

## BUDOUCÍ OBČANSKÝ ZÁKONÍK A RODINNÉ PRÁVO

(Několik malých zamyšlení de lege ferenda)

MICHAELA ZUKLÍNOVÁ

Vláda České republiky schválila 18. dubna 2001 věcný záměr občanského zákoníku v podobě, s níž před tím vyslovila souhlas Legislativní rada vlády ČR (pouze s drobnou odchylkou). Definitivnímu znění tohoto věcného záměru předcházelo vypracování několika materiálů (počínaje tezemi), které byly předmětem mnoha projednávání na různých úrovních, včetně toho nejšíře možného okruhu (tzv.) připomínkových míst. Vládou schválený věcný záměr představuje východisko prací na paragrafovaném znění budoucího občanského zákoníku České republiky, čtvrtého civilního kodexu, který byl na našem území v působnosti od roku 1812.

### I. O SYSTEMATICKÉM USPOŘÁDÁNÍ

Po dobu takřka sto čtyřiceti let bylo rodinné právo součástí základního soukromoprávního předpisu a má se jí stát nyní znovu právě proto, aby nový civilní kodex zahrnoval, jak je to všude ve státech se srovnatelným právním prostředím obvyklé a jak tomu bylo až do r. 1950 i u nás, zásadně veškerou soukromoprávní materii.

Proti opětovnému začlenění rodinného práva do občanského zákoníku se od samého počátku tohoto směru uvažování zvedaly tu a tam hlasy. Námitky byly přitom dvojího druhu. Jednak ty, které brojily proti zařazení rodinného práva do kodexu vůbec, jednak ony, které samo zařazení nezpochybňovaly, ba právě naopak, vyjadřovaly však nesouhlas s jeho umístěním v kodexové látce (v systému uvažovaného zákoníku).

#### 1.

Argumentem teoretiků a praktiků vystupujících s prvním druhem námitek byl především – řečeno s Tilschem<sup>1)</sup> – „zvláštní ráz práv rodinných“, jinými slovy pak – především přítomnost osobního prvku v rodinných poměrech; někdy se dokonce připomínal prvek emocionální (Hrušáková<sup>2)</sup>).

Že tento argument není namístě, popřípadě že jeho relevance není zásadní, víme nejen z ABGb, ale zejména asi ze Savignyho<sup>3)</sup> a jeho následovníků (především

<sup>1)</sup> Tilsch E., *Občanské právo rakouské, část všeobecná*, Praha, Unie 1913, str. 85.

<sup>2)</sup> Hrušáková M. a kolektiv: *Zákon o rodině. Komentář*. 1. vydání, Praha, C. H. Beck 1998, str. XVIII an.

<sup>3)</sup> Savigny F.C.v., *System des heutigen röm. Rechts*, 1840, I. díl, § 4 a 5.

Ungera<sup>4)</sup>). Rozebírají se tam totiž právně teoretická východiska, resp. zdůvodnění jednoty soukromého práva, resp. práva občanského: mluví se o dvou kořenech či větvích soukromého, resp. civilního práva objektivního, totiž právu osobním a právu majetkovém (to je součástí koncepce institucionální (hierarchické) výstavby právního řádu).

Nadto celkem snadno můžeme zjistit, že i majetkoprávní normy namnoze upravují problematiku se silným osobním kontextem, ba i s elementy emocionálními – byť samozřejmě jejich výraz nemá prvoplánový charakter (s kým kontrahuji, komu vyhradím věcné břemeno bydlení, koho ustanovím dědicem, s kým bydlím v nájemním bytě atd. atd.).

Bývá uváděn dále argument kogence (či kogentnosti) rodinně právních předpisů. Tu ale, zdá se, stačí jen poukázat na statusové normy občanského zákoníku, na normy věcněprávní, ba i na ustanovení dědického práva, jakož i na ustanovení tzv. obecné části občanského kodexu: vždyť i všude tady je kogentní prvek bohatě přítomen. Naprostá dispozitivita není koneckonců vlastní ani závazkovému právu (zejména po té, co „přijímáme“ „evropské“ právo). Jistý rozdíl pak lze shledat skutečně jen v míře, v níž je odchýlení se od zákonného textu přípustné, popřípadě i v druhých následků nenaplnění požadavků kogentních ustanovení.

Obdobné by bylo možno říci i k další na obranu samostatnosti rodinného práva uváděné skutečnosti, totiž k relevanci etické roviny v manželských a rodinných poměrech, ba i v poměrech poručenství a opatrovnictví.<sup>5)</sup> Je přece dobře známé ustanovení dnešního § 3 odst. 1 občanského zákoníku: princip dobrých mravů představuje zdaleka ne toliko jedno z vykládacích pravidel. Také v paragrafovaném znění nového občanského kodexu můžeme číst: „Jednání v rozporu s dobrými mravy není výkonem práva“<sup>6)</sup>. Jde o obecný soukromoprávní (a klade se otázka, zda nikoli vůbec právní) princip.

Tu a tam bývá připomínána i dlouhodobost poměrů upravovaných rodinným právem. To je ale dovození relevantní jen do jisté míry: jednak zdaleka ne všechny rodinné (a manželské) poměry jsou uvažovány jako dlouhodobé, jednak rysem dlouhého trvání, resp. jisté (třebas jen proponované) stálosti v čase, se vyznačují prostě všechny statusové poměry, resp. statusové stavy.

Ale nejen ony. Prvek dlouhodobosti totiž vykazuje většina věcných práv, především právo vlastnické a držba, jakož i práva odpovídající věcným břemenům.

Existují jistě i další zvláštnosti, zejména právního poměru mezi manžely, ale obdobně i právního poměru mezi rodičem a dítětem, které poměry rodinně právní odlišují od poměrů majetkových: roli hraje např. pohlaví subjektů, významné je to, že jeden subjekt pochází od druhého, zvláštní vztah mezi subjekty (příbuzenství) je výlučně znám právě jen v těchto poměrech (i když zajisté hraje roli i v dědickém právu), tyto poměry zásadně postrádají předmět, atd. atp. Ani tato specifika ale nelze považovat za rozhodná ve prospěch samostatnosti právní úpravy rodinného práva.

<sup>4)</sup> Unger J., System des öster. allgem. Privatrechts, Leipzig, 1856, Allgem. Theil, § 24.

<sup>5)</sup> Pokud jde o etický prvek v rodinném právu, zmiňovali jej i starší. Tak např. Tilsch (o.c., str. 86) říká: „Práva rodinná vůbec pak jsou prostoupena tou měrou živly étičickými, že někdy těžko lze nalézt hranici mezi závazkem právním a závazkem mravním“. To zajisté platí i dnes kupř. o prvech a povinnostech manželů, dětí vůči rodičům, o výživném apod.

<sup>6)</sup> Eliáš K., Prvních 100, Právní rozhledy 2002, zvl. příloha č. 6.

Takto je možné uzavřít: po té, co zákon o rodině byl pomocí zákona o sociálně právní ochraně dětí oproštěn od takřka všech veřejnoprávních ustanovení, a stal se tak zásadně soukromoprávním předpisem, nemůže nadále stát o samotě (i když je tu již několik desítek let výslovná vazba na občanský zákoník). Jako soukromoprávní předpis patří do soukromoprávního kodexu. Taková je evropská kontinentální tradice (prakticky bezvýjimečně sledovaná), a není důvod (po vzorech nota bene! překonávaných) se od ní i nadále odchylovat.

K tomu všemu je třeba poznamenat dvojí. Předně je známo, že některé evropské právní řády upravují tu či onu část rodinně právní matérie (manželství, osvojení apod.) ve zvláštním právním předpisu. Typickým příkladem jsou Německo a Rakousko. Tyto a podobné abnormality byly ve všech případech způsobeny mimořádnou politickou, popřípadě i jinou společenskou situací. Nadto ani v jednom případě nejde o předpisy zahrnující úpravu jádra či základu: nejde o nic víc, než že část rodinně právní úpravy není součástí civilního kodexu. (Objevil-li se pak v nedávné minulosti návrh rozdělit rodinné právo – sic statusové! – na ustanovení základní a ostatní, je takové řešení nejen bezprecedentní, ale nadto se zdá se být obtížně uskutečnitelné.)

Druhá poznámka se týká rodinného práva jako výukové a teoretické disciplíny, čemu – možná trochu paradoxně – koresponduje jeho role jako informačního systému právnícké i laické veřejnosti.

Je snad mimo jakoukoli pochybnost, že jako obor zkoumání zůstane samostatnost rodinného práva zachována. Stačí se podívat prakticky na kteroukoli evropskou univerzitu, abychom zjistili, že rodinné právo se vždy vyučuje ve zvláštním kurzu, zpravidla v rámci občanského práva, výjimečně odděleně.

Jako výuková a teoretická disciplína zahrnuje rodinné právo obvykle i takové problematiky, které jsou svou podstatou vysloveně veřejnoprávní, totiž především celou právní úpravu matriční a zejména pak onen veřejnoprávní pendant poměru rodič – dítě v podobě u nás zvané sociálně právní ochrana.

Familiaristé mají také svou mezinárodní společnost, pořádající konference, vydávající množství relevantních materiálů, jakož i každoroční obsažný přehled o vývoji rodinného práva v jednotlivých státech světa atd.

Stejně jako jsou vydávány učebnice rodinného práva, dbá také většina evropských států o přístupnost a přehlednost rodinného práva. Vycházejí zde příručky typu „úzetek“ nakladatelství Sagit, a.s., někdy označené jako zákoník či kodex rodinného práva (tak zejména ve Francii, kde je takových kodexů na tři desítky, počínaje Kodexem práce a konče Kodexem bytového vlastnictví). Takové příručky pak zahrnují vedle právních předpisů nebo částí právních předpisů regulujících předmětnou problematiku především relevantní pasáž, popř. pasáže občanského zákoníku. Lze jen doufat, že s novým civilním kodexem nakladatelství Sagit, a.s., neztratí dosavadní zájem o tento způsob prakticky každému přístupného zveřejňování rodinného práva.

## 2.

Pokročíme k druhé skupině námitek (námitky proti zařazení rodinného práva (bezprostředně) za část obecnou, tj. ještě před práva věcná absolutní). V rámci této skupiny je možné rozlišit různá stanoviska, nicméně tím převažujícím je názor, že

místo rodinného práva je snad až na samém konci civilního kodexu. Mezi důvody se pak zpravidla zmiňuje především skutečnost, že nelze upravovat nejprve jmění manželů, popř. dětí (a další instituty vlastně výjimečné, protože vázané na členy rodiny), a teprve pak obecný institut vlastnictví, držby atd.

Předně se nabízí oponovat vcelku nepochybným faktem, že kodexy vskutku jen málokdy čítáme od začátku do konce. V kodexech vždycky vyhledáváme relevantní ustanovení, a je celkem lhostejné, kde je najdeme (důležité je jen vědět, kde máme hledat). V tomto směru nebude jistě příkladem náš platný občanský zákoník, protože proces jeho postupného přetváření nevedl, totiž ani nemohl vést, k dobrému výsledku, ale podívejme se třeba na slavný Code civil (francouzský) nebo neméně slavný Všeobecný zákoník občanský.

Před dvěma stoletími bylo zvykem pojednávat o rodinném právu v úvodních partiích kodexu (o osobách, např. ABGb díl první s názvem Osobní práva obsahoval úpravu práv statusových a rodinných), a dále pak buď v rámci věcně právní části (ABGb) nebo v části věnované právu závazkovému (Code Napoleon) upravovat manželské majetkové režimy. To odpovídalo učení o dvou kořenech objektivního soukromého práva.

Kodexy o sto let mladší (BGB a ZGB) již upravily rodinné právo na jediném místě, a to buď až po právu osob, právu závazkovém a věcném (a před právem dědickým) nebo hned za právem osob. Všechny mladší občanské zákoníky (kupř. Codice civile, nizozemský BWB, québecký Code civil) upravují rodinné právo ve svých prvních částech či hlavách.

Tento vývoj svědčí o postupné liberalizaci původního pojetí systematiky civilně právní kodifikace a o vytvoření nového pojetí systematického uspořádání občanských zákoníků. A tak se klade otázka, zda je vhodné vracet se zase o dvě stě let zpátky.

## II. O NĚKTERÝCH (I RENOVOVANÝCH) INSTITUTECH

Část věnovaná v novém kodexu rodinnému právu upraví problematiku manželství a manželů, rodičů a dětí, a pak i dalších členů rodiny, jakož i poměry obdobné, a to jak statusové, tak osobní a majetkové (jde o vymezení zásadní – každá zásada obvykle připouští výjimky, zde např. ve prospěch dědického práva). Všechny tyto otázky za předpokladu, že jejich charakter je v zásadě soukromoprávní, takto budou upraveny na jediném místě našeho právního řádu.

Stejně jako zamýšlení se nad budoucí podobou (obsahem) rodinného práva, tak i příprava paragrafovaného znění této části kodexu, nutně vedou cestou vymezenou věcným záměrem nového zákoníku (viz výše). Věcný záměr se považuje za nezměnitelnou směrnicí: lze uvažovat jen o detailech, o tom, čím cestu poklademe (připomenout to je nejspíš na místě, protože i dnes se lze setkat s návrhy, jak ten který institut nově pojmout).

Zvláštnosti našeho zákonodárství, totiž zejména rychle po sobě následující změny právních předpisů, vedou k tomu, že právní situace, která existovala v letech 2000 a 2001, již v mnoha ohledech neexistuje. Nicméně vzhledem k závaznosti věcného

záměru je třeba vrátit se zpět a zároveň je ovšem zapotřebí vypořádat se s novými ustanoveními, a to jednak přímo v textu nového kodexu, jednak v důvodové zprávě.

Poslední „novinky“ objevení se v zákoně o rodině jsou totiž dvojího druhu. Především jde o zákonité důsledky nového státoprávně – samosprávného uspořádání ČR. Tyto momenty je samozřejmě nutné zohlednit přímo v zákonném textu, a to způsobem, který sladí zákon s ústavním pořádkem, resp. mezinárodně právními dokumenty pro nás závaznými. Jde kupříkladu o přesné vymezení věcné a místní příslušnosti orgánů decizivních v manželských a rodinných věcech.

Dále ovšem jde o nesprávnosti, které se do zákona o rodině v poslední době bohužel dostaly. Dokonce se v některých případech jedná o normy, které jsou v rozporu s ústavním pořádkem. Taková ustanovení budou napříště prostě pomínuta a tato skutečnost bude zohledněna jen v důvodové zprávě. Příkladem za všechny je problematika některých zvláštních sňatečných situací.

Už ve věcném záměru bylo konstatováno ono klasické „právo má držet krok s potřebami lidí, pro které vůbec existuje“. Bohužel to o některých našich právních normách neplatí. A to je důvod k vážným úvahám o tom, jak má legislativní proces (zejména pak v rovině novelizací) vypadat.

To ale nechce být předmětem zdejších úvah. Následující malá zamyšlení jsou věnována některým aspektům právní úpravy manželství, zejména sňatku, a některým momentům právní úpravy osvojení i tzv. náhradní péče.

## 1.

Platná právní úprava manželství strádá mnohými problémy. Postižen je zejména sňatek a dále rovněž sankcionování závad ve sňatečném prohlášení a formě sňatku.

*1.1.* Pokud jde o prvý zmíněný okruh, je třeba se zamýšlet asi především, jak již bylo zmíněno, nad způsobem vymezení věcné a místní příslušnosti při uzavření manželství, a dále pak také nad určením osoby oddávajícího.

„K tomu, aby sňatek založil právně uznané manželství, je zapotřebí úplného (řádného) a svobodného souhlasu stran, vyjádřeného osobně, po patřičném zveřejnění, v přítomnosti orgánu, příslušného k provedení svatebního obřadu, a svědků“, praví se v ustanovení čl. 1 odst. 1 Úmluvy o přivolení (souhlasu) k manželství, nejnižším věku pro uzavírání manželství a registraci manželství, přijaté v r. 1962 a publikované pod č. 124/1968 Sb.

Již z řečeného lze dobře dovodit, že pokud jde o to, vůči komu snoubenci svou sňatečnou vůli prohlašují, je třeba klást důraz nikoli na fyzickou osobu, ale na orgán. Sňatek je statusovým právním úkonem, který nelze uskutečnit bez adekvátní ingerence státu. Stát rozhodne, který jeho orgán (popřípadě zda – za určitých kautel – orgán církevní) bude jménem státu sňatečná prohlášení přijímat. Jinými slovy řečeno, stát zákonnou normou stanoví, který orgán státu je příslušný k přijetí prohlášení nupturientů. Příslušnost (či snad také působnost) se rozumí jak z hlediska věcného, tak z hlediska územního, místního.

Podle českého práva vždy zásadně platilo, že orgánem státu věcně příslušným k přijetí sňatečných prohlášení je nejnižší článek soustavy správního zřízení. Ne

ovšem každý takový článek, ale jen ten, který je pro přijímání sňatečných prohlášení jedině vhodný. Takovým je ten nejnižší článek soustavy správního zřízení, který vede matriky.

Vzhledem k dnešní situaci v územním členění státu a výkonu státní správy v přenesené působnosti orgány samosprávy (srov. čl. 105 Ústavy ČR a předpisy na něj navazující, zejména zákon č. 128/2000 Sb., o obcích, ve znění pozd. předpisů, a zákon č. 129/2000Sb., o krajích, ve znění pozd. předpisů), by věcná příslušnost pro uzavření manželství měla být vyjádřena asi takto: Za stát přijímá prohlášení obecní úřad, popřípadě úřad postavený na roveň obecnímu úřadu (s legislativní zkratkou obecní úřad), pověřený výkonem působnosti na úseku matrik.

1.2. Teprve nyní je možné a zároveň je potřebné zvážit, která osoba by měla být pověřena rolí oddávajícího, tj. rolí osoby, která za orgán (jménem orgánu, a tím i státu) sňatečná prohlášení právně relevantně vyslechne. Takovou osobou bývá zpravidla přednosta úřadu, popřípadě jeho zástupce.

V našich podmínkách, zejména v lidnatějších městských obvodech, zpravidla přednostové (tj. např. starostové) oddávají zřídka, a vůbec existuje tendence jinde ve světě nebývalá, pověřovat funkcí oddávajícího (tj. vystupovat jménem orgánu, a tím i státu) relativně široký okruh osob. To je s ohledem na naši vpravdě nízkou míru sňatečnosti poněkud zarážející postoj. Tím spíše je ale zapotřebí, aby se zákonný text s touto otázkou vyrovnal náležitě.

S uvážením faktického stavu (neochoty) a zároveň požadované řádnosti (jistoty) lze snad sáhnout k této formulaci: Za obecní úřad přijímá prohlášení starosta, popřípadě orgán jemu na roveň postavený (s legislativní zkratkou „starosta“). Zastupitelstvo obce může pověřit některého člena zastupitelstva (některé členy zastupitelstva), aby přijímal (přijímali) prohlášení na místě starosty.

K otázce uvedení fyzické osoby oddávajícího v zákonném textu je již na tomto místě třeba poznamenat: Případná závada v osobě oddávajícího není řešitelná neexistencí manželství, tím méně pak s pomocí dobré víry.

Ve statusové otázce, jakou nepochybně uzavření manželství je, nemůže hrát roli dobrá víra, neboť jde o subjektivní, byť objektivně zhodnotitelný prvek. Institut dobré víry má typicky soukromoprávní, ne však osobní povahu, uplatňuje se více nebo méně běžně jen v majetkových, zejména věcných a závazkových poměrech, resp. je upravených ustanoveních. Ve statusových věcech je třeba klást důraz na ochranu právní jistoty, a to jak snoubenců, resp. manželů, tak třetích osob, a to nelze při zvažování, zda ten či onen jednal či nejednal v dobré víře.

Případnou závadu v osobě oddávajícího je vhodné řešit postupy běžnými ve státní správě, resp. samosprávě. Manželství, resp. manželů by se dotknout neměla.

1.3. Pokud pak jde o příslušnost místní, i tu sluší vyřešit naprosto jednoznačně. Také tady totiž hrozí protiústavnost (rozpor s ústavním pořádkem). Místně příslušný k přijetí prohlášení by měl být obecní úřad pověřený výkonem působnosti na úseku matrik (tj. úřad věcně příslušný) pro obvod, v němž je alespoň jeden z nupturientů hlášen k trvalému pobytu.

Ani v jednom z ohledů jistě není nezbytné vždy zachovat základní zákonná pravidla. Naopak bývá obvyklé, že změna není vyloučena. Přijmout sňatečná prohlášení

může jiný úřad, než ten, který vede matriky, a může to být také jiný úřad, než ten, v jehož obvodu má snoubenec bydliště. Uzavření manželství před jiným než zásadně věcně a místně příslušným úřadem ale nelze realizovat jinak, než na základě povolení úřadu, který je k celebrování sňatku podle zákona věcně a místně zásadně příslušný.

Má-li pak být manželství uzavřeno na jiném než obvyklém místě (mimo obřadní síň a podobně), rozhoduje o tom (tj. změnu povoluje) již ten úřad, před kterým bude skutečně manželství uzavřeno (tedy úřad příslušný podle zákona, nebo úřad sice nepřísušný, ale takový, kterému bylo příslušným úřadem in concreto dovoleno přijmout sňatečná prohlášení).

Pro případ oné zvláštní situace ohrožení života by pak běžná pravidla o věcně a místně příslušnosti platit neměla: příslušným by v takové situaci byl každý, resp. kterýkoli obecní úřad. (Na zvlášť speciálních ustanoveních o kapitánech lodí atd. není čeho měnit, i když ve zmíněném ohledu, zdá se právě nyní, není kde toto ustanovení využít.)

1.4. Výjimečným případem uzavření manželství je také sňatečné prohlášení učiněné jedním ze snoubenců v zastoupení. Platná právní úprava tohoto institutu je v mnoha směrech – eufemisticky řečeno – nestandardní.

Eufemismus ale přestává být na místě, když se zákon dostane do rozporu s ústavním pořádkem. To se, jak je zřejmé, může stát tehdy, dává-li zákonodárce, nebo spíš ten, kdo zákonný text připravoval, přednost „etickým důvodům“, před jedním ze základních principů právního státu, totiž před principem rovnosti. K zásahu do principu rovnosti došlo ustanovením o tom, že zmocněncem snoubence může být jen osoba s ním shodného pohlaví. Takto je v každém případě role zmocněnce pro osoby jednoho pohlaví zcela vyloučena. Přitom je prohřešek proti tomuto ustanovení sankcionován neexistencí manželství!

Nadto je – pokud jde o způsobilost k výkonu funkce zmocněnce – třeba do budoucna trvat na pozitivním vymezení svéprávnosti, a tedy odmítnout dnešní negativní a zbytečně složitou formulaci.

Orgánem věcně a místně příslušným k rozhodnutí o přípustnosti sňatku v zastoupení by měl být – obecně formulováno – krajský úřad, popřípadě úřad postavený na roveň krajskému úřadu, tj. úřad toho kraje, v jehož správním obvodu má být manželství uzavřeno podle zákonného předpisu, resp. který je podle zákona k přijetí sňatečných prohlášení příslušný (srov. výše).

## 2.

Problematika neexistence a neplatnosti manželství je pro zamyšlení jednou z nejpráhodnějších. Je totiž v našem právu již dlouhá léta řešena nikoli standardně, a to přes to, že v minulosti byly učiněny (někdy ne zcela naší zásluhou – vzpomeňme Úmluvu o přivolení (viz výše)) i změny k lepšímu, kupř. v podobě zakotvení ust. § 104 zákona o rodině. Současný stav se vyznačuje nejen neuspořádaností a nerovností sankcí, ale zejména jejich hyperinflací, to vše „zpestřeno“ výjimečným ustanovením odstavce třetího §u 17a (bez ohledu na to, zda v podobě dnešní nebo v podobě původní, tj. z r. 1998), které způsobuje stav naprosté nejistoty.

2.1. Zavadnost se týká zejména institutu neexistence. Náš dosavadní přístup je ve srovnání s cizími právními úpravami naprosto neobvyklý: tam se totiž neexistence

vůbec nezmiňuje a místo pro sankci neexistence je dáno teorií a zpravidla i ustálenou judikaturou.

Takto lze mít za to, že institut neexistence manželství vyžaduje koncepčně i v konkrétní realizaci nové řešení. Přitom vzhledem k již bohužel takřka tradiční přítomnosti tohoto institutu v zákonném textu se zdá, že úplný příklon ke standardnímu řešení není dobře možný. Že by totiž bylo vhodné alespoň obecně ustanovení na případ flagrantního, zásadního porušení předpisů o vzniku manželství, které zasahuje veřejný pořádek. Takovým porušením by pak bylo především uzavření manželství dvěma osobami stejného pohlaví, uzavření manželství pouze před církevní institucí, popř. před jiným než obecným správním, resp. samosprávným orgánem, snad i absolutní nedostatek sňatečné způsobilosti (např. věk, nesvéprávnost) apod.

Tu se zároveň klade k zamyšlení, zda by nebylo případně přitakat následující možnosti: manželství již nelze prohlásit za neexistující, jestliže od učinění sňatečných projevů uplynula doba delší než tři, čtyři, pět let, přičemž ti, kdo tyto projevy učinili, spolu žijí manželským životem (objektivně viděno). Patrně by takové zhojení nemohlo přicházet v úvahu u všech podstatných závad stejně, např. u stejnopohlavních dvojic by bylo vyloučeno – ale jistě např. u nedostatku sňatečné způsobilosti. Stejně dobře by takto bylo možné zvolit řešení, v němž by ve výslovně uvedených situacích po jisté době manželského soužití již prohlášení neexistence manželství nebylo možné.

2.2. Platná právní úprava nemá žádné ustanovení pro řešení následků prohlášení soudou o neexistenci manželství. A že k žádné právně relevantní změně poměrů v době od tzv. sňatku do právní moci rozsudku prohlašujícího manželství za neexistující nedojde, to je možnost toliko teoretická. Právní reflexe realizace této sankce by měla být uvedena výslovně, protože řešení obdobou s neplatností manželství není možné. Tak je třeba stanovit, že má být neprodleně určeno otcovství k dítěti, popř. rozhodnuto o výchově a výživě nezletilého dítěte – ledaže rodiče ještě dříve spolu uzavřou manželství.

Dále je třeba vyřešit majetkové poměry dotyčného muže a dotyčné ženy, přičemž podpůrně je třeba použít ustanovení o bezdůvodném obohacení, jednotlivá oprávnění a jednotlivé povinnosti je však třeba posoudit konkrétně podle jejich povahy. Přitom je třeba zohlednit obdobou s dnešním ustanovením § 3 odst. 1 občanského zákoníku, zda muž a (nebo) žena jednali poctivě, mravně, atd., ale také zájem společných nezletilých dětí i případně oprávnění třetích osob.

2.3. V přechodných ustanoveních kodexu bude třeba řešit otázku dosud existujících sankcí, resp. sankcionovaných nedostatků náležitostí sňatku a manželství. Rozhodně by přitom nemělo dojít k tomu, s čím se musíme vypořádávat dnes: zákonem č. 320/2002 Sb., o změně a zrušení některých zákonů v souvislosti s ukončením činnosti okresních úřadů, byl z výčtu norem ve třetím odstavci §u 17a zákona o rodině vypuštěn výraz „§ 4“. Tak byla odňata sankce ustanovení, podle kterého se uzavírá civilní sňatek. V současném nedostatku jakékoli *výslovné* sankce se klade otázka, zda tu sankce schází nebo neschází. Že by na případ porušení ustanovení § 4 zákona o rodině nějaká sankce být stanovena měla, je vzhledem k významu dotyčného ustanovení nepochybné.

Nabízejí se bohužel právě dvě řešení. Podle prvního je tu sankcí neexistence, a to i přesto, že výraz „§ 4“ byl z výčtu vypuštěn. Takové řešení se nabízí proto, že ust. § 17a



neobsahuje úplný výčet důvodů neexistence, některé důvody uvedeny nejsou, a přece neexistenci manželství nepochybně přivodí – totiž např. sňatečné prohlášení dvou osob stejného pohlaví – a nesplnění náležitostí a podmínek stanovených v § 4 je přinejmenším stejně významné.

Druhé řešení spočívá v sankci neplatnosti, kterou je možné dovodit, když s pomocí § 104 zákona o rodině sáheme k § 39 občanského zákoníku. A protože jde o závalu v právním úkonu, nikoli o závalu v nupturientech nebo jejich vzájemném vztahu, omezení na pravidla zákona o rodině tu neplatí.

2.4. Na rozdíl od neexistence, sankce neplatnosti by měla být vyslovována k jednotlivým konkrétním pochybením, tedy mělo by být výslovně řečeno, jakému pochybení hrozí sankce neplatnosti a v jaké konkrétní podobě, tj. zda je uplatnitelná jen manželky, popřípadě jen jedním z nich (zda se uplatní parola *Nemo turpitudinem suam allegare potest*), anebo širším okruhem osob, zda je uplatnitelná státním zástupcem, zda o ní případně může soud rozhodnout i bez návrhu. A nejen to. Vzhledem k tomu, že jednotlivá pochybení mají nejen právně různý význam, různou váhu, ale i z hlediska faktického mají různé příčiny a různé následky, je třeba uvážit, do jaké míry je možné časově omezit možnost jejich uplatnění (dovolání se), do jaké míry připustit jejich zhojení apod. Tak by mohlo být kupř. stanoveno, že manželství nelze prohlásit za neplatné, pokud už došlo k nápravě závadného stavu, anebo jestliže od vzniku manželství již uplynula doba delší než tři roky a manželé spolu žijí manželským životem (srov. výše obdobně u neexistence).

2.5. Zvlášť je třeba se zamyslet nad sankcí v případě uzavření manželství zmocněncem.

Platná právní úprava zmiňuje paragraf o tomto zvláštním případě sňatku ve výčtovém ust. zmíněného §u 17a odst. 3 – a případné nesplnění náležitostí sankcionuje neexistencí. Takto sluší mít za to, že chybějící rodné jméno zmocněnce, chybějící prohlášení o znalosti zdravotního stavu nebo i o zvážení budoucího bydlení, toliko malicherné důvody, pro něž bylo k takovému sňatku přivoleno atd. atd. (včetně již zmíněného rozdílného pohlaví zmocněnce a zmocnitele) povedou bez rozdílu k neexistenci manželství. Rozhodnutí soudu má toliko deklaratorní povahu! Tento stav není zajisté nadále udržitelný.

Nabízí se řešení v podobě návratu k původní podobě sankce, totiž k neplatnosti v případě, že plná moc postrádá přesné označení osoby, s níž má být manželství uzavřeno (srov. § 76 ABGb, resp. § 6 zákona o právu rodinném). Lze uvažovat i o minimálně širším okruhu závad.

### 3.

Jedním ze skutečně významných zřetelů, které je třeba mít při přípravě nového civilního kodexu neustále na paměti – ovšem důsledně v souladu s obsahem věcného záměru, je zvýšená míra ohledů a ochrany, jakož i zohlednění postavení a potřeb těch slabších, ba nejslabších, konkrétně nezletilých. Nezletilí jsou těmi, které je třeba chránit ve všech situacích, jejich ochrana se promítá do všech právních institutů. Zároveň je ale zapotřebí dbát ve všech možných ohledech o to, aby nezletilému dítěti bylo umožněno sehrávat v plné šíři a kvalitě roli plnoprávného právního subjektu.

Kromě jiných právních institutů se zmíněný přístup k dítěti uplatňuje také v právní úpravě osvojení a v právní úpravě tzv. náhradní péče.

3.1. Platná právní úprava osvojení se v mnoha ohledech vyznačuje prvky, které ji odlišují od úpravy v tradičních demokraciích. Namnoze jde o prvky, které si neseme z doby, kdy stát chtěl řešit všechny otázky jednoduše a rychle, a navíc co možná skrytě. Stát měl zájem, aby se bez větších problémů a rychle našel někdo, kdo by se o dítě (jako rodič) postaral, aby se nemusel starat stát sám. Samozřejmě, že řádné řízení „zdržuje“. Podobnou ideou se nesla i právní úprava určování otcovství (matka, která nedsdělila jméno otce dítěte, byla prostě pominuta, a návrh na určení otcovství podal orgán péče o děti jako opatrovník dítěte i proti její vůli).

Osvojení je dosud upraveno tak, že hlavní důraz je paradoxně kladen na ochranu toho, kdo převezme péči o dítě: na budoucího osvojitele. Jeho navýsost chráněné postavení je zřetelné v mnoha ohledech, z nichž asi na prvním místě je jeho právo kdykoli během preadopční péče (i bez důvodu) dítě vrátit. Proti tomuto privilegii stojí omezené právo biologického rodiče odvolat souhlas k osvojení dítěte, a to dokonce v případě, dá-li rodič souhlas bez vztahu k určitým osvojitelům (ust. § 68a zákona o rodině). To, ale nejen to (kupř. také skutečnost, že soud rozhodující o osvojení se spokojuje s písemným blanketním souhlasem matky – její slyšení se již považuje za zbytečné), svědčí o velmi nízké úrovni právní ochrany vztahu rodič – dítě.

V rozporu s právním standardem jsou dále velmi krátké lhůty, a to jak na straně biologického rodiče (nezájem), tak na straně osvojitele (trvání preadopční péče), nízká míra kvality i kvantity šetření o osobě osvojitele, resp. osvojitelů, rozhodování zčásti ponechané správním orgánům – což je v rozporu s ústavním pořádkem, atd. atp., a ve zdaleka nikoli poslední řadě neobvykle vysoký stupeň utajení procesu osvojování, osvojení, zúčastněných osob.

Tento nikoli dobrý stav byl v poslední době ještě umocněn. Stalo se tak – i tady poněkud paradoxně – Evropskou úmluvou o osvojení dětí, kterou ČR ratifikovala v prosinci 2000. Vzhledem k tomuto datu by se na první pohled bylo mohlo zdát, že Úmluva obsahuje to nejmodernější, co Evropa v problematice osvojení nabízí. Bohužel tomu tak není, neboť Úmluva o osvojení byla přijata už v roce 1967! Za oněch 35 let nastaly v pohledu na nezletilé dítě nesmírně závažné změny, které se projeví např. v mnoha novějších mezinárodních dokumentech, snad nejvíce v Úmluvě o právech dítěte a později např. i v různých doporučeních Rady Evropy. Úmluva o osvojení byla v mnohém překonána. Proto je třeba nesmírně obezřetně vážít, která z ustanovení Úmluvy o osvojení dětí mají ještě dnes význam do té míry, že je třeba je bez dalšího akceptovat. Ani zdaleka o všech to totiž neplatí.

3.2. Cit. Úmluva na druhé straně obsahuje mnohá ustanovení, která i když třeba neukazují cestu, alespoň staví mantinely. To platí např. o ustanovení odst. třetího článku 5 Úmluvy.

Na jaře roku 2002 se v Poslanecké sněmovně Parlamentu ČR začal projednávat návrh novely zákona o rodině, který měl mj. rozšířit ust. § 44 odst. 2 o normu, podle které zahájením řízení o osvojení se pozastavuje výkon rodičovské zodpovědnosti (dále jen „r.z.“).

Kromě toho, že k vyvolání takového následku (stavu) je vždy třeba rozhodnutí soudu (samotným zahájením řízení nelze výkon r.z. pozastavit, protože je naopak

třeba, aby soud v řízení, které je tomu zvlášť vyhrazeno, zkoumal důvody, které by k pozastavení r.z. snad mohly vést; musí zjistit, zda tu důvody pro pozastavení r.z. existují nebo neexistují: zásah do r.z. je totiž zásahem do lidských práv, a bylo by popřeno i právo na spravedlivý proces), byl by takový předpis v rozporu s cit. ust. Úmluvy o osvojení, podle kterého jen zbavení rodičovských oprávnění (a to pravomocným rozhodnutím, a zbavení je vždy sankcí) může vést k tomu, že souhlas k osvojení není třeba vyžadovat.

Pokud by byl navzdory této diskrepanci zmíněný návrh akceptován, znamenalo by to, že již ve chvíli, kdy soudou dojde návrh na osvojení – aniž měl soud možnost provést jakékoli dokazování – pozastaví se (eo ipso) výkon r.z.; tu bude nadále vykonávat orgán sociálně-právní ochrany. Jenom na rozhodnutí tohoto orgánu by pak mělo záviset, co se stane se vztahem biologický rodič – dítě. Protože to, že posléze soud rozhodne tak, že souhlasu rodičů zapotřebí je, nemusí nic změnit na zatím fakticky proběhlých úkonech, na svěření dítěte do péče osoby X (na kterou si mezitím „zvykne“) atd.

Je nasnadě, že akceptace zmíněného návrhu by mohla dobře otevřít příležitost k nezákonným manipulacím s dětmi. Že takové obavy nejsou liché, osvědčoval zejména obsah důvodové zprávy, podle které smyslem dotyčného ustanovení by mělo být (mj.) usnadnění cesty k získání cestovních dokladů. Nicméně, proč by dítě mělo mít cestovní doklady? Proces osvojení do ciziny se přece spravuje jinými pravidly (a cestovní doklady v tomto případě zprostředkovává Úřad pro mezinárodněprávní ochranu dětí)!

Negativní hodnocení zmíněného návrhu by ostatně bylo možné doložit i dalšími argumenty (možným popřením práv biologického otce, který není manželem, nesprávná aplikace sankce tam, kde nejde o závadné chování atd.).

3.3. Jinak je tomu s dalším posunem, který měl zmíněný návrh novely zákona o rodině vyvolat. V oné, vskutku z celosvětového hlediska jedinečné (jde o českou raritu) zkrácené, totiž dvouměsíční lhůtě „absolutního“ nezájmu rodiče, která v podstatě znamená, že rodič je nadále pomíjen, že jeho souhlas k osvojení se nevyžaduje, že uplynutím této lhůty již v podstatě bylo přetrženo jeho pouto s dítětem, tedy v této lhůtě mělo dojít k dalšímu „progresu“(!) – neměla být počítána vždy od narození dítěte, ale mohla začít běžet kdykoli během života dítěte.

Výjimka dvouměsíčního nezájmu (vnesená do textu zákona na poslední chvíli až v Parlamentu) sama o sobě byla od počátku rozuměna, že je již za hranicí únosnosti. Proto byla vyhrazena jen a jen pro novorozence. Jen novorozence měla chránit. Je-li pak dítě ponecháno někdy později na delší dobu „svému osudu“, je naopak namístě zkoumat, proč se tak stalo, zda by nebylo možné rodičům spíš pomoci, než je neprodleně sankcionovat.

V této souvislosti se vždy znovu klade otázka: do jaké míry chce náš stát chránit svazek biologického rodiče a jeho dítěte? Totiž: chce jej vůbec chránit? Taková otázka se zdá být leckdy vskutku oprávněná. Místo toho, aby byla standardem pomoc rodičům, odebrává se dítě a dává do péče pěstouna – jehož péče je placená státem. Proč tedy raději nepodpoříme finančně rodiče? Často je kořen trápení právě v nedostatku hmotném. V zájmu dítěte nepochybně je především být se svými biologickými rodiči. A teprve tehdy, kdy je nepochybně zjištěno, že od biologických rodičů dítě již nemů-

že nic, zejména nic dobrého očekávat, je možné uvažovat o jiném opatření. Takto jsou postaveny všechny moderní demokratické právní úpravy.

Obdobně je třeba napříště omezit anonymitu, která osvojení provází. Přitom není zapotřebí otevřený a každému přístupný proces. Je pouze třeba ze všech zřetelů a rozhodných momentů zajistit, aby v případě potřeby bylo možné relevantní informaci získat, ale především, aby dítěti bylo umožněno realizovat jeho právo poznání svého původu, jak to stanoví Úmluva o právech dítěte.

3.4. Dostáváme k poslednímu zamyšlení, jež souvisí s předešlým: k zamyšlení nad podobou institutu pěstounské péče. Jeden z kroků novým v podstatě asi správným směrem už byl učiněn zákonem č. 109/2002 Sb., novelizujícím ust. § 46 zákona o rodině. Podle tohoto ustanovení stojí dnes vedle institutu nařízení ústavní péče institut svěřeni dítěte do péče zařízení pro děti vyžadující okamžitou pomoc, což je v podstatě druh či způsob výkonu pěstounské péče (skutečnost, že patrně není po právní stránce zcela správné řešení jednak prostřednictvím smlouvy, jednak prostřednictvím „zařízení“, a že i jinak je z hlediska využitelnosti pochybné, ponechme zde stranou).

Pěstounská péče jako zcela zvláštní druh náhradní péče o dítě má zásadně místo buď tam, kde nezletilý není dlouhodobě tzv. právně volný, a přece výchova v ústavu není považována za vhodnou, anebo tam, kde nezletilý sice právně volný je, ale o institut osvojení není zájem (třeba z důvodů finančních nebo i jiných, např. sociálních atp.). Pěstounská péče je dlouhodobá a státem hrazená.

To ale je zjevně stav ne vždy vyhovující (v prvním, viditelném plánu spíš pojmově než obsahově). Je např. zřejmé, že dítě se nejednou ocitne v situaci, kdy potřebuje pomoc hned, ale jen na krátkou dobu, třeba i na jeden den. Že jsou situace, kdy dítě je svěřeno do péče nějaké osobě třeba na delší dobu, ale není vhodné, aby osoba byla ihned ustanovena do funkce pěstouna a dítě do role schovance. I v rámci procesu, ve kterém se rozhoduje o osvojení, přicházejí v úvahu různé situace, kdy by se dítě třeba muselo vrátit od tzv. budoucího osvojitele do ústavu, ale to zřejmě není v zájmu nezletilého. A podobně.

Proto se zvažuje, zda by příští řešení nemělo vycházet právě ze situací, do nichž se dítě může dostat. Vezmeme-li zřetel na jejich rozmanitost, jak z hlediska budoucího osudu dítěte, tak z hlediska osoby, která pečuje, a konečně i z hlediska doby, po níž péče trvá, zjistíme, že se nabízí cesta renovace institutu péče o cizí osobu. Soud by tedy svěřoval dítě do péče jiné osoby (než rodiče, popř. poručníka) obecně a zároveň by této osobě určil její povinnosti a oprávnění (především v rovině osobní péče).

Osobou, které by dítě mohlo být takto svěřeno, by mohla být osoba fyzická i právnická. Druhá jmenovaná by ovšem v ohledu péče o nezletilé měla – pokud jde o její členy či zaměstnance – disponovat svého druhu pověřením, či alespoň osvědčením o absolvování nějakého (ovšem určitého) kvalifikačního kursu, neboť nelze předpokládat, že např. úplně každá žena je schopna pečovat o dítě. Naopak. (Možné je také řešení výhradně prostřednictvím fyzických osob, ať už samostatných, anebo spojených tím či oním způsobem s osobou právnickou.)

Péče oné osoby by byla buď individuální (doma) nebo kolektivní, totiž v nějakém kolektivním zařízení (na způsob vesniček SOS). Přitom by podle povahy situace šlo buď o péči krátkodobou nebo dlouhodobou, vždy však pouze dočasnou (všechna rozhodnutí týkající se nezletilých jsou dána cum clausula rebus sic stantibus).

Teprve v případě, že by taková péče o dítě měla trvalý charakter, protože z dosavadního průběhu pečování je zřejmé, že je dítěti ku prospěchu, a to při zvážení skutečností svědčících ve prospěch individuální péče před péčí ústavní, mohl by soud rozhodnout o svěřeni dítěte do péče bez časového omezení. Pak by osoba, o níž se má (takto) za to, že bude o dítě pečovat soustavně a dlouhodobě, popřípadě osoba, která o dítě takto již pečuje, byla označována jako pěstoun.

A v této situaci by také soud zpravidla rozhodl i o právu této osoby na státní příspěvek. Nicméně, nelze vyloučit ani přiznání práva na státní příspěvek ve prospěch všech tzv. profesionálních „pěstounů“, tj. osob, které pečují o dítě (děti) zpravidla jen kratší dobu, načež je dítě svěřeno do péče jiné osoby, např. budoucího osvojitele apod., a profesionální pěstoun přijímá do své péče další dítě.

Profesionální „pěstouni“ (spíš osoby věnující se profesionálně pečování o děti) jsou osoby, které u nás zatím scházejí. Je jich však velmi zapotřebí. Jde o to zajistit individuální péči o potřebné dítě tu na kratší, tu na delší dobu. Profesionální „pěstoun“ by se v žádném případě neměl chtít sžívat s dítětem: měl by plnit jediné roli osobního pečovatele. Že úkol najít vhodné osoby do takových rolí je úkolem spíš faktickým než právním, je zřejmé.

### III.

Několik zdejších zamyšlení jistě ani zdaleka nevyčerpalo celý rejstřík otázek a problémů, nad nimiž by bylo zapotřebí hloubat a bádát. Společenská sféra upravovaná rodinným právem je nejen bohatá, ale vyvíjí se právě tak rychle jako život. A u nás se vyvíjí opravdu rychle – je třeba dohnat, co jsme „zameškali“. Bohužel ne vždy doháníme jen to, co by bylo správné a do budoucna nosné i přínosné, ale i to, čemu bychom mohli ledacos vytknout a čemu by bylo lepší se vyhnout.

Připomeňme třeba jen tzv. nový životní styl. Na příklad Francie tenduje již víc než třicet let pryč od manželství. Paradoxně – nebo naopak zákonitě – se v závěru minulého století objevily tlaky na novou právní !!! úpravu poměrů mezi osobami různého (a také stejného, ale to nebylo v dané chvíli rozhodující) pohlaví. Jakési legitimování životního poměru dvou osob se ukázalo být společensky velmi žádoucí. To, co vzniklo (PASC), ale není ani ryba, ani rak. Je to institut dost obtížně zařaditelný do známého systému právních zařízení.

A tak je třeba zamyslet se i nad tím, zda se už i to, co je relativně nové (srov. v úvodu), vlastně nepřezhilo.

#### CIVIL CODE NOW IN PREPARATION AND FAMILY LAW

##### Summary

The Civil Code is now, as a result of the the Government Resolution, currently in preparation as the forth in sequence in the territory of this country. It shall again include Family Law.

The author of the contribution first deals with the issues related to the system of organization of the new Code with special attention paid to Family Law including its position and order assumed in the Code. The

author gives arguments in support of placing the whole chapter of Family Law as the first one following the initial (the so called general) part, whose placing she considers to be justified.

The following part of the contribution is devoted to the selected concepts of Family Law, i.e. those which can be considered as most significant from the point of view of affecting the law now in force.

(1) Henceforward only the civil form of marriage is to be permitted (or shall be relevant in respect of the status of the parties). For this purpose, it appears necessary to newly regulate the celebration of marriage, i.e. especially to determine properly and in compliance with Constitution, the authority which shall be the subject-matter and local authority to receive the declarations by the bride and bridegroom while the appointment of the solemnizing officer, which is now almost the crucial point of the regulation, shall be substantially suppressed. The new regulation purports to strengthen legal certainty in the matters of status.

(2) The current regulation deals with the issues of adverse consequences of defects in the declarations by the bride and bridegroom as well as in the process of solemnization in a way that is unparalleled in the world. The new regulation should, therefore, come back to the continental legal standards and it should do so in not only determining which defect should be sanctioned, but also in the legal formulation of the adverse impact of the defects on the marital status.

(3) Another purpose (primary one as to its importance) of the new Family Law is enhancing the minors' protection, especially in the light of international covenants of our country. This fundamental trend should come to be reflected in the approach to both adoption and other forms of substitutional care. Therefore all these concepts will be (in their contents, too) re-defined to approach the European standards: the stress placed upon the actual child care and not the acceleration of the creation of the new legal status), improving the approach to the relationship between the biological parent and the child (it is the biological family that should be the first to be assisted and only then other options may be elected), suppressing the anonymity of adoption, the currently supreme position of the candidate for adoption, the exclusive decision-making power of the court, proper proceeding without haste. In the individual child care, the concept of placing a child in a person's care should always have the priority, and only then, subject to circumstances, the authorities could proceed either towards adoption or foster care.