

Michaela Zuklínová

CUI BONO? BEZVÝJIMEČNĚ VE PROSPĚCH TOHOTO DÍTĚTE! ZAMYŠLENÍ NAD PÉČÍ O DÍTĚ

Abstrakt: Kruciální pojem Úmluvy o právech dítěte, „well-being (welfare) of the child“ byl pro české zákony přeložen slovem „blaho“, které se běžně nepoužívá a není úplně srozumitelné. Autorka se snaží najít vhodnější výraz. Právní úprava poměrů dítěte prošla v poválečném období zvláštním vývojem: právní stav v zemích tradičních demokracií se lišil od situace ve státech tzv. sovětského bloku. V druhých jmenovaných byly přepsány všechny zákony podle sovětského vzoru. To mimo jiné znamenalo, že moc nad dítětem získal zásadě každý, kdo byl rodičem. O takový právní stav se v ostatních zemích našeho kulturního regionu (západní Evropa, USA ap.) svádějí dodnes boje nebo se aspoň vedou diskuse. Jestliže soud na Západě rozhoduje o právních poměrech dítěte, rozhoduje o tom, který rodič má mít rodičovskou odpovědnost. Moc nad dítětem je tam totiž tradičně (od dob antického Říma) singularizovaná (tj. má ji jeden rodič). Totéž platí, rozhoduje-li o poměrech dítěte ESLP ve Štrasburku. Pokud rozhoduje o poměrech dítěte soud v ČR, rozhoduje jen o tom, jak který z rodičů se bude podílet na výkonu rodičovské odpovědnosti k dítěti. Proto jsou rozhodnutí ESLP v meritru pro naše soudy nepoužitelná. Zákony západních zemí jen postupně dospívají do podobné právní situace, jaká je u nás už šedesát let. Na rozdíl od poměrů u nás je na západě zásadní rozpor s well-being dítěte nepřekročitelnou překážkou. Pro rozhodování soudů v případech, kdy rodiče dítěte netvoří nebo nechtějí tvořit souladný pár, by mělo být všude určující, že musí najít to řešení, které nejlépe zajistí spokojený život dítěte.

Klíčová slova: spokojený život dítěte (dobro dítěte), nejlepší zájem dítěte, péče o dítě, rodičovská odpovědnost

1. „WELL-BEING“, „WELFARE“ DÍTĚTE A JEHO „BEST INTERESTS“

1.1 Výrazy „welfare“ a „well-being“ jsou u nás již dlouhá léta překládána bez velkého uvažování a oba stejně, totiž jako „blaho“. Už tím vznikají jisté potíže. Jednak „welfare“ může být, a také skutečně je, něco poněkud odlišného od „well-being“, jednak, a to je závažnější, dnešní průměrně rozumný Čech jen stěží skutečně ví, co ono „blaho“ vlastně znamená. Přitom se zjevně jedná – a dále se to pokusíme také ukázat – o ústřední pojem (či pojmy), ke kterému by se všechno, co se týká dítěte (srov. kupř. čl. 1 Úmluvy o právech dítěte, dále jen „Úmluva“), mělo upínat, co by mělo vlastně být cílem všeho snažení, jde-li o dítě. Pak je tu ovšem určitý problém, který by, podle mého názoru, měl být řešen. Skutečnost, že na tomto místě existují pochybnosti, může mít, zdá se mi, dost neblahé důsledky pro osud dítěte – toho ohroženého a potřebného lidského tvora, značně nepříznivé důsledky sahající daleko za výklady problematiky tzv. dětských práv.

Abychom si na tomto místě zjednodušili vyjadřování, budeme zatím jednak předpokládat, že výrazy „welfare“ a „well-being“ znamenají – víceméně – totéž, jednak je budeme používat bez překladu.¹ Je ale vhodné dodat, že zatímco v USA se pravidelně

¹ Machek v Etymologickém slovníku uvádí výrazy „blážiti“, „blážený“, „blaho“ s odkazy na staročeštinu a ruštinu (MACHEK, V. *Etymologický slovník jazyka českého*. 1. vyd. Praha: Academia, 1971, s. 55). V současné češtině se užívají zcela běžně vlastně jen složené výrazy: „blahopřání“ a „blahopřát“ (stěží si ale kdo uvědomí, že vlastně jde o přání blaha). Mnohem méně se setkáváme s výrazy „blážený“ nebo „oblažovat“, ještě méně „blahověle“ nebo „blahovolný“ (srov. tedy benevolentní – od benevolence, lat. *benevolentia* – čili to, co někdo činí, aniž

setkáváme spíš s jednoduchým výrazem „*welfare*“ (což tam ale ve spojení s adjektivem „*child*“, tedy „*child welfare*“, v podstatě znamená veškerou, především sociální ochranu dítěte a péči o dítě), výraz „*well-being*“ je užíván především ve Velké Británii a běžně také v mezinárodních dokumentech.

V Úmluvě se sice setkáváme s oběma výrazy, a to zhruba v tomtéž významu, avšak (také s ohledem na řečenou situaci v USA) se výraz „*well-being*“ zdá být vhodnější, protože je právě ve vztahu k bytí dítěte, jak o tom budeme dál mluvit, výstižnější.

Přesto, že se výraz „*well-being of the child*“, respektive výraz „*welfare*“, objevují v Úmluvě na několika místech, vysvětlení ani jednoho z nich tam nenajdeme.

1.2 Třetím pojmem, který je v Úmluvě používán, je „*the best interests of a child*“,² překládaný obvykle „nejlepší zájem dítěte“. Význam tohoto pojmu je nám srozumitelný mnohem víc a také jsme zvyklí s ním běžně pracovat (srov. všechny rozhodné recentní právní předpisy).

Z obsahu Úmluvy lze celkem dobře dovodit vzájemný vztah podstaty všech zmíněných výrazů. Bez větších pochybností lze konstatovat, že právě respektování „*the best interests of a child*“ je tou správnou cestou, jak dosáhnout (stavu označovaného jako) „*well-being*“ („*welfare*“) *of the child*.

1.3 U příležitosti implementace principů Úmluvy do tzv. běžného zákonodárství byl výraz „blaho dítěte“ vložen – tentokrát jako zákonný výraz – do zákona o rodině (zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, dále také jen „z. o r.“), a to zákonem č. 91/1998 Sb., kterým se mění a doplňuje z. o r.

Avšak na tomto místě v systému právních norem vzal velmi rychle (sic!) za své, totiž (již) přijetím zákona o sociálně právní ochraně dětí, který převzal bez náhrady některé části z. o r., s poukazem na jejich administrativní povahu, mj. i ustanovení § 41 odst. 1, věta třetí („Cílem sociálně právní ochrany je blaho dítěte“).³ To není možné hodnotit jinak než negativně, protože pojmu „*well-being of the child*“, nejspíš základnímu pojmu zdaleka nejen toho, co reprezentuje Úmluva (srov. dále), nelze vyhradit prostor toliko jednoho jediného zákona. N. B. zákona administrativní povahy, jehož pravidla jsou na ustanoveních soukromého práva víceméně nezávislá.⁴

má povinnost to činit), tu a tam lze slyšet zvolání (spíš někoho staršího): „to je ale blaho!“ atp.; určité části obyvatelstva je známý výraz „blahoslavený“ (obecně znamená „ten, jehož dobrota je oslavována“). Příslušníci mladší generace však na místě slova „blaho“ používají jiné, mnohem přirozenější výrazy (srov. také dále v textu). Nejsme ovšem sami, kdo má potíže s překladem zmíněných výrazů do moderního jazyka. Např. v právních předpisech států, kde je úředním jazykem (také) němčina, se užívá výrazu „*das Wohl*“, v laickém pohledu podobně nejasný; k výkladu v německé literatuře srov. dále v pozn. 10. Naproti tomu nahlédnutí do obecného slovníku anglicko-českého (srov. HAIS, K. – HODEK, B. *Velký anglicko-český slovník, díl. IV T-Z*. 2. vyd. Praha: Academia, s. heslo *well-being*) umožní získat velmi slušnou informaci.

² Úmluva ve své francouzské verzi (tj. další ze šesti relevantních) užívá výrazu „*l'intérêt supérieur de l'enfant*“, a v čl. 3 odst. 1 pokračuje: „*doit être une considération primordiale*“.

³ Srov. § 46 z. o r., a posléze § 5 zák. č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí.

⁴ Přístup zákona citovaného v pozn. 3 za povšimnutí. Tento zákon (ve znění pozd. předpisů, vč. zák. 401/2012 Sb.) totiž víc než zjednodušeně klade „zájem“ a „blaho“ dítěte vedle sebe do jedné roviny, ba zdá se, že oba pojmy ztotožňuje (srov. § 5 cit. zák.). Kromě toho mluví o „vzájemném právu rodičů a dětí na rodičovskou výchovu a péči“ (ibidem). To je ovšem nesprávné, a mělo by být co nejdříve předmětem zájmu alespoň ústavního soudu: toto ustanovení je totiž v zásadním rozporu s ústavním pořádkem. V takovém přístupu zákonodárce

1.4 Výraz „*well-being*“, respektive „*welfare*“ je v naší odborné literatuře vykládán jen výjimečně. Z prací renomovaných autorů vlastně toliko v učebnici České rodinné právo,⁵ jinak jen v několika studentských pracích (především doktorandských).⁶

V citovaném Českém rodinném právu je „blaho“ dítěte představeno jako „princip“. „Princip blaha dítěte“ je vyložen jako „*vytváření prostředí přátelského dětem*“.

S tímto uchopením lze v podstatě souhlasit, výjimečně je také přijímáno.⁷ Jistou pochybnost budí ale fakt, že se mluví o „principu“.

1.5 Právní situace v zahraničí se od zmíněného stavu českého podstatně liší. Tamní civilní kodexy totiž pravidelně s výrazem „*welfare*“ či s výrazem „*well-being*“ (ovšem v adekvátním jazyce) pracují, nejednou v hojné míře. Některé zákoníky používají vedle tohoto výrazu i výraz vyjadřující „zájem“ dítěte (srov. dále).

Tak třeba německý BGB výslovně zmiňuje „*well-being of the child*“, totiž „*das Kindeswohl*“ (např. v ustanoveních § 1626, 1626a, 1666, 1671, 1687, 1697). V německé právníce i např. sociologické literatuře se „*das Kindeswohl*“ zkoumá velmi pečlivě a po všech stránkách, nejen hmotněprávní a procesní, ale i psychologické, sociologické atd.⁸ Výraz „*das Kindeswohl*“ bývá představován jako onen zřetel, který je směrodatný *pro každé rozhodování soudu ve věci nezletilého dítěte*.⁹ (BGB v § 1666 výslovně mluví o tělesném, duševním a psychickém „*das Kindeswohl*“.) Přitom se (v citovaných pracích) uvádí, že „*das Kindeswohl*“ je určeno řadou několika mimoprávních prvků (např. vědeckými poznatky, společenskými standardy apod.)¹⁰

je dobře možné spatřovat doslova pohrdání obecně přijatými a zavedenými pravidly a „vyrábění“ jakéhosi výlučného českého „dětského správního práva“, bez ohledu na to, co stanoví nejen o. z., ale co ctí všechny civilizované státy. Zjevně se pozapomnělo, že podpisem Úmluvy jsme na sebe vzali závazek řídit se jejími pravidly. Mezinárodní úmluvy týkající se lidských práv jsou součástí našeho ústavního pořádku (čl. 10 Listiny). Možná, že nejde ani tak o nedostatek povědomí o povinnostech, které na sebe vzal náš stát, jako spíše možná o neznalost jazykovou, nebo snad dokonce o snahu vytvořit jakési soukromé hájemství, které se spravuje pouze vlastními právními předpisy!

⁵ Srov. HRUŠÁKOVÁ, M. – KRÁLÍČKOVÁ, Z. a kol. *České rodinné právo*. 3. vyd. Brno: Doplněk, 2006, s. 17–22.

⁶ Na právnické fakultě UK vypracovala zhruba před 15 lety pod vedením doc. JUDr. Senty Radvanové fundovanou disertační práci JUDr. Markéta Milerová; předmětnou tematiku studovala nejen na zahraničních školách, ale rovněž přímo v sekretariátu Výboru pro práva dítěte.

⁷ Tyto názory nacházíme zejména ve Velké Británii, za mnohé srov. např. WELSTEAD, M. – EDWARDS, S. *Family law*. 2nd edition. Oxford: University Press, 2008. Zmíněná výjimečnost je ale dána tím, že tento názor se váže k angl. *The Children Act* z r. 1989, jehož příprava se – samozřejmě – ubírala jinými cestami než koncipování Úmluvy (z téhož roku). Angl. CA kromě toho nezná pojem „*best interests of...*“ – takže chápání pojmu „*welfare*“ je nutně poněkud odlišné.

⁸ Za četné práce srov. např. COESTER, M. *Das Kindeswohl als Rechtsbegriff*. Frankfurt, 1983, s. 415–420.

⁹ Srov. např. COESTER, M. *Das Kindeswohl als Rechtsbegriff*, cit. v pozn. č. 8; MNOOKIN, R. H. Was stimmt nicht mit der Formel „*Kindeswohl*“? *Familienrechtzeitung*. 1975, Heft 1, s. 4; DIEDERICHSEN, U. Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses. *Familienrechtzeitung*. 1978, s. 461–474; DIEDERICHSEN, U. Die Reform des Kinderschaf-Beistandschaftsrechts. *Neue Justiz Wochenschrift*. 1998, s. 1977–1980; GERNHUBER, J. Kindeswohl und Elternwille. *Familienrechtzeitung*. 1973, s. 229–235; STAUDINGER – COESTER. *Kommentar*. § 1666, Rn 58; a mnozí další.

¹⁰ Pro nás je velmi poučné, jak je pojem „*das Kindeswohl*“ v německé odborné literatuře v podrobnostech vykládán. Zdůrazňuje se, že nejde o nějaké obecné nebo snad převažující zřetel, ke kterým má soud, rozhodující o dítěti, přihlídnout. Ty totiž mohou být různě ovlivněny, záviset na rozmanitých skutečnostech. Proto se zdůrazňuje, že soud má rozhodnout podle své zkušenosti tak, jak je to nejlepší či nejvhodnější s ohledem na danou skutkovou situaci, v níž se dítě právě nachází. Soud pak vychází nejen z vlastních empirických poznatků, ale především i ze zjištění různých odborníků, kteří se s dítětem setkali, popř. s ním mluvili nebo

Za rozhodující kritérium pro posouzení, zda stav „*des Kindeswohls*“ existuje, anebo neexistuje, bývá (např. v citovaných literárních pramenech) označována míra naplnění smyslu (cíle) výchovy dítěte, která je úkolem každého rodiče, který má tak řečenou „*die Sorge*“ (srov. dále). Oním smyslem (cílem) se rozumí vytvoření situace, v níž má dítě možnost vyvíjet se takovým způsobem, aby se stalo osobností, která je schopna žít ve společnosti a odpovídat za své jednání.

Výraz „*well-being*“ je považován¹¹ za kýžený cíl, k němuž má směřovat „všechno“, co se dítěte právně týká. Má-li být tohoto cíle dosaženo, je třeba pečlivě (neustále i opětovně) sledovat, co je pro dítě nejlepší, neboť „*the best interests of the child shall be a primary consideration*“ (čl. 3 odst. první Úmluvy).¹² Čili, jak již bylo zmíněno výše, bude-li všechno uspořádáno v nejlepším zájmu dítěte, může nastat stav označovaný jako „*well-being of the child*“. Aby bylo takového stavu, totiž „*well-being*“ dítěte, dosaženo, je (členský) stát (Úmluvy) – podle čl. 3 odst. 3 Úmluvy – povinen zajistit *pěči o děti a jejich ochranu* (rozuměj pro každé dítě).

S pomocí všech těchto zjištění lze dospět k vymezení obsahu (podstaty) výrazu „*well-being*“ („*welfare*“) dítěte. Tento výraz znamená: „dobro“, „prosperita“, „životní pohoda“, „spokojenost“, ..., popřípadě „pocit štěstí“, „pocit spokojenosti“ nebo také „dobrý pocit“.¹³

Pro zde sledovanou tematiku to znamená, že pokud rodiče dítěte již spolu souladný pár netvoří, je třeba hledat takové uspořádání poměrů dítěte, aby dítě, navzdory nepřítomnosti, kterou působí nesoulad mezi rodiči, bylo šťastné a spokojené, čili aby oddělení jednoho rodiče od druhého na ně mělo co možná nejméně negativní vliv. To ale vyžaduje, aby se k řešení situace dítěte přistupovalo vždy se všemi znalostmi a zkušenostmi, které v této věci a ve věcech *obdobného druhu* máme, popřípadě vůbec existují, a aby se jich využívalo vždycky jen tak, anebo právě tak, aby *dotyčné (tj. určité, konkrétní) dítě bylo šťastné a spokojené*.

2. NEJLEPŠÍ ZÁJEM DÍTĚTE ANEB CO JE PRO DÍTĚ „TO NEJLEPŠÍ“?

2.1 „Nejlepší zájem dítěte“ – ve smyslu čl. 3 odst. 1 Úmluvy – představuje zřetel, který je třeba vzít přednostně v úvahu při každém jednání, faktickém i právním, v řízení soudním i správním, v jakémkoli opatření, které se týká dítěte, a to bez ohledu na to, kdo je činí,

jinak komunikovali, ale také jiných osob, které o dítěti vědí nejméně. (Samozřejmě, že vůbec nejde o text typu „stanovisko orgánu sociálně-právní ochrany dětí“.) Pokud jde o zohlednění vlastní vůle dítěte, je stanovisko německých juristů obdobné postojům, které jsou běžné u nás, a které zastává nejen teorie, ale v první řadě čím dál tím ve větší míře také praxe. Je třeba přijmout, že vůle dítěte má být vzata v úvahu, jak jen je to možné, přičemž je samozřejmě potřebné důkladně zjistit jak míru vlastního nahlédnutého postoje dítěte, tak míru vnučení cizích názorů. Srov. k tomu také lit. uvedenou v pozn. č. 9.

¹¹ Srov. zejména *Implementation Handbook for The Convention on The Rights of The Child*. 3. úplné vydání. UNICEF, 2007.

¹² Připomeňme, že angl. *The Children Act*, 1989, v čl. 1 odst. 1, ve stejném smyslu používá výraz „*the child's welfare*“; srov. také viz v pozn. č. 2.

¹³ Proto překládat angl. slovo „*welfare*“ českým slovem „blaho“ je velmi nešťastné. Srov. v pozn. č. 1. Srov. také ve slovníku tam citovaném slovo „*fare*“: je třeba mít na zřeteli, že znamená rovněž „dařit se“! (HAIS, K. – HODEK, B. *Velký anglicko-český slovník*, díl. II. Praha: Academia, 1992). Ostatně, to také lépe ladí s francouzským výrazem „*bien-être*“, kterým se zpravidla rozumí „spokojenost“ či „pohoda“.

respektive o něm rozhoduje, ať rodiče, anebo někdo jiný (srov. zejm. § 866 a § 875 občanského zákoníku, dále také jen „o. z.“).

Povinnost zohlednit nejlepší zájem dítěte je uložena – nikoli v poslední řadě, ale naopak přede všemi ostatními – *zákonodárci*: jakékoli zákonné ustanovení, které nejen přímo směřuje k dítěti, ale i takové, které by se mohlo dítěte nějak dotknout, musí brát vždy ohled na skutečnost, že primárním žádoucím cílem je *dobro dítěte*, a proto musí stále a doslova na každém kroku sledovat jeho *nejlepší zájem*.¹⁴

2.2 Z toho, co bylo prve uvedeno, se podává, že jak „*well-being*“ dítěte, tak „*the best interest of the child*“, mají jednak rovinu, kterou bychom mohli nejspíš označit jako abstraktní nebo obecnou, jednak rovinu zcela konkrétní, jedinečnou, totiž tu, která se týká právě toho dítěte, o které se v daném případě jedná.

Abstraktní neboli obecná rovina je vlastní pohledu zákonodárce či normotvůrce: stav označovaný jako „*well-being*“ dítěte musí mít zákonodárce na zřeteli vždy, když schvaluje pravidla o dítěti nebo o něčem, co se dítěte dotýká. Proto také zákonodárce nesmí určit *jeden způsob* péče o dítě jako zásadní či primární, ba víceméně nevyhnutelně použitelný. Není totiž nikdy a priori jisté, který z celého rejstříku možných způsobů uspořádání poměrů bude určitému dítěti vyhovovat nejlépe. Zákonodárce sice může takovou nabídku různých možností v právním předpise předestřít, není to ale, jak máme za to, nezbytně potřebné. Měl by ale vždy *stanovit základní či rozhodující zřetele*, ke kterým je třeba především přihlídnout, má-li být dosaženo stavu označeného (např. jako) „*spokojené dítě*“.

Naproti tomu soudce, sociální pracovník, samozřejmě rodiče, popřípadě další osoby, ti mají, domnívám se, vždy zohlednit nejlepší zájem *toho kterého jednotlivého, určitého, konkrétního dítěte*, a to *v určité, nezaměnitelné situaci, jeho „well-being“*.¹⁵

Porovnejme s tím, co právě bylo uvedeno, právní úpravu řešení poměrů dítěte v ČR prostřednictvím institutu „střídavá péče“.

Není pochyb o tom, že *obecně vzato*,¹⁶ *je v zájmu každého dítěte, aby žilo s oběma svými rodiči* a aby oba jeho rodiče měli povinnost o ně společně pečovat (nebo aby se alespoň nějakým způsobem na péči o ně podíleli), tj. společně rozhodovali o všech jeho

¹⁴ Není třeba dlouze rozebírat, že výraz „nejlepší zájem dítěte“ má z určitého hlediska povahu vnitřně redundantní, slovo „nejlepší“ je totiž ve vztahu ke slovům „zájem dítěte“ zbytečné. Je-li zohledněn skutečný zájem dítěte, je tento zájem nutně zároveň zájmem nejlepším! (Srov. o. z. a důvodovou zprávu k § 875 a násl.) Důvod, proč byl vůbec použit výraz „*the best interest of the child*“, je prostý: dítě má různé zájmy, v podstatě lze mluvit o hierarchii zájmů, a pak ten, který stojí za to sledovat, protože je nejdůležitější, je „nejlepší“, anebo také „*superior*“ atd. Srov. také v bodu 4. Dále srov. např. NOVOTNÁ, V. Co je v zájmu dítěte? *Právo a rodina*. 2001, roč. 3, č. 8 a 9, s. 4–6.

¹⁵ Samozřejmě, že se vzápětí nabízí říct: každý soudce našeho vyššího soudu (v našich podmínkách, jistě ne ve státě, jehož právní řád je založen na soudním precedentu), pokud rozhoduje obecně, což se týká především ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek publikovaných rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR, a stejně tak nálezů Ústavního soudu ČR (čl. 89 odst. 1 Ústavy ČR – bez pochybností – těch zrušujících), by měl rozhodovat jako zákonodárce: měl by vycházet z obecných (abstraktních) zřetelů tak, aby pravidlo, které vytvoří, bylo použitelné vždy a za všech okolností, tedy – např. – pro každé dítě a v každé situaci.

¹⁶ ... jak o tom svědčí mnohá odborná zjištění i zobecněná osobní empirie, totiž především zkušenostní poznatky soudců... (srov. např. PRŮCHOVÁ, B. – NOVÁK, T. Lze prosadit střídavou výchovu proti vůli jednoho z rodičů? *Právo a rodina*. 2003, roč. 5, č. 10, s. 10; NOVÁ, H. Nezletilé dítě ve střídavé péči. *Právní rádce*. 1995, roč. 3, č. 5, s. 10–11; HRUŠÁKOVÁ, M. – NOVÁK, T. Reálně o společné a střídavé porozvodové výchově. *Bulletin Advokacie*. 1999, roč., č. 3, s. 29–32; ŠPAŇHELOVÁ, I. *Dítě a rozvod rodičů*. Praha: Grada, 2010; ŠPAŇHELOVÁ, I. Střídavá péče o děti po rozvodu očima psychologa. *Právo a rodina*. 2005, roč. 7, č. 5.

záležitostech, a nejen nesli také za tato svá rozhodnutí právní odpovědnost, ale také skutečně fyzicky uskutečňovali péči o dotyčné dítě.¹⁷ Bylo by asi možné říct, že takový zájem malého lidského tvora je dán jeho biologickými, psychologickými a sociálními potřebami a vazbami.

Toto obecné zjištění ovšem ještě neznamená, že v určité, jedinečné skutkové situaci, ve které se nachází určité, jednotlivé dítě, tj. dítě, o kterém se právě rozhoduje, je soužití s oběma rodiči, čili faktická společná péče obou rodičů, respektive taková péče, na níž se oba rodiče spolu podílejí, skutečně takovým uspořádáním poměrů, které je pro *toto dítě* nejlepší, že je skutečně tím, co *tomuto dítěti* opravdu *prospívá*. Naopak, nejsou nijak výjimečné situace, dané jistými významnými skutečnostmi, kdy je společná péče (péče vykonávaná také fyzicky oběma rodiči) popřípadě dokonce jednoznačně vyloučena nebo aspoň se její přínos pro dobro, pro pohodu dítěte stává pochybným. Je třeba říct, že takové skutečnosti jsou známé už dávno, v podstatě od doby, kdy se vůbec o tzv. *common care – custody* – začalo uvažovat (srov. také dále).¹⁸

Lze tudíž říct, že pravidlo, podle kterého má platit, že pro dítě je nejlepší, pečují-li o ně oba rodiče, je právě jen pravidlem. Že vždycky neplatí. Že existují výjimky z tohoto pravidla, a nikoli zcela zanedbatelné. Pokud se pak takový případ objeví, tj. pokud se jedná o dítě, kterému by společná péče spíš škodila, než prospívala, musí zmíněné pravidlo ustoupit právě požadavku pohodového života dítěte.

Ostatně, v neprospěch pravidla o péči obou rodičů svědčí i něco jiného. Čím dál víc se v odborných pedo-psychologických, pedagogických i pediatrických kruzích uznává a čím dál víc se i v laické veřejnosti šíří přesvědčení o tom, že dítě potřebuje jak *ukotvení osobní*, tj. potřebuje znát, *od koho pochází, kdo jsou jeho rodiče* (ke komu patří, kde jsou jeho biologické kořeny), tak také *ukotvení v místě*. *Potřebuje vědět, odkud pochází (v kterém místě jsou jeho kořeny) a kam patří (kde je jeho „hnízd“ či „pelíšek“)*.^{19,20}

To jistě úzce souvisí s poznatkem dávno učiněným, že totiž dítě má vyrůstat ve *stabilním výchovném prostředí*,²¹ což není jen otázka toho, *kdo* o dítě osobně pečuje, ale také otázka *místa bydlení*, místa školy, popřípadě podobného zařízení, kvality vzdělání, kolektivu přátel a kamarádů, podoby mimoškolních aktivit apod., totiž tzv. *sociálně známého prostředí*, tj. dítěti vlastního.

¹⁷ Podle ust. čl. 18 Úmluvy jsou účastnické státy povinny vyvinout co největší úsilí, aby zajistily uznání principu (zásady), že oba rodiče mají „*common responsibilities*“ za výchovu a rozvoj dítěte... Tím, čeho si má přítom stát hledět, je „*the best interest of the child*“. Srov. ale dále v textu!

¹⁸ Některé z nich proto byly a jsou dokonce výslovně uvedeny v právních předpisech některých států, srov. např. *Australian International Family Code*, 2006. Ale také domácí literatura obsahuje v tomto ohledu dostatečnou informaci: za mnohé další srov. např. PRŮCHOVÁ, B. – NOVÁK, T. Lze prosadit střídavou výchovu proti vůli jednoho z rodičů? *Právo a rodina*. 2003, roč. 5, č. 10, s. 10.

¹⁹ Připomeňme, jaký vliv má na starého člověka jeho přemístění někam, kde není zvyklý žít!

²⁰ Je přece celkem samozřejmé, že každý někam chodí, každý se někam vrací, každý má své „doma“, místo, kde se cítí „doma“. Nelze se cítit „doma“ na dvou místech. (Jak o tom svědčí recentní zkušenost: čeští předlistopadoví emigranti mají s tímto „doma“ problémem dodnes!).

²¹ Jak je obecně známo, je stabilita výchovného prostředí v rozhodovací praxi našich soudů standardním požadavkem, a to již od účinnosti z. o. r. Srov. R/1965, Pls 4/1967, R 97/67, a nakonec i IV. ÚS 14/2000. Že připuštění změny výchovného prostředí bylo vždy našimi soudy podmiňováno zcela výjimečnou situací a zásadními důvody, lze dovést i z rozsáhlého rozboru v: Nejvyšší soud o občanském soudním řízení a..., Sborník směrnic, usnesení... pléna a presidia Nejvyššího soudu 1965–1967, NS ČSSR, Praha: SEVT, 1974, s. 265 nn.; obdobné pravidlo je považováno za jedno ze zcela zásadních snad ve všech státech: srov. dále.

Otázku *stabilní osobní péče* je zapotřebí rovněž podtrhnout. Je stále hlasitěji připomínáno (to, co kolektivistické režimy zásadně potlačují), že zejména velmi malé děti potřebují, pokud je to jen trochu možné, *stálou osobní péči*; přitom není rozhodné, *kdo* takovou péči poskytuje, jedná se jen to, *aby pečovala stále jen jedna osoba, respektive pár osob*, čili aby se pečující osoby nestřídaly.^{22,23,24}

3. PRÁVNÍ ÚPRAVA NA ÚZEMÍ ČECH, MORAVY A SLEZSKA (A SLOVENSKA)

3.1 Podoba rodinného práva byla v českých zemích zásadně ustálena od r. 1812 po celých sto padesát let. Ke změně došlo 1. ledna 1950. V ten den nabyl účinnosti zákon č. 265/1949 Sb., o právu rodinném, který na celém území ČSR, tedy nejen v dřívějších zemích českých, ale také na Slovensku, proměnil podobu rodinného práva zcela zásadním způsobem.

Muž a žena byli prohlášeni za sobě rovné (§ 15),²⁵ a za sobě rovné byly prohlášeny také děti narozené v manželství a mimo manželství.²⁶ Napravily se také – do jisté míry – vztahy mezi matkou a otcem na straně jedné, a jejich společným dítětem na straně druhé: moc otcovskou vystřídala *moc rodičovská*. To znamená, že od té doby u nás měli a stále mají oba rodiče každého dítěte stejně rodičovskou moc, byla a je jim tedy „*společná*“

²² To se pravidelně uvádí, má-li být odmítnuta ústavní péče (kterou poskytují především diagnostické ústavy a dětské domovy (srov. zák. č. 383/2005 Sb., o výkonu ústavní výchovy nebo ochranné výchovy ve školských zařízeních). Je dosti kuriózní, pokud leckdo nevidí, že také všechna zařízení sociálně-právní ochrany (podle zák. č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí), zejména známá zařízení pro děti vyžadující okamžitou pomoc (mezi které se řadí i tzv. klokánky) poskytují stejnou neindividuální péči dětem, kterým se z nějakého důvodu nedostává adekvátní péče rodiče nebo jiné individuálně pečující osoby. V obou případech je totiž dítě poskytována osobní péče různými osobami, které se střídají (podle rozvrhu práce). Nelze nevidět, že každé střídání pečujících osob *střídáním* je (sic!), a platí to i o střídavé péči rodičů.

²³ To odpovídá nejen prve uvedeně potřebě stability výchovného prostředí, ale i skutečnosti, s jakým důrazem je zejména v poslední době Česká republika kritizována za to, kolik dětí je umístěno v kolektivních zařízeních! Sic! A to bylo také důvodem toho, že – vlastně až v posledku – bylo do občanského zákoníku zařazeno ustanovení § 971 odst. 2, že pokud soud dítě umístí na přechodnou dobu do zařízení pro děti, které vyžadují okamžitou pomoc, nemůže rozhodnout obecně, tj. bez časového omezení, totiž právě pro tuto (pojmovou, čili apriorní) přechodnost péče, kterou takové zařízení podle zákona poskytuje, ale musí stanovit dobu trvání tohoto umístění, této péče, která může činit nejvíce šest měsíců. Potřebuje-li pak dítě výjimečně být v takovém zařízení umístěno po delší dobu, tj. pokud se nepodařilo dosud nalézt žádnou osobu, která by o dítě osobně pečovala, musí se soud znovu otázkou další péče o dítě zabývat, a posoudit, co by bylo v jeho nejlepší zájmu (a pak popřípadě znovu určit nejdelší dobu, po kterou má být dítě takto umístěno). Je ovšem třeba mít na paměti, že – jak již bylo zmíněno – víceméně samostatný – zákon o sociálně-právní ochraně dětí má úpravu zvláštní, odlišnou, podle které vůbec není dovoleno, aby dítě v takovém zařízení pobývalo delší dobu.

²⁴ První poznatky o problematičnosti střídavé péče právě pro nedostatek jediného „doma“ jsou z některých států USA, např. z Colorada, ale také z Austrálie, kde se pokus (2006) o zavedení tohoto porozvodového uspořádání („*joint custody*“ ve formě „*shared care*“, respektive „*shared parental responsibility*“) uskutečnil; počítalo se s dosažením stavu 50:50 v poměru obou druhů péče. Tento pokus se setkal – jak se brzy ukázalo – s nezdarem, přičemž jako jeden z hlavních důvodů se uvádějí právě škody na psychice dítěte vzniklé dlouhodobě se měnícím místem pobytu. Srov. k tomu Family Law Act 1975 (Cth) s 61 DA (1,2,4) a DAA. Z lit. zdrojů např. RHOADES, H. The Danger of Shared Care Legislation: Why Australia Needs (Yet more) Family Law Reform. *Federal Law Review*. 2008, Vol. 36, s. 279–299; COLLIER, R. – SHELDON, S. (eds). *Fathers' Rights Activism and Law Reform in Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publications, 2006 (Austrálie je přitom jedinou zemí v rámci Commenwelthu, která takový pokus vůbec podnikla).

²⁵ Rovnost ovšem vyslovila již Ústava 9. května (1948).

²⁶ Srov. také § 11 odst. 2 Ústavy z 9. května 1948 o tom, že původ dítěte nesmí být jeho právům na újmu.

(v tom smyslu, že patřila oběma rodičům), a zavazovala a zavazuje oba rodiče k plnění rodičovských povinností bez ohledu na to, zda jsou nebo nejsou (byli nebo nebyli) manžely (jinak řečeno, zavazuje každého, kdo rodičem je, ledaže z nějakého, výslovně stanoveného, důvodu toto pravidlo neplatí). Na základě nebo v rámci této rodičovské moci rodiče o své děti pečovali, a to tak, že je živili a vychovávali.²⁷ Tato situace existuje víceméně i dnes.

Čili počínaje rokem 1950 již neměla existovat moc jediného rodiče, jak tomu bylo po celou dosavadní historii, ale moc obou rodičů.²⁸ To představovalo změnu zcela zásadního charakteru.

Je třeba si uvědomit, že důsledkem této změny bylo také *oddělení rodičovské moci od (rodičovské) péče* (původně výchovy). *Péče* (výchova) *byla jen jednou z dílčích povinností rodiče, jenom jednou ze součástí rodičovské moci* (dnes rodičovské odpovědnosti).

Tudíž: v případě rozvodu (anebo oddělení rodičů) zůstala rodičům nutně zachována jejich společná rodičovská moc (čili ten soubor povinností a oprávnění rodičů, který je v jiných právních úpravách označen jako „péče“, totiž „*die Sorge*“, „*die Obsorge*“, „*l'autorité*“, „*power*“, „*responsibility*“ (eventuálně „*die Verantwortlichkeit*“), popřípadě jinak, např. „*custody*“, „*die Sorgerecht*“, „*de ouderlijke macht*“²⁹ atd.), protože rodičovskou moc měli *vždycky oba rodiče* (ledaže oba nebo jeden z nich jí byli zbaveni), čili i po rozvodu (oddělení) měli oba rodiče stejné – společné – rodičovské povinnosti, a to přesto, že je společně nevykonávali! U příležitosti rozvodu rodičů nezletilého dítěte, stejně jako v případě, že rodiče nezletilého dítěte spolu nežili, soud rozhodoval (a rozhoduje) jen o dílčí povinnosti, tj. zejména o tom, kdo bude pečovat o osobu dítěte, jinak řečeno o tom, jak budou rodiče (fyzicky) vykonávat povinnost a právo výchovy a výživy vůči dítěti.

Naproti tomu v zemích ležících na západ od zemí tzv. sovětského bloku platila pravidla zásadně odlišná: moc nad dítětem měl jen jeden rodič, zásadně otec, výjimečně matka, kterážto situace se po 2. světové válce obrátila. A přesto, že bylo posléze všude označení „moc“ opuštěno a nahrazeno jinými výrazy téhož významu, stále se jednalo o právní zařízení charakteristické soustředěním povinností a práv vůči dítěti v ruce jediného rodiče (srov. v podrobnostech dále).

Ale zpátky k nám. Po mnohá léta po r. 1950 bylo rozhodnutí soudu v jednotlivých případech v souvislosti s rozvodem (popřípadě oddělením rodičů) fakticky „jednoduché“: jednomu rodiči, v 99 % případů matce, byla uložena povinnost o dítě osobně pečovat, druhému rodiči, čili obvykle otci, byla uložena povinnost platit výživné. Oba rodiče měli povinnost a právo dítě vychovávat a živit, ale každý z nich vykonával svou povinnost a své právo jinak.^{30,31}

²⁷ Srov. pojem „výchova a výživa“, ostatně dodnes – nesprávně – používaný.

²⁸ Tady je třeba připomenout zásadní vliv Všeobecné deklarace lidských práv z r. 1948, která sice byla pouhou „deklarací“, ale státům s rádobou demokratickým zřízením přišla její pravidla vhod! Je třeba připomenout, že singularizovaná zůstala nadále moc poručníka, který byl dítěti ustanoven na místě rodičů. Ke změně došlo až v roce 1998.

²⁹ Čl. 243 odst. 1, BWB, kniha I.

³⁰ Prakticky ovšem rodič, jemuž dítě nebylo svěřeno, o své dítě přišel. Právo styku zakotveno nebylo.

³¹ Není bez zajímavosti, že v dobovém komentáři (řada Komentované zákony, zákon o právu rodinném, Orbis 1950, jehož textovou část, poměrně obsáhlou, zpracovali ti, kdo připravili návrh rodinného práva pro ministerstvo spravedlnosti) se na s. 91 mluví výslovně o tom, že při úpravě práv a povinností každého z rodičů stran jejich dítěte má soud rozhodovat podle zájmu dítěte a jeho blaha, zvážit, co je pro blaho dítěte důležité atd.

3.2 „Vybudování socialistické společnosti“ na počátku 60. let min. století vyvolalo další zásadní proměnu právních předpisů, včetně těch, které dnes označujeme za soukromoprávní, a to nejen, pokud jde o jejich formu a systém, ale především pokud jde o jejich obsah.

Zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, zrušil právní vrchnostenský vztah rodičů k dítěti: dítě přestalo být objektem rodičovské moci. Rodiče – a to oba (tedy stejně jako tomu bylo podle zákona o právu rodinném) – měli vůči svému dítěti práva a povinnosti, a dítě mělo právo na to, aby rodiče vůči němu řádně své povinnosti plnili.³² K odklonu od „moci“ vedly nejen důvody vnitropolitické či mocenské, ale zase také vnější: v roce 1959 byla přijata Deklarace práv dítěte, která prohlašovala nový přístup státu dítěti, tedy také ve vztahu rodiče k dítěti.

Pro práva a povinnosti rodičů platila pro případ rozvodu obdobná pravidla jako v předešlém období. Ustanovení z. o r. ale přinesla (kromě mnoha dalších) zásadní a podstatnou novinku, něco, co dřívější způsob právního řešení poměru „rodiče – dítě“ a priori vylučoval: nově musela *každému rozhodnutí soudu v těchto záležitostech předcházet dohoda rodičů*. Jinak řečeno, očekávalo se v první řadě, že se rodiče dohodnou, i když pro takovou dohodu byla stanovena (vnitřní) omezení (srov. dále). Skutečnost, že se ve všech případech *nutně počítalo především s dohodou*, s nalezením shody rodičů samých, o něčem významném svědčí: *už tehdy na počátku šedesátých let se mělo za to, že právě dohoda zajistí dítěti takové uspořádání, které pro ně bude nejlepší, že to totiž jsou především rodiče, kteří nejlépe znají poměry svého dítěte, jeho potřeby, ale také svá vlastní přání, schopnosti a možnosti*.

Takto v případech rozvodu, ale i v jiných případech, kdy bylo zapotřebí rozhodnout o péči o dítě, byla dohodě rodičů o výkonu povinností a práv k dítěti dána přednost před rozhodnutím soudu (§ 26 z. o r.).³³ Tato dohoda *vyžadovala – samozřejmě – ke své platnosti schválení soudy*. A soud mohl schválit jen takovou dohodu, která byla zásadně v souladu s tím, jak by rozhodl sám, kdyby se rodiče nedohodli.

Druhou novinkou, pokud jde o poměr „rodiče – dítě“ po rozvodu i v případě separovaného života rodičů, bylo – tehdy poprvé zakotvené – ustanovení týkající se *osobního styku* rodiče s dítětem. Bylo tak správně reflektováno poznání, že je třeba zachovat vazby dítěte s rodičem, kterému dítě nebylo svěřeno do péče. Osobní styk rodiče s dítětem tím ve srovnání s dřívějším obdobím získal nový rozměr. Právo osobního styku rodiče s dítětem také právně lépe zajistilo, že i po rozvodu, respektive separaci, nebo u příležitosti separace, budou rodičovské povinnosti a rodičovská práva pro oba rodiče plně zachována, protože bude lépe zajištěn jejich výkon. Dohoda rodičů o styku s dítětem sice ke své platnosti schválení soudy nevyžadovala, ale soudy byla přesto ponechána rozsáhlá možnost ingerence ve všech případech, kdy zájem dítěte volal po jeho zásahu.³⁴

³² Práva a povinnosti rodičů (což byl zprvu právní pojem) přitom tvořila jediný celek, tj. nijak se mezi dílčími povinnostmi, respektive právy rodiče nerozlišovalo, totiž např. podle obsahu, významu ani podle jiného kritéria (srov. *a contrario* § 855 a násl. o. z.).

³³ Ust. § 50 z. o r. tady odkazovalo právě na ustanovení o rozvodu manželství rodičů nezletilého dítěte.

³⁴ Srov. ust. § 27 z. o r., které stanovilo nejen povinnost soudu vstoupit do úpravy této otázky, pokud to vyžadoval zájem dítěte, ale pro případ, že je to nutné v zájmu zachování zdraví dítěte, soud měl povinnost styk mezi rodičem a dítětem omezit, popř. zakázat.

3.3 Nastíněná situace se nezměnila ani poté, co novela z. o. r. (totiž zák. č. 91/1998 Sb., viz výše) podstatně přetvořila dosavadní pravidla rodinného práva. Mezi početné změny patřilo také to, že práva a povinnosti rodičů, které původně byly označovány jako „moc otcovská“ a později „moc rodičovská“, a ještě později právě jako „práva a povinnosti rodičů“, byly souhrnně označeny za „*rodičovskou zodpovědnost*“. Volbou tohoto výrazu se prosadil názor, že „*l'autorité*“, „*power*“, ale také „*die Sorge*“ atd. (viz výše), nejsou v jakémkoli překladu pro naše poměry výrazy zcela vhodnými, naproti tomu výraz „*responsibility*“, čili „*die Verantwortlichkeit*“, s nímž se lze také tu a tam setkat, se zdá být *příhodný*.³⁵

Pro zdejší úvahy je pak relevantní i další novinka, kterou zmíněná novela přinesla, totiž „druhá“ forma (nebo spíš procesní varianta) rozvodu: rozvod bez zjišťování (prokázování) příčin rozvratu manželství (představující jednodušší řízení, protože zbavené fáze dokazování, tedy také často nekonečných skutkových sporů). Předem (soudem) schválená dohoda o úpravě práv a povinností rodičů k dítěti pro dobu po rozvodu rodičů se stala základním předpokladem využití této procesní formy rozvodu vůbec (§ 24 z. o. r.). Také ale v případě rozvodu se zjišťováním příčin rozvratu se nejprve očekává dohoda (§ 26 odst. 3 z. o. r.) svářících se manželů – stejně, jako tomu bylo před cit. novelou – a teprve pokud by k takové dohodě nedošlo, měl o příštích poměrech dítěte rozhodnout sám soud; také tady ale platilo pravidlo, že rozhodnutí o poměrech dítěte předchází rozhodnutí o rozvodu manželství.

Je tudíž velmi smutné, že ještě dnes, po patnácti letech účinnosti těchto zákonných ustanovení, se lze setkat s nesprávným výkladem citovaného ustanovení § 26 odst. 2 z. o. r., totiž s výkladem, respektive aplikací, které neberou ohled na pravidlo o prioritě dohody. Pokud k tomu ale v justiční praxi dochází, jedná se, podle mého názoru, o násilné *překrucování smyslu zákona*.

Vždyť takový nesprávný přístup nedůvodně *odnímá význam faktů, že rodiče* dítěte (přes rozpory, které jinak mezi nimi existují, respektive trvají, zejména pokud jde o věci majetkové), *jsou schopni se dohodnout na vhodném uspořádání příštích výchovných poměrů dítěte*, což je právě to, co dítěti v dané situaci může prospět nejspíš.³⁶

To jsme ale poněkud předběhli. Na tomto místě je důležité – vzhledem k dalšímu – uvědomit si, nebo spíš připomenout to zásadní: rodičovská (z)odpovědnost náleží zásadně každému, kdo je rodičem, a proto se rozvodem rodičů, kteří byli oba nositeli rodičovské (z)odpovědnosti, na této rodičovské (z)odpovědnosti každého z rodičů nic nemění, a mění se (modifikuje se) toliko výkon jednotlivých povinností a práv rodičů v rámci rodičovské (z)odpovědnosti.

³⁵ To jistě mohou mnozí, kdo této volbě byli v polovině devadesátých let přítomni – spíš byly přítomny – dosvědčit.

³⁶ Je samozřejmé, že limitující roli by mohl hrát flagrantní rozpor dohody o uspořádání poměrů dítěte s nejlépeším zájmem dítěte. Jedná se o stejný limit, který je *implicitně* přítomen v dohodě rodičů v případě rozvodu bez zjišťování příčin rozvratu. Takovou dohodu by soud neschválil, a benevolence této formy rozvodu by manželé nemohli využít. Srov. k tomu stať PRŮCHOVÁ, B. – NOVÁK, T., cit. v pozn. č. 16, a zejména také stať NOVÁ, H., cit. v pozn. č. 16, kde autorka již před prve cit. novelou z. o. r. nejen (ostatně, poprvé v domácí literatuře) mluví, a to velmi správně – i z hlediska nejnovějších poznatků – o střídavé péči, a také jednoznačně formuluje podmínky přípustnosti rozhodnutí soudu o tomto způsobu výchovy dítěte; mezi nimi uvádí také nekonfliktnost vztahů rodičů dítěte, pokud jde o realizaci právě tohoto způsobu výchovy.

4. PRÁVNÍ ÚPRAVA V TRADIČNÍCH DEMOKRACIÍCH

4.1 Na západ a jih od našich hranic se po 2. světové válce tradiční, tj. např. předválečná úprava vztahu „rodič – dítě“ nijak nezměnila. Moc otcovskou měl *ex lege* jen otec tzv. manželského dítěte, u nemanželských dětí platila v jednotlivých státech tzv. západního světa zásadně shodná pravidla, podle kterých moc obdobná moci otcovské, zvaná v takovém případě obvykle „poručnická“ (eventuálně „poručenská“) náležela matce jako jedinému rodiči, eventuálně náležela poručníkovi (srov. zmínku již výše).

Otcovská, respektive poručnická moc v této podobě zůstala v jednotlivých tamních státech zachována až do sedmdesátých let,³⁷ a singularizace nositele moci nad dítětem přetrvává dodnes, ač dnes se již o „moci“ nemluví. V oné době postupně došlo, a to jak v Evropě, tak také v jednotlivých státech USA – pod vlivem jednak mezinárodních úmluv o lidských právech, především pak Deklarace práv dítěte z r. 1959 (srov. výše), jednak ale také jiných, totiž společensko-ekonomických skutečností, jak ukážeme dále, ke změnám v rodinném právu, a to nejen pokud jde o právní úpravu zrušení manželství za života manželů (tj. rozvodem), ale právě také v otázce poměru mezi rodiči a dítětem.

Především se zlepšila *právní situace dětí narozených v manželství: bylo vyrovnáno postavení otce a matky*, pokud byli manželé, a to tak, že jediný rodič, otec, byl *vystřídán otcem a matkou, tedy oběma rodiči*: na místo výlučné moci otce *byla zakotvena „péče“, „autorita“, ale také třeba „odpovědnost“* (srov. výše 3.1) *obou manželů – rodičů*.³⁸ Takto se postupem doby stalo takřka všude základní zásadou, že *narodí-li se dítě v manželství*, rodiče mají *ex lege „common care“* (tedy „péči“, která je ovšem označena v různých státech různým způsobem, podle volby toho kterého zákonodárce, nejen podle místního jazyka).³⁹

Pokud se dítě narodilo mimo manželství, prosadil se (anebo spíše: postupně se prosazoval) názor, že rodiče mají právo souhlasně prohlásit, že budou mít k tomuto společnému dítěti „*common care*“; taková dohoda tehdy zpravidla podléhala souhlasu soudu.⁴⁰ Na návrh otce mohl také soud – popřípadě kdykoli později – o „*common care*“ rozhodnout, pokud pro to byly splněny (rozličné) podmínky, v první řadě souhlasí-li matka, popř. i již starší dítě (tady došlo ke změně až v posledním desetiletí, srov. dále). Ve většině právních úprav se zásadně rozlišovalo a dále rozlišuje podle toho, zda rodiče spolu vedou rodinnou domácnost, a dítě tedy žije s oběma rodiči, nebo zda tomu tak není.

Také se v případě rozvodu rodičů dítěte, kteří měli „*common care*“, předpokládalo, že se rodiče o jejím dalším trvání spolu dohodnou. Budou-li schopni a ochotni se dohodnout, a jen tehdy, zůstane „*common care*“ zachována, a pak se jen očekává další dohoda o *výkonu* této péče, do níž už soud nijak neingeruje. K použití těchto pravidel

³⁷ Stále platí, že moc může mít jen jedna osoba. To má svůj původ v postavení a moci *patris familiae*. Obdobou je postavení poručníka – poručnictví bylo rovněž nedílné, poručníkem mohla být vždy jen jediná osoba (srov. zmínku již výše; srov. také singularizovaný opatrovník; srov. též dnešní poručnické rady).

³⁸ Stejný přístup k pojmům a jejich obsahu ve vztahu mezi rodiči a dětmi nacházíme později i v Úmluvě (čl. 3 odst. 3, čl. 7 a 18 odst. 1), a logicky také v rozhodnutích ESLP, protože právě toto je pojetí a tedy také terminologie zavedená a běžná ve státech Evropské unie.

³⁹ Přitom např. v Německu je sice v BGB uveden termín „*die Sorge*“, respektive „*die Sorgerecht*“, tamní Bundesverfassungsgericht ale užívá výrazu „*die Verantwortlichkeit*“, a to ve stejném významu, zatímco Familienrechtgericht si vystačí se zákonným pojmem „*die Sorge*“, respektive „*die Sorgerecht*“. Srov. k tomu zejm. BAMBERGER – ROTH. *BGB Kommentar*, II. díl. München: C. H. Beck, 2012, výklad k § 1666.

⁴⁰ V některých státech právní pravidla dovozovala souhlasně prohlášení rodičů toliko před matričním úřadem.

pochopitelně nedošlo, jestliže rodiče dítěte před rozvodem „*common care*“ neměli, protože pak nebyl důvod vůbec o „*common care*“ uvažovat – je logické, že ani po rozvodu ji nikdo nebude navrhovat.^{41,42} (Na tom se samozřejmě nemohlo nic změnit dodnes.)

Z řečeného vyplývá, že o „*common care*“ se v souvislosti s rozvodem jednalo a rozhodovalo jenom výjimečně, a to tehdy, jestliže na straně některého rodiče nastaly nějaké nové závažné skutečnosti, pro které by tento rodič mohl být *zbaven péče* (a „*common care*“ by zanikla), *k čemuž zpravidla docházelo jenom na návrh druhého rodiče*. (Je třeba připomenout, že také tady došlo v posledním desetiletí k dost významným změnám, proto je prve řečené třeba rozumět v minulém čase.)

Vzhledem k tomu je třeba, aby vždy a v podstatě za všech okolností měl rodič *právo osobního styku s dítětem* (tak, jak to odpovídá zejm. čl. 9 odst. 3, respektive čl. 10 odst. 2 Úmluvy). Proto se v případě, že je „*common care*“ zachována, *jedná zásadně jen o to*, který z rodičů bude mít dítě u sebe a který bude mít naopak právo styku s dítětem, popřípadě jak *široké* (jak „kvalitní“, jak podmíněné atd.) právo styku bude. Ač se nám to může zdát – vzhledem k naší právní situaci – zvláštní, není – na západ od našich hranic – právo styku významné, prostě proto, že se považuje za samozřejmé. *To, co samozřejmým není, to je právě péče o dítě, „care“, „custody“, „die Sorge“, „l'autorité“, „responsibility“, ...*, která je, poněkud absurdně, samozřejmá zase u nás.

4.2 Jak je z uvedeného zřejmé, my sami jsme si způsobili dost zmatenou situaci, výrazově zmatenou. „Péče“ a „společná péče“ u nás, znamená něco jiného než „péče“ a „společná péče“ („*care*“, „*common care*“) na západ od našich hranic. Stejně pak platí o rozhodování Evropského soudu pro lidská práva (protože ESLP rozhoduje právě a jen o této „*care*“, „*common care*“). Tato nemilá situace vznikla v okamžiku, kdy jsme zvolili výraz „rodičovská zodpovědnost“ za souhrnné označení rodičovských povinností a práv.⁴³

Rozdíl mezi „péčí“ u nás a „péčí“ („care“, totiž „responsibility“) ve státech ležících na západ a jih od hranic ČR zákonitě vylučuje pro rozhodování našich soudů ve věcech péče o dítě použít cokoli, kterýkoli náleží ESLP. Tím spíš pak ve prospěch zdejší „společné péče“, natož pak „střídavé péče“ není možné argumentovat žádným náležením ESLP.

V odůvodněných nálezech ESLP lze naproti tomu najít dostatek stanovisek, konkluzí a informací, u nás často – kupodivu – opomíjených! Mám tady na mysli především potřebu naprosto prvořadého sledování tzv. „*best interest*“ dotyčného dítěte, a povinnost soudu (totiž toho, který rozhoduje) zvažovat všechny okolnosti daného případu, a to bez ohledu na zákon, který by snad ustanovoval jinak.

⁴¹ Za mnohé srov. např. čl. 373-2-6 až 13, Code civil, čl. 161 až 163, čl. 253b, BWB, kniha I., nebo stať. 24 Semejn. Kodeksa Rosijs. Federací.

⁴² Kromě těchto celkem jednotných zásad se jednotlivé právní úpravy v detailech lišily, volily různé varianty výkonu péče o dítě.

⁴³ Na skutečnost potřebnosti rozdílného přístupu k pojmu „péče“ u nás a „péče“ na západ od našich hranic („na západě“) standardně poukazuje M. Hrušáková v komentáři k zákonu o rodině (srov. HRUŠÁKOVÁ, M. a kol. *Zákon o rodině. Komentář*. Praha: C. H. Beck) již od jeho 2. vydání, tj. od r. 2001 (totiž v rámci výkladu § 26 odst. 2 a 3 z. o. r.), ale zdá se, že tuto pasáž našeho donedávna jediného komentáře (hodného toho označení) četl málokdo, a takřka nikdo – zejména z řad praktiků – zmíněný rozdíl dosud adekvátně nereflektoval. Přitom na tento fakt (rozdíl) upozorňovali mnozí, a to již od r. 1998 (srov. např. HADERKA, J. Několik poznámek k české verzi státi Bey Verschraegenové v Právní praxi č. 7–8/1997. *Právní praxe*. 1998, roč. 46, č. 3, s. 175; HRUŠÁKOVÁ, M. – NOVÁK, T. Reálně o společné a střídavé porozvodové výchově, srov. v pozn. č. 16, s. 16.).

Kromě toho je ještě na závěr výkladu o zahraniční právní situaci v období prvních změn rodinného práva třeba dodat, že institut „*common care*“ (anebo spíš „*parental care*“ obou rodičů) sice mnohé právní úpravy zásadně akceptovaly, ale stále ještě bylo dost států, které o tomto právním institutu ani neuvažovaly (spíš jej odmítaly), jakož i těch, které měly nakročeno od péče individuální péče směrem ke „*common care*“, ale k cíli cesty ještě nedošly. Tato dvojakost řešení byla příznačná jak pro Evropu, tak také pro jednotlivé státy USA.^{44,45}

5. HISTORIE A USA (ZEJMÉNA)

5.1 Abychom zjistili, kde se vlastně vzalo ono právní zařízení péče o dítě, které lze pojmenovat „společná péče“, musíme se podívat mnohem víc nazpět do minulosti.

Jak již bylo vyloženo, především bylo třeba překonat dosavadní, přinejmenším od římských dob obecně přijaté a za mnohá staletí vžitě pravidlo o tom, že moc nad dítětem má vždy jen jedna jediná osoba.⁴⁶

Myšlenka, že otcovskou moc, či přesněji „moc nad dítětem“, má jen otec, ale že by ji mohla mít i matka, nepochází, jak by se mohlo zdát, až z doby po 2. světové válce, je daleko starší. Vznikla na konci 19. století. Totiž v době velmi rychlé industrializace, charakteristické především pro území Spojených států severoamerických. Tam je také kolébka zmíněné ideje.

Jak všichni víme, zároveň s akcelerujícím rozvojem celých průmyslových odvětví se postupně, ale takřka všude, někde rychleji, jinde pozvolna, začala rozpadat od doby zániku rodových občin existující vícegenerační rodina. V nové době tvořili rodinu jen manželé – rodiče a jejich děti (jen docela výjimečně byla rodina třígenerační; srov. např. § 40 ABGB, respektive o. z. o.).

Muži měli za úkol manželku a děti „živit“, tj. zpravidla finančně zajišťovat práci v továrně, péče o děti byla úkolem ženy. Moc nad dětmi ale měl stále v rukou jen manžel, muž, a manželka, žena byla pouhým nástrojem v jeho rukách. To představovalo určitý problém, matce to stěžovalo její praktickou situaci v péči o dítě. Bylo proto žádoucí přiznat ženám–matkám vlastní právo pečovat o dítě („*care*“, „*custody*“⁴⁷), zejména v době,

⁴⁴ Ještě trochu jiná byla situace v již zmiňované Austrálii, kde – o tom svědčí množství literárních výstupů – byla po tříletém dohadování na půdě Parlamentu (jak se uvádí „na nátlak různých zájmových skupin otců“) přijata novela zákona o rodině (*The Family Act*, 1975), tzv. *Shared Parental Responsibility Act* (2006). Byl zakotven povinný institut „*shared parenting*“, respektive „*shared care*“, s tím, že není rozhodné, zda rodiče jsou schopni se dohodnout, komunikovat spolu, spolupracovat atd. Pomoci proto měli „odborní poradci“, zprostředkovatelé, v podstatě mediátoři. Sdílené rodičovství je dvojí – jednak „*equal time*“, jednak „*substantial and significant time*“. Z obligatorního uspořádání jsou stanoveny výjimky pro případ násilí v rodině, popř. zneužívání dítěte, ale také (sic!) pro případ, že bude bez jakýchkoli pochybností prokázáno, že existují takové okolnosti, v jejichž důsledku je sdílené rodičovství v rozporu s nejlepším zájmem dítěte! Srov. k tomu *Family Law Act* 1975 (Cth) s 61 DA (1,2,4) a DAA. Z lit. zdrojů např. RHOADES, H. *The Danger of Shared Care Legislation: Why Australia Needs (Yet more) Family Law Reform*. *Federal Law Review*. 2008, Vol. 36, s. 279 nn.; COLLIER, R. – SHELDON, S. (eds). *Fathers Rights Activism and Law Reform in Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publications, 2006.

⁴⁵ Kanada naopak, zřejmě po zkušenostech jednotlivých států USA, iniciativy, respektive aktivisty s návrhy na zakotvení sdílené péče odmítla.

⁴⁶ Připomeňme, že mluvíme o svobodné, demokratické společnosti, kde nové pořádky nelze bez dalšího zavést rozhodnutím jedince, anebo dokonce na základě vnějšího pokynu.

kdy je velmi malé. Někteří tvrdí, že v té době vznikl i pojem „nejlepší zájem dítěte“,⁴⁸ totiž právě s cílem pomoci matce, aby jí mohla být péče o dítě právně svěřena.⁴⁹

Pokud jde o situaci v USA, jednalo se nejdřív o výjimky. Ale postupem doby, za několik desítek let, posílilo právo matek natolik, že práva matek začala nad právy otců převažovat (tzv. přednost matky). Nositelkami moci nad dětmi se staly matky samy, výhradně matky!⁵⁰

Teprve koncem šedesátých let minulého století se společenská i právní situace zase začala obracet. Důvodů bylo víc. Velmi významnou roli také sehrála tehdy tak módní idea *genderového vyrovnání*, rovnosti pohlaví, důraz na všestranně rovnoprávné postavení muže a ženy.^{51,52} Otcové při rozvodu manželství začali pro sebe žádat příznání práva péče o dítě, stejné právo jako měla matka. (Právo matky nad dítětem bylo stále (sic!) singularizované, čili stejně jako dříve právo otce.)⁵³

Soudu, který rozhodoval o „*custody*“, se situace zásadním způsobem zkomplikovala. Nezbylo, než podrobně zkoumat *konkrétní situaci v konkrétní rodině*, a podle zjištění zvažovat, který z rodičů lépe uspokojí *nejlepší zájem dítěte*. Přitom vůbec nebylo jasné, jak má soud rozhodnout, když byli oba rodiče stejně způsobilí, stejně schopní atd., a každý z nich si přál, aby právě jemu bylo přiznáno právo péče.

Proto nová idea, stručně označená jako „*joint custody*“, kterou lze datovat zhruba k roku 1970, byla pro americké soudy vítaným východiskem z obtížné volby.⁵⁴ O „*joint custody*“ se začalo psát a mluvit v médiích, došlo na velké výzkumné projekty a monografické studie. Právní úprava byla ale stále v nedohlednu. A v této situaci došlo k tomu, že se „*joint custody*“ začala realizovat prostě fakticky: páry rodičů, které byly schopné se rozumně a v zájmu dítěte (dětí) dohodnout, pečovaly o dítě společně, na základě pouhého soukromého ujednání, často bez ohledu na to, jak znělo rozhodnutí soudu („*order*“), tudíž často v rozporu s ním.⁵⁵ Bylo víc než zřejmé, že zákonodárce zaspal, že by si tedy měl pospíšit a „*joint care*“ („*common custody*“ apod.) jako právní institut uznat, totiž v té nebo oné podobě jej reglementovat.⁵⁶

⁴⁷ V americké angličtině se namísto výrazu „*care*“, obvykle používá výraz „*custody*“.

⁴⁸ Svého času E. Bakalář překládal „*best interests of child*“ jako „pro dítě to nejlepší“, srov. např. WARSHAK, R. A. *Revoluce v porozvodové péči o děti*. Praha: Portál, 1996, s. 27 (srov. dále).

⁴⁹ Srov. CLINGEMPEEL, W. G. – REPOUCCI, N. D. Joint custody after divorce: Major issues and goals for research. *Psychol. Bulletin*. 1982, Vol. 91, s. 104.

⁵⁰ Ibidem; LITTLE, M. A. *The Impact of the Custody Plan on the Family: A five-Year Follow-Up*. San Francisco: Judicial Council of California, 1991, s. 3; WARSHAK, R. A., op. cit., s. 25 nn.

⁵¹ Významnou roli sehrály také různé sociologické sondy a výzkumy, dlouhá řada studií, monografií, srov. lit. v WARSHAK, R. A., op. cit., s. 215 nn.

⁵² Např. stát Kalifornie výslovně vyloučil pravidlo o prioritním postavení matky a přijal zásadu stejného práva obou rodičů na péči o dítě. Srov. LEMON, N. K. *Joint custody as a statutory presumption: California's New Civil Code section 4600 a 4600,5*, s. 486; MACCOBY, E. E. – MNOOKIN, R. H. *Dividing the Child*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1992, s. 9; dnes *Family Code of California*, § 3010.

⁵³ Srov. k tomu pozn. č. 36.

⁵⁴ Srov. DERDEYN, A. P. – SCOTT, E. Joint Custody: A Critical Analysis and Appraisal. *American Journal of Orthopsychiatry*. 1984, Vol. 54, No. 2, s. 201; CLINGEMPEEL, W. G. – REPOUCCI, N. D. Joint Custody after divorce: Major issues and goals for research. *Psychol. Bull.* 1982, Vol. 91, s. 105; FOLBERG, J. Custody overview, s. 5 atd.

⁵⁵ Vždyť soud ani nemohl rozhodnout jinak než ve prospěch jednoho z rodičů. Srov. např. v FOLBERG, J. (ed.). *Joint custody and shared parenting*. 2. ed. New York: The Guilford Press, 1991, s. 3, s. 263.

⁵⁶ Srov. LEMON, N. K., op. cit., s. 491–495; MILLS, B. G. – BELZER, S. P. Joint custody as a parenting alternative. *Pepperdine Law Review*. 1982, Vol. 9, s. 853–856.

Joint custody byla postupně zakotvena v mnoha státech USA, a to vedle „*single custody*“ svědčící – tradičně – jen jednomu rodiči. Někde k tomu došlo celkem bez obtíží a větších diskusí, jinde po dlouhých debatách a četných jednáních na mnoha fórech a různých úrovních. O nejednoduché situaci, o desetiletích doslova „střetů“ a „bojů“, nejlépe vypovídá velké množství písemných materiálů (výstupů, nejobecněji řečeno), které o tom výmluvně svědčí.⁵⁷

Jedním z mnoha desítek *amerických* autorů z doby, kdy již změny v právní úpravě rodinného práva probíhaly (totiž v osmdesátých a devadesátých letech 20. století), jedním z řady psychologů, sociologů, lékařů, právníků, pedagogů, poučených laiků atd., kteří se diskuse účastnili, byl i Richard A. Warshak. Byl autorem několika větších studií (kromě mnoha článků v různých amerických odborných i jiných časopisech), v nichž se zabýval otázkou postavení otců opomíjených v péči o dítě, zejména v souvislosti s rozvodem manželství. Vycházel přitom zejména z vlastních výzkumů a šetření v oblasti porozvodové péče o děti především, zabýval se hlavně otázkou potřeby dětí zachovat si – navzdory veškeré nepřízni osudu – rodinu aspoň v podobě péče obou rodičů.

Jeho studii s názvem „*The Custody Revolution*“ přeložil pro české čtenáře velký ctitel tohoto klinického psychologa, sám rovněž psycholog, E. Bakalář. Překlad opatřil vlastním podtitulem „Jak se po rozvodu dohodnout o výchově dítěte“.⁵⁸

Uvádím podtitul doslova proto, aby lépe vynikl rozpor mezi tím, jakou informaci dostal český čtenář, a tím, jak již nedlouho po vydání této knížky začaly být myšlenky, které v ní autor vyslovil, některými lidmi nesprávně, ba přímo militantně interpretovány.⁵⁹

5.2 Pohled na *současnou právní situaci v USA* odpovídá v podstatě tomu, co platí o tamní právní oblasti vůbec: padesát států rovná se (více méně) padesáti různým právním úpravám, mezi nimiž ale můžeme najít určité podobné rysy.⁶⁰ Přitom v některých státech je právní úprava obsažena v „*statute law*“, v jiných v *common law*, ve zbytku v soudních obyčejích.

Tradičně se o porozvodové „*custody*“ rozhodovalo stejně jako všude jinde. Nositelem „*custody*“ vždy mohla být jen jedna osoba, totiž jeden z rodičů. Menší děti („*children of tender years*“) potřebovaly péči matky, a tudíž byly svěřovány jí. Při rozhodování soudy sehrávaly značnou roli morální faktory, zejména důvody rozvodu, náboženství, ale také barva pleti, atd.⁶¹ pokud jde o větší děti, teenagery, rozlišovaly se v některých státech podle

⁵⁷ Za všechny srov. výstupy uvedené např. v BAMBERGER – ROTH. *BGB Kommentar*, II. díl. München: C. H. Beck, 2012; FEIL – MANRENT. *Familienrecht*. Wien, 2007; KRAUSE, H. D. *Family Law in a Nutshell*. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1995; dále také VERSCHRAEGEN, B. *Gemeinsame Obsorge, Ausländisches Recht und UN – Kinderrechtskonvention*. *ÖJZ*. 1996, s. 257–260; táž. Společná péče rodičů o nezletilé dítě. *Právní praxe*. 1997, roč. 45, č. 7–8, s. 491.

⁵⁸ Srov. v Portál, 1996 (angl. vyd. New York: Poseidon Press, 1992).

⁵⁹ Lze každému zainteresovanému doporučit do cit. studie aspoň nahlédnout, protože ani v nejmenším není návodem k nějakému jednoznačnému právnem vnučenému řešení.

⁶⁰ KRAUSE, H. D. *Family Law in a Nutshell*. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1995, připomíná *Uniform Marriage and Divorce Act Law & Legal Definition* (UMDA), přijatý v *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, s cílem sjednotit manželské a rozvodové právo (1970, rev. 1973). (Někdy se také označuje za *Model Act*.) V § 402 se zde např. také uvádějí základní faktory definující „*the best interests of the child*“.

⁶¹ KRAUSE, op. cit., s. 298 nn.; srov. také FOLBERG, J. *Joint custody and shared parenting*. Guilford Press, 2011, s. 4–5.

pohlaví: děvčata byla svěřována matce, chlapci otci. Zvláštní, ovšemže negativní, úlohu vždy hrály takové skutečnosti jako to, že rodič dítě pohlavně zneužíval, že má tendence k homosexualitě, že je nějak závislý...

V průběhu let byly ale dosud přijímané rozhodné zřetele postupně opouštěny a všechno rozhodování se začalo řídit principem „nejlepšího zájmu dítěte“, čili cílem řízení bylo najít takové uspořádání poměrů dítěte, které by nejlépe odpovídalo jeho *nejlepšímu zájmu*.⁶²

Pro upřesnění lze uvést parafrázovaný text jednoho z ustanovení kalifornského *Family Code*: „*Předpokládá se, že „joint custody“ je v nejlepším zájmu nezletilého dítěte (tehdy), jestliže se rodiče sami na společné péči dohodli, ať už mimosoudně, bez ingerence soudu, anebo při jednání před soudem.*“⁶³ Jak je zřejmé, uspořádání poměrů dítěte záleží vždy na dohodě jeho rodičů. Rodičům ale zákon ukládá jen povinnost o dítě pečovat. Jak to udělají v praktickém životě, to už je jejich věcí. Zákon, jak je patrné, dává rodičům jen směrnici, respektive ukazuje jim, co by bylo nejspíš pro dítě nejlepší! Tento přístup k regulaci uspořádání rodinných poměrů vychází z ideje svobodného člověka: kde zákon povinnost nestanoví, tam je člověk (občan) svobodný. Povinnosti lze ovšem ukládat jen v případech, že je toho zapotřebí v zájmu veřejného pořádku.⁶⁴

Při rozvodu manželství se zásadně předpokládá, že rodiče, přes rozpory, které mezi sebou mají, které se zpravidla týkají majetkových otázek, jsou schopni se spolu dohodnout na péči o dítě. Pokud k dohodě nedojde, je stanovena – v některých státech obligatorně,⁶⁵ povinnost rodičů *podrobit se mediálnímu procesu*. Teprve po té, co bude nepochybné, že mediace k úspěchu nepovede, rozhodne sám soud.

Soud musí nejprve shromáždit dostatek informací o obou rodičích i o dotyčném dítěti: zjišťují se poměry v rodinné domácnosti, respektive vůbec situace v prostředí, ve kterém zúčastněné osoby žijí, finanční situace, přání – především dítěte, a rovněž psychologické aspekty. Takové zjišťování ale neprovádí sám soud: soud nařizuje tzv. „*custody investigation*“.⁶⁶ To znamená, že ustanoví osobu, jejímž úkolem bude zjistit o dítěti a vůbec o skutkovém stavu všechno, co je k správnému rozhodnutí potřebné; k tomu obdrží potřebné vyšetřovací pravomoci. „Vyšetřovatel“ pak uzavře svá zjištění

⁶² Za připomínku stojí předběžný návrh Amerického právníckého institutu – *Principles of the Law of Family Dissolution* z r. 1992 (cit. podle KRAUSE, op. cit., s. 301 nn.): „*Jestliže se rodiče nedohodnou, soud „udělí“ „parental authority“ tomu rodiči, o kterém zjistí, že se dosud o dítě převážně odpovědně staral, ledaže by se prokázalo, že druhý rodič je vhodnější pro péči o dítě. Rodičem, který se dosud o dítě převážně odpovědně staral se rozumí ten rodič, který o dítě celodenně pečoval (zůstal s ním doma), popř. rodič, který pracoval z domova, ale dělal to jen po část dne – jinak pečoval o dítě, anebo v případě, že oba rodiče pracovali z domova celý den (a dítě bylo s nimi), rozumí se oním rodičem ten, kdo s dítětem měl větší sociální kontakt a primárně nesl za dítě odpovědnost v jeho záležitostech (návštěva lékaře, školní docházka, mimoškolní aktivity), a také emocionálně dítě podporoval. Za určitých okolností (přesvědčivé zjištění větší vhodnosti, bližší vazby, ale také názor dítěte, pokud je už způsobilé názor mít atp.) může ale soud udělit „parental authority“ druhému rodiči a zároveň ho také pověřit výkonem péče o dítě (physical custody).*“

⁶³ Srov. čl. 3080 *Family Code of California*.

⁶⁴ Toto pojetí svobody člověka je velmi starého data a je pro Anglii a svět, který má své právní kořeny většinou právě v Anglii, příznačné! V Anglii je dokonce vyzdvihováno, jak málo povinností člověk má! Ovšem na druhé straně, je-li stanovena povinnost, nese povinný za její plnění plnou odpovědnost, což mj. znamená, že plnění povinností stát velmi důrazně vyžaduje, a neplnění sankcionuje.

⁶⁵ Kalifornie byla prvním státem, který povinnou mediaci uzákonil (už v r. 1981). Srov. *Family Code of California* čl. 4607.

⁶⁶ Srov. *Family code of California* čl. 3111.

doporučením řešení (podá dobrozdání).⁶⁷ Soud rozhodne tak, že svěří dítě do „custody“ toho rodiče, který je pro dítě důvodně vhodnější, druhému rodiči udělí „visitation rights“.

Exkurs. Jak víme, americké zákony často slouží zároveň jako komentář nebo výkladový slovník. Běžný Američan tudíž nemusí hledat potřebnou informaci jinde (to samozřejmě souvisí s významem judikatury).

Pokud jde tedy příkladmo o stát Kalifornia, nemusí nikdo, kdo chce informaci, pokud jde o péči o dítě, složitě hledat v odborné literatuře, v podstatě mu stačí text zákoníku. Konkrétně v ustanovení čl. 3000 až 3007 Family Code of California (dále „FCC“) jsou vymezeny jednotlivé druhy péče o dítě:

„Joint custody“ může mít podobu „joint physical custody“ (jde o společnou péči rodičů v osobní rovině – rodiče o dítě společně pečují) nebo „joint legal custody“ (kde jde o rovinu právní péče, právního zastoupení – viz dále). „Joint legal custody“ (podle čl. 3003 FCC) znamená, že se oba rodiče podílejí na právu rozhodovat v otázkách zdraví, výchovy (vzdělání) a životní pohody (welfare) dítěte, jakož i na odpovědnosti za výkon tohoto práva. „Joint physical custody“ znamená, že každý z rodičů má po jistou dobu dítě u sebe a sám o ně po tuto dobu pečuje. Na této – de facto „střídavé“ – péči se rodiče mají podílet takovým způsobem, aby dítěti byl zajištěn pravidelný trvalý styk s oběma rodiči (konkrétně podle ustanovení čl. 3011 a 3020). Tudíž tato „joint physical custody“ neimplikuje nutně určitý druh právní péče, tj. „legal custody“, zda je totiž také „joint“ nebo „sole“ (individuální).⁶⁸

Upravena je také tradiční „sole legal custody“, kdy má jen jeden rodič právo a odpovědnost rozhodovat v zásadních otázkách týkajících se dítěte. Naproti tomu „sole physical custody“ znamená takové uspořádání, kdy dítě žije u jednoho rodiče, který je za ně odpovědný, ale je omezen tím, že soud má právo nařídit návštěvy (styk) druhého rodiče.

(Konec exkursu)

Stát Kalifornie jistě nepředstavuje celé Spojené státy.⁶⁹ „Joint custody“, jako porozvodové uspořádání poměrů rodičů a dítěte, je mnohde nadšeně přijímáno, jinde důrazně odmítáno.

Rozdíly jsou vyvolány střety mezi třemi výchozími argumenty, mezi třemi prioritními zřeteli, a o ně se opírajícími názory:

- každé dítě má právo na to, aby jeho rodiče měli nad ním rodičovskou moc (rodičovská péče nesmí být vyhrazena jednomu rodiči, nesmí být singularizovaná);
- rodičovskou péči (jako soubor povinností a práv) sice mají mít oba rodiče, podmínkou ale je, že výkon jednotlivých povinností a práv vůči dítěti ze strany obou rodičů je harmonický (jinak řečeno, diskomunikativnost rodičů nesmí vést k popření

⁶⁷ Jak známo, je cena takového posudku velmi vysoká a práce i časově náročná, činí se tedy spíš všechno pro pozitivní výsledek mediace.

⁶⁸ KRAUSE, op. cit., s. 316 nn. Dlužno říct, že v různých státech jsou upraveny různé možné varianty spojení těchto dvou rovin rodičovské *custody*.

⁶⁹ Za zmínku např. jistě stojí právní úprava ve státě Louisiana (zásadně novelizovaný lousianský Civil code z r. 1994). Srov. zejm. čl. 131, 132, 134, 216 a násl. Také zde se rozlišuje „parental authority“, respektive „tutorship“ (ve významu naší rodičovské odpovědnosti), a „custody“ (ve významu naší „péče“). Zásadní roli hraje „the best interest of the child“. Proto je třeba připomenout čl. 134, který – obdobně jako z. o r. i o. z. – obsahuje výčet skutečností ovlivňujících zájem dítěte. Mezi nimi je namístě poukázat na bod 10, kde se uvádí schopnost rodičů vzájemně dobře spolu komunikovat, a na bod 11, kde se výslovně uvádí vzdálenost mezi bydlišti obou rodičů.

spokojeného života dítěte, a hrozbu takové situace lze vhodně vyloučit jen rozhodnutím o péči toliko jednoho rodiče a právu styku ve prospěch druhého);

- nejen že se rodiče dokážou spolu dohodnout, adekvátně spolu komunikovat, ale rozhodnutí soudu o poměrech dítěte vyhovuje principu stálosti výchovného a životního prostředí dítěte.^{70,71}

Koneckonců ale také o jednotlivých USA platí, že zásadním zřetelem je vždy nejlepší zájem dítěte a dosažení cíle, který je spatřován ve „*well-being of the child*“.^{72,73}

Nabízí se poznamenat, že v USA nežijí jiní lidé než v České republice. Není tedy důvod, abychom se domnívali, že právní situaci v porozvodové péči o dítě máme vidět a řešit nějak jinak než v USA a po svém.

6. EVROPSKÉ STÁTY A „SPOLEČNÁ PÉČE“ V „DRUHÉM OBDOBÍ“

Ve většině evropských rodinněprávních úprav (vesměs zahrnutých do civilních kodexů) nezůstalo u změn, které byly provedeny kolem roku 1970. Změny pokračovaly, již jednou změněné se měnilo dál. Také tyto další proměny se týkaly jednak poměru mezi manžely, jednak poměru rodiče – dítě.⁷⁴ Za zmínku stojí, že i když se měnilo mnohé, stále přetrvávalo rozlišování dětí manželských a „nemanželských“, i když to třeba nebylo patrné na první pohled.^{75,76}

Pro *dítě narozené v manželství* bylo již v prvním období změn založeno právo „společné péče“ obou rodičů. Toto právo zůstalo zachováno i po případném rozvodu nebo separaci, ovšem s výjimkami obdobnými – řekněme – našemu zbavení rodičovské odpovědnosti.

Pokud jde o *dítě, které se nenarodilo v manželství*, bylo (a dosud je) standardně ustanoveno, že sice „*die Sorge*“, „*l'autorité*“, atd. náleží *ex lege* pouze matce, ale v určitých případech ji může mít také otec. Tak tomu bude zásadně tehdy, prohlásí-li rodiče, že si společnou péči přejí, anebo že hodlají uzavřít manželství. Jinak může soud otci právo péče přiznat, pokud o to otec požádá a matka nebude mít podstatné (důvodné) námitky, a zejména pokud přiznání péče otci není v rozporu s „*welfare*“ dítěte.⁷⁷ A právě v tomto bodě došlo v poslední době k významnému „převratu“ (srov. v části 8.).

⁷⁰ Jak většina států USA, tak nověji i ESLP, a nejnověji Nejvyšší soud ČR uznaly, že stykem se rozumí jakýkoli kontakt rodiče s dítětem. Rozlišuje se pak kontakt přímý a nepřímý atd. Skutečnost, že plně hodnotný je i styk uskutečňovaný na určitém místě a za přítomnosti třetí osoby (nezájemované, anebo naopak osoby s odbornými znalostmi), je přijímáno již delší dobu.

⁷¹ Srov. zde také (ostatně, velmi správně) WARSHAK, R. A., op. cit., s. 172.

⁷² KRAUSE, op. cit., s. 318; WARSHAK, R. A., op. cit., s. 173 nn.

⁷³ Srov. také CLARK, B. Acting in the Best Interest of the Child: Essential Components of a Child Custody Evaluation. *Family Law Quarterly*. Spring 1995, Vol. 29, č. 1, s. 19; FOLBERG, J. (ed.). *Joint custody and shared parenting*, srov. pozn. 54; MACCOBY, E. E. – MNOOKIN, R. H. *Dividing the child*, srov. pozn. 51.

⁷⁴ Pro tuto oblast, jak již bylo zmíněno, sehrála velkou roli Declaration of the rights of the child (1959), kde v čl. 2 čteme o tom, že „*the best interest of the child shall be the paramount consideration*“!

⁷⁵ O tom také již výše byla řeč. Srov. např. ABGB, BGB, ZGB, BWB, a nakonec i Codice civile a Codice civil.

⁷⁶ I v právu relevantním pro Anglii a Wales došlo v 70. letech pod vlivem právě cit. Deklarace k přijetí velmi dobrého (a také jako vzor často používaného) *The Children Act* (1989). V dalších letech bylo tzv. dětské právo novelizováno, ale k právní úpravě, jaká je v současnosti běžná v kontinentálních úpravách, tu nikdy nedošlo. Je však známo, že v praxi se eventuálně postupuje velmi obdobně jako na kontinentu.

Například v Německu platila od sedmdesátých let až do loňského roku (srov. v části 8.) pravidla BGB (totiž § 1626 a násl., zejména pak 1671, pro případ „faktické“ separace, a § 1687 a násl. pro případ rozvodu („*Scheidung*“) a právní separace („*Trennung*“), jejichž výklad, a tudíž také aplikace v justiční praxi, byly zásadně ovlivněny názorem, který vyslovil tamní Bundesverfassungsgericht. Ten v roce 1982 totiž konstatoval: „... je v rozporu s čl. 6 odst. 2 Základního zákona SRN, stanoví-li § 1674 odst. 4 BGB (v tehdy rozhodném znění), že rodičovská péče má být po rozvodu svěřena pouze jednomu rodiči.“⁷⁸

Tehdy také ústavní soud SRN stanovil tři skutečnosti, které má soud při svém rozhodování vždy vzít v úvahu. Do povědomí – přinejmenším německy mluvící části Evropy, spíš ale většiny všech evropských familiaristů – se ta dostala známá triáda: „*chtít, umět, smět*“. V německé literatuře, samozřejmě, došla obecného uznání, a pro německé rodinné soudy se stala základní a rozhodující směrnicí pro rozhodnutí ve prospěch nebo neprospěch „*gemeinsame Sorge*“.⁷⁹

Výrazem „*chtít*“ lze rozumět (v podstatě shodně s naším výrazem „oba rodiče mají o výchovu zájem“, že /oba/ rodiče chtějí sdílet péči o dítě, tj. mít „*gemeinsame Sorge*“, tj. naši rodičovskou odpovědnost). „*Umět*“, totiž umět vychovávat, znamená, zda a jak kvalitní předpoklady mají rodiče (každý z rodičů) pro výchovu dítěte. Slovo „*smět*“ je nejobtížněji vyložitelné: v podstatě se jedná o to, zda pro *dobro dítěte* není zapotřebí udělat výjimku, a svěřit rodičovskou péči jen jednomu z rodičů, tj. zda totiž právě v daném případě nejsou dány takové okolnosti, které společnou péči rodičů vylučují (rozuměj: společná péče je pro dotyčné dítě nevhodná, nebo je dokonce možné důvodně předpokládat, že by společná péče mohla mít negativní vliv na životní pohodu dotyčného dítěte).

Lze uzavřít a zopakovat, že – v době, o které mluvíme – pro péči obou rodičů, respektive pro společnou péči platí, že *rozhodující význam má zájem obou rodičů o péči o dítě, shoda rodičů o společné péči, a především skutečnost, že právě takové uspořádání je prospěšné pro dobro dotyčného dítěte*.⁸⁰

Zatímco Ústavní soud ČR několikanásobně vyjádřil shodné jednosměrné stanovisko, pokud jde o to, jak má být vždy rozhodnuto o péči (přesněji: o výkonu práva péče)⁸¹

⁷⁷ Např. ABGB (§ 167 v tehdy platném znění) zásadně rozlišoval, zda nesezdání rodiče mají, anebo nemají rodinnou domácnost. Podle BGB (§ 1671) má zase význam souhlas, respektive nesouhlas dítěte, které již dosáhlo čtrnácti let, event. okolnost, že takové dítě nic nenamítá. Srov. např. VERSCHRÄGEN, B. Gemeinsame Obsorge, Ausländisches Recht und UN – Kinderrechtskonvention. *ÖJZ*. 1996, s. 257 nn.

⁷⁸ Srov. BAMBERGER, R. (edit.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3. 3. vyd. München: C. H. Beck, 2012, komentář k § 1674.

⁷⁹ Srov. např. BAMBERGER, R. (edit.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3. 3. vyd. München: C. H. Beck, 2012, § 1626 a § 1671 a literaturu tam citovanou. Požadavky vyslovené v cit. rozhodnutí ovšem naše právo ctí vlastně již dávno, totiž od přijetí z. o r. (srov. dále v textu).

⁸⁰ Zbývá ještě podotknout, že rozdíly, které existují mezi jednotlivými právními úpravami zemí ležících od nás na západ, vyplývají nejen z odlišností mezi jednotlivými tradičními kulturami, zejména pokud jde o náboženské vyznání, nebo třeba významu vlivu římského práva apod., ale také z nejednotného výkladu ust. čl. 18 odst. 1 Úmluvy, srov. pozn. č. 16. Srov. K tomu zejm. část VIII.

⁸¹ Srov. zejm. usnesení III. ÚS 650/14 ze dne 30. dubna 2014, dále zejména v nálezu I. 2482/13 ze dne 26. 5. 2014, a v nálezu I. 1506/13 ze dne 30. 5. 2014, ve věci výkonu práv a povinností rodičů k dítěti pro dobu po rozvodu. Ústavní soud rozhodoval již dříve v těchto věcech, srov. zejména v nálezu I. ÚS 48/04 ze dne 27. 1. 2005, nálezu I. ÚS 238/05 ze dne 17. 1. 2006, v usnesení II. ÚS 278/08 ze dne 12. 6. 2008; nicméně v nálezu III. ÚS 1206/09 ze dne 23. 2. 2010 a v nálezu I. ÚS 266/10 ze dne 18. 8. 2010 dal ÚS ČR přednost názoru, že střídavou výchovu lze nařídít jen za předpokladu společné vůle rodičů a poté, co se o střídavé péči dohodli. Srov. také HUFŮVÁ, A. Střídavá péče v judikatuře Ústavního soudu. *Právní rozhledy*. 2012, roč. 20, č. 21, s. 749–754.

o každé dítě, *panuje „ve zbytku světa“ naopak shodný názor na to, že každé rozhodnutí ve věci péče o dítě nutně závisí na výsledku posouzení dlouhé řady relevantních okolností či skutečností, jejichž společným jmenovatelem je „well-being of the child“* (nikoli ovšem „... of children“, protože vždycky soud rozhoduje o péči pro jedno jediné určité dítě, ne pro dítě o sobě!). A to bez ohledu na to, že u nás nejde o rozhodnutí o rodičovské odpovědnosti, ale jen o rozhodnutí o péči o dítě, tedy o výkonu rodičovské odpovědnosti, jak už bylo opakovaně připomenuto.

7. SLOVENSKÁ REPUBLIKA

Do 1. dubna 2005 platil ve Slovenské republice (dále jen „SR“) zákon o rodině, totiž zák. č. 94/1963 Sb., s označením „zákon č. 94/1963 Z. z.“. Mezi lety 1993 a 2005 byl opakovaně novelizován.

Dne 1. dubna 2005 v SR ale nabyl účinnosti zákon o rodině č. 36/2005 Z. z. (dále jen „ZR-sl.“), který obsahuje v mnoha ohledech právní úpravu odlišnou od právní úpravy, jež byla dříve oběma našim státním společná. Recentně byl zákon několikrát novelizován, naposled zákonem č. 125/2013 Z. z.

Jednou z těchto novel je zák. č. 217/2010 Z. z., kterým byla do právního řádu SR vložena právní úprava institutu „*striedava osobná starostlivosť*“. Nabízela se jako jeden ze způsobů uspořádání poměrů dítěte v souvislosti s rozhodováním o rozvodu manželství, i pro jiné případy, kdy spolu rodiče dítěte nežijí (srov. § 24 odst. 2 ZR-sl.).^{82,83}

Ač zvolené pojmenování by mohlo naznačovat podobnost tohoto právního zařízení se „střídavou péčí“, známou české právní úpravě,⁸⁴ přesto se „starostlivosť“ od „péče“ liší, jak po stránce formální, tak po stránce obsahové.⁸⁵

V SR se přijímá stanovisko, že se „*striedavá osobná starostlivosť*“ nesmí stát nástrojem trestání druhého rodiče, totiž toho, který se o dítě převážně staral a který si nepřeje, aby o dítě pečoval druhý rodič, který tento způsob uspořádání poměrů dítěte navrhuje, ani nesmí řešit odmítavý postoj prvního rodiče. Nemá být ani cestou, jíž by se rodič mohl vyhnout placení výživného (srov. dále). Přijímá se, že tyto problémy je třeba vyřešit jinak a jindy, a také vždy se zřetelem k zájmu dítěte.⁸⁶

⁸² Důvodová zpráva k této – jistě významné – změně byla stručná, a navíc poněkud nesrozumitelná: „*K bodu 1. § 24 ods. 2: Zmena tohto ustanovenia vytvára širší priestor pre sudcov aj rodičov, aby lepšie využívali inštitút striedavej starostlivosti v možných prípadoch. Tým sa zabezpečí, že viac detí rozvodom nepríde o jedného z rodičov, s ktorým by obvykle stratili alebo obmedzili kontakt. Toto ustanovenie sa zakladá na rešpektovaní rodičovských práv oboch rodičov a neobmedzuje práva dieťaťa na starostlivosť oboch rodičov.*“

⁸³ Ustanovení § 24 cit. zák. se ovšem podle § 36 odst. 1 cit. zák. použije přiměřeně v případech, že rodiče nezletilého dítěte spolu nežijí a sami o úpravě svých rodičovských práv a povinností nedohodnou.

⁸⁴ Je skutečně třeba uvažovat o svébytném termínu, neboť se jedná o uspořádání poměrů dítěte na základě rozhodnutí soudu, které jinde není známé, a tudíž je třeba podstatu tohoto termínu vykládat s ohledem právě na ostatní obsah slovenské právní úpravy. Mj. je namístě upozornit, že výraz „osobní“ se vztahuje mnohem spíše k osobě dítěte, než k osobě rodiče, což je patrné právě jen z kontextu.

⁸⁵ Slovenský zákon nezná „společnou“ péči rodičů: její úpravu nejspíš považuje za redundantní. Shodný názor na výslovnou úpravu „společné péče“ lze mít i pro naše poměry: vždyť společná je již sama rodičovská odpovědnost. Ostatně, také většina familiaristů, soudců a dalších právníků u nás takový názor sdílí.

⁸⁶ Srov. PAVELKOVÁ, B. *Zákon o rodině, komentár*. 2. vyd. C. H. Beck, 2013, s. 113, tj. výklad k ust. § 24 odst. 2. Právě obsah tohoto Komentáře je přijímán jako vyjádření jednotného rozhodného stanoviska, jak je mi známo

Protože je třeba nalézt řešení, které by zájmu dítěte nejspíš vyhovovalo, musí soud v prvé řadě zjistit, co vlastně motivovalo rodiče, aby navrhl řešení právě prostřednictvím institutu zvaného „*striedavá osobná starostlivosť*“,⁸⁷ jednak co bylo skutečnou a pravou podstatou (příčinou) konfliktu rodičů, čili odpovědět na otázku, „proč rodiče nejsou schopni se spolu dohodnout“. K dalším dvěma podmínkám je třeba říct tolik:

Významnou roli hraje princip *zachování výchovného prostředí* (princip stability). To znamená, že dítě si pokud možno musí zachovat prostředí školy nebo předškolního zařízení, na které je zvyklé. Předpokladem ustavení „*striedavej osobnej starostlivosti*“ tedy je, že matka a otec dítěte žijí alespoň přibližně v tom místě, kde dítě chodí do školy nebo školky apod. Obdobně platí, že dítě má být ponecháno v tom (širším) sociálním prostředí, na které je zvyklé (přátelé, sousedi, zájmové aktivity). Proto lze s cyklickými změnami tohoto prostředí souhlasit jenom u staršího dítěte, kterému, jak je ale potřeba prokázat, změny nevadí, a navíc je nepochybné, že právě takovou péčí budou potřeby dotyčného dítěte zajištěny lépe než jakoukoli péčí jinou.⁸⁸

Zásadní důležitost pro ustavení právě „striedavej osobnej starostlivosti“ má obsah druhé věty § 24 odst. 2 ZR-sl. Zde se stanoví, že v případě, kdy sice oba rodiče mají o výchovu dítěte zájem, ale alespoň jeden z nich⁸⁹ nesouhlasí s úpravou poměrů dítěte v podobě „striedavej osobnej starostlivosti“, stane se rozhodujícím a prvořadým hlediskem zájem dítěte. Tato podmínka je sice uvedena jako poslední, ale její význam je naprosto mimořádný. Decizivní soud proto musí vždy zjistit, co je *skutečně v zájmu dotyčného dítěte*, a to s ohledem na to, že je jedná o dítě, které zřejmě žije v situaci, kde vztahy mezi jeho rodiči nejsou náležitě uspořádané, ba jsou disharmonické.

Stejně významné je i zjištění soudu, proč rodič odmítá „*striedavú osobnú starostlivosť*“, a na druhé straně, jaká je vlastně motivace druhého rodiče právě pro „*striedavú osobnú starostlivosť*“, jak již bylo zmíněno.⁹⁰ Přitom ale důvody odmítání „*striedavej osobnej starostlivosti*“ neovlivní rozhodnutí otázky, kterému z rodičů má soud svěřit dítě do péče: soud musí totiž rozhodnout *tak, aby to odpovídalo zájmu dotyčného dítěte*. Jestliže se totiž zjistí, že rodiče nejsou schopni spolu dobře komunikovat, a tudíž

z rozhovorů a korespondence se slovenskými kolegy, a údajně jej také slovenské soudy mají za relevantní. Pravdou ale je, že pokud jde o institut osobní střídané péče, vlastně je k dispozici dost omezený počet kvalifikovaných prací (většinu z nich srov. dále v pozn. 89). Názory vyjádřené v cit. komentáři zastává autorka konstantně (viz první vydání Komentáře, viz také práce v pozn. 89).

⁸⁷ Srov. ibidem.

⁸⁸ Srov. komentář cit. v pozn. 85, s. 115.

⁸⁹ Totiž tzv. preferovaný rodič (ve slov. práv. jazyce „preferenčný“). Tímto termínem, který pochází z teorie R. A. Gardnera (srov. např. v GARDNER, R. A. Parental Alienation Syndrome (PAS): Sixteen Years Later. *Academy Forum*. 2001, 45 (1): 10–12) je označován rodič, který o dítě dosud převážně sám osobně pečoval nebo se převážně o dítě staral, a proto předpokládal, že také právě jemu bude dítě napříště svěřeno do péče, nevidí důvod pro změnu péče o dítě, když druhý rodič dosud o dítě nepečoval, popř. ani neprojevil zájem o dítě pečovat. Srov. komentář cit. v pozn. 77, s. 116; srov. také v PAVELKOVÁ, B. *Manželské právo*. Bratislava: PFUKO, 2004; PAVELKOVÁ, B. – KUBÍČKOVÁ, G. – ČEČOTOVÁ, V. *Zákon o rodině. Komentár s judikaturou*. Šamorín: Heuréka, 2005; SVOBODA, J. – FICOVÁ, S. *Zákon o rodině. Komentár. Judikatura, súvisiace predpisy a vzory rodinnoprávných podaní*. Bratislava: Eurounion, 2005.

⁹⁰ Jen tak je totiž možné vyloučit, že dojde ke zneužití práva jednoho rodiče na úkor druhého. Je totiž známé, že zatímco rodič, který si přeje, aby dítě bylo v jeho péči, uvádí důvody objektivně zjištělné a dávno známé, očividné, motivace druhého rodiče, který si bez dohody vynucuje střídanou péči, je nezřetelná, často subjektivní a nejednou sleduje cíl a účel odlišný od prohlašovaného.

adekvátně spolupracovat ve prospěch dítěte, bude již tím samým možností ustavit „*striedavú osobnú starostlivosť*“ vyloučena.⁹¹

Ovšem ani fakt, že se rodiče spolu dohodnou, neznamená, že zájem dítěte je už dostatečně ochráněn, a že soud má bez dalšího zkoumání takovou dohodu schválit. Správně se dovozuje, že má-li soud ustavit „*striedavú osobnú starostlivosť*“ nebo schválit dohodu rodičů o „*striedavej osobnej starostlivosti*“, musí vždy *zkoumat zájem dotyčného dítěte*, nakolik mu totiž „*striedavá osobná starostlivosť*“ vůbec konvenuje. Pokud by soud zjistil, že navzdory dohodě rodičů takové uspořádání prospěchu dítěte nevyhovuje, čili jeho spokojenému životu neprospěje, nemůže o „*striedavej osobnej starostlivosti*“ kladně rozhodnout.^{92,93}

K právní situaci v SR je třeba podtrhnout, co bylo již výše zmíněno, že se zde považuje za samozřejmé, že kdykoli soud rozhoduje o porozvodovém uspořádání poměrů dítěte, *je povinen uložit povinnost poskytovat výživné*.⁹⁴ Na rozdíl od stavu v SR je třeba připomenout stav panující u nás. Ani z. o r. sice nestanovil, ani o. z. nestanoví, že v případě společné nebo střídavé péče, není třeba rozhodnout o výživném pro dítě. Přesto byla povinnost o výživném rozhodnout u nás postupně soudní praxí víceméně eliminována,⁹⁵ a to s odůvodněním, že by si rodiče plnili navzájem. Nehledě na to, že *zákon skutečně žádnou takovou výjimku nepřipouští*, máme za to, že uvedená argumentace se zřetelem k tomu, jak poskytování výživného ve skutečnosti, totiž v jednotlivých případech, vypadá, zásadním způsobem kulhá, respektive bylo by možné o její správnosti zásadně pochybovat.⁹⁶

⁹¹ Srov. komentář cit. v pozn. 85, s. 117.

⁹² Srov. komentář cit. v pozn. 85, s. 117 (argumentuje se přitom nejen článkem 3 Úmluvy, ale také odst. 3 § 24 cit. zák., jehož obsah zhruba odpovídá obsahu § 26 odst. 3 z. o r., respektive § 906, 907 a 908 o. z.).

⁹³ Je namístě poznamenat, že shodné názory na to, co vylučuje ustavení společné či střídavé péče i v ČR: srov. zejm. HRUŠÁKOVÁ, M. – NOVÁK, T. Reálně o společné a střídavé porozvodové výchově. *Bulletin Advokacie*. 1999, roč., č. 3, s. 32; NOVÁ H. In: M. Holub – H. Nová – J. Sladká Hyklová. *Zákon o rodině. Komentář a předpisy související*. 8. vyd. Praha: Linde, 2007, s. 66 nn., tj. komentář k § 26: v obou pracích je na předním místě vůle ke společné péči a schopnost dobré, přátelské spolupráce. Dále srov. také ŠPAŇHELOVÁ, I. *Dítě a rozvod rodičů*. Praha: Grada, 2010; ŠPAŇHELOVÁ, I. Střídavá péče o děti po rozvodu očima psychologa. *Právo a rodina*. 2005, roč. 7, č. 5; srov. také další stati cit. v pozn. 16.

⁹⁴ Je třeba poznamenat, že se tak nejen řeší určitá část majetkových sporů mezi rodiči, dříve manžely, ale vyloučí se tím spekulace některých z rodičů, kteří jsou na rozdíl od druhého rodiče ve velmi příznivé majetkové situaci, že nebudou muset nijak ztenčovat své dobré příjmy, natož aby z nich snad něco měl i rodič, kterému bylo dítě svěřeno do péče. Jak známo, u nás je v tomto ohledu velmi nedobrá situace. Přitom se ale netýká jen rodičů, kteří jsou velmi bohatí, ale i těch, kteří jsou velmi chudí. Ti, kdo peníze nemají, a třeba se ani nesnaží si je vydělat a výživné plnit, mohou tak dobře obejít zákon, a zbavit se nebezpečí hrozby trestního stíhání pro trestný čin zanedbání výživy. Vzhledem k tomu, že ani jedni ani druzí o dítě vlastně vůbec nestojí, pečovat o ně nechtějí a nebudou, ale dítě svěří do péče někoho jiného, často zcela cizí osoby, které dobře zaplatí, popř. i do péče nějakého církevního zařízení, o kterém vědí, že by jeho členky či zaměstnanci pravdu nepřiznali.

⁹⁵ Srov. HOLUB, M. – NOVÁ, H. – SLADKÁ HYKLOVÁ, J. *Zákon o rodině. Komentář a předpisy související*. 8. vyd. Praha: Linde, 2007, s. 65, 66 (netýká se ale střídavé péče, jen společné).

⁹⁶ Porovnáme-li v časové ose cit. slovenskou právní úpravu, a obě české právní úpravy (v podobě sněmovních tisků), zjistíme, že slovenská úprava byla – s nejvyšší pravděpodobností – jedním z podnětů, aby byl na základě toliko *ad hoc* předloženého poslaneckého návrhu změněn především právě schvalovaný návrh občanského zákoníku (poté, co byl již projednán všemi relevantními připomínkovými místy, a prošel jednáním ÚPV), jakož i dosud účinný zákon o rodině, a to zákonem č. 84/2012 Sb. (Otázka číselného označení není relevantní, protože, jak známo, pro občanský zákoník bylo označení zvoleno záměrně.) Tím spíš se lze ptát, proč jsou nyní tři konečné „výstupy“ „poslanecké aktivity“ navzájem tak odlišné!

8. DOSUD POSLEDNÍ „DĚJSTVÍ“ VÝVOJE PRÁVNÍ ÚPRAVY POMĚRŮ DÍTĚTE NA ZÁPADĚ NAŠEHO KONTINENTU

8.1 Zhruba v polovině devadesátých let dvacátého století začala zatím poslední série změn rodinného práva, a to právě v otázce tzv. „*joint custody*“ a jejího výkonu. Jak víme, tento institut přichází v úvahu jednak v případě rozvodu, popř. separace manželů, jednak v případě, kdy se dítě narodilo mimo manželství.

Žádná souhrnná studie na toto téma neexistuje, ale porovnáme-li aspoň sedm, osm právních úprav západní Evropy,⁹⁷ nabízí se dovodit, že tyto poslední změny byly vyvolány nejspíš pravidly Úmluvy. To jistě platí zejména pro ty země, které k novelizaci přistoupily nejdříve. Mezi ně patří např. Nizozemí,⁹⁸ skandinávské státy, ale také Francie.⁹⁹

Odezvu zde našel jednak důraz, jaký Úmluva klade na „*well-being*“ dítěte, tedy to, nakolik upřednostňuje potřebu zajistit právě životní pohodu dítěte a vidí v ní rozhodný zřetel každého uvažování o dítěti, přesněji každého rozhodování o jednotlivém dítěti. Jednak ale také to, že Úmluva ukládá (totiž v čl. 18 odst. 1) každému účastnickému státu povinnost nanejvýš se snažit, aby bylo zajištěno uznání principu společné odpovědnosti rodičů za výchovu a rozvoj dítěte.^{100,101}

Naproti tomu v zemích tzv. německého práva¹⁰² se právní situace dlouho neměnila.¹⁰³ „*Die gemeinsame Sorge*“ rodičů odmítaly tyto státy akceptovat. Svůj negující postoj

⁹⁷ Např. francouzský Code civil (srov. dále), belgický Code civil (novelizace 2006), nizozemský BW, ZGB, ABGB, italský Codice civile (novelizace 2006), španělský Código civile (novelizace 2005; ve Španělsku je ale péče o děti upravena také v jednotlivých provinciích, např. v Katalánsku, Aragonu, Valencii atd.), ze skandinávských např. švédský Code on Parenthood (1998); dostupné z: www.proz.com/kudoz/swedish_to_english/law_patents/345981-föräldrabalken.html.

⁹⁸ Nejen v Nizozemí je možné, aby společnou péči o dítě měly i jiné dvě osoby než právě rodiče dítěte. Zdaleka přitom nejde jen o osoby téhož pohlaví! Naopak! Nezapomeňme, kolik osob žádný statusový svazek neuzavřelo, kolik osob, třeba i separovaných (čili nerozvedených) žije v dlouhodobém svazku s jinou osobou atd. (K tomu je třeba dodat, že podle několika sociologických studií je nikoli nevýznamná skupina biologických otců, kteří vůbec nemají o své dítě zájem!) Pro všechny tyto dvojice, které mohou představovat prospěch pro dítě, umožňují některé právní řády ustavení společné péče – kdy je rozhodující podmínkou „*well-being of the child*“; srov. čl. 253sa a 253t BW 1. kniha.

⁹⁹ Některé z těchto států, např. Francie, ale od novelizace v devadesátých letech novelizovaly svou právní úpravu ve věci péče o děti (nejen!) ještě mnohokrát. Francie např. v l. 2002, 2004, 2007, 2010, 2014. U dalších států se jednalo jednak o jakýsi druh „*inspiratione*“, jednak o přímé „*dotčení*“ nálezy ESLP (srov. v textu).

¹⁰⁰ „1. *States Parties shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child. Parents or, as the case may be, legal guardians, have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. The best interests of the child will be their basic concern.* 2. *For the purpose of guaranteeing and promoting the rights set forth in the present Convention, States Parties shall render appropriate assistance to parents and legal guardians in the performance of their child-rearing responsibilities and shall ensure the development of institutions, facilities and services for the care of children.* 3. *States Parties shall take all appropriate measures to ensure that children of working parents have the right to benefit from child-care services and facilities for which they are eligible.*“

¹⁰¹ V mnoha účastnických státech bylo poukazováno, ostatně správně, na to, že účastnickým státům nevyplývá z cit. ust. obecná povinnost uznat pro všechny případy rodičovství „*společnou péči*“, „*common custody*“, „*gemeinsame Sorge*“ atd., ale že mají uznat jen – a to také vyplývá z českého překladu Úmluvy (srov. č. 104/1991 Sb.) „*princip*“, že rodiče „*společně odpovídají za výchovu a rozvoj dítěte*“. Srov. např. VERSCHRAEAGEN, B. *Gemeinsame Obsorge, Ausländisches Recht und UN – Kinderrechtskonvention*. *ÖJZ*. 1996, s. 257. (Mezi významné evropské státy, které společnou péči dosud odmítají, patří země Velké Británie a Severního Irsku, a také Lucembursko.)

¹⁰² Tak jsou v západní familiaristice běžně označovány státy, v nichž je úředním jazykem němčina, popř. také němčina.

odůvodňovaly v první řadě prve citovaným ustanovením čl. 18 Úmluvy, ale také mnoha dalšími skutečnostmi, včetně odborných i empirických poznatků.¹⁰⁴ Výraznou roli tu sehrálo zejména rozhodování německého Spolkového ústavního soudu, jež bylo výše zmíněno).

8.2 Změny právní úpravy péče o děti byly v těchto zemích nakonec doslova vynuceny nejprve rozsudkem ESLP ve věci *Zaunegger v. Germany* z 3. 12. 2009, aplic. č. 22028/04 (konečné znění z 3. 3. 2010). Rozhodné jsou body 60. a 61. ESLP tady konstatuje jednak skutečnost, že počet nesezdaných párů v Evropě narůstá, jednak zjištění, že účastnické státy nezastávají shodné stanovisko, pokud jde o řešení otázky, zda otec dítěte narozeného mimo manželství má právo na ustavení „joint custody“ proti vůli matky. Ve většině států je v takovém případě rozhodný „nejlepší zájem dítěte“ („the child best interest“).

ESLP ale požaduje, aby národní soud každé takové rozhodnutí vždycky pečlivě zvážil s ohledem na okolnosti dotyčného případu, a zohlednil také to, že konflikt mezi rodiči je v rozporu s nejlepším zájmem dítěte, čili že takový nesoulad vylučuje ustavení, popřípadě přiznání „custody“ (také) otci.¹⁰⁵

Následovalo rozhodnutí německého Spolkového ústavního soudu, ale to již byly v běhu legislativní práce na novelizaci BGB.¹⁰⁶ Novela posléze nabyla účinnosti 19. 5. 2013.

Tato – zatím poslední – změna BGB spočívala v podstatě především v tom, že zatímco dosud soud přiznával otci „*elterliche Sorge*“ (jen) za určitých okolností, nově má soud přiznat otci „*elterliche Sorge*“ zásadně vždycky, ledaže by přiznání „*elterliche Sorge*“ bylo v rozporu s prospěchem dítěte („*das Kindeswohl*“). Přitom se předpokládá, že společná péče dítěti prospěšná je, ale tento předpoklad mohou vyloučit podstatné (či významné) důvody, ať (úspěšně) prokázané druhým rodičem, ať objektivně zjevné.^{107,108}

8.3 Pak ovšem ESLP rozhodl stejně ve věci *Sporer v. Austria* (rozsudek z 3. 2. 2011, aplic. č. 35637/03).¹⁰⁹ A v Rakousku, již na změnu připraveném, byl přijat zákon novelizující ABGB,¹¹⁰ který nabyl účinnosti 1. 2. 2013, tedy dříve než prve zmíněná novela BGB.

¹⁰³ Španělsko je někde mezi oběma zmíněnými skupinami států: tzv. *joint custody* je sice upravena, viz v pozn. č. 98, ale v jednotlivých provinciích není péče o dítě řešena shodně (srov. k tomu [http://bases.cortesaragon.es/bases%5Cleyes.nsf/\(LeyID\)/858D711CC5FB3D3AC125773C002BD2F9/\\$File/Ley%202-2010.pdf?OpenElement](http://bases.cortesaragon.es/bases%5Cleyes.nsf/(LeyID)/858D711CC5FB3D3AC125773C002BD2F9/$File/Ley%202-2010.pdf?OpenElement); http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ca-125-2010.html; <http://www.boe.es/boe/dias/2011/04/25/pdfs/BOE-A-2011-7329.pdf>).

¹⁰⁴ Srov. např. BAMBERGER, R. (edit.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3. 3. Aufl. München: C. H. Beck, 2012, s. 839–1016; DETHLOFF, N. *Familienrecht*. München: C. H. Beck, 2012, s. 379–456; RIST, T. *Gleichberechtigung und Sorgerecht*. Jurastudium u. Examen, 2012, A.4, s. 5–18; LAMBRECHT, D. *Neuregelung der Sorge für nicht verheiratete Eltern*. DrichterZ., 2010, s. 318.

¹⁰⁵ Rozsudek ve věci *Zaunegger v. Germany* je kromě svého zásadního významu pro potvrzení role „*well-being of the child*“, respektive „*the best interest of the child*“ pro rozhodování soudu o poměrech dítěte, pro právníky instruktivní i z mnoha dalších důvodů, kupř. obsahuje v části B stručnou, ale přehlednou komparaci současných právních úprav.

¹⁰⁶ Jednalo se o úpravu § 1626 a násl.

¹⁰⁷ Srov. § 1626a odst. 2, pro případ, že se dítě narodilo mimo manželství, § 1671 obd. pro případ, že rodiče byli manžely, ale již spolu nežijí.

¹⁰⁸ Ust. § 1684 odst. 2 věta první pak upravuje dobu naší střídavé péče, totiž výkon „*elterliche Sorge*“ po jistou dobu jedním, pak zase druhým rodičem, ovšem za předpokladu splnění celé řady podmínek.

¹⁰⁹ Rozhodnutí se ovšem odvolává na rozsudek ve věci *Zaunegger*.

¹¹⁰ Poté, co Spolkový ústavní soud zrušil § 166 ABGB.

K dnešnímu dni účinná ustanovení dávají soudu možnost rozhodnout o „*gemeinsame Obsorge*“ i proti vůli rodiče, eventuálně dokonce obou rodičů. Kromě toho bylo zjednodušeno přenesení „*Obsorge*“ z jednoho rodiče na druhého. Zatímco dříve se k přenesení „*Obsorge*“ vyžadovalo, aby existující stav ohrožoval prospěch dítěte, nyní není ohrožení nezbytné.

Naprostou novotu představuje institut „*předběžné rodičovské odpovědnosti*“ (§ 180 ABGB).¹¹¹ Toto právní zařízení lze v podstatě přirovnat k předběžnému opatření, kterým se na dobu šesti měsíců upravuje péče o dítě. Během této doby má soud zjistit, jaké bude nevhodnější uspořádání poměrů dítěte pro dobu příští. Jinak řečeno, před skončením doby trvání této předběžné rodičovské odpovědnosti musí soud postavit najisto, jak lze nejlépe zajistit prospěch dítěte („*das Kindeswohl*“).^{112,113}

8.4 Od roku 2011 pracovalo na zásadní proměně práva zvaného „*das Sorgerecht*“ také Švýcarsko. Novela ZGB je účinná od 1. 7. 2014.¹¹⁴

Platí tam nyní, stručně řečeno, zásada „společné péče“. I když se může zdát, že konečně došlo ke zrovnoprávnění dětí narozených v manželství a mimo manželství, že rodičovská péče náleží bez dalšího každému rodiči, není tomu tak. Zohlednění „*des Kindeswohls*“ je sice společné oběma skupinám dětí, ale přece tu jistý rozdíl existuje (např. u dětí narozených mimo manželství hraje roli také pouhá delší doba trvající nepřítomnost rodiče). Navíc je zde i procesní rozdíl: zatímco v případech dětí narozených v manželství rozhoduje, nastane-li taková potřeba (zejména v případě rozvodu) soud, v případě dítěte narozeného mimo manželství je rozhodujícím orgánem vždy správní orgán (*Kindeschutzbehörde*).

Tato změna ale otevřela cestu také k tomu, aby soud přiznal otci eventuálně samostatné právo péče (totiž pouze jemu!), a to případně navzdory nesouhlasu matky. Předpokladem ovšem je, že „společná péče“ nepřichází v úvahu,¹¹⁵ a že lze očekávat, že „přenesení“ péče z matky na otce nejlépe odpovídá prospěchu dotyčného dítěte.¹¹⁶

¹¹¹ Rakouskému zákonodárci kupodivu nebylo vůbec zatěžko založit nový institut se zcela – pro ABGB v této souvislosti – neobvyklým označením „odpovědnost“.

¹¹² V rozhodnutí o předběžné odpovědnosti jistě bude důležité správně určit, v péči které osoby po tuto přechodnou dobu dítě bude, a jak dlouho tam bude. Je třeba dodat, že pro tuto přechodnou dobu, tedy dočasně, může být ustavena i střídavá péče ve smyslu u nás známém.

¹¹³ Bohužel neznám právní předpisy všech (třeba evropských) států, které by byly pro naše téma relevantní (srov. pozn. č. 98). Nicméně, je třeba upozornit, že např. podle čl. 373-2-9 Code civil (ve znění novely z r. 2002) může soud – obdobně jako nyní i v Rakousku – za předpokladu splnění řady podmínek, především dohody rodičů, v první řadě ovšem (podle čl. 373-2-6 a čl. 373-2-7 C.c. ve znění novely z r. 2010) danosti „*la sauvegarde des intérêts*“ dítěte, rozhodnout o střídání místa bydliště – „*en alternance au domicile*“ – dítěte, a dokonce – před tím, než vynese konečné rozhodnutí o výkonu rodičovské „*autorité*“ – může nařídit střídavé bydlení i bez souhlasu obou rodičů, pokud je to dítěti ku prospěchu!

¹¹⁴ Srov. čl. 296, 298a a 298b ZGB. Není bez zajímavosti, že novelu není možné použít zpětně ve všech případech, ale jen tam, kde k rozvodu, popř. podobné situaci došlo v době ne delší než pět let před účinností novely.

¹¹⁵ Důvodem je především konfliktní situace, která mezi rodiči panuje, a je neopravitelná, navzdory mediaci atd.

¹¹⁶ V literatuře se dočteme, že ve všech zmíněných zemích – vedle judikatury ESLP – působily také různé zájmové skupiny osob, převážně mužského pohlaví. Zároveň se ale uvádí, že otcové, kterým soud společnou péči přiznal, si velmi často záhy po té neuvědomili, že „péče“ vlastně navzdory svému označení („*Sorgerecht*“) neznamená právo, ale především povinnost či povinnosti. To vede k tomu, že záhy zase přenechají faktický výkon péče matce. Srov. např. BECK, S. *Kindschaftsrecht mit Änderungen des KindNamRÄG*. Wien: Manzsche V. u. UH, 2013, předmluva, a dále s. 213 n.

9. ČESKÝ POKUS O ŘEŠENÍ PROBLÉMU PÉČE O DÍTĚ K PROSPĚCHU DÍTĚTE, A CO Z NĚJ ZBYLO...

9.1 Snahy o rekonstrukci soukromého práva v České republice se datují počátkem devadesátých let minulého století.

Podnět k rekonstrukci rodinného práva a jeho včlenění do občanského zákoníku dala konference věnovaná otázkám rodinného práva v nové době, kterou pořádala na jaře 1994 katedra občanského práva právnické fakulty Univerzity Karlovy. Několik poslanců, kteří byli na konferenci přítomni, posléze iniciovalo usnesení vlády ČR č. 1 z 4. 1. 1995 ke koncepci právní úpravy rodinněprávních vztahů. Bod II./b tohoto usnesení obsahoval (především) zadání ministru spravedlnosti „*vypracovat a předložit vládě do 30. září 1995 návrh zásad zákona soukromoprávní úpravy rodinného práva, jejichž obsah bude zapracován do občanského zákoníku*“.

Proto když posléze ministr Otakar Motejl zadal vypracování věcného záměru občanského zákoníku,¹¹⁷ bylo už opětovně vloženo rodinného práva do připravovaného kodexu nesporné, a bylo později ve věcném záměru návrhu zákoníku potvrzeno.

V původním návrhu právní úpravy poměru rodič – dítě v situaci, kdy rodiče spolu z nějakého důvodu nežijí, jsou patrné tři momenty. Tím prvním, zásadním a určujícím – jak je patrné i z konečné verze návrhu, tj. z textu dnes účinného kodexu – pro právní úpravu všeho, co se týká dítěte, je *cíl* všeho snažení: *dosažení spokojeného života dítěte* („*well-being of the child*“), a to ve smyslu pravidel Úmluvy. Základem toho je myšlenka, že zákonodárce obecně nemůže stanovit jinak, než že určí mantinely a stanoví cíle, popř. účel. O všem konkrétním pak už je povolán rozhodovat soud: jen soud může posoudit, jaké uspořádání je nejvhodnější z hlediska *zájmu dotyčného (určitého) dítěte*, toho dítěte, jehož rodiče neuzavřeli manželství, nebo spolu nežijí, nebo se chtějí rozvést atd. atp. Jaké uspořádání bude nejvhodnější, aby dítě nadále žilo co možná spokojeně.

Pak tu byl druhý moment. V zájmu dítěte je zcela nezbytné využít všech cest, které vedou k takovému rozhodnutí o uspořádání poměrů dítěte, jež bude pro dotyčné dítě nejvhodnější, protože nejlépe zajistí jeho životní pohodu. Je tudíž třeba využít i mediace nebo jiné příhodné komunikace mezi znesvářenými rodiči. Význam mediace je právě v tom, že rodiče jsou vhodnými cestami vedeni k tomu, aby sami nahlédli, jak je – s ohledem na zájem dítěte – důležité nalézt nakonec shodu, dohodnout se, nebo aspoň slušně spolu komunikovat. Protože především rodiče musí mít na zřeteli dobro svého dítěte, a potlačit své, nejednou zbytnělé ego.

Konečně bylo třeba náležitě zohlednit fakt, že mezi koncepcí českou, respektive československou, pokud jde o tzv. rodičovskou (z)odpovědnost, a koncepcí západních právních úprav, které v podstatě stále vycházející ze stanoviska individualizované moci, respektive péče, autority atd., existuje zásadní rozdíl. Proto bylo třeba přihlídnout k tomu, že ze západoevropských právních úprav a posléze ani z náleží ESLP nelze – v tomto ohledu – využít (pokud jde o meritum rozhodování) nic. Na druhé straně v textech, zejména v *odůvodněních rozhodnutí ESLP* je obsaženo mnoho toho, co je třeba

¹¹⁷ Zadání bylo adresováno konkrétním osobám, totiž K. Eliášovi a – pokud jde právě o rodinné právo – M. Zuklínové.

*využít, ba je nutné využít, mnoho toho, co sleduje současné pokrokové trendy v péči o dítě, a v čem právě judikatura ESLP, ale i národních soudů je také pro nás vhodným vzorem.*¹¹⁸

Možnosti práva ingerovat do rodinných vztahů jsou jistě omezené. Tady totiž nehraje primární úlohu vůle a rozum, tady nejde o obvyklá práva a povinnosti, tady nejde o obchody! Všechno, co se v rodině děje, ovlivňují velmi výrazné skutečnosti mimoprávní – počínaje city, přes náboženskou víru, rodinnou tradici, rodové „zátěže“ atd., až k mentálnímu vybavení zúčastněných členů rodiny. Tyto všechny momenty může majetkové právo pomínout, snad s výjimkou možnosti a povinnosti chránit slabší článek právního poměru. Rodinné vztahy jsou totiž – na rozdíl od těch majetkových – mnohem složitější a vrstevnatější! Proto jsou v rodinných vztazích jednoduchá řešení a priori vyloučena. Direktivy, přesné a závazné návody, ty už vůbec nelze použít.¹¹⁹ Není tedy také možné stanovit závazně hierarchii způsobů péče o dítě. Lze jen eventuálně zakotvit rejstřík možných způsobů uspořádání poměrů dítěte. Soud si pak vybere podle toho, o čem má podle zjištěného skutkového stavu důvodně za to, že to bude danému dítěti v dané situaci nejlépe svědčit. Čili, co nejspíš zajistí, aby dítě bylo spokojené a šťastné.

9.2 V prvním publikovaném návrhu občanského zákoníku, v tzv. bílé knize vydané ministerstvem spravedlnosti v roce 2005,¹²⁰ tak můžeme číst nejdříve o tom, že je třeba vyjít ze souhlasného stanoviska rodičů, od kterého se soud odchýlí, jen vyžaduje-li to zájem dítěte. Soud může svěřit dítě rodičům společně (tj. eventuelně i tak, že o dítě pečují střídavě) nebo jednomu z nich, popřípadě i jiné osobě. V případě péče společné, tj. včetně střídavé, je třeba souhlasu rodičů. Dále bylo uvedeno, co všechno má soud vzít v úvahu. Konečně se pak navrhovalo stanovit, aby soud doporučil rodičům pomoc zprostředkovatele. Zmínku zaslouží, že důvodová zpráva provázející dotýčný návrh výslovně zdůrazňovala, že požadavek dohody rodičů vychází z dosavadní judikatury, která je v tomto ohledu jednoznačná a jednomyslná.

9.3 Tento návrh vzal pak za své v roce 2010. Tehdy se zřetelně ukázalo, jak neblahý vliv na legislativní dílo může mít nezasvěcený zásah laika, počin nejednou vyvolaný či povzbuzený neobjektivními zřeteli.¹²¹ Přijímá-li se pak zásadní právní úprava v době velkého spěchu, ba pod zřejmým časovým tlakem, nemůže se to neprojevit v jejím obsahu, bohužel i způsobem, který zamýšlenou prospěšnost změni v neprospěch.¹²²

¹¹⁸ Kromě judikatury nejvyšších soudů je to také každodenní praxe a rozhodování soudů nejnižšího článku soudní soustavy, kde se lze setkat s novými formami péče, stále oblíbenější. V Německu jde např. o tzv. „hnízdivou péči“, kdy se rodiče střídají u dítěte, které žije stále na tomtéž místě (ať už v samostatném bytě, nebo např. v části bytu nebo domu jiného příbuzného, popř. i známého).

¹¹⁹ Ty mohou mít význam jen pro reglementaci činnosti orgánů veřejné moci.

¹²⁰ Srov. MS ČR, návrh občanského zákoníku. Část první až čtvrtá. Hlavní zpracovatelé: prof. Dr. JUDr. K. Eliáš, doc. JUDr. M. Zuklínová, CSc., s. 145 nn., § 776 a násl.

¹²¹ Srov. k tomu ZOULÍK, F. Úvaha o naší současné legislativě. In: *Ve službách práva*. Praha: C. H. Beck, 2003, s. 12 nn. (... jde především o citaci J. S. Milla, Consideration..., kde, ovšem v překladu, říká: „... protože se Dolní sněmovna nechce vzdát drahocenné výsady zřušovat ji (roz. předlohu zákona) svými neobratnými rukama.“

¹²² Jedná se o další případ, kdy je naše právní úprava bílou vránou, navíc nepochopitelná, nesrozumitelná pro normální svět právníků i laiků.

9.4 Právní úprava způsobu péče je obsažena v ustanovení § 907 odst. 1 o. z. Toto ustanovení lze sice mít za poněkud nadbytečné, ale soudím, že to není na újmu. Vždyť důležité je to, že předně „*common care*“ je v našem právním řádu zakotvena již od 1. 1. 1950, že rozhodným zřetelem při rozhodování soudu o úpravě péče o dítě je vždy zájem o dobrý, spokojený život dítěte, o kterém soud právě rozhoduje, a konečně, avšak nikoli v poslední řadě, že soud vždy musí dbát na to, aby se rodiče dítěte dohodli aspoň právě na tom, jak budou ke spokojenému životu dítěte jeden každý přispívat.

A kromě toho, pro zabezpečení dotčeného dítěte je třeba vždy udělat všechno, co vůbec je možné udělat.

doc. JUDr. Michaela Zuklínová, CSc.

Právnická fakulta univerzity Karlovy v Praze

Michaela Zuklínová

Cui Bono? Without Any Exception Pro Bono of the Child! Purporting about the Care of the Child

Abstract: The crucial term of The Convention on the Rights of the Child “welfare of a child” was officially translated for the use of Czech legal system as “blaho” in Czech. This Czech term, although it has many meanings, is not commonly used in this context and is quite unclear. Nevertheless the author attempts to find a better word for the term “welfare”. During the period following the Second World War the law dealing with children had undergone a specific evolution: the legal regulation of the traditional democracies differed from the one in the so-called Soviet bloc. The latter states rewrote their laws in order to comply with the Soviet model. This, among others, meant that whoever was parent, obtained the rights and responsibilities over the child. This legal condition is the reason for the struggles or at least discussions all over the countries of our cultural region (Western Europe, USA etc.). When Western courts determine the child’s legal relations, it decides which parent should maintain the legal custody. The reason for that is the traditional (since ancient Rome) sole legal custody (it’s awarded to only one parent). The same can be said about the judgments of the ECtHR in Strasbourg concerning these types of cases. If it’s the Czech court, who determines these issues, it focusses only on details of joint parental responsibility, thus it decides just how a parent will participate in the exercise of parental responsibility for the child. Therefore the judgments of the ECtHR are not applicable to our courts. The law of western countries has only gradually reached the same judicial state of affairs, which we have reached over sixty years ago. Contrary to our situation, there is a major conflict regarding the welfare of a child in the West and it represents an unsurmountable obstacle. For the courts’ decision making it should be fundamental (in case of parents inability to maintain healthy relationship) to find a solution which leads to a best realization of a content life of a child.

Key words: well-being (welfare) of child, best interests of child, care, custody, parental responsibility