20. století*. Kraków: Spolek Slováků v Poľsku – Towarzystwo Słowaków w Polsce, 2013, s. 125 a n.

a socializácia sa okrem pozemkovej reformy prejavila najmä v zákonoch týkajúcich sa baníctva.³⁰ Prijímanie zákonov „socializačného charakteru“ bolo v súlade s európskym trendom v nadväznosti na nutnosť hľadania kompromisu medzi liberálnym negatívnym štátom 19. storočia a štátom s istou pozitívnou sociálnou politikou. V oblasti súkromného práva možno aj v súvisi s potrebami ekonomiky a procesom socializácie hovoriť o jave publicizácie práva. Uvedený stav opísal Hexner³¹ slovami „naše republikánske zákonodarstvo vydalo celú radu nových zákonov, ktoré právo zamestnávateľa ustanoviť si podmienky pracovnej zmluvy slobodne s robotníkom značne obmedzily. Boly tedy vydané zákonné ustanovenia, ktoré ohľadom pracovnej zmluvy tvoria nie *ius dispositivum* ale *ius cogens*“. Podobne sa vyslovil Ottlyk:³² „Verejné právo stále odoráva z oblasti súkromnej. Bol to zjav, ktorému sa hovorí, že súkromné právo sa publicizuje. Tomu sa nemá rozumieť tak, ako keby súkromné právo dostávalo ráz práva verejného – bárs sa nedá popierať, že rozmnoženie kogentných predpisov spôsobuje isté sblížovanie - ale sa má tomu rozumieť tak, že sa oblasť verejného práva rozširuje, a že sa v tom pomere oblasť súkromného práva zrušuje. Tá chránená sféra jednotlivca ... v ktorej je každý slobodný a voľný, je miestami podstatne menšia ako bola prv.“ Pracovné právo, ktoré bolo do tohto obdobia pertraktované ako sú-

³⁰ Ide o zákon č. 143/1920 Sb. z. a n. o účasti zamestnancov v baníctve na správe baní a ich podiele na čistom zisku v znení zákona č. 335/1921 Sb. z. a n.; zákon č. 144/1920 Sb. z. a n. o závodných a revírnych radách v baníctve; zákon č. 145/1920 Sb. z. a n. o zriadení banských rozhodcovských súdov v znení zákona č. 170/1924 Sb. z. a n. Z ďalších socializačných zákonov možno spomenúť zákon č. 330/1921 Sb. z. a n. o závodných výboroch. Na jeho základe sa v každom podniku s viac ako 30 zamestnancami zriadili závodné výbory s kompetenciou spolupôsobiť pri hromadnom prepúšťaní zamestnancov, kontroly zákonných ustanovení o bezpečnosti a ochrane zdravia pri práci, dojednávania dodatkov ku kolektívnym zmluvám, spolupôsobenia pri dojednávani pracovných poriadkov a kontrole ich dodržiavania a i. Osobitná úprava platila pre oblasť baníctva a pre pomocných pracovníkov v zmysle Živnostenského zákona. GÁBRÍŠ, T. Právne vyjadrenie hodnôt v novovytvorenej ČSR (1918). In: *Dny práva 2008. Days of Law* (elektronický dokument). Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 444. Prístupné na: <<http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/historie/gabris.pdf>> (cit 2017 09 09)

³¹ HEXNER, E. Pracovná zmluva priemyslových zamestnancov na Slovensku. In: *Právny obzor*, 5, 1922, s. 139.

³² OTTLYK, I. O novodobom práve. In: *Právny obzor*, 21, 1938, s. 58 – 59.

časť súkromného, resp. záväzkového práva,³³ nadobúdalo teda pod vplyvom socializačných tendencií a budovania ochrany postavenia zamestnanca istý a významný verejnoprávny rámec³⁴ (pevnejšie stanovenie pracovného času, podiel zamestnancov na správe a vedení podniku, podiel zamestnancov na zisku a i.) a v uvedenom trende sa v nasledujúcom vývoji pokračovalo.

Zásadnými úpravami obmedzujúcimi široko chápanú zmluvnú voľnosť sa v československých podmienkach stali zákon č. 91/1918 Sb. z. a n. o osemhodinovom pracovnom čase a zákon č. 420/1919 Sb. z. a n. o práci detí. Zákon č. 91/1918 Sb. z. a n. o osemhodinovom pracovnom čase vo svojich šestnástich paragrafoch upravoval celkovú dĺžku trvania pracovného času – 8 hodín denne, maximálne 48 hodín týždenne (v rámci šesťdňového pracovného týždňa). Prijatím tohto zákona sa Československá republika stala prvým štátom³⁵, kde bol uzákonený osemhodinový pracovný čas,³⁶ vo všeobecnosti sa totiž osemhodinový pracovný čas začal zavádzať až po Washingtonskej konferencii³⁷ konanej v roku 1919. Proces prijímania tohto zákona sprevádzali polemiky o možnom ohrození konkurencieschopnosti mladej československej ekono-

³³ Porovnaj napr. SCHROTZ, K. Civilní právo v prvých desíti letech Čsl. republiky. In: *Právní obzor*, 11, 1928, s. 656 – 657.

³⁴ HOUSER, J. Die Historische Entwicklung des Arbeitsvertrages in der Tschechoslowakei. In: *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa (1848 – 1944)*. CSIZ-MADIA, A., KOVÁCS, K. (eds.), s. 369 – 380.

³⁵ Pozri bližšie SCHELLE, K. Vývoj kodifikácie pracovného práva. In: *Vývoj právních kodifikací. Sborník z mezinárodní vědecké konference*. SCHELLE, K. (ed.) Brno: Masarykova univerzita 2004, s. 111.

³⁶ Zákon sa vzťahoval na zamestnancov, nevzťahoval sa na čelad', pre ktorú platil 12-hodinový pracovný čas (§ 1 ods. 4 a § 12). Pozri aj BIANCHI, L. a kol. *Dejiny štátu a práva na území Československa v období kapitalizmu 1848 – 1945. II. časť: 1918 – 1945*. Bratislava: Vydavateľstvo SAV, 1973, s. 117.

³⁷ V tejto súvislosti je zaujímavou interpelácia „poslanců Bechyně, dra Wintra, Tayerle a soudruhů ministru sociální péče o stanovisku vlády Československé republiky k pokusu, aby byla změněna mezinárodní konvence o osmihodinové době pracovní“, v texte ktorej sa uvádza, že Washingtonskú zmluvu o osemhodinovom pracovnom čase v danom čase (marec 1929) ratifikovali len ČSR a Belgicko, ostatné európske krajiny zmluvu ratifikovali len podmienene. Prístupné na: <http://www.psp.cz/eknih/1925ns/ps/tisky/t2133_01.htm>. (navštívené dňa 09. 10. 2017)

miky a pomerne búrlivá diskusia v Národnom zhromaždení.³⁸ Zákon č. 420/1919 Sb. z. a n. o práci detí³⁹ bol vydaný ako reakcia na pomerne rozšírenú zárobkovú činnosť školopovinných detí.⁴⁰ Zákon vo svojich prevažne kogentných ustanoveniach určil niekoľko záväzných vekových hraníc, týkajúcich sa výkonu detskej práce, ako boli napríklad všeobecná veková hranica výkonu detskej práce 12 rokov (výnimkou bola veková hranica 10 rokov pre výkon ľahšej práce v poľnohospodárstve a domácnosti) a veková hranica 14 rokov, ktorej dovŕšenie znamenalo zmenu statusu dieťaťa na mladistvého zamestnanca. Predmetnú úpravu vo vzťahu k budovaniu dôstojnosti statusu zamestnanca dotvorili viaceré normy z oblasti bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci a aj základný pracovnoprávny predpis vydaný pre územie Slovenska (v Čechách, na Morave a v Sliezske platil prevzatý ABGB v znení noviel) zákon z 13. júla 1922 č. 244/1922 Sb. z. a n., ktorým sa všeobecne upravujú právne pomery medzi zamestnávateľmi a zamestnancami na

³⁸ Pozri bližšie aj TOMAN, J. Ozveny minulosti, ktoré by nemali byť prepočítané. (Zákon o 8-hodinovej pracovnej dobe z roku 1918, proces jeho prijímania, zábery jeho tvorcov a jeho komparácia so súčasťou právnou úpravou). In: *Vedecká konferencia doktorandov a školiteľov Právnickej fakulty TU v Trnave*. (elektronický dokument). Zborník príspevkov z vedeckej konferencie doktorandov, Trnava 24. marec 2007. Trnava: Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, 2007 s. 1 – 20.

³⁹ Pozri bližšie aj LACLAVÍKOVÁ, M., OLŠOVSKÁ, A. Požiadavka dôstojnosti pri výkone detskej práce. In: *Dôstojnosť ľudskej osoby v pracovnom práve*. (elektronický dokument). Zborník príspevkov z on-line vedeckej konferencie konanej 3. decembra 2009 v Trnave. HODÁLOVA, I. (ed.) Trnava: Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, 2009 s. 1 a n.

⁴⁰ Zaujímavé údaje o detskej práci na území rakúskych krajín (z uhorských krajín podobné štatistické údaje chýbajú) podáva prieskum Štatistického úradu Ministerstva obchodu o práci detí v jednotlivých hospodárskych odvetviach z roku 1908, na ktorom sa zúčastnilo 418 391 detí, z ktorých bolo 145 471 pracujúcich. Výskum sa zamerl na rakúske krajiny vrátane Čiech, Moravy a Sliezska. Podľa vykonaného zisťovania v jednotlivých hospodárskych odvetviach pracovalo priemerne 34,8 % (teda viac ako tretina) školopovinných detí, z toho 35,9 % chlapcov a 33,6 % dievčat. Pozri bližšie LACLAVÍKOVÁ, M. Počiatky právnej úpravy zákazu detskej práce. (Príspevok k histórii pracovného práva na našom území v období konca 19. a začiatku 20. storočia). In: *Acta Universitatis Tyrnaviensis, Iuridica*: ročenka Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave 2006. Lazar, J (ed.). Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity, 2006, s. 58 – 59.

Slovensku a v Podkarpatskej Rusi zrušený až Zákonníkom práce zákonom č. 65/1965 Zb.⁴¹

Realita existujúcich pracovnoprávných vzťahov a ich obsah odkryla a poukázala na problém neobmedzenej zmluvnej slobody a na nutnosť jej regulácie. Výsledkom boli prehlbujúce sa sociálne a ekonomické rozdiely a s tým spojené narastajúce sociálne pnutie a nespokojnosť so zásadnou fatálnou následnou dohrou v politickej rovine. Prvá polovica 20. storočia vo svojej podstate odhalila aj nutnosť zamyslieť sa nad miestom človeka vo svete a vôbec jeho hodnotou. Frustrácia z vojen, ekonomických kríz a s nimi spojenej masovej nezamestnanosti so svojou literárnou dohrou ovplyvnila a poznačila životy niekoľkých generácií. Presadenie tzv. druhej generácie ľudských práv má svoje korene práve v tomto období (ideovo však už dávno predtým⁴²) a sa viaže aj ku konceptom sociálneho štátu.

⁴¹ Zákonník práce z roku 1965 podobne vo vzťahu k Slovensku zrušil platnosť zákona o osemhodinovom pracovnom čase z r. 1918, zákona o práci detí z r. 1919, Živnostenského zákona pre územie Slovenska z r. 1924 a množstva iných pracovnoprávných predpisov.

⁴² „Uvedomenie si riše sociálna a jej biedy býva sprevádzané taktiež pokusmi nájsť záchranné kolesá či pevný bod v ochrannej kolektívite. Rišou sociálna tak zaznievajú i hlasy, podľa ktorých ju ako takú nemožno ponechať iba na vieru, alebo spoliehanie sa na individuálne sociálne kompetencie (schopnosti, cnosti, pocity mravnej zodpovednosti a z nich plynúcu dobročinnosť a pomoc zbedačeným), ale že ju treba skôr systematicky opatrovať v sieti nadindividuálnych sociálnych inštitúcií. Uvedená tendencia bola sprevádzaná i pokusmi o naštartovanie toho, na čo sa v posledných dekádach 20. storočia odkazuje slovanmi generácia či subgenerácia sociálnych práv, no čo sa bez ohľadu na schematicku generácií ľudských práv vynorilo už v skoršej textúre. Badať ju nielen v zrevolucionizovanom Francúzsku – no aj v neskoršej francúzskymi udalosťami poučenej – spíše autorskej obce, ktorá v tomto ohľade je symbolicky reprezentovaná menom Hegel. Badať ju však tiež už o poznanie skôr, už prinajmenej od čias, kedy na sociálne problémy upriamil pozornosť Thomas Hobbes. Veď jeho Leviathan už dáva jasne na známosť, že prirodzenoprávnu slobodu sa oplatí obetovať v mene istoty, ktorá je spolu s bezpečnosťou garantovaná štátom takým silným, že vie občana ochrániť nielen pred stavom priepastnej hmotnej núdze, no napríklad i pred legalizovanou možnosťou vyjadriť na adresu štátu slová akejkol'vek kritiky.“ COLOTKA, P.: Niektoré implikácie slovného spojenia „rovnosť a rovnoprávnosť“. In: (Ne)rovnosť a rovnoprávnosť. Zborník z medzinárodnej konferencie konanej 13. – 15. októbra 2005 v Tatranskej Štrbe v rámci riešenia štátneho programu výskumu a vývoja „Právne vedy a ich prínos k analýze procesu transformácie v podmienkach integrácie do EÚ“. Bratislava: SAP – Slovak Academic Press, spol. s r.o., 2005, s. 344.

Náčrt presadenia prvých pracovnoprávných úprav a ich pomalé a komplikované ukotvenie v právnom poriadku priamo súvisel s postupným uvedomovaním si hodnoty ľudskej dôstojnosti. Prepojené formovanie noriem pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia sa stalo súčasťou sociálnej politiky štátu rozdielnej od predchádzajúcej chudobinskej a podpornej starostlivosti. Prioritou stability štátu a istého sociálneho zmieru sa stáva hľadanie rovnováhy medzi záujmami ekonomicky slabších a ekonomicky silnejších pri zachovaní vzájomného rešpektu a úcty. V uvedenom je však nutná istá pozitívna politika štátu a jeho konkrétna činnosť. Nestále či nezaradené miesto noriem pracovného práva istým svojím záberom vyčleňujúceho sa zo všeobecného súkromného práva až do súčasnosti vyvoláva polemiky o nutnosti či nepotrebnosti limitácie hraníc zmluvnej slobody a o nutnosti či nepotrebnosti ochrany „slabšej“ strany. Odpoveď je podľa nás niekde uprostred a kritériom pre voľbu by mala byť hodnota ľudskej práce ako výsledku realizácie ľudskej osobnosti v najširšej miere prekrytá hodnotou ľudskej dôstojnosti ako takej. Ak totiž hľadáme „zmysel právnej regulácie, od ktorého sa odvíjajú právne konštrukcie a ktorý ich určuje, nájdeme ho v človeku, ktorý je alfou a aj omegou vedy a reality nášho života“.⁴³

Čo možno povedať namiesto záveru?

Moderným a často aj zradným je snaha súčasnosti obliekať sa do rúcha etiky. Je moderné byť etickým a je moderné presadzovať etické kódexy a etické modely správania vo väzbách na náš sociálny status.

Ak by sme sa optikou etiky pozerali na súčasnú sociálnu nerovnosť medzi ľuďmi, už sa nám zdá etika menej moderná (či dokonca až nepohodlná). Ak sa pozrieme na správanie sa vo vzťahu k sociálne slabším, istým spôsobom znevýhodneným alebo tým, ktorí sú

⁴³ HURDÍK, J. *Osoba a její soukromoprávní postavení v měnícím se světě*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004, s. 18.

odkázaní na pomoc iných, nie je zriedkavé, že etický rozmer chýba. Ak upriamime pozornosť na pracovnoprávnu úpravu, ktorá by mala garantovať bezpečné pracovné podmienky a také podmienky výkonu závislej práce, aby garantovala dôstojnosť človeka – fyzickej osoby, ktorá túto prácu vykonáva, najmä v aplikačnej praxi v niektorých prípadoch etický rozmer chýba. Ak vezmeme do úvahy okolnosti, prečo vzniklo pracovné právo, možno uvažovať aj nad tým, že síce žijeme v modernej dobe, ale nie je ničím neobvyklé, ak zamestnanci pracujú aj 24 hodín denne, nevypláca sa im mzda, prípadne výška ich mzdy nezodpovedá náročnosti ich vykonanej práce, objavia sa telesné tresty či šikanovanie na pracovisku a nie je ojedinelým javom, že zamestnanci v letných mesiacoch pracujú pri teplote vyše 35 °C, kým mnohí iní v zimných mesiacoch pracujú pri teplote pod 5 °C, a mnohí často aj bez ochranných pracovných prostriedkov. Uvedené poukazuje na to, že hoci máme pracovnoprávnu úpravu na vysokej úrovni chrániacu slabšieho účastníka pracovnoprávneho vzťahu – zamestnanca, nie vždy sa právna úprava dodržiava a obchádza sa a zneužíva právo. Vzniká aj paradoxná situácia, že v regiónoch, kde je relatívne vysoká miera zamestnanosti a chýbajú vo výrobe zamestnanci, si často fyzické osoby volia status nezamestnaného či zmenu práce, pretože pracovné podmienky, za ktorých majú pracovať sú nielen nevýhodné, ale často aj nedôstojné. V regiónoch s vysokou mierou nezamestnanosti sa takéto pracovné pozície s nedôstojnými pracovnými podmienkami obsadzujú, pretože fyzické osoby nemajú inú šancu získania zamestnania. Zdá sa, že sa zväčšuje skupina zamestnancov s minimálnou mzdou v súkromnej sfére (nie je neobvyklé, ak aj zamestnanci orgánov štátu, verejnej správy na pozíciách, kde sa vykonáva prevažne manuálna práca, pracujú s nízkym platovým ohodnotením), nedôstojnými pracovnými podmienkami, čím sa dostávajú do sociálne znevýhodnenej situácie, čím narastá aj rozdiel medzi touto skupinou zamestnancov a skupinou zamestnancov, ktorých pracovné podmienky sú až nadštandardné (táto skupina je, samozrejme, menšia). Nemožno obísť ani situácie vyhýbania sa pracovnoprávnej úpravy s požiadavkou, aby závislá práca bola formálne vykonávaná formou živnosti či

mimo akéhokoľvek právneho uchopenia „na čierno“. Podobne nemožno obísť ani situácie, keď sa neplnia povinností a v niektorých prípadoch sa aj zneužíva postavenie zo strany zamestnancov.

Prečo už nie je etické konanie, etické požiadavky vo vzťahu nielen k výkonu závislej práce, alebo osobám, ktoré sa ocitli v sociálne znevýhodnených situáciách, až také moderné? Prečo?

Ako tvrdí uznávaný súčasný filozof zaoberajúci sa etikou, profesor na Princeton University, Peter Singer, môže to byť aj preto, lebo „tradičné kategórie našej morálky sú vychýlené z rovnováhy“.⁴⁴ Už len určenie rozdielu medzi povinnosťou a dobročinnosťou vo vzťahu k týmto ľuďom spôsobuje problémy. Z hľadiska histórie možno konštatovať, že stredovek a jeho chápanie sveta bolo prepojené skôr s dobročinnosťou v nadväznosti na náboženstvo a snahu spasí si dušu (dobročinnosť bola chápaná v užšej väzbe na povinnosť). Druhou typickou črtou bola hospodárska svojpomoc. Práca ako taká mala iný charakter a význam s prihliadnutím na nutné zachovanie pracovnej sily. Po likvidácii stredovekých reliktoŕ sa ako stredoveký relikť vytráca aj povinnosť dobročinnosti. Zmenila sa demografická situácia a dochádza k prudkému nárastu obyvateľstva (v 19. storočí sa počet obyvateľov Európy približne zdvojnásobuje). Zme-

⁴⁴ SINGER, P. *Spisy o etickom žítí*. Bratislava: Vydavateľstvo Spolku slovenských spisovateľov, 2008, 120. Peter Singer ide vo svojich úvahách ďalej a „proti prúdu“, o čom svedčí aj jeho názor: „Jediné, čo sa tu snažím dokázať je, že súčasné rozlišovanie medzi nimi (dobročinnosťou a povinnosťou – pozn.) – človek žijúci v bohatstve, ktorým disponuje väčšina krajín „rozvinutého sveta“, daruje peniaze na záchranu iného človeka zomierajúceho od hladu, a my jeho konanie považujeme za dobročinnosť – je neprijateľné. ... Mohlo by byť napriek tomu zaujímavé zamyslieť sa nad tým, prečo naša spoločnosť a väčšina iných spoločností posudzuje skutočnosti inak, než ako som to uviedol ja. V jednom známom článku navrhuje J. O. Urmsón, aby imperatív pre povinnosť – imperatív, ktorý stanoví, čo musíme urobiť v porovnaní s tým, čo by bolo dobré urobiť, ale nie je zlé, ak to neurobíme – fungoval ako zákaz správania, ktoré sa nedá tolerovať, ak chcú ľudia spolu žiť v jednej spoločnosti. Tým by sa dal vysvetliť pôvod i pretrvávajúce existencie súčasného rozlišovania medzi povinnými a dobročinnými skutkami. Morálne postoje sú formované potrebami spoločnosti a nie je pochýb o tom, že spoločnosť potrebuje ľudí, ktorí budú dodržiavať spoločenské pravidlá, ktoré udržia existenciu spoločnosti v tolerateľných medziach. Z hľadiska konkrétnej spoločnosti je nanajvýš dôležité zabrániť porušovaniu noriem súvisiacich so zabíjaním, kradnutím atď. Nie je však veľmi podstatné pomáhať ľuďom, ktorí žijú mimo tejto spoločnosti.“

nila sa štruktúra spoločnosti, rastie mestská populácia žijúca v periférnych oblastiach s nekvalitnou infraštruktúrou. Nárast detskej práce, práce mladistvých, nárast sociálneho pnutia v spoločnosti a celkovo rast radikalizmu možno do istej miery prepojiť s odstránením týchto tradičných istôt a ponechanie jedinca svojmu osudu (nech je jedinec akýkoľvek a nech je akýkoľvek aj jeho osud). V tomto ohľade sa možno len prizerať na živelné zamestnávanie detí v baniach a v továrňach, pretože to bola jediná možnosť obživy rodiny. Narastajúcu nerovnoprávnosť to však nijako nezmiernilo. Do istej „dobročinnej“ úlohy tak vstupuje pomaly ale iste štát, keďže spoločnosť zdravej sebaregulácie v záujme uchovania kvalitného ľudského genofondu nebola schopná.⁴⁵ Je však tejto sebaregulácie schopná teraz? Fenomén detskej práce z Európy vymizol, nevymizol ale atak na limity jedinca a hranice pracovného času osobitne v dôsledku nových informačných technológií a nových foriem zamestnávania. Nahrádzanie ľudskej závislej práce rôznymi formami robotov oprávnené vyvoláva otázku, či vznikne masová nezamestnanosť, čím sa zvýši počet sociálne odkázaných osôb a postupne bude „možnosť pracovať“ vnímaná ako benefit. Pred pracovným právom v súčasnosti stojí teda výzva vyrovnáť sa s novými technológiami, robotizáciou a digitalizáciou. Vo vnútri však ide o podobný problém riešený v minulosti – ochrániť ľudskú pracovnú silu v záujme jej uchovania a rešpektovania hodnoty ľudskej dôstojnosti.

V súčasnosti prebiehajúca diskusia o dôstojnosti zamestnanca vo väzbe na narastajúcu sociálnu a majetkovú nerovnosť nadobú-

⁴⁵ V oblasti noriem dnes začleňovaných do práva sociálneho zabezpečenia bola daný problém ešte markantnejší. V druhej polovici 19. storočia „*rostoucí závislost na námezdní práci vyvoláva otázky, na něž společnost dříve či později reaguje. Co s dělníky, kteří zestárlí a nemohou již pracovat? Co s živiteli rodin, kteří onemocněli anebo se kvůli úrazu stali invalidními? Co s těmi, kteří v důsledku fyzické nebo mentální indispozice nejsou způsobilí k výkonu práce? Jak zabezpečit příslušníky rodin, jejichž živitel zemřel? Jistěže tyto otázky existovaly již dávno před průmyslovou revolucí, ale v agrární společnosti k jejich řešení postáčovaly mechanismy rodinného zaopatření, veřejnoprávní chudinská péče a charity*“. RÁKOSNÍK, J., TOMEŠ, I. a kol. *Sociální stát v Československu. Právně-institucionální vývoj v letech 1918 – 1992*. Praha: Auditorium, 2012, s. 28.

da význam celospoločensky nutnej a prospešnej diskusie. Potreba rešpektovať hodnoty ľudskej dôstojnosti je totiž aktuálna rovnako dnes a nielen pred 150 rokmi, keď sa o nej začalo uvažovať.⁴⁶

Summary

The belated and unrestrained “Hungarian industrial revolution” increased the demand for labour power and so caused social problems for the newly created social group, the industrial labourers. The legal reaction to this new phenomenon was just subsequent. Firstly, the worker-protective labour laws regulating the paid work were introduced. Secondly, the social security laws were adopted, in order to socially secure the workers and their families. The high demand for the labour power (not only for adult workers, but also for minors and children) due to industrial revolution and due to long-lasting agricultural crisis was a real threat to human dignity of employees. This led to creation of first protective labour laws, nowadays called as workplace health and safety laws. It was a real necessity to adopt them, as employees daily worked inhumanly long time and as the child labour and adolescent labour were widely spread. These laws, created within the private legal system, did not have purely private law character based on the liberty of contract. The research paper aimed to describe the first labour law regulation related to the industrial workers (i.e. the industrial production employees working at the end of the 19th and beginning of the 20th century) and point out their reaction to the social and economic injustice, not essentially solved during the liberalism era. The discussion about the urgency to respect the human dignity of an employee is still ongoing. However, nowadays it focuses mainly on the length of the working time and on the related influence of the information tech-

⁴⁶ Štúdia bola vypracovaná v rámci riešenia projektu APVV-15-0066: Nové technológie v pracovnom práve a ochrana zamestnanca (zodpovedný riešiteľ: prof. JUDr. H. Barancová, DrSc.).

nologies, digitisation and robotising. Taking into account the growing social and economic injustice, this discussion is undoubtedly necessary and generally beneficial. The need to respect the human dignity of an employee is the same as it was hundred and fifty years ago, when the society only started to contemplate it.

Doc. JUDr. Mgr. Martina Gajdošová, PhD.

Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave

PRÁVO A ODSTRAŇOVANIE MAJETKOVÝCH ROZDIELOV

„Legenda hovorí, že Blahobyť si raz povedal, že zabije Núdzu. Núdzu ho však varovala, že ak ju zabije, človek nebude mať čo robiť. A tak ju ušetril. Preto je Núdzu stále medzi nami a neustále zamestnáva ľudí.“¹

Právo ako normatívny systém má odjakživa nielen svoje politické, sociálne, ekonomické, kultúrne a iné predpoklady ako svoje materiálne pramene, ale zároveň aj dôležité politické, sociálne, ekonomické, kultúrne a iné dopady a vplyvy. Napokon, je to jednou z jeho úloh.

Tak ako ľudskú spoločnosť sprevádza právo, sprevádza ju aj majetková nerovnosť.² Hoci nie je isté, či je tu majetková nerovnosť odjakživa, celkom iste je relatívne trvalou črtou života v spoločnosti, v našom chápaní „civilizovanej“. Majetková nerovnosť sa nedá odstrániť, hoci s ideálmi tohto charakteru ľudská spoločnosť konfrontovaná bola a zrejme aj bude. Na jednej strane existujú bohatí, na druhej chudobní, no ide o veľmi širokú a zložito sa členiacu škálu.

Hoci odstraňovanie majetkových rozdielov nie je cieľom práva v jeho absolútnom význame – definitívne odstrániť majetkové roz-

¹ Halajčík, A. *Kúkol v obilí*. Kn, r. 132, č. 29.

² Samozrejme, nie je možné zabúdať na rôzne teórie, kde ľudstvo v predštatnom období fungovalo bez súkromného vlastníctva ako základného predpokladu majetkovej nerovnosti, ani iné výskumy antropologického charakteru ľudských spoločenstiev jestvujúcich iba so spoločným vlastníctvom, no nie je zámerom príspevku venovať sa im v plnej miere. Ďakujem na tomto mieste za kritické poznámky kolegovi doc. JUDr. Marekovi Káčerovi, PhD.

diely subjektov práva,³ – v celej histórii sledujeme rozmanité právne opatrenia, ktorými sa majetková nerovnosť koriguje.

Je teda úlohou práva odstraňovať alebo korigovať majetkové rozdiely? Právo to robí. Prečo? Ako? A ako by malo? Ak je cieľom práva spravodlivosť, je majetková nerovnosť nespravodlivosťou? Čiastočne odpovede na položené otázky som sa pokúsila zoradiť v nasledujúcich riadkoch. Predpokladom majetkovej nerovnosti je súkromné vlastníctvo. Cieľom príspevku je analyzovať niektoré právne inštitúty zasahujúce do vlastníckeho práva s dôrazom na zodpovedanie otázky hľadania spravodlivosti.

V úvahách nad právom a odstraňovaním majetkovej nerovnosti treba zohľadniť aj špecifický cieľ práva, ktorým je spravodlivosť

Skôr, ako sa vníma majetkový stav jednotlivcov a skôr, ako sa zvažuje nejaký zásah korigujúci majetkovú nerovnosť, či už formou polepšenia tým chudobnejším, alebo limitovania tých bohatších, teda ešte v úplnom jadre – je tu potreba spravodlivosti. Mnoho múdrych už napísalo mnoho múdreho o spravodlivosti. Azda všetci sa pristavili pri Aristotelovi a jeho etickej a zákonnej spravodlivosti. *„Etická spravodlivosť stojí nad zákonom, nad ľudským konaním všeobecne a má povahu mravného zákona, je rovnosť. Nie však šablónovitá rovnosť, ktorá dáva všetkým rovnako, ale pomerná, ktorá dáva rovnakým rovnako, nerovnakým nerovnako (...): každému, čo mu patrí. (...) Objektom spravodlivého konania je iný človek, či už ako člen spoločnosti, spoluobčan, ako partner vo vzťahu, do ktorého sme sa s ním dostali.“*⁴ Aristoteles zohľadňuje množstvo či veľkosť, no zohľadňuje aj kvalitu a zásluhy. Etickú spravodlivosť delí na distributívnu a korektívnu. Distributívna spravodlivosť je princípom rozdeľovania duchovných dobier

³ Možno poukázať napríklad na marxistické ciele odstrániť súkromné vlastníctvo a vytvoriť beztriednu spoločnosť – a keďže ani štát, ani triedy neexistovali odnepamäti, nevyhnutne zaniknú; porovnaj napr. Brössl, A. *Frontisterion*. Kalligram, Bratislava 2009, s. 214 – 220. Čiže o stanovenom ciele možno hovoriť, ale v historickej skúsenosti nie o dosiahnutom ciele.

⁴ Krsková, A. *Dejiny politickej a právnej filozofie*. Facultas iuridica Universitas Tyrnaviensis, 2011, Iura edition, Bratislava, s. 59.

(pocty, výhody, úrady) a materiálnych statkov či bremien (peniaze, príjmy, nevýhody) podľa zásluh. „Mohla by sa nazývať aj politickou či občianskou spravodlivosťou, pretože sa uplatňuje vo verejnoprávných vzťahoch. Je akoby vo rukách rozdeľovacieho centra spoločnosti, teda štátu, vlády.“⁵ Aristotelova vyrovnávajúca spravodlivosť nadväzovala na mnohosť vzťahov, do ktorých sa občania mohli dostať, či už dobrovoľne alebo nedobrovoľne. Dobrovoľne – napríklad pri uzatváraní rôznych súkromnoprávných dohôd, nedobrovoľne – napríklad pri poškodení majetku druhého, krádeži a iných zásahov z oblasti trestného práva. V každom prípade všade, kde sa na jednej strane ublíži, vznikne škoda, ujma a na druhej strane vznikne neoprávnený prospech, musí nastúpiť spravodlivosť a vzťah korigovať, veci uviesť do pôvodného stavu, nahradiť škodu, prípadne uložiť trest. „Vyrovnávajúca spravodlivosť (...) spočíva na základe aritmetickej úmery: tomu, kto má v rozpore s právom viac, sa odníme, aby mali obe strany to, čo im patrí. (...) Kritériom zákonnej spravodlivosti je platné právo, zákon. Je to teda spravodlivosť, ktorú stelesňuje a garantuje platné právo, resp. taká jej koncepcia, ktorú do obsahu tohto práva vložil zákonodarca. Zákonná spravodlivosť sa prejavuje ako cnosť spočívajúca v rešpektovaní platného práva za predpokladu, že samo toto právo je spravodlivé.“⁶

V právnych vzťahoch vystupuje rozdeľujúca a vyrovnávajúca spravodlivosť (distributívna a korektívna) buď spoločne, alebo sa uplatňuje jedno, alebo druhé hľadisko. Požiadavky rozdeľujúcej a vyrovnávajúcej spravodlivosti sú organickou súčasťou realizácie práva, napríklad režimu ukladania trestu či náhrady škody, a tam, kde treba uplatniť obe hľadiská, nemožno nastoliť spravodlivosť vyľúčením jedného z nich.⁷

Zo súčasnejších názorov možno uviesť ten Rawlsov, ktorý „*princíp spravodlivosti (fairness), konkretizuje pomocou dvoch princípov, ktoré sa týkajú základnej štruktúry spoločnosti*“: 1. Každý má mať rovnaké prá-

⁵ Krsková, A. *Dejiny politickej a právnej filozofie*. Facultas iuridica Universitas Tyrnaviensis, 2011, Iura edition, Bratislava, s. 60.

⁶ Krsková, A. *Dejiny politickej a právnej filozofie*. Facultas iuridica Universitas Tyrnaviensis, 2011, Iura edition, Bratislava, s. 61 – 62.

⁷ Porovnaj Prusák, J. *Teória práva*. VO PF UK, Bratislava 1995, s. 27.

vo na čo najširší systém základných slobôd, ktoré je zlučiteľné s rovnakým systémom pre všetkých; 2. Sociálne a ekonomické nerovnosti sa musia vytvoriť tak, aby sa a) dalo rozumne očakávať, že budú slúžiť v prospech každého (čiže aj tí, čo obišli najhoršie, ich ešte musia považovať za výhodné), b) spájali s postmí a úradmi, ktoré sú pri spravodlivej rovnosti šancí prístupné každému. (...)“ Teda „princíp spravodlivosti (...) všeobecne vychádza z požiadavky, aby v právne usporiadanej spoločnosti všetci jej členovia prijali základné ‘pravidlá hry’ v oblasti spolužitia, aby v rovnakej miere využívali výhody, ale aj znášali bremená tejto spoločnosti“.⁸

Vo vzťahu spravodlivosť verzus realita možno z dnešného pohľadu osobitne zvýrazniť sociálnu funkciu štátu. „V kontexte zhl'adúvania ‚európskej identity‘ sa koncom XX. storočia o pozitívnom záväzku štátu diskutuje ako o ‚spoločnej európskej hodnote‘, pričom možno pozorovať tiež úsilie prepátrať sa k európskej identite práve cez sociálnu a environmentálnu dimenziu politik a práva Európskej únie. (...) [V] prospech sociálneho právneho štátu prehovára nemecká konštitučná schéma umožňujúca právny štát chápať ako ústavný štát, demokratický štát a sociálny štát, resp. i konštatovanie, podľa ktorého ‚moderný právny štát je nevyhnutne sociálnym štátom‘. Možno pripojiť konštatovanie, že akékoľvek vážnejšie prejavy sociálnej nespokojnosti, resp. nepokojov pomkývajú štát k represívnym opatreniam, ktoré ak presiahnu určitú mieru, tak štát prestane byť právnym štátom.“⁹

Nájdeme mnoho príkladov z histórie i súčasnosti, kde právo reaguje na majetkové rozdiely

Z príkladov právnych opatrení reagujúcich (najmä alebo okrem iného) na majetkové rozdiely som si vybrala rôzne, no predovšetkým niekoľko zo slovenského súčasného prostredia alebo z historického hľadiska posledných 100 rokov.

⁸ Bröstl, A. *Frontisterion*. Kalligram, Bratislava 2009, s. 295 – 296.

⁹ Colotka, P., Káčer, M., Berdisová, L. *Právna filozofia dvadsiateho storočia*. Leges, Praha 2016, s. 268, citované v úvodzovkách Klein, H. H. Vom sozialistischen Machtstaat zum demokratischen Rechtsstaat. *Juristen Zeitung*, 45, 1990, No. 2, s. 58.

– *Opatrenia na prospech nemajetným*

V rovine právnej úpravy súdneho procesu je z histórie i súčasnosti určite všeobecne najrozšírenejšie akceptovanie či zvýrazňovanie, možno aj určenie práva chudobných na bezplatnú právnu pomoc alebo práva na právnu pomoc za dostupnejších podmienok. Teda na druhej strane – umožniť alebo prikázať advokátovi obhajovať práva aj tých, ktorí si právnu pomoc nemôžu dovoliť.¹⁰ Tu však ide o vyrovnanie šancí účinne sa právne brániť, nie vyrovnáť ich majetkový deficit v hmotnej podobe, hoci hmotnú výhodu v dôsledku takejto právnej pomoci nie je nelogické očakávať. Zrejme je tu právo naklonené okrem k rovnosti v prístupe k „zbraniam“ tým, ktorí si svoje práva v spore nevie sami účinne brániť, aj chrániť práva a tiež aj majetok tých, ktorým je takáto pomoc poskytnutá, za predpokladu, že ju získali v súlade s právom. Mohlo by sa ísť ďalej – do inštitútu odpustenia súdnych poplatkov z dôvodov hodných osobitného zreteľa či nepriznania náhrady trov konania.¹¹

Právne dovolenie doplniť majetkový deficit tým znevýhodneným (vdovy, deti, siroty, chorí, zdravotne postihnutí, inak obmedzení a v dôsledku toho nachádzajúci sa zjednodušene povedané v hmotnej núdzi) je rovnako v ľudstve prítomné. Nielen neformálna, kultúrne podmienená, vzájomná pomoc medzi členmi spoločenstva (rodina, rod, iná komunita), ale predovšetkým právne aporobované ústavy *piae causae*, sirotince, útulky, charitatívne spolky, od rímskych čias, počas celého stredoveku a novoveku, po súčasné občianske združenia, fondy a nadácie alebo organizácie poskytujúce všeobecne prospešné služby. Ide o súkromnoprávny priestor štátom vyčlenený a dovolený na najrozmanitejšie aktivity, ktorými môžu byť služby v prospech tých nemajetných a napríklad aj na-

¹⁰ Dnes napríklad Centrum právnej pomoci, zriadené zákonom č. 327/2005 Z. z. o poskytovaní právnej pomoci osobám v materiálnej núdzi a o zmene a doplnení zákona č. 586/2003 Z. z. o advokácii a o zmene a doplnení zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) v znení neskorších predpisov v znení zákona č. 8/2005 Z. z.

¹¹ Napríklad z predošlej úpravy § 150 Občianskeho súdneho poriadku alebo dnes § 254 Civilného sporového poriadku.

štartovanie či sprevádzanie ich na ceste stať sa hmotne odolnejšími, možno sebestačnými. Skrátka právom dovolený a predpokladaný priestor na zmenšenie nerovnosti medzi nemajetnými a majetnými – na prvý pohľad snaha pozdvihnúť tých slabých. Čiže ide o priestor, ktorým právo dáva predpoklady čiastočne na odstraňovanie majetkovej nerovnosti a čiastočne na odstraňovanie chudoby.

Hoci vo väčšej miere ide o odstránenie majetkovej nedostatčnosti v hraničnej podobe (chudobe – núdzi) fyzických osôb – ľudských bytostí, nie je ťažké nájsť aj prípady zvýhodnenia, tak trochu z obdobných dôvodov – právnických osôb. Tu skôr možno ide o ich stimulovanie a vyrovnávanie šancí na trhu – pri podnikateľských subjektoch (napríklad stimuly pre malých a stredných podnikateľov, nehovoriac o predpisoch konkurzu a vyrovnania). Korekcie nájdeme aj pri nepodnikateľských subjektoch – napríklad daňové úľavy alebo iné daňové zvýhodnenia (v podmienkach Slovenskej republiky napríklad 2 % alebo 3 % dane poukázané pre celú škálu nepodnikateľských právnických osôb vyvíjajúcich niektorú verejne prospešnú činnosť).

Pri prelínaní podnikateľských a nepodnikateľských subjektov je v poslednom období veľkou právne podchytenou oblasťou – ochrana spotrebiteľa. V konečnom dôsledku v ochrane spotrebiteľa možno vnímať aj opatrenia reagujúce na majetkovú nerovnosť, hoci v prvom rade ide o vyrovnávanie nerovnováhy v právach a povinnostiach, ktorá by mohla nastať na strane spotrebiteľa v zmluvnom vzťahu, v spotrebiteľskej zmluve.¹²

Je logické, že v prípade majetkových rozdielov sa úloha práva chápe ako pomoc tým slabším, tým chudobným – bohatí si vedú pomôcť sami. Preto aj vývoj vnímania sociálnych funkcií štátu postupne rozvinul široké právne nástroje, ktorými si štát plní svoju rolu voči svojim občanom či aj obyvateľom. Sociálne zákonodarstvo sa snaží garantovať určité minimum, ktoré musí dostať každý (občan). Technicky nejde priamo o odstraňovanie majetkovej nerovnosti, ale o odstraňovanie či zmiernovanie chudoby.

¹² Porovnaj napr. § 52 a nasl. Občianskeho zákonníka.

Z oblasti pracovného práva možno spomenúť – minimálna mzda, pracovné podmienky, oddych a dovolenka, kolektívne vyjednávanie či práva sociálneho zabezpečenia – príspevky v hmotnej núdzi, príspevky rodičom, ktorí sa starajú o deti, a preto nemôžu pracovať, dôchodok starobný či invalidný, nemocenské zabezpečenie, príspevky tým, ktorí nemôžu pracovať pre svoj nepriaznivý zdravotný stav či v dôsledku nezamestnanosti, rodičovský, materský príspevok, sirotský, vdovský, sociálne štipendia; zdravotné poistenie a zdravotná starostlivosť, a mnohé ďalšie právne nástroje.

Právo takto v mnohých oblastiach pomáha slabým preklenúť ťažké obdobie a vyrovnáť im ich pozíciu aspoň na garantované všeobecne stanovené hmotné minimum.

– *Opatrenia limitujúce maximálnu veľkosť majetku*

Úlohou práva – v dnešnom chápaní – v štáte demokratickom či liberálno-demokratickom¹³ – nie je stanoviť, koľko maximálne môže subjekt práva vlastníť. Našli by sme také príklady napríklad v ére socialistického právneho systému, kde súkromné právo upravovalo právo osobného užívania pozemku, vlastníctvo rodinných domčiek a bytov, pričom napríklad nebolo jednoduché vlastníť dve nehnuteľnosti na bývanie, nehovoriac o vlastníctve prevádzky určenej na výrobu či služby a vôbec súkromného podnikania a v dôsledku toho nadobúdania hmotných statkov. Iný príklad z našej histórie: v roku 1940 vláda Slovenskej republiky v snahe konsolidovať hospodárstvo stanovila maximálne mzdy.¹⁴

¹³ Režimy označované ako liberálno-demokratické sa zvyknú v politologickej literatúre označovať aj západné polyarchie, čo vyjadruje, že ideál liberálnej demokracie ešte nie celkom dosahujú, dosahujú však vysokú mieru tolerancie opozície, čo je zabezpečené systémom súťaže politických strán, inštitucionálnou ochranou ľudských práv a fungujúcou občianskou spoločnosťou. Druhým rysom sa zvykne označovať vysoká miera príležitosti k účasti na politike a spoľahlivá úroveň zodpovednosti voči ľudu – pravidelné voľby, in: Heywood, A. *Politologie*, 3. vydání. Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., Plzeň 2008, s. 54.

¹⁴ „(...) Ešte výraznejšie sa kríza prehĺbila v nedostatočnom zásobovaní na začiatku roku 1940. Vláda pristúpila k regulovanému prídelu vybraných druhov tovarov. Štát rozdelil ceny jednotlivých tovarov na usmerňované a voľné, zaviedol všeobecnú pracovnú povinnosť pre občanov od 18 do 60 rokov a tzv. pracovnú službu v armáde, stanovil maximálne

Demokratický štát postavený na princípe trhovej ekonomiky ne-limituje jedincov, fyzické ani právnické osoby vo výške ich majetku, tu však prichádzajú na rad ekonomicky prepočítané právne činitele – daňové a účtovné predpisy, prípadne aj colné. Štát ich môže limitovať, ktoré aktivity nesmú vykonávať, či ktoré veci nesmú vlastníť, no v dovolenom priestore nemajú kvantitatívnu a ani kvalitatívnu hranicu (samozrejme, zjednodušene vyjadrené). Tu štát premýšľa, ako získať to, čo môže ďalej distribuovať.

Vlastníctvo oslobodzuje. Je veľa príkladov, kde siahnutie na majetok má zrejmý účel *podraziť nohy, zobrať silu a utlmiť manévrovací priestor* a obmedzí človeka v slobodnom rozhodovaní a konaní. Netreba ísť do dávnej minulosti, stačí do tej socialistickej. Napríklad trest prepadnutia majetku uložený popri iných trestoch v prípade nedovoleného opustenia republiky, rozkulačenie, znárodnenie a iné. Ale možno sa obzrieť približne o storočie dozadu – zákaz pôsobenia medzinárodnej organizácie, ktorej úlohou bola finančná pomoc pre politických odporcov režimu (napríklad Medzinárodná organizácia pomoci revolucionárom – Červená pomoc, v Československu bola rozpustená v roku 1932).¹⁵ Do tretice zo staršej histórie

mzdy, kontrolu obchodu a priame zásahy do rastlinnej a živočíšnej výroby, známe už z predošlého obdobia, ešte prehĺbil (...)“, in: Sabol, M. Až na dno blahobytu (Hojnosť alebo chudoba slovenských rodín v Slovenskej republike 1939 – 1945), s. 382; *Život v Slovenskej republike, Slovenská republika 1939 – 1945 očami mladých historikov IX* (Zostavil Peter Sokolovič), Ústav pamäti národa, Bratislava 2010; ISBN 978-80-89335-37-4; http://www.upn.gov.sk/publikacie_web/zbornik-zivot-v-SR-1939-45.pdf; autor tu citoval: Štatistická príručka Slovenska 1948. Bratislava 1948, s. 211. MUTŇANSKÝ, L. Slovenská sociálna výstavba, Bratislava 1944, s. 12 – 22. FALTUS, J., PRŮCHA, V. Přehľad hospodárskeho vývoja na Slovensku v rokoch 1918 – 1945, s. 539 – 542. BAUCH, V. Poľnohospodárstvo za slovenského štátu. Bratislava 1958, s. 28 – 38. CAMBEL, S.: Slovenská dedina (1938 – 1944), s. 36, 47.

¹⁵ Organizácia skrátene nazývaná Červená pomoc bola organizáciou založenou v Moskve (Medzinárodná organizácia pomoci revolucionárom) v roku 1922, ktorá podporovala činnosti robotníckych spolkov, najmä finančnou pomocou obetiam revolučných vystúpení robotníkov v zahraničí. Ako sekcia tejto organizácie pôsobila v Československej republike od roku 1925 Červená pomoc, ktorá okrem iného financovala aj obhajoby robotníkov (trovy advokátom) v trestných konaniach, alebo v súdnych konaniach za slovné delikty, za výkriky na zhromaždeniach, za politické prejavy. V roku 1932 bola organizácia úradne rozpustená. In: Kerecman, P. *Advokáti Davisti – Vladimír Clementis, Ján Poničan*,

– donácia kaštieľa či hradu s príslušným územím za zásluhy v boji šľachticovi panovníkom či opačne, zbavenie majetku za politický odpor.¹⁶

Vlastníctvo tiež môže priniesť túžbu po moci a aj ju reálne dostupnými prostriedkami dosiahnuť vrátane tých právnych. Netreba uvádzať príklady. Samozrejme, musí ísť o vlastníctvo vo veľmi veľkom rozsahu alebo vlastníctvo relevantných zdrojov.

Ludský postoj: Bohatý žne obdiv a slávu, aj tú mediálnu, tiež závišľ. Chudobný na cti netratí, no predsa sa človek bojí chudoby. Bohatý aj nebohatý sa bojí, že schudobnie. Nie je zveličením, že pre ľudskú pospolitosť je cnosť – bohatým brať – chudobným dávať, hoc by šlo aj o zlodēja...¹⁷

Postoj práva: Právo vyjadruje postoj spoločnosti, ktoré ho tvorí, jeho najvnuttornejšie hodnoty a potreby v ich dynamickom vývoji. Je jasné, že nie na každý politický problém existuje ekonomické riešenie a trhové zákony nie sú dôležitejšie než politické rozhodovanie. Ani politické rozhodovanie nemožno nahradiť administratívnym rozdeľovaním a spravovaním spoločenských statkov na miestnej, národnej alebo európskej úrovni.¹⁸

Niekoľko právnych opatrení z našej histórie posledného storočia, ktorými sa zasiahlo do súkromného vlastníctva, najmä vlastníctva nehnuteľností, s cieľom korigovať majetkovú nerovnosť

Daniel Okáli. Slovenská advokátska komora, Bratislava 2017, s. 215; Poničan, J. *Búrliavá mladosť.* Slovenský spisovateľ, Bratislava 1975, s. 242.

¹⁶ Ako príklad môžu byť protihabsburské povstania, kde jeho účastníci pravidelne prichádzali o majetok a zase ho nadobúdali. Je to markantný prípad s úmyslom oslabiť protivníka. Dvorská vojenská rada vo Viedni dokonca vypracovala plán, koľko pušného prachu treba na to, aby boli do povetria vyhodené všetky hrady a pevnosti povstalcov – čo sa po roku 1711 aj udialo – preto máme na Slovensku toľko ruín.

¹⁷ No nie o takého, ktorý by zbojom zbohatol aj sám pre seba, skôr o takého, ktorý odvisol; porovnaj aj Procházka, R. *Mak proti Gatsbymu. Osud, vina a zodpovednosť za škodu.* Edition Ryba, 2009, s. 161, ktorý nadväzuje na Krivošíka a Mináča.

¹⁸ Porovnaj „omyly“ pravice a ľavice in: Příběh, J. *Obrana ústavnosti aneb česká otázka v postnacionální Evropě.* Sociologické nakladatelství (SLON), Praha 2014, ISBN 978-80-7419-175-6, s. 100.

História ukazuje, že štátne donútenie vždy využívalo právne prostriedky, ktorými sa mohlo dotknúť tých najcitlivejších sfér jedincov – život – osobná sloboda – majetok, na vynútenie správania sa v súlade s právnym poriadkom, respektíve ako sankcia za jeho porušenie. Nemožno tvrdiť, že účelom bolo odstrániť majetkovú nerovnosť. No z našej histórie je známych hneď niekoľko príkladov, keď štát právnymi prostriedkami zasiahol do vlastníckeho práva jednotlivých subjektov práv, kde jedným z účelov bolo korigovať majetkovú nerovnosť, respektíve vyriešiť otázku tých menej majetných (napríklad roľnícka otázka a prídel pôdy). Najvýraznejším spoločným menovateľom bola emancipácia od cudzieho kapitálu a vyrovnanie sa s predchádzajúcim režimom.

Je všeobecne prijímaná téza, že každým štátnym prevratom, každou revolúciou, každou zmenou štátoprávneho usporiadania sa výrazne zasiahne do vlastníckych vzťahov.¹⁹ A to napriek tak zvýrazňovanej posvätnosti vlastníctva. Konsolidácia nových pomerov je vždy ťažkým bremenom tých, ktorí reprezentujú novú ideu a novú garnitúru a plná radikálnych rozhodnutí. Politických argumentov býva mnoho, priradí sa k nim aj sociálny argument – potreba korigovať majetkovú nerovnosť, teda vyriešiť otázku veľkej časti nemajetného obyvateľstva.

Sociálny argument je prítomný vždy. Možno preto, že je z historického hľadiska vždy realitou. Vždy treba riešiť veľký nedostatok veľkej masy obyvateľstva. Vždy je ako argument prítomný možno aj preto, že je vo svojej podstate ľudský. Je prirodzené vnútorne sa s ním stotožniť, pretože pomáhať slabším je ľudské. Napokon je prítomný aj preto, že radikalizácia chudobných je spôsobilá priniesť rozsiahle zmeny vrátane neželaných.

Že sa so zásahmi do vlastníckeho práva v prípade veľkých štátoprávnych zmien počíta, svedčí fakt, že prvými opatreniami v nových pomeroch býva legislatíva, ktorou sa obmedzí disponovanie

¹⁹ Čo, samozrejme, neznamená, že veľké reformy nemôžu prebehnúť aj bez takej zmeny – napríklad rozsiahle reformy, týkajúce sa okrem iného aj vyrovnávania majetkovej nerovnosti, Márie Terézie a Jozefa II. koncom 18. storočia, alebo Alexandra II. v druhej polovici 19. storočia.

s nehnuteľnosťami. Celkom prosto to vyjadril Ján Ursíny na zasadnutí Slovenskej národnej rady v septembri 1944,²⁰ keď odôvodňoval prijatie nariadenia o dočasnom zákaze scudzenia nehnuteľností a obmedzenia zaťaženia nehnuteľností: „Pri každej štátoprávnej smene vniká obava, že nastane posun vo vlastníctve nehnuteľností z dôvodov, aby sa niektorí majitelia nehnuteľností kryli pred politickými následkami štátneho prevratu. Aby tieto nežiadúce zmeny vo vlastníctve nehnuteľností boli zamedzené, už v minulosti sa pokračovalo takto: V roku 1919 minister s plnou mocou pre správu Slovenska vydal nariadenie o obmedzení scudzenia nehnuteľností, ďalej roku 1938 bolo vydané vl. nar. č. 213/38 o prechodnom obmedzení scudzenia a árendovania určitých druhov nehnuteľností a vydané bolo nariadenie bývalej vlády Slovenskej krajiny č. 55/39 o obmedzení zaťaženia nehnuteľností nad Ks 30.000 /tridsaťtisíc/. Dnes je obava, že nemovitosti budú scudzené, poťažne nadobúdané z dôvodov špekulácie a treba sa obávať, že najmä vlastníci nehnuteľností nemeckej a maďarskej národnosti scudzia svoje nehnuteľnosti a pokiaľ je ešte čas, vyvezú z územia Slovenska veľké kapitálové a iné hodnoty ako kúpnu cenu nehnuteľností. Ďalej je obava, že bývalí činitelia Slovenskej republiky, ktorí nehnuteľnosti nadobudli pomocou svojej politickej moci, tieto scudzia, aby sa vyhli následkom prípadnej revízie spôsobu nadobudnutia vlastníctva nehnuteľností. Nemožno vypočítať všetky možnosti špekulačných predajov nehnuteľností a poukazuje sa len na vyššie uvedené.“

Po vzniku Československej republiky v roku 1918 bolo dôležitou otázkou stabilizovanie štátprávneho usporiadania nového štátu a riešenie roľníckej problematiky, keďže väčšina obyvateľstva pracovala v tom čase v poľnohospodárstve. V rokoch 1918 – 1920 sa v právnej rovine realizovala pozemková reforma (záborový, prídelový a náhradový zákon), ktorej účelom bolo prerozdeliť pôdu,

²⁰ Zápisnica zo zasadnutia Slovenskej národnej rady konaného dňa 14. sept. 1944 o 17. hod. v zasadacej sieni Obchodnej a priemyselnej komory v Banskej Bystrici; J. Ursíny prečítal dôvodovú správu, návrh nariadenia pripravilo Povereníctvo Slovenskej národnej rady pre veci hospodárske a zásobovacie; Zo stenozáznamu rokovania SNR k nariadeniu SNR č. 15/1944 Sb. nar. SNR, o dočasnom zákaze scudzenia nehnuteľností a obmedzení zaťaženia nehnuteľností; On-line archív NR SR, <http://www.nrsr.sk/dl/Browser/Document?documentId=181616>

ktorej väčšina v tom čase patrila do správy nemeckých, maďarských a cirkevných veľkostatkov.²¹ Záborový zákon vyriešil otázku zabrania veľkého pozemkového majetku a jeho prerozdelenia okrem iného menej majetkovo zdatným subjektom.²² Veľmi podrobne pravidlá prídely pôdy upravil prídellový zákon²³ a napokon tiež pravidlá prevzatia a náhrady za zabraný pozemkový majetok upravil náhradový zákon.²⁴ Tento spôsob riešenia problému prerozdelenia pozemkov sa zvykne nazvať ako „odplata za Bielu Horu“, keď došlo k výraznému presunu vlastníkov na cudziu šľachtu; išlo však aj o posilnenie domáceho poľnohospodárskeho kapitálu tým, že sa odstránila nemecká a maďarská konkurencia. Napokon tiež

²¹ Mosný, P., Hubenák, L. *Dejiny štátu a práva na Slovensku*. UPJŠ, Košice 2008, s. 223.

²² Zákon o zabraní veľkého majetku pozemkového (z. č. 215/1919 Sb. z. a n.) definoval, čo je veľký majetok pozemkový – súbory nehnuteľností s právami, ktoré sú spojené s ich držaním, ak výmera náležiaci na území Československej republiky vlastnícky jedinej osobe alebo rovnakým spoluvlastníkom, je väčšia ako 150 ha pôdy poľnohospodárskej (role, lúky, záhrady, vinice, chmelnice), alebo 250 ha pôdy tŕbec (§ 2). Zároveň zákon riešil, že osobitným zákonom bude riešená náhrada, pričom bez náhrady pôjde o prevzatie majetku príslušníkov nepriateľských štátov, príslušníkov bývalej panovníckej rodiny Habsbursko-Lotrinskej; majetok nadácií spočívajúcich na právach zo šľachtictva zrušeného zákonom z 10.12.1918 č. 61 Sb. z. a n.; majetok, ktorého užívanie sa zakladá na výkone funkcií, úradníctva či dôstojníctva cudzozemských (...), majetok bezprávne nadobudnutý; majetok osôb, ktoré sa hrubo previnili proti československému národu v svetovej vojne; (...), § 9). Vyváženie zabrania pozemkového majetku bolo určené, komu má byť taký majetok pridelený – § 10: *Pokiaľ štát nepodrží zabraný majetok pre účely všeobecne prospešné, pridelí ho pozemkový úrad postupne do určitej výšky do vlastníctva alebo do pachtu malým poľnohospodárom, domkárom, drobným živnostníkom, bezzemkom, a to zvlášť príslušníkom ozbrojenej moci československej a vojnovým invalidom, ktorí by na pôde chceli a mohli hospodáriť, potom družstvám zloženým z uvedených osôb, družstvám bytovým, spotrebným a poľnohospodárskym, obciam a iným verejným zväzom na účely všeobecne prospešné, vedeckým a humanitným ústavom.*

²³ Z. č. 81/1920 Sb. z. a n. určil, že prideliť pôdu bolo možné jednotlivcom, a to malým poľnohospodárom, domkárom, drobným živnostníkom, zamestnancom poľnohospodárskym i lesníckym, bezzemkom, a to zvlášť legionárom a príslušníkom ozbrojenej moci československej a pozostalým tých, ktorí padli vo vojne za vlasť alebo zomreli následkom vojnovnej služby, a vojnovým invalidom a pozostalým po vojakoch, ktorí padli alebo zomreli následkom vojenskej služby. (... § 1) Pôda sa im mala prideliť na zriadenie samostatného poľnohospodárskeho podniku, ktoré stačí na obživu hospodára a jeho rodiny, aby to tvorilo výhradný alebo aspoň hlavný prameň obživy. Pôdu rozhodnutím pozemkového úradu bolo možné prideliť do vlastníctva, do pachtu a do nájmu, a bolo možné k nej zriadiť stavebné právo podľa zákona 86 z r 1912 ř. z.

²⁴ Z. č. 329/1920 Sb. z. a n.

šlo o už spomínané riešenie sociálneho napätia drobného roľníctva vidieka.²⁵ Distributívny rozmer hľadania spravodlivosti bol prepojený s korektívnym.

Teda jedným z argumentov, ktorými sa zásah do vlastníckych vzťahov morálne ospravedlnil, bol práve argument korigovania majetkovej nerovnosti v prospech tých menej majetných.

Počas existencie Slovenskej republiky v rokoch 1939 – 1945 treba spomenúť ďalšiu pozemkovú reformu, ktorej cieľom bolo zabezpečiť slovenským roľníkom pôdu, ktorá bola vo vlastníctve Neslovákov a nekresťanov a korigovať nedostatky pozemkovej reformy z predmníchovského Československa. V tomto období možno hovoriť o všeobecných opatreniach na stimulovanie majetkovej zdatnosti na Slovensku a čiastočne aj o odstraňovaní majetkovej nerovnosti.

Rozdelenie majetku na dedine sa zásahmi štátu zmenilo pomerne málo. Industrializačná politika Slovenskej republiky podporila priemysel a investície, pričom zákonmi podnikateľom zaručovala podporu štátu, poskytnutie daňových úľav, výhody pri zaobstaraní bankového úveru, úľavy na clách pri dovoze zariadení, ale aj umožňovala vyvlastňovať pozemky pre zavedenie novej výroby.²⁶ Nútenej odpredaj židovských majetkov kresťanským uchádzačom alebo dosadenie nútených správcov do takýchto podnikov, ale aj celé židovské zákonodarstvo tohto obdobia predstavovali zásah do vlastníckych práv, ale aj iných práv, a to s ďaleko väčšími dôsledkami.²⁷

Z hľadiska štátneho korigovania majetkovej nerovnosti v tomto období šlo o riešenie roľníckej otázky. V poľnohospodárstve pracovala v roku 1939 stále väčšina obyvateľstva, približne 57 % oby-

²⁵ Mosný, P., Hubenák, L. *Dejiny štátu a práva na Slovensku*. UPJŠ, Košice 2008, s. 223.

²⁶ Lipták, L. *Slovensko v 20. storočí*. Bratislava, Kalligram, 2000, s. 197.

²⁷ Podrobnejšie napr.: Mosný, P. *Východiská sociálnej doktríny Slovenskej republiky 1939 – 1945* a Laclavíková, M. *Formovanie pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia na našom území začiatkom 20. st.*, oba in: Mosný, P. a kol. *Právohistorická realita sociálnej doktríny 20. storočia*. Kraków, Spolok Slovákov v Poľsku – Towarzystwo Słowaków w Polsce, 2013, s. 33 – 62, 63 – 114, 157 – 204; Beňa, J. *Vývoj slovenského právneho poriadku*. Banská Bystrica, UCM Banská Bystrica 2001, s. 46 a nasl. Lipták, L. *Slovensko v 20. storočí*. Bratislava, Kalligram, 2000, s. 216 a nasl.

vateľov na Slovensku, poľnohospodárstvo naďalej predstavovalo najdôležitejšie hospodárske odvetvie. Vláda pripravila novú fázu pozemkovej reformy, pričom reagovala na požiadavku kolonistov vyhnaných z obsadeného územia po Viedenskej arbitráži, bezzemkov, drobných roľníkov a poľnohospodárskych robotníkov. Novou otázkou bola parcelácia židovskej pôdy.²⁸

²⁸ „Pozemková reforma sa v konečnom dôsledku zúžila na pôdu v majetku Židov. Roľníci ju mohli získať núteným výkupom prostredníctvom štátu alebo so súhlasom Štátneho pozemkového úradu aj dobrovoľným predajom židovských vlastníkov, ktorí vzorne hospodárili a plnili požiadavky vládnej moci. Už od roka 1939 však mali židovské rodiny zakázané s pôdou voľne nakladať a museli odvádzať poplatky za jej držbu, obhospodarovanie a predaj. Parcelácia židovských hospodárstiev na základe zákona č. 46/1940 Sl. z. napredovala pomalým tempom do mája 1941. Podobne ako iné oblasti ekonomiky, aj sféru poľnohospodárstva zasiahla v danom období radikalizácia protizhidských opatrení. (...) Vládnym nariadením č. 93 z mája 1941 boli poľnohospodárske nehnuteľnosti Židov poštátnené, čím zanikol nárok majiteľov na peňažnú náhradu za parcelovanú pôdu. Platby roľníkov za prídely pozemkov následne preberal štát vo svoj prospech a schvaľovanie prídely získalo podobný charakter ako arizácia v podnikovej sfére. (...) Na jar 1942 sa však parcelácia úplne zastavila. (...) Nerozdelenú židovskú pôdu v celkovej výmere asi 27 tisíc ha (...) zákonom č. 108 z júla 1942 prevzala nová inštitúcia – Fond pre správu poľnohospodárskych majetkov, ktorá mala zabezpečiť ďalší chod hospodárstiev. V nasledujúcom období sa rozdelil už iba malý podiel židovskej pôdy formou dražieb, a to hlavne na nepoľnohospodárske účely. (...) Z celkového charakteru pozemkovej reformy sledovaného obdobia možno usudzovať, že jej vplyv na skladbu pozemkovej držby a štruktúru poľnohospodárskych závodov bol len okrajový. Podľa údajov o povojnových reštitúciách vlastníctva Židov a politických odporcov režimu štát poskytol na parceláciu a predaj celkom 45,4 tisíc ha židovskej a konfiškovanej pôdy. Na jej delení participovalo asi 22,5 tisíc roľníkov, veľkostatkárov a iných uchádzačov. Väčšinu rozdelenej pôdy však tvorili prídely malým roľníkom s plochou v priemere asi 1 ha, podobne ako v rámci reformy medzivojnových rokov. Predstavy o moderných stredne veľkých hospodárstvach spĺňalo do určitej miery iba 50 nedeliteľných dedičných gazdovstiev s výmerou do 20 ha a 632 nových majetkov vytvorených dobrovoľným predajom židovskej pôdy s priemernou rozlohou 8,4 ha. Majiteľov zmenilo 44 veľkostatkov, ktoré pridelili exponentom režimu a rodinným príslušníkom vládnych predstaviteľov. Nádej na vytvorenie vyspelej strednej vrstvy farmárov, ktorá mala zabezpečiť intenzifikáciu poľnohospodárstva, sa splnila len vo veľmi skromnej miere. Rozvoj strednej vrstvy farmárskych rodín brznila aj veľká technická zaostalosť jednotlivých statkov.“ Sabol, M.: Až na dno blahobytu (Hojnosť alebo chudoba slovenských rodín v Slovenskej republike 1939 – 1945), s. 377; Život v Slovenskej republike Slovenská republika 1939 – 1945 očami mladých historikov IX (Zostavil Peter Sokolovič), Ústav pamäti národa, Bratislava, 2010; ISBN 978-80-89335-37-4; http://www.upn.gov.sk/publikacie_web/zbornik-zivotov-SR-1939-45.pdf; autor tu citoval: Štatistická príručka Slovenska 1947. Bratislava 1947, s. 228; Správa predsedu Ústredného hospodárskeho úradu na zasadnutí

V týchto právnych opatreniach možno identifikovať najmä distributívny rozmer hľadania spravodlivosti popri vyrovnávajúcej.

Do vlastníckych vzťahov zasiahla tiež Slovenská národná rada, konštituovaná v období okupácie ako predstaviteľka odporu na Slovensku, zložená najmä z predstaviteľov bývalej slovenskej agrárnej strany, komunistickej strany a sociálnych demokratov. Normotvornou činnosťou počas Slovenského národného povstania zasiahla do majetku politických strán,²⁹ poštátnila školstvo na Slovensku, zaistila nemecké a arizované podniky³⁰ a zaviedla do nich systém nútenej správy a zasiahla do disponovania s nehnuteľnosťami dočasným zákazom scudzenia nehnuteľností.³¹

Štátnej rady 28. 3. 1942. Slovenský národný archív Bratislava (SNA), fond (f.) Ústredný hospodársky úrad – Štátna rada, škatuľa (šk.) 242; Slovenský zákonník, ročník (roč.) 1940, vládne nariadenie s mocou zákona 303/1940; Slovenský zákonník, roč. 1941, vládne nariadenie 94/1941, sl. z.; Vyhláška Ústredného hospodárskeho úradu č. 215 zo 7. 5. 1942. Úradné noviny, roč. 24, 1942, číslo (č.) 25, s. 595 – 596.

²⁹ Nar. SNR č. 4/1944 Sb. n. SNR o rozpustení politických strán a organizácií, z 1.9.1944: § 1 Slovenská národná rada rozpúšťa Hlinkovu slovenskú národnú stranu (HSLŠ), Deutsche Partei (DP), Magyar Nemzeti Párt, Hlinkovu Gardu (HG), Freiwillige Schutzstaffel (FS), Hlinkovu mládež a Deutsche Jungen (DJ) a všetky ich zložky a pridružené organizácie. § 2 Celý majetok sdružení uvedených v § 1 prepadá v prospech štátu. (...)

³⁰ Podľa zápisnice zo zasadnutia Slovenskej národnej rady konaného dňa 8. sept. 1944 o 17. hod. v Banskej Bystrici v zasadacej sieni Obchodnej a priemyselnej komory, návrh na Nariadenie Slovenskej národnej rady zo dňa 8. septembra 1944 o zaistení nemeckých a arizovaných podnikov znel: *Slovenská národná rada usniesla sa na tomto nariadení: § 1. /1/ Živnostenské a iné zárobkové podniky, závody a účasti na nich, ktoré sú vo vlastníctve osôb nemeckej národnosti, sa štátom zaisťujú. /2/ To isté platí aj o živnostenských a iných zárobkových podnikoch, závodoch a účasťach na nich, ktoré boli terajšími vlastníckymi nadobudnuté buď podľa právnych noriem o židovských podnikoch, alebo súkromnoprávnou smluvou, uzavretou po 6. októbri 1938 osobou, uvedenou v § 1, 2 a 4 nariadenia zo dňa 9. septembra 1941 č. 198 Sl. z. o právnom postavení židov a to vtedy, keď tieto podniky boli prevedené na tretie osoby a to aj vtedy, keď tieto podniky boli prevedené na osoby tretie. (...), zo stenozaáznamu k nar. SNR č. 11/1944 Sb. n. SNR o zaistení nemeckých a arizovaných podnikov, on-line archív NR SR, <http://www.nrsr.sk/dl/Browser/Document?documentId=181614>*

³¹ Zo zápisnice zo zasadnutia Slovenskej národnej rady konaného dňa 14. sept. 1944 o 17. hod. v zasadacej sieni Obchodnej a priemyselnej komory v Banskej Bystrici, je zrejmé: *„Podľa tohoto návrhu podľa § 1. všeobecne je zakázané smluvne scudziť nehnuteľnosti akéhokoľvek druhu, kým k tomu nedá svolenie Povereníctvo Slovenskej národnej rady pre veci hospodárske a zásobovacie. Táto všeobecná forma zákazu bola volená preto, aby bolo možné kontrolovať všetky prevody. Podľa § 3. návrhu naria-*

Sociálny charakter je tu prítomný, no nemožno hovoriť o priamych opatreniach na odstránenie majetkovej nerovnosti.

Na oslobodenom území obnovilo svoju činnosť Predsedníctvo Slovenskej národnej rady a vykonávalo svoju zákonodarnú, výkonnú a vládnu moc.³² Konfiškácia poľnohospodárskych majetkov Nemcov, Maďarov a zradcov a nepriateľov slovenského národa a jeho urýchlené rozdelenie bola veľkým opatrením a jedným z najznámejších nariadení na Slovensku. Plnil sa ním jeden z veľmi dôležitých programových bodov politického a sociálneho programu Slovenskej národnej rady. Nariadenie čoskoro potrebovalo korekcie.³³

denia, keď proti scudzeniu nehnuteľností nie je námietok z hľadiska verejných záujmov, súhlas k scudzeniu nehnuteľností bude daný, keď tu nebude prípad špekulačného predaja. Povereníctvo Slovenskej národnej rady pre veci hospodárske a zásobovacie predaj nehnuteľností povolí, inak ale nežiadúce scudzenie nehnuteľností v každom prípade má možnosť zamietnuť. (...) Tento návrh nariadenia je síce hlbokým zásahom do súkromného vlastníctva a do voľnosti uzavierania právnych jednání, tento zásah je však nutný vo verejnom záujme. Návrh nesmeruje zamedziť drobné scudzenie nehnuteľností, ktoré z hľadiska verejného sú bezvýznamné. V dnešnom čase nemožno však povoliť voľnú smluvnú vôľu i na drobné predaje už vzhľadom na to, že v praxi sa ukázalo, že nariadenie NÚZ-u č. 134/1943 o určení priemernej bežnej ceny nehnuteľností boli obchádzané, takže pravidelne bola určovaná priemerná bežná cena v súhlase so zmluvnou cenou, lebo menovaný znalec vždy išiel po ruke stranám, ktoré ho platily. Aby sa teda predišlo tomu, aby do kúpnopredajných zmlúv prišli fingované kúpne ceny, t. j. nízke a skutočnej kúpnej ceny nezodpovedajúca sumy, cieľom úplnej kontroly návrh nariadenia vyznel tak, že z pod obmedzenie zakázať scudzenie nehnuteľností neboli vyňaté nehnuteľnosti do určitej nízkej hodnoty. (...)“ Zo stenozáznamu rokovania SNR k nar. SNR č. 15/1944 Sb. nar. SNR o dočasnom zákaze scudzenia nehnuteľností a obmedzení zaťaženia nehnuteľností; On-line archív NR SR, <http://www.nrsr.sk/dl/Browser/Document?documentId=181616>

³² Z tohto obdobia pochádza nariadenie SNR č. 4/1945 Sb. nar. SNR o konfiškovaní a urýchlenom rozdelení poľnohospodárskeho majetku Nemcov, Maďarov ako aj zradcov a nepriateľov slovenského národa.

³³ Z rokovania o neskoršom nariadení SNR č. 33/1945 Sb. n. SNR, 16. bod programu – prerokovanie správy právneho, hospodársko-sociálneho a rozpočtového výboru o návrhu povereníka SNR pre pôdohospodárstvo a pozemkovú reformu na vydanie nariadenia o skonfiškovaní a rozdelení pôdohospodárskeho majetku Maďarov, Nemcov, ako aj zradcov a nepriateľov slovenského národa, spravodajca Dr. Kvetko: „*Slávna Národná rada! Predložené nariadenie je novelizáciou nariadenia č. 4/45 Sb. n. SNR, Predsedníctva SNR z 23. februára 1945. Novelizáciu tohto nariadenia vyžiadala si skúsenosť a skutočnosť, ktorá ukazovala, že sú v nariadení č. 4 veľké materiálne i administratívne nedostatky, ktoré treba odstrániť. Pôvodne navrhovali sme, aby novelizácia bola prevedená nie vyslovením zrušenia nar. č. 4, ale prosté doplnujúcim nariadením*

a to navrhovali sme tak preto, že nariadenie č. 4/1945 je jedno z najznámejších nariadení na Slovensku a je to jedno z nariadení, ktoré splní jeden z veľmi dôležitých programových bodov politického a sociálneho programu SNR. (...) chceme sa dotknúť len tých nových materiálnych alebo iných zmien, formálnych zmien, ktoré nariadenie navrhuje. (...) Paragraf 3 upravuje materiál v tom smere, že normuje, akým spôsobom sa má priznať 50 ha pôdohospodárskej pôdy, ktorá nemá byť konfiškovaná Maďarom a Nemcom, preukázavším svoju účasť v protifašistickom boji. (...) Paragrafom 6, začína druhá časť, tak zvaná prídellová časť nariadenia č. 4 a je vlastne tiež len rozvedená o nejaké iné, o kvalifikovanie iných uchádzačov, ktorí majú možnosť dostať pôdu. Tu by som chcel poukázať len na to, že sme vsunuli literu *el*. Je možno prideliť pôdu obciam a okresom na verejné ciele, *fj* stavebným, regulačným a iným družstvám a potom ako novú literu *gl* priemyselným podnikom alebo iným podnikom na ciele prevádzkové a sociálne ak potreba prídely je náležité odôvodnená. (...) Paragraf 7 ustanovuje, že žiadateľom v rámci vnútornej kolonizácie je možno prideliť až do 20 ha. Bolo nutné urobiť tak preto, aby sme prípadne získali možnosť uchádzačov pre maďarské okresy. A ods. 2 tohto paragrafu je zase vynútený praxou, že nám niektorí uchádzači, niektorí vlastníci pôdy chcú zanechať majetok pôdohospodársky v mieste, ktorý dnes majú v slovenských okresoch, chcú ísť kolonizovať v južných okresoch maďarských a pokladali sme to za nutné, aby táto možnosť bola tu daná z toho dôvodu, že obvykle tam v mieste v slovenskom prostredí je uchádzačov veľa, nárokov na pôdu je veľa, kdežto dole, už aj z technických a ubytovacích potrieb je kolonizácia veľmi sťažená. Paragraf 8 týka sa repatriácie Slovákov, ktorým prípadne môže byť pridelená výmera až do 50 ha. Paragraf 9 vyslovuje dôležité ustanovenia o nedeliteľnosti prideleného majetku (...). Paragraf 12 vyslovuje tiež normovanú už zásadu v nariadení č. 4, že prednosť právo majú vojaci, partizáni a ich rodinní príslušníci. (...) Paragraf 20 predkladá materiál novú, ktorou sa zriaďuje správa majetkov pre pozemkovú reformu a vymedzuje sa činnosť tejto správy v tom smere, že majú spravovať až do odovzdania prídelym pôdohospodárskych majetkov, konfiškovaných podľa § 1, napomáhať prídelym pri hospodárení, najmä pri vnútornej kolonizácii, dozerať na hospodárenie prídelym. Je nutné ustaviť túto správu majetkov pre pozemkovú reformu jednak preto, že je treba napomáhať našim novým kolonistom a novým roľníkom, bývalým deputátnikom a poľnohospodárskym robotníkom radou, pomocou i finančnou a je treba jednak dozerať na ich hospodárenie a preto je ustanovenie tejto správy žiadúce. (...) Paragraf 22 je nová téma, dopĺňajúca sankciu, že scudzil, ale do arendy dať /prenajať/ a zafažiť tento majetok, tých nových prídelym je možno len po schválení Povereníctva Slovenskej národnej rady pre pôdohospodárstvo a pozemkovú reformu. Je žiadúce toto vysloviť preto, aby za pomerne nízke ceny prídely, aké roľnícke komisie ustanovia, nedošlo potom k ďalšiemu kupčeniu s pôdou, ktorú im pridelíme, a to azda nie teraz, ale prípadne aj v najbližších rokoch a po tejto stránke nechceme, aby sa tuná vyvinula špekulácia s pôdou a preto týmto spôsobom im obmedzujeme práve vlastníctvom. (...) Paragraf 24 je téma nová, ktorú si vyžiadala prax a síce v tom smere, že je nutné sa postarať aj o bývalých zamestnancov na týchto veľkostatkoch, pokiaľ sú slovenskej národnosti, politicky a národne bezúhonní. A to sa môže stať tak, ako nám paragraf 24 navrhuje, buď prídelym pôdy, odškodnenia v peniazoch, prijatím do štátnej služby (...).“ Osnova bola jednomyselne vyhlásená za nariadenie.; 11. zasadanie pléna Slovenskej národnej rady konaného dňa 23. a 24. augusta 1945 v Bratislave, stenozáznam, on-line archív NR SR, <http://www.nrsr.sk/dl/Browser/Document?documentId=181638>

Povojnová konfiškácia poľnohospodárskeho majetku Nemcov, Maďarov a zradcov a jeho rozdelenie bola veľmi živá téma celé nasledujúce mesiace. Prerozdelenie tejto pôdy bolo určené na uspokojenie sociálne slabšej vrstvy obyvateľstva na podporu jeho obživy, pričom zvýhodňovaní boli presídlenci v rámci vnútornej kolonizácie a repatriovaní Slováci z cudziny.³⁴

Znova možno konštatovať, že zásah do vlastníckeho práva mal medzi svojimi argumentmi sociálnu otázku a korekcie majetkovej nerovnosti. Popri hľadaní distributívnej spravodlivosti je výrazný moment korekcie – potrestať súdobo definovaných nepriateľov a pozitívne motivovať vnútornú kolonizáciu a repatriáciu Slovákov.

Vývoj na našom území pred, ale najmä po februári 1948 a normatívne a mocenské akty postupne vytvárali prechodnú etapu na

³⁴ Z 23.8.1945 pochádza nariadenie SNR č. 104/1945 Sb. nar. SNR o konfiškovaní a urýchlenom rozdelení poľnohospodárskeho majetku Nemcov, Maďarov ako aj zradcov a nepriateľov slovenského národa; podľa § 6, *pôdohospodársky majetok bolo možné prideliť do vlastníctva: a) deputátnikovi a poľnohospodárskemu robotníkovi vo výmere do 8 ha ornej alebo do 12 ha poľnohospodárskej pôdy, ale najmenej 5 ha ornej pôdy, b) maloroľníkovi vo výmere dopĺňujúcej jeho vlastný pozemkový majetok tak, aby vlastnil spolu najviac 8 ha ornej alebo 12 ha poľnohospodárskej pôdy, c) maloroľníkovi s mnohočlennou rodinou vo výmere dopĺňujúcej jeho vlastný pozemkový majetok tak, aby vlastnil spolu najviac 10 ha ornej alebo 15 ha poľnohospodárskej pôdy, d) robotníkovi, úradníkovi a maloživnostníkovi na stavebné ciele vo výmere najviac 0,5 ha alebo na zriadenie ovocnej záhrady vo výmere najviac 1 ha, e) absolventom nižších poľnohospodárskych škôl najviac vo výmere do 10 ha ornej alebo do 15 ha poľnohospodárskej pôdy, ak chcú sami hospodáriť, f) obciam a okresom na verejné ciele, g) stavebným regulačným a okrem toho iným družstvám, ktoré sú zložené z oprávnených uchádzačov podľa písm. a) až c), h) priemyselným a iným podnikom alebo ústavom na ciele prevádzkové a sociálne, ak potreba pridelu je náležite odôvodnená a potvrdená Poverenctvom pre priemysel a obchod, poľažne Poverenctvom pre zdravotníctvo alebo Poverenctvom pre sociálnu starostlivosť. (2) Väčšie ovocné záhrady a vinohrady možno prideliť predovšetkým kvalifikovaným záhradníkom a vinohradníkom alebo osobám, ktoré môžu preukázať odborné znalosti a skúsenosti v ovocinárstve a vinohradníctve, ak vyhovujú pridelovým podmienkam (ods. 1). Prídelová výmera záhrady a vinohradu môže byť najviac 2 ha alebo môže dopĺňovať doterajšiu výmeru majetku prídelcu najviac do 2 ha. § 7 (1) Žiadateľom osídľovaným v rámci vnútornej kolonizácie pôdu možno prideliť vo výmere do 20 ha. (2) Ak pri vnútornej kolonizácii presídlenec odovzdá svoj doterajší pôdohospodársky majetok na ciele pozemkovej reformy, možno mu prideliť v novom sídle väčšiu výmeru pôdy, než akú zanechal, ale najviac do výmery 20 ha. § 8 Pri repatriácii Slovákov z cudziny možno na návrh Poverenctva Slovenskej národnej rady pre pôdohospodárstvo a pozemkovú reformu pôdu prideliť do výmery 50 ha.*

zavedenie totalitného socialistického režimu, napríklad znárodňovacie dekréty a konfiškácia nepriateľského majetku. Tento režim mal odlišný pohľad na vlastníctvo, na ochranu vlastníckeho práva a celkovo na majetkovú nerovnosť. Pre socialistický model je typický ideál rozdeľovania – každý podľa svojich možností – každému podľa jeho potrieb.

Inštitút vlastníckeho práva a stručný pohľad naň v reflexii posledných sto rokov na našom území

Súkromné vlastníctvo je logickým predpokladom majetkovej nerovnosti, preto jednou z ciest zmenšovania tejto nerovnosti sú zásahy do súkromného vlastníctva.

Na vlastníckom práve – ako absolútnom subjektívnom práve – rímski právnici založili systém všetkých majetkových vzťahov, pričom ho považovali za výlučné (absolútne), priame a elastické právo nad vecou. Vlastnícke právo bolo možné obmedziť v medziach súkromného i verejného práva, vyvlastnenie – čiže povinnosť odstúpiť vlastnícke právo vo verejnom záujme – rímske právo nezaviedlo.³⁵

Vlastnícke právo v prvej polovici 20. storočia na našom území sa vnímalo ako všeobecná, priama, právna moc nad vecou. Všeobecnosť znamenala, že vlastníč mohol vecou disponovať každým smerom a po každej stránke. Obmedziť túto všeobecnosť podľa ústavy bolo možné len na základe zákona, inak sa akceptovali iba

³⁵ K verejnoprávnym obmedzeniam vlastníckeho práva patrili napr. obmedzenia stavebné – minimálny odstup stavieb, sanitné – zákaz spaľovať mŕtvoly v meste, k súkromnoprávnym napr. povinnosť strpieť výkon vlastníckeho práva suseda a nechať ho pozbierať spadnuté plody na susednom pozemku. Prírodzene, trestnoprávna ochrana sa tiež mohla dotknúť vlastníckeho práva – napr. pri verejných trestných činoch, ziskuchtivé zneužívanie úradného postavenia podvádzaním a vydieraním občanov, sprenevera verejného majetku úradníkmi a funkcionármi – zmyslom trestu bola pomsta i odstrašenie; k trestom patrila odvrata, peňažitý trest, trest smrti, vyhostenie, nútené práce a iné, pričom ako vedľajšie tresty sa používali strata majetku a občianstva; Rebro, K., Blaho, P. *Rímske právo*. Bratislava, Obzor, 1991, s. 232 a 370.

obmedzenia v dôsledku vecných práv k cudzím veciam. Právo vec držať, užívať, požívať a ňou disponovať bolo možné v niektorých prípadoch, napríklad v prípade konkurzu a exekúcie, či v dôsledku predpisov o ochrane pamiatok, banských alebo leteckých predpisov. Výnimkou zo všeobecnej právnej zásady nedotknuteľnosti súkromného vlastníctva je verejnoprávny inštitút vyvlastnenia.³⁶

Vývoj na Slovensku po roku 1918 a 1939 bol vo vzťahu k vlastníckemu právu ešte stále koncipovaný na ochrane súkromného vlastníctva a slobodnej dispozičnej sféry súkromného podnikania. No veľké štátoprávne zmeny priniesli aj veľké zmeny pre mnohých vlastníkov.

Slovami historika Liptáka šlo o oslabovanie posvätných zásad vlastníctva: „Šibovanie účastín, niekoľkonásobné majetkové presuny často násilnými a aj z hľadiska buržoáznej zákonnosti pochybnými metódami, zreteľná závislosť súkromného kapitálu od štátu a vládnej moci, a to v krátkom období 20 – 25 rokov, už po druhý – tretí raz, mali politické dôsledky, ktoré si historiografia zatiaľ málo všíma: oslabili posvätné zásady súkromného vlastníctva.“³⁷

Ústava z 9. mája 1948 ešte počítala so súkromným vlastníctvom. V medziach všeobecných právnych predpisov mohol každý občan nadobúdať na ktoromkoľvek mieste Československej republiky nehnuteľnosti a iný majetok a vykonávať tam zárobkovú činnosť. Súkromné vlastníctvo bolo možné obmedziť len zákonom, vyvlastnenie bolo možné na základe zákona a za náhradu, ak zákon nestanovil, že sa náhrada nemá dať.³⁸ Hospodárska sústava štátu bola založená na znárodnení prírodného bohatstva, priemyslu, veľkoobchodu a peňažníctva; na vlastníctve pôdy podľa zásady „pôda

³⁶ Všeobecným vyvlastňovacím zákonom bol zák. čl. LXI z roku 1881, podľa ktorého sa vyvlastnenie pripúšťalo len vo verejnom záujme, súkromný záujem mohol byť základom pre vyvlastnenie, len ak jeho uspokojenie bolo záujmom verejným, napr. vyvlastnenie pre potreby továrne, ktorej zriadenie sa považovalo za všeobecný hospodársko-sociálny záujem a za náhradu. In: Luby, Š. *Základy všeobecného súkromného práva*, 3. vyd. Šamorín, Heuréka, 2002, s. 101 a 112; dnes napr. čl. 20 Ústavy Slovenskej republiky.

³⁷ Lipták, L. *Slovensko v 20. storočí*. Bratislava, Kalligram, 2000, s. 207.

³⁸ § 8, § 9 Ústavy 9. mája 1948, č. 150/1948 Sb.

patrí tomu, kto na nej pracuje“; na ochrane drobného a stredného podnikania a na nedotknuteľnosti osobného majetku. Všetko národné hospodárstvo malo slúžiť ľudu a v tomto verejnom záujme štát riadil všetku hospodársku činnosť jednotným hospodárskym plánom.³⁹

Nastupujúci režim mal celkom jednoznačný prístup k odstraňovaniu majetkovej nerovnosti. Ťažko usúdiť, či vytvoril takmer rovnostársku spoločnosť, alebo takmer vytvoril rovnostársku spoločnosť. V každom prípade vyrovnávanie rozdielov – z nášho stanoviska záujmu – najmä tých majetkových, bolo jedným z jeho programových cieľov. Socialistický názor na spravodlivosť bol rozdeliť každému podľa jeho potrieb.

Nový sociálny poriadok sa rozlúčil s etapou kapitalistického liberalizmu a začala sa budovať etapa tzv. ľudovej demokracie. Výrobné prostriedky mohli byť len národným majetkom, t. j. štátnym, a to v správe národných podnikov alebo majetkom ľudových družstiev. Pripúšťalo sa súkromné vlastníctvo jednotlivých výrobcov, ak šlo o vlastníctvo drobných a stredných podnikov do 50 zamestnancov. Najvyššia prípustná výmera pôdy jednotlivca alebo v spoluvlastníctve alebo spoločne hospodáriacej rodiny bola 50 ha. Súkromné vlastníctvo pôdy sa pripúšťalo u poľnohospodárov, ktorí na nej sami pracovali, a zaručovalo sa taktiež do výmery 50 ha. Ústava z roku 1948 použila pojem osobný majetok občanov, ktorý bol nedotknuteľný a rozumeli sa ním predmety domácej a osobnej spotreby, rodinné domy a úspory nadobudnuté prácou, ako aj dedičské práva na ne. Súkromné monopolné zárobkové organizácie, najmä kartely, trusty a syndikáty boli zakázané. Výlučne štát mohol pôsobiť v nasledujúcich oblastiach, ktoré boli zadefinované ako národný majetok: nerastné bohatstvo a jeho ťažba, energetické zdroje a energetické podniky, bane a huty, prírodné liečivé zdroje, výroba predmetov slúžiacich zdraviu ľudu, podniky aspoň s 50 zamestnancami (ak nešlo o podniky ľudových družstiev), banky a poisťovne, verejná železničná doprava, pravidelná cestná a le-

³⁹ Čl. XII Ústavy 9. mája 1948, č. 150/1948 Sb.

tecká doprava, pošta, verejný telegraf, telefón, rozhlas, televízia a film.⁴⁰

Február 1948 znamenal rýchle zmeny týkajúce sa najmä pozemkovej reformy a znárodnenia, kľúčové hospodárstvo sa dostalo do rúk štátu. V štáte vládol monopol jednej politickej strany – komunistickej. Súkromné vlastníctvo bolo do istej miery zaručené, cieľ kolektivizácie poľnohospodárstva a likvidácie strednej vrstvy živnostníkov bol naliehavý. Mohutné štátne vlastníctvo a plánované riadenie hospodárstva ovplyvnili celú sústavu občianskoprávných vzťahov. Osobitná ochrana sa venovala socialistickému vlastníctvu, záujem jednotlivca jednoznačne ustúpil záujmu štátu.

Nemožno uprieť tejto ideológii silný sociálny charakter a úspešné odstraňovanie majetkovej nerovnosti, najmä z pozitívneho uhla pohľadu – pozdvihnutie tých majetkovo slabších. Nemožno nespomenúť elektrifikáciu, plynofikáciu, zavádzanie vodovodov, zlepšený prístup k vzdelaniu a zdravotnej starostlivosti, neexistenciu nezamestnanosti a celkové pozdvihnutie úrovne majetkovej sféry existencie. Vo všeobecnosti sa socialistické krajiny považujú za krajiny, ktoré nedokážu tak kumulovať bohatstvo ako kapitalistické. Zároveň však bohatstvo, ktoré majú, distribuujú rovnomernejšie. No nie je úlohou príspevku venovať sa aj tým ďalším stránkam systému, zjednodušene nazývaného systému neslobody.

Odstraňovanie rozdielov medzi duševnou a fyzickou prácou, odstraňovanie sociálnych a kultúrnych rozdielov medzi mestom a vidiekom, odstraňovanie rozdielov a vytvorenie rovnostárskej spoločnosti bol ideál. Keďže poľnohospodárstvo tvorilo podstatnú časť hospodárstva, štát bol sústredený riadiť „za účasti roľníctva“ poľnohospodársku politiku tak, aby sa postupne zvyšovala výrobo-technická úroveň dediny.

Nielen zo socialistického obdobia je zrejмый pohľad ovládajúceho na ovládaných – jednoliata masa ovládaných je lepším materiálom na ovládanie.

⁴⁰ § 146 – § 164 Ústavy 9. mája 1948, č. 150/1948 Sb.

Občiansky zákonník z roku 1950 pri koncipovaní vlastníckeho práva vychádzal zo sovietskeho modelu, pričom sa rozoznávalo vlastníctvo štátne – národný majetok, družstevné vlastníctvo, vlastníctvo osobné slúžiace osobnej potrebe a súkromné vlastníctvo, najmä pôdy.⁴¹

Ďalším medzníkom socialistického obdobia na našom území bolo prijatie Ústavy Československej socialistickej republiky v roku 1960.⁴² Socialistická hospodárska sústava bola koncipovaná na zoštatnení výrobných prostriedkov a na plánovanom riadení národného hospodárstva. Socialistické spoločenské vlastníctvo existovalo v dvoch formách – štátne vlastníctvo (národný majetok) a družstevné vlastníctvo (majetok ľudových družstiev). Pripúšťalo sa drobné súkromné hospodárenie založené na osobnej práci a vylučujúce vykorisťovanie cudzej pracovnej sily. Osobné vlastníctvo sa týkalo spotrebných predmetov, predmetov osobnej a domácej potreby, na rodinné domy a úspory nadobudnuté z práce a tu sa zaručovalo dedenie.

Posvätnosť vlastníctva sa posunula do iného významu: „*Občania sú povinní chrániť a upevňovať socialistické vlastníctvo ako nedotknuteľný základ socialistického zriadenia a zdroj blahobytu pracujúceho ľudu, bohatstva a sily vlasti.*“⁴³

Koncepcia Občianskeho zákonníka z roku 1964 vychádzala z úzkej, tzv. spotrebiteľskej koncepcie a úprava majetkových a s ním súvisiacich osobných vzťahov sa v bývalom Československu rozčlenila do troch navzájom nezávislých a úplne oddelených kódexov.⁴⁴ Veci určené na osobnú potrebu občanov sa odvodzovali z prevedenia zo socialistického spoločenského vlastníctva do ich osobného vlastníctva alebo z prenechania občanom do ich osobného užívania. Limitácia bola zjavná: v osobnom vlastníctve mohli byť príjmy

⁴¹ Vojáček, L., Schelle, K. *Právní dějiny na území Slovenska*. Ostrava, KEY Publishing, 2007, s. 402.

⁴² Úst. z. č. 100/1960 Sb., Ústava ČSSR.

⁴³ Čl. 35, Úst. z. č. 100/1960 Sb., Ústava ČSSR.

⁴⁴ Lazar, J. Zásluhy profesora Štefana Lubyho o rozvoj civilistiky. *Justičná revue*, 61, 2009, č. 11, s. 1270 – 1277

a úspory z práce a zo sociálneho zabezpečenia, veci domácej a osobnej potreby, rodinné domčeky a rekreačné chaty, pričom v osobnom vlastníctve mohol byť len jeden rodinný dom a mal aj určenú maximálnu rozlohu či počet miestností.⁴⁵ Legálnosť nadobudnutia majetku vyjadrovalo ustanovenie: „Zdrojom osobného vlastníctva je predovšetkým práca občana v prospech spoločnosti. Majetok získaný z nestatočného zdroja nepožíva ochranu osobného vlastníctva“ (§ 125 OZ).

Idea rovnostárskej spoločnosti mala svoje vyjadrenie v určení, ako mohol vlastník vec užívať a tiež aj v korektíve zabraňujúcom majetkovú nerovnosť: „(1) Vlastník má právo užívať vec pre potrebu svoju, svojej rodiny a domácnosti; má právo na úžitky a prírastky veci, ako aj právo previesť ju na iného. Ak to nie je v rozpore so záujmami spoločnosti, môže vlastník vec prenechať na užívanie inému alebo s ňou nakladať aj inak. (2) Veci nahromadené v rozpore so záujmami spoločnosti nad mieru osobnej potreby vlastníka, jeho rodiny a domácnosti nepoživajú ochranu osobného vlastníctva.“ (§ 130 OZ) Vyvlastniť vec v osobnom vlastníctve alebo ju trvale obmedziť bolo možné v dôležitom záujme spoločnosti, na základe zákona a za náhradu (§ 131 ods. 2 OZ). Občianskoprávnu tému vlastníctva bytov sa podarilo uzákoniť v roku 1966, teda aj táto forma bývania sa mohla do právnej formy osobného vlastníctva.⁴⁶

K interpretácii inštitútu vlastníctva bytov významne prispel prof. Štefan Luby, ktorý bol nielen pri zrode samostatného zákona z roku 1966, ale aj publikoval k tejto téme podstatné texty. Na jednej strane zdôvodnil teoretickú konštrukciu reálnej deliteľnosti bytové-

⁴⁵ Občiansky zákonník, z. č. 40/1964 Sb., účinný k 1.4.1964: § 128 (1) Rodinný domček je obytný dom, v ktorom aspoň dve tretiny podlahovej plochy všetkých miestností pripadajú na byty. Rodinný domček môže mať najviac päť obytných miestností nepočítajúc do toho kuchyne. Väčší počet obytných miestností môže mať, ak úhrn ich podlahovej plochy neprevyšuje 120 m²; z obytných kuchýň sa do tohto úhrnu započítavajú len plochy, o ktoré výmera kuchyne prevyšuje 12 m². (2) Za podmienok uvedených v odseku 1 sa za rodinný domček považuje aj obytná časť roľníckej usadlosti. § 129 V osobnom vlastníctve môže byť len jeden rodinný domček.

⁴⁶ Z. č. 52/1966 Zb. o osobnom vlastníctve bytov, iniciátorom uzákonenia samostatného vlastníctva bytov v Československu bol prof. Štefan Luby; in: Lazar, J. Zásluhy profesora Štefana Lubyho o rozvoj civilistiky. *Justičná revue*, 61, 2009, č. 11, s. 1270 – 1277.

ho domu, ktorý sa tak stal reálne deliteľným, čo sa ocenilo najmä po roku 1989, na druhej strane sa postavil za tézu, že ak občan postavil jeden rodinný domček a druhý napríklad zdedil po rodičoch, nastala situácia, ktorá v konečnom dôsledku znamenala, že vlastník mohol mať aj dva rodinné domčeky, ak to vzhľadom na všetky okolnosti bolo primerané. Tak korigoval socialistickú zásadu, že v osobnom vlastníctve mohol byť len jeden byt alebo len jeden rodinný domček.⁴⁷

Obrat v chápaní vlastníctva nastal po roku 1989 a úzko súvisí s prijatím Listiny základných práv a slobôd, podstatná novela Občianskeho zákonníka i neskoršie zakotvenie ochrany vlastníckeho práva do čl. 20 Ústavy Slovenskej republiky. Vlastnícke právo sa zaručuje a vlastnícke právo všetkých má rovnaký zákonný obsah a ochranu.

Reštitučné právne predpisy po roku 1989 taktiež patria k normatívnym aktom štátu s dôsledkami vo vlastníckom práve jednotlivcov, no argumenty boli iné. Neboli medzi nimi tie sociálne, ktorými sa mala korigovať majetková nerovnosť v prospech nemajetnej časti obyvateľstva. Opatrenia zasahujúce do vlastníckych vzťahov boli vedené spravodlivosťou –vyrovnať krivdy – čo sa zobralo, nech sa vráti.

Iná oblasť je privatizácia. Etapa prechodu medzi totalitným režimom a budovaním nového zriadenia založeného na princípoch právneho štátu a demokracie priniesla ďalekosiahle „presuny“ vlastníctva. Výstižnú charakteristiku výsledkov liberalizácie trhu a privatizácie použil prof. Holländer vo Filipike proti redukcionizmu: „...ešte pred desiatimi rokmi by som dal všetkým krajinám, ktoré prechádzajú na trhový model ekonomiky, tri dobré rady: privatizujte, privatizujte, privatizujte. Ale mýlil som sa, potvrdilo

⁴⁷ Podrobnejšie pozri: Vozár, J. *Významní slovenskí právnicki z Liptova*. VEDA, Bratislava 2016, s. 143; autor použil texty: Luby, Š. *Vlastníctvo bytov v práve rozličných spoločenských formácií*. Právny obzor, 1964, č. 6, s. 321 – 337; Luby, Š. *Karol Plank: Osobné užívanie bytov*. Bratislava 1967, recenzia, Právny obzor, 1967, č. 10, s. 923 – 924, Luby, Š. *Vlastníctvo bytov*. Bratislava, Vydavateľstvo SAV, 1971, s. 518.

sa, že vláda zákona je dôležitejšia ako privatizácia.“⁴⁸ Slabiny tejto formy distribuovania majetku rozhodnutím štátu pocítime do dnes.

Právne opatrenia nasmerované voči tým, ktorí zbohatli nestatočne

K právnym nástrojom na korigovanie majetkovej nerovnosti možno pripočítať aj tie, ktorými sa štát usiluje postihnúť majetok „s najväčšou pravdepodobnosťou“ nadobudnutý z nelegálnych zdrojov. Čiže opatrenia voči tej časti subjektov práva, ktoré sú na tej druhej strane škále chudobní – bohatí, respektíve voči tým, ktorí zbohatli nepoctivo, z nestatočných zdrojov. Nepoctivé zdroje sa interpretujú ako zdroje najmä v dôsledku trestnej činnosti (napríklad podvod, špekulácia, úplatkárstvo), ale aj také, ktoré nedosahujú intenzitu spoločenskej nebezpečnosti trestného činu a vo všeobecnosti ide o zdroje v rozpore s dobrými mravmi.⁴⁹

V týchto prípadoch nie je možné hovoriť o odstraňovaní majetkovej nerovnosti, ale o korigovaní nerovnovážneho stavu, keď sa majetok (výhody) získal protiprávne, v rozpore s dobrými mravmi či pochybným spôsobom. Možno hovoriť o zákonnej spravodlivosti, kde „zákon pozerá iba na rozdiel medzi výškou bezprávia a škody – a s osobami zaobchádza ako s rovnakými –, že jeden bezprávie pácha, druhý ho znáša, že jeden spôsobil škodu a druhý bol poškodený. Preto sa sudca pokúša vyrovnať túto formu bezprávia, ktorá je porušením

⁴⁸ In: Holländer, P. *Filipika proti redukcionizmu*. Bratislava, Kalligram, 2009, s. 55 a nasl.; citované: Friedman, M. Privatization Isn't Enough. In: Gwartney, J., Lawson, R. (eds.) *Economic Freedom of the World. Annual Report*, Vancouver 2002, na inom mieste: „Výsledkom bolo, že liberalizácia trhu nespĺnila očakávania a v niektorých krajinách, kde chýbal dostatočný inštitucionálny rámec, reforma narobila viac škody, ako keby vôbec nebola prebehla.“ Citované: Fukuyama, F. *State-building: Governance and World Order in the 21st Century*.

⁴⁹ Lazar, J. a kol. *Základy občianskeho práva hmotného 2*. Bratislava, Iura edition, 2004, s. 316.

rovnosti“.⁵⁰ Takéto právne nástroje realizujú spravodlivosť vyrovnávajúcu.

Existujú súkromnoprávne nástroje, ako sa vyrovnaf s nekalým konaním, ktoré môže priviesť nepoctivé zbohatnutie na jednej strane a ukrátenie na druhej strane. Príkladom v podnikateľskom prostredí sú ustanovenia o nekalej súťaži a o ochrane pred ňou.⁵¹ Osoby, ktorých práva boli nekalou súťažou porušené alebo ohrozené, môžu sa proti rušiteľovi domáhať, aby sa tohto konania zdržal a odstránil závadný stav, ďalej môžu požadovať primerané zadosťučinenie, ktoré sa môže poskytnúť aj v peniazoch, náhradu škody a vydanie bezdôvodného obohatenia (§ 53 ObchZ). Ide o realizáciu vyrovnávajúcej spravodlivosti.

Bezdôvodné obohatenie zakladá povinnosť bezdôvodné obohatenie vrátiť.⁵² Socialistický Občiansky zákonník z roku 1964 priamo vyjadril zásadu, že „*veci nahromadené v rozpore so záujmami spoločnosti nad mieru osobnej potreby vlastníka, jeho rodiny a domácnosti, nepožítavajú ochranu osobného vlastníctva*“.⁵³ Vyplývalo to aj z jednej zo zásad občianskoprávných vzťahov (čl. VII): „*Nikto nesmie zneužívať svoje práva proti záujmom spoločnosti alebo spoluobčanov a nikto sa nesmie na úkor spoločnosti alebo spoluobčanov obohacovať.*“ Socialistický model ku korektívnej spravodlivosti pridal aj distributívny rozmer.

Súčasný Občiansky zákonník obsahuje všeobecnú zodpovednosť za škodu spôsobenú porušením právnej povinnosti (§ 420 a nasl. OZ), ako aj povinnosť vydať bezdôvodné obohatenie. Teda „*kto sa na úkor iného bezdôvodne obohatí, musí obohatenie vydať. Bezdô-*

⁵⁰ Aristoteles. Etika Nikomachova 1132, in: Brösl, A. *Frontisterion*. Kalligram, Bratislava 2009, s. 53.

⁵¹ § 44 – § 55 Obchodného zákonníka.

⁵² „*Aj vnútri skupiny zákonných záväzkov sú isté všeobecnejšie druhy skutkového stavu, ktoré v každom prípade prívodia záväzok určitého druhu, i keď je to nie zvlášte vyrieknuté u jednotlivých prípadov; takýmito sú najmä zakázané činy, ktoré vždy zaväzujú na náhradu škody a prípady bezdôvodného obohatenia, ktoré zaväzujú na vrátenie obohatenia.*“ Fajnor-Záthurecký, in: Rouček, F., Sedláček, J. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi*. Praha 1935 – 1937, reprint: ASPI Publishing, s.r.o., Praha 2002, zv. IV, s. 14.

⁵³ § 130 ods. 2 Občiansky zákonník, z. č. 40/1964 Zb., v znení k 1.4.1964.

vodným obohatením je majetkový prospech získaný plnením bez právneho dôvodu, plnením z neplatného právneho úkonu alebo plnením z právneho dôvodu, ktorý odpadol, ako aj majetkový prospech získaný z nepoctivých zdrojov“ (§ 451 OZ). „Keďže k majetkovej nerovnováhe dochádza v právnych vzťahoch pomerne pravidelne, (...) o bezdôvodnom obohatení možno hovoriť výlučne vtedy, ak absentuje právny dôvod tejto majetkovej nerovnováhy. Právnym dôvodom môže byť zákon alebo na základe zákona právne relevantná skutočnosť (napr. zmluva, vznik škody). Primárnou funkciou právnej úpravy bezdôvodného obohatenia je tak náprava nespravodlivej majetkovej nerovnováhy vzniknutej z titulu absencie relevantného právneho dôvodu. Hovoríme o funkcii reparačnej či reštitučnej. V širších právnych súvislostiach možno hovoriť aj o funkcii výchovno-preventívnej. Právna úprava bezdôvodného obohatenia nemá ustanovenia sankčno-represívne, a to od účinnosti najpodstatnejšej novely Občianskeho zákonníka v období demokratického vývoja nášho súkromného práva, z. č. 509/1991 Zb.“⁵⁴ Čiže súčasný model bezdôvodného obohatenia realizuje vyrovnávajúcu spravodlivosť, kde sa vyrovnáva nerovnováha toho, kto protiprávne stratil voči tomu, kto protiprávne získal.

Malá odbočka – celkom odlišne možno v inom právnom svete vidieť postoj vyrovnania majetkového rozdielu v rozhodnutiach súdov. Inšpiratívne tu pôsobí porovnanie náhrady škody v našom prostredí a v prostredí americkom, kde súdy priznávajú často sankčnú náhradu vo výške viacnásobku skutočnej škody. „... [J]e to práve potreba kompenzácie relatívneho nedostatku redistribučného potenciálu verejno-politických rozhodnutí legislatívy a exekutívy, ktorá americkým súdom v oblasti torts umožňuje ovplyvňovať sociálno-ekonomické súradnice krajiny spôsobom, ktorý naozaj predstavuje tvorbu a uplatňovanie systému sociálneho poistenia. V tejto perspektíve teda nejde ani tak o ten rozdiel v sumách náhrad, priznávaných ‚našimi‘ a ‚ich‘ súdmi, ale v celkovom chápaní roly, akú tieto súdy prostredníctvom rozhodovania o náhrade škody plnia. (...) Nejde teda o mechanizmus, ktorý by spočíval v tom, alebo

⁵⁴ Števíček; in: Števíček, M., Dulak, A., Bajánková, J., Fečík, M., Sedlačko, F., Tomašovič, M. a kol. *Občiansky zákonník II*, § 451 – 880., Komentár. Praha, C. H. Beck, 2015, s. 1587 – 1588.

len v tom, že berie práve bohatým a – v prípade sankčnej náhrady – aj prekázateľne lakomým; ono sa v konečnom dôsledku berie všetkým ekonomicky alebo inak sociálne aktívnym účastníkom spoločenskej prevádzky, aby sa dalo tým, u ktorých vznikne príslušná potreba.⁵⁵ Čiže v texte spomenutý distribučný potenciál individuálnych právnych aktov vyjadruje využitie nielen korektívnej, ale aj distributívnej spravodlivosti v prípade inštitútu náhrady škody.

Späť k nám – na jednej strane stojí súkromnoprávna ochrana, kde sa svojich práv môžu domáhať jednotlivé subjekty práva v súkromnoprávných vzťahoch, a to aj v konaní pred súdmi.

Na druhej strane stojí verejnoprávna ochrana. Z nej najskôr treba spomenúť trestnoprávnu ochranu, kde sa za nebezpečné pre spoločnosť považujú konania, kde sa druhému protiprávne siahne na majetok, alebo sa ohrozí aj iná právom chránená hodnota, pričom môže byť uložený dokonca trest prepadnutia majetku.⁵⁶ Čiže z celej škála

⁵⁵ Procházka, R. *Mak proti Gatsbymu. Osud, vina a zodpovednosť za škodu*. Edition Ryba, 2009, s. 106 a 104.

⁵⁶ Z. č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon, § 58 ods. (1) Trest prepadnutia majetku môže súd uložiť vzhľadom na okolnosti spáchaného trestného činu a pomery páchatela, ak páchatela odsudzuje na trest odňatia slobody na doživotie alebo ak ho odsudzuje na nepodmienečný trest odňatia slobody za obzvlášť závažný zločin, ktorým páchatel získal alebo sa snažil získať majetkový prospech veľkého rozsahu alebo ktorým spôsobil škodu veľkého rozsahu. Ods. (2) Trest prepadnutia majetku súd uloží bez splnenia podmienok uvedených v odseku 1, ak odsudzuje páchatela za spáchanie trestného činu nedovolenej výroby omamných a psychotropných látok, jedov alebo prekurzorov, ich držanie a obchodovanie s nimi podľa § 173 ods. 3, trestného činu obchodovania s ľuďmi podľa § 179, trestného činu zverenia dieťaťa do moci iného podľa § 180 ods. 2 alebo 3 alebo § 181, trestného činu vydierania podľa § 189 ods. 2 písm. c), trestného činu hrubého nátlaku podľa § 190 ods. 1, 3, 4 alebo 5 alebo § 191 ods. 3 alebo 4, trestného činu nátlaku podľa § 192 ods. 3 alebo 4, trestného činu nepovolennej prevádzky lotérií a iných podobných hier podľa § 230 ods. 2, 3 alebo 4, trestného činu podielníctva podľa § 231 ods. 2, 3 alebo 4 alebo § 232 ods. 3 alebo 4, trestného činu legalizácie príjmu z trestnej činnosti podľa § 233 ods. 1 alebo 2 alebo § 234, trestného činu falšovania, pozmeňovania a neoprávnenej výroby peňazí a cenných papierov podľa § 270, trestného činu uvádzania falšovaných, pozmenených a neoprávnene vyrobených peňazí a cenných papierov podľa § 271 ods. 1, trestného činu výroby a držby falšovateľského náčinia podľa § 272 ods. 3, trestného činu skrátenia dane a poistného podľa § 276 ods. 2, 3 alebo ods. 4, trestného činu neodvedenia dane a poistného podľa § 277 ods. 2, 3 alebo ods. 4, trestného činu daňového podvodu

trestných činov proti majetku, ale aj trestných činov hospodárskych či trestných činov proti poriadku vo verejných veciach (štvrtá, piata a ôsma hlava Trestného zákona) možno vidieť postoj štátu a práva. Osoby, ktoré protiprávne siahli na majetok iného, ktoré sa v rozpore so zákonom obohatili, budú potrestané, pričom v niektorých prípadoch môže byť dokonca uložený trest prepadnutia veci alebo prepadnutia majetku. Štát netoleruje protizákonný spôsob obohatenia a aplikovaním trestného práva môže zasiahnuť do majetkovej sféry tejto osoby.

Tým sa teda nevyrovnáva majetková nerovnosť, štát nebráni zbohatnutiu jednotlivcov, štát sa bráni proti nezákonnému zbohatnutiu a proti nepoctivému zbohatnutiu. Štát vyrovnáva protiprávny stav, ktorý nastal tým, že niekto získal protiprávne výhodu, majetok. To je však tiež zložitý problém.

V podmienkach Slovenskej republiky nájdeme viacero príkladov legislatívnych nástrojov, ako sa štát bráni proti nezákonnému alebo minimálne proti nepoctivému zbohatnutiu – v individuálnych prípadoch.

Jedna oblasť právnych predpisov určuje povinnosti osobám, ktoré plnia verejné úlohy, aby nepodľahli osobným záujmom, a zároveň na takéto osoby kladie osobitné nároky. Príkladom je ústavný zákon č. 357/2004 Z. z. o ochrane verejného záujmu pri výkone funkcií verejných funkcionárov, kde sa definuje nezlučiteľnosť funkcie verejného funkcionára s výkonom iných funkcií, zamestnaní alebo

podľa § 277a ods. 2 alebo ods. 3, trestného činu nezaplatenia dane a poistného podľa § 278 ods. 2 alebo 3, trestného činu porušenia predpisov o štátnych technických opatreniach na označenie tovaru podľa § 279 ods. 2 alebo 3, trestného činu teroru podľa § 313 alebo § 314, trestného činu prijímania úplatku podľa § 328 ods. 2, trestného činu falšovania a pozmeňovania verejnej listiny, úradnej pečate, úradnej uzávery, úradného znaku a úradnej značky podľa § 352 ods. 6, trestného činu prevádzkačstva podľa § 355 alebo § 356, trestného činu kupliarstva podľa § 367 ods. 3, trestného činu výroby detskej pornografie podľa § 368, trestného činu rozširovania detskej pornografie podľa § 369, trestného činu ohrozovania mravnosti podľa § 372 ods. 2 alebo 3 alebo trestného činu terorizmu a niektorých foriem účasti na terorizme podľa § 419 a páchatel nadobudol majetok aspoň v značnom rozsahu trestnou činnosťou alebo z príjmov pochádzajúcich z trestnej činnosti.

činností; povinnosti a obmedzenia verejného funkcionára, aby neuprednostnil osobný záujem pred verejným záujmom a zodpovednosť verejného funkcionára vrátane uloženia sankcií. Na jednej strane sa uberie – na druhej sa pridá: uložené pokuty môžu byť príjmom štátneho rozpočtu, rozpočtu obce, rozpočtu vyššieho samosprávneho kraja alebo vysokej školy.⁵⁷ Čiže spravodlivosť vyrovnáva.

K ďalším možno uviesť zákon č. 552/2003 Z. z. o výkone práce vo verejnom záujme, kde takáto osoba nesmie zneužívať svoje postavenie na získanie osobného prospechu a má obmedzenia vo vzťahu k podnikaniu alebo inej zárobkovej činnosti (napr. § 8 a § 9). Patrí sem aj zákon č. 55/2017 Z. z. o štátnej službe. Pri osobách vykonávajúcich verejnú službu a štátnu službu platí povinnosť podávať pravidelné majetkové priznania. Inštitút podávania majetkových priznaní je zákonom uložený napríklad aj sudcom⁵⁸ a prokurátorom⁵⁹. Ide o ďalší príklad štátneho opatrenia, ako zabrániť nepoctivému zbohatnutiu.

Keďže štátu neustále rastie pocit ohrozenia z korupcie a netransparentného nadobúdania majetku či nadobúdania majetku z nelegálnych zdrojov, ktoré nevie postihnúť trestnoprávnymi normami, rozširuje sa oblasť legislatívy rozširujúca pole štátnej kontroly. Príkladom je zákon č. 297/2008 Z. z. o ochrane pred legalizovaním príjmov z trestnej činnosti a o ochrane pred financovaním terorizmu, ktorý zaviedol mnohé povinnosti povinným osobám v súvislosti najmä s neobvyklými obchodnými operáciami. Celý mechanizmus

⁵⁷ Čl. 9 ods. (11) úst. z. č. 357/2004 Z. z.

⁵⁸ § 5 ods. (7) z. č. 385/2000 Z. z. o sudcoch a prísediacich: Súdna rada pri rozhodovaní o splnení predpokladov sudcovskej spôsobilosti vychádza z komplexného posúdenia uchádzača o funkciu sudcu, ako aj z podkladov Národného bezpečnostného úradu, ktorými sa zisťuje, či sudca alebo uchádzač o funkciu sudcu a) nie je pod preukázateľným nátlakom v dôsledku finančnej situácie, (...) c) neprijíma neoprávnené platby, dary alebo iné výhody alebo nezneužíva postavenie a funkciu na získavanie neoprávnených požitkov, d) nedisponuje s majetkom, ktorého hodnota je neprimeraná priznaným príjmom a ktorého legálnosť pôvodu nie je schopný alebo ochotný preukázať, e) nemá obchodné, majetkové alebo finančné vzťahy s osobami z prostredia organizovaného zločinu, alebo f) nespráva sa korupčne.; § 32 Majetkové priznanie.

⁵⁹ § 28 zákona č. 154/2001 Z. z. o prokurátoroch a právnych čakateloch prokuratúry.

verejného obstarávania možno označiť za súbor opatrení hospodárneho a transparentného narábania s verejnými financiami a predchádzania individuálnym zvýhodneniam, predovšetkým majetkového charakteru – ako ideál (zákon č. 434/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní).

Z verejnoprávneho hľadiska možno uviesť aj zákon č. 101/2010 Z. z. o preukazovaní pôvodu majetku. Jeho účelom je upraviť podmienky a postup orgánov verejnej moci pri odnímaní nehnuteľného majetku, hnuteľného majetku, bytov a nebytových priestorov, iných majetkových práv a iných majetkových hodnôt, peňažných prostriedkov v hotovosti v eurách a v cudzej mene, vkladov v bankách a v pobočkách zahraničných bánk v eurách a v cudzej mene a vkladov v bankách so sídlom v zahraničí fyzickým osobám a právnickým osobám, o ktorých súd v konaní podľa tohto zákona vyslovil, že majetok nadobudli z nelegálnych príjmov. Pričom sa takto postupuje aj v prípade, ak osobe bol uložený peňažný trest, trest prepadnutia veci alebo ak súd rozhodol o prepadnutí časti majetku osoby a tá vlastní ďalší majetok, ktorý nemožno postihnúť podľa Trestného zákona (§ 1 a § 2).

Teda k právnym opatreniam na korigovanie majetkovej nerovnosti môžeme priradiť aj tie, ktorými sa štát snaží zabrániť nepocitívemu zbohatnutiu jednotlivca. Príkladov by bolo ďaleko viac, no nie je účelom príspevku vymenovať všetky.

Znova otázka – aký má byť postoj práva k odstraňovaniu majetkovej nerovnosti?

Právo vyjadruje postoj spoločstva, ktoré ho tvorí, jeho najvnútornejšie hodnoty a potreby, v ich dynamickom vývoji. Čo vidí človek a kde sa vidí v budúcnosti? Aké právne nástroje má vytvoriť, by reagoval na súčasný stav majetkovej nerovnosti?⁶⁰

⁶⁰ „(roztváranie nožníc ...) v popredných svetových ekonomikách medzi neprimeraným hromadením majetku v rukách čoraz menšieho počtu globálnych vlastníkov a diferencovanou nemajetnosťou väčšiny občanov nepriaznivo ovplyvňuje sociálno-ekonomické, politické, i právne vzťahy v štátoch vybudovaných na de-

Nie je to ľahká otázka, ako sa má postaviť právo. Lebo právo tvorí štát prostredníctvom svojich, na to určených legislatívnych a ďalších orgánov. Koho hodnoty sú najdôležitejšie? Jedinca, spoločenstva jedincov či štátu? Ako zachovať reprodukciu a rozvoj? Motivovať produkciu jednotlivcov? Motivovať zvyšovanie bohatstva štátu? Alebo prísne strážiť spravodlivosť v rozdeľovaní? Čo a ako distribuovať? Čo a ako korigovať a vyrovnávať? V čom sa spoľahnúť na zákonodarcu, na sudcu, na exekutívu?

Privatizácia štátu prináša odklon štátu od seba samého, znamená odklon vlastného postoja samého k sebe a udeľovanie licencií v stále väčšom objeme na výkon činností súkromnoprávných subjektov v prospech verejnoprávných úloh. Teda úlohy sa rozdeľujú neštátu, aby ich plnil spolu so štátom, alebo aj za štát. Čo zostane štátu? Na koho sa priradia úlohy štátu? Napríklad tá – podchytiť či zachrániť núdznych – slabších? Alebo všeobecne – kto za štát, či v jeho mene, vypracuje pravidlá distribúcie a vyrovnávania? Čo cítime, to dostaneme aj do práva. Čo by sme mali cítiť? Zostaňme pri hodnotách a im prispôsobujme všetky stále technicky prepracovanejšie nástroje?

Historické skúsenosti, hoci len z posledného storočia na našom území, ukazujú, že majetková nerovnosť je problém, ktorý sa štát prostredníctvom práva snažil riešiť či dokonca aj vyriešiť. Štruktúra spoločnosti usporiadaná s majetkovou nerovnosťou sama osebe nie je nespravodlivosťou. Nespravodlivou sa javí jej extrémna podoba. To vzácné hľadanie a vyvažovanie dobra preto stále visí aj nad tvorbou a aplikáciou práva. Smutnoznáme skúsenosti odňatia majetku v jednotlivých etapách síce riešili aktuálne problémy, prinášali však nové traumy, ktoré sa ako staré rany vždy po čase ozvali. Niektoré naliehavejšie, iné menej. Znova bolo treba naprávať a vyrovnávať.

mokratických princípoch. (...) Proces globalizácie sprevádzaný nebývalou centralizáciou a koncentráciou výroby, distribúcie a kapitálu s dominanciou veľkých nadnárodných korporácií (...) má popri určitých pozitívach aj ďalekosiahle negatívne následky a dopady na celú sféru ekonomických, sociálnych, politických, etických i právnych vzťahov spoločnosti“; in: LAŽAR, J. Majetková nerovnosť a sociálna funkcia súkromného práva (Aktuálna úvaha), *Právny obzor*, ročník 99, č. 4/2016, s. 287 a 288

Opatrenia ustanovujúce maximum majetku subjektov práva taktiež nevydržali „skúšku časom“. „Skúšku správnosti“ nevydržali ani opatrenia usilujúce o majetkovú rovnosť či o odstránenie súkromného vlastníctva, ktoré je predpokladom majetkovej nerovnosti. Nemožno však odoprieť legitímnosť právnych opatrení, ktoré sa snažia eliminovať nezákonné alebo nestatočné zbohatnutie. Ich rôznorodosť naznačuje, že sa boria s efektívnosťou. Najväčšie bremeno teda spočíva v probléme extrémnej majetkovej nedostatočnosti, v nedostatku, v núdzi. Tu nastupuje sociálna funkcia práva.

Pomáhať slabším dáva silu tým silnejším, že veci zvládajú a majú ich pod kontrolou, robia ich ešte silnejšími nad tými slabšími. Asi treba nastavovať pravidlá z iného hľadiska, kde sú všetci na nich účastní, aby aj tí slabší sa cítili rovnako dôležití na fungovaní spoločnosti. Možno je riešením dôsledne vyrovnávať spravodlivosť v komunitách či priestoroch, v ktorých nespravodlivosť (napr. porušenie povinnosti) vznikla. Nielen takmer paušálne – pokuty sú príjmom štátneho rozpočtu. Človek zvláda mnoho rolí – občan, obyvateľ obce, príslušník národa, rodič, potomok, príbuzný, študent, kolega, zamestnanec, člen komory, člen združenia, priateľ atď. A v rámci toho mnoho zodpovednostných vzťahov vrátane tých právne upravených.

Vlastníctvo oslobodzuje. Ale aj nedostatok oslobodzuje. Určite tým vnútorným ľudským rozmerom. Nie je bez svojej vnútornej hĺbky sľub chudoby – okrem čistoty a poslušnosti – pre sféru klerikov. Takéto oslobodzovanie dáva priestor pre iné sféry rozvoja ľudskej osobnosti a napĺňania jeho potrieb. Je to dôkaz toho, že vlastníctvo a hmotné statky sú nesmierne dôležitým faktorom organizovania ľudskej spoločnosti a jeho jednotlivých komunit. „To je moje“ je v človeku zakódované, veľmi citlivo naň reaguje, od detského plaču až po ... každý si vie dosadiť. Pri rozhodovaní medzi núdzou a blahobytom nemusí vždy vyhrávať blahobyť.

Ak hľadáme cestu právneho riešenia problémov, kde sa inšpirujeme? Čo nájdeme v sebe, keď hľadáme v našich rozprávkach?⁶¹

⁶¹ Keď si pomyslíme na „model tradičnej klasickej rozprávky, v ktorej víťazí dobro

Nie je tam o obmedzení bohatých, no o podpore chudobných často – odmena chudobným za vernosť, skromnosť, pracovitosť. Negatívne – odplata za závišť, pýchu, nenásytnosť... nenájdeme negatívnu odplatu len čisto za veľkosť bohatstva, vždy len v kontexte s negatívnymi vlastnosťami. No nájdeme veľkú múdrosť O troch grošoch. Ako kráľ nevedel pochopiť, že chudobný kopáč za ťažkú prácu dostane len tri groše na deň. Z toho ešte vyživí otca – vracia za výchovu, požičiava synovi – aby mu vrátil, keď sám ostarie a len z jedného groša žije. Kráľova reakcia: „Vidiš, môj drahý, ja mám doma dvanástich radcov a čím väčšiu plácu im dávam, tým väčšmi ponosujú sa mi, že nemajú z čoho žiť a troviť.“⁶²

Zrejme dôležité je v kontexte sociálnej funkcie práva a narastajúcej majetkovej nerovnosti si uvedomiť, čo je to – čo je pre nás zdanlivo nepremožiteľné. Že to nie je narastajúca majetková nerovnosť sama. Ale celá väzba našich vzťahov, v ktorých existujeme a ktoré si vytvárame, vrátane tých právnych. Nepotrebujeme poraziť núdzu ani blahobyť, hľadáme cestu všetkého s mierou. Chce-

nad zlom, slabší nad silnejším, kde dominuje klasická schéma troch synov/dcér, dosiahnutie spravodlivosti či naplnenia lásky s podporou zvierat či fantastických postáv, kde sa hlavní hrdinovia nevyvíjajú, lebo dobrí ostanú dobrými, zlí zlými, jedni budú dobre a spravodlivo vládnuť až do smrti, tí druhí sa prepadnú do pekla“. In: Podmaková, D. Hommage à rozprávka, in: ŽEŇUCHOVÁ, Katarína, ŽEŇUCH, Peter (eds.) *Ludová prozaická tradícia vo svetle vied o kultúre a umení*. Slavistický ústav Jána Stanislava Slovenskej akadémie vied, Slovenský komitét slavistov, Bratislava 2009, s. 190 – 191; (https://www.academia.edu/4798996/%C5%BDE%C5%87UCHOV%C3%81_Katar%C3%ADna_%C5%BDE%C5%87UCH_Peter_Eds._%C4%BDudov%C3%A1_prozaick%C3%A1_trad%C3%ADcia_vo_svetle_vied_o_kult%C3%BAre_a_umen%C3%AD?auto=download, náhľad 17.8.2017).

⁶² A keď odpoveď na takú ťažkú hádanku – ako sa dá z troch grošov vyžiť, i požičať i vrátiť – kopáč vyjavil radcom, lebo aj podmienku si po svojom vysvetlil – iba ak uvidíš môj obraz – a na dukáte od kráľa podarovanom ten obraz bol – kráľ ešte kopáča aj povýšil na miesto radcu: „No,“ povedal na to kráľ, „keď si ty taký múdry, že ty viac rozumu máš ako moji dvanásti radcovia, nebudeš ty viac priekopy kopať, ale budeš ako veľký pán v mojom dvore prebývať a vedľa mňa v rade zasadať.“ „A vy?“ – to zas k tým radcom hovoril. – „Či sa vy nehanbíte? Čože, akože teraz s vami? – Vám nielenže platy nepovýšim, ale vám ešte aj z toho utiahnem, čo máte!“ Neprišli tí viacej kráľa o plácu unúvať.“ O troch grošoch, podáva Štefan Marko Daxner od Rimavy, http://zlatyfond.sme.sk/dielo/531/Dobsinsky_Prostonarodne-slovenske-povesti-Druhy-zvazok/51#axzz4pugLGgf7

me zachovať človeka s jeho ľudskou dôstojnosťou,⁶³ spoločenstvá ľudí, i štáty.

Tento príspevok je súčasťou riešenia projektu VEGA – „Združenia ako prvok demokracie a prejav slobody združovania vo verejnoprávných vzťahoch a súkromnoprávných vzťahoch, 1/0172/17, 2017 – 2019“

Resume

This contribution presents historical and theoretical reflections on the problem of social inequality. It starts with the classical Aristotelian distinction between corrective and distributive justice and consequently it analyses selected legal institutes designed to reduce social inequality. Among these institutes the author enumerates for example right of poor people to free legal counselling, freedom of association realized in order to help disadvantaged persons (non-profit foundations, orphanages...), rules designed to protect consumers and traditional institutes of social legislation such as minimum wage, guarantee of holiday leave, and collective bargaining. On the other side of spectrum we can find policies limiting the maximum amount of private property which are usually deployed after successful social revolutions. Among these policies there is enumerated for instance the redistribution of agricultural soil or post-war confiscation of the state enemies' property. However it is important to note that these measures might be used not only to build an egalitarian society, but also to eliminate political opponents. Thus, after the collapse of communist regimes at the end of the previous century, some of the new emerging democracies enacted the so called restitution laws which were used to restore the original property relations. Although these laws had rather corrective than distribute

⁶³ Porovnaj napr.: Barancová, H. Ľudská dôstojnosť – základ právneho štátu, in: Blaho, P., Švecová, A. (eds.) *Hodnotový systém práva a jeho reflexia v právnej teórii a praxi*. Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave, Typi universitatis tyrnaviensis, 2013, s. 48 – 64.

function, it is important to keep in mind that many institutes fulfill both of these functions at once (e.g. prohibition unjust enrichment). The author of the paper is well aware of the fact that social inequality cannot be wiped out once and for all, but it can be at least reduced. However, when proposing some inequality-reducing policy, it is essential to bear in mind that to some extent inequality might be socially beneficial and that it is never admissible to enact such measures which would affect human dignity of owners.