

Flexibilní systém – zlatá střední cesta zákonodárství a právní nauky

Helmut Koziol*

Abstrakt: Flexibilní (pohyblivý) systém, německy bewegliches System, je metoda vyvinutá nejpřednějším rakouským profesorem soukromého práva a právní teorie, který navíc osvědčil svoji osobní integritu během nacistické nadvlády v Rakousku, Waltera Wilburga. Jeho koncept slouží jak v oblasti zákonodárství, tak především právní vědy. Vychází zejména z poznání, že pro zákonodárství je klíčová určitá střední cesta mezi relativně abstraktními, a tedy k dalšímu výkladu inklinujícími formulacemi právních norem a na druhé straně velmi podrobnou, a tedy rigidní právní úpravou. Přitom je třeba reflektovat relevantní faktory, které Wilburg nazývá elementy, kam patří především hodnoty určující daný právní institut či problém. V soukromém právu je přitom ovšem třeba brát v úvahu čtyři principy a jejich vzájemné vztahy – princip soukromoprávní autonomie, princip jistoty právních vztahů, princip smluvní spravedlnosti a princip smluvní loajality. Na základě toho je možné řešit nejen problematiku zákonodárství, ale i konkrétních případů. To autor ukazuje na otázce omylu, chráněných zájmů, povinnosti péče, odstupňovaných právních následků a alternativní kauzality.

Klíčová slova: flexibilní (pohyblivý) systém, bewegliches System, uvážení, elastická pravidla, podrobné, strnulé právní normy, střední cesta, element, hodnota, princip, omyl, chráněný zájem, povinnost péče, odstupňované právní následky, kauzalita

1. Současná situace

Soukromé právo je velmi mnohohrstevná materie a relevantní životní situace nabízejí téměř nevyčerpatelný zdroj nejrůznějších variant jejich řešení. Zákonodárce má proto při úpravě této oblasti navýsost obtížný úkol, neboť musí rozhodnout o tom, která metoda úpravy je pro dané odvětví nevhodnější. Evropsští zákonodárci zatím vyvinuli dvě odlišné základní koncepce tím, že upřednostnili buď velmi podrobné a strnulé, anebo obecné normy, které vyžadují další konkretizaci.¹ Avšak volba metody závisí na dílčí oblasti, jež je předmětem právní úpravy; proto prakticky v každém právním řádu existují velmi striktní, avšak současně také vysoce neurčitá pravidla.

Základní normy deliktního práva jsou velmi výrazným příkladem rozdílných způsobů právní úpravy. Německý občanský zákoník (BGB) tenduje jednoznačně k prvně řečené metodě striktních, detailních pravidel.²

Paragraf 823 odst. 1 BGB: „*Kdo poruší úmyslně nebo z nedbalosti život, tělesnou schránku, zdraví, svobodu, vlastnictví anebo jiné právo druhého protiprávním způsobem, je povinen této osobě nahradit vzniklou škodu.*“

Právní normy francouzského *Code civil* a rakouského obecného zákoníku občanského (ABGB), které jsou téměř o 100 let starší než BGB, jsou naproti tomu formulovány podstatně obecnějším a pružnějším způsobem:

* Helmut Koziol, emeritní profesor Vídeňské univerzity a ředitel Evropského centra pro deliktní pojišťovací právo ve Vídni. Text je rozšířenou verzí referátu předneseného na fóru Centra právní komparatistiky PF UK dne 25. května 2017. Přeložil prof. JUDr. Luboš Tichý, CSc., za přispění JUDr. Kateřiny Džbáňkové.

¹ K následujícímu viz KOZIOL, H. Begrenzte Gestaltungskraft von Kodifikationen? Am Beispiel des Schadenersatzrechts von ABGB, Code civil und BGB. In: *Festschrift 200 Jahre ABGB I*. 2011, s. 469.

² Toto zdůrazňuje také CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, s. 78, ten však naopak poukazuje také na výjimky – jako například na úpravu spoluzavinění poškozeného v § 254 BGB.

Článek 1382 *Code civil*: „*Ten, kdo jinému z nedbalosti způsobí škodu, je povinen ji nahradit.*“

Obdobně to formuluje § 1295 odst. 1 ABGB, který nevychází z povinnosti škůdce, nýbrž z oprávnění poškozeného: „*Každý je oprávněn domáhat se na škůdci náhrady škody, kterou mu způsobil zaviněným jednáním; je nerozhodné, zda škoda vznikla porušením smluvní povinnosti, anebo mimo vztah ke smlouvě.*“

Paragraf 420 odst. 1 českého občanského zákoníku z roku 1964 je formulován srovnatelným způsobem, jestliže stanoví: „*Každý je povinen nahradit škodu, kterou způsobil porušením právní povinnosti.*“ Též § 6:519 maďarského občanského zákoníku je formulován obdobně širokým způsobem: „*Ten, kdo jinému způsobil protiprávně škodu, musí ji nahradit.*“ Rovněž ruské právo se podobá spíše francouzskému a rakouskému vzoru, a nikoliv tedy BGB, jestliže v čl. 1064 odst. 1 občanského zákoníku stanoví, že „*škoda způsobená osobě nebo škoda na jejím vlastnictví musí být škůdcem v plném rozsahu nahrazena.*“

Přesný výčet chráněných statků v § 823 odst. 1 BGB je ovšem bez pochyby průraznější, nežli tomu je v jiných obecně formulovaných normách čl. 1382 *Code civil* nebo § 1295 odst. 1 ABGB či ve srovnatelných právních normách. Německý zákonodárce však upravil mnohem více podrobností, takže mají vadná rozhodnutí v důsledku strnulosti právních ustanovení citelnější následky a zákonná právní úprava se tak může v důsledku společenských, technických a hospodářských změn stát nevhodnou, zatímco neurčitá ustanovení *Code civil* a ABGB umožňují soudům v případě dalšího rozvoje velkorysou svobodu uvážení.

Úprava v BGB však v každém případě na první pohled vzbuzuje dojem, že německý zákonodárce, jenž se vyznačuje svojí nedůvěrou vůči soudům,³ dosáhl svého, když podrobnými, strnulými pravidly svobodu soudů maximálně omezil. Při podrobnějším zkoumání je naproti tomu nutno konstatovat, že německé upřednostňování přísných pravidel nevedlo v žádném případě k vytoužené právní jistotě, ba zcela naopak.

To lze demonstrovat na příkladu prostých majetkových zájmů: § 823 odst. 1 BGB chrání podle převládajícího chápání jen výslovně uvedená a další absolutní práva, nikoliv prosté majetkové zájmy. Jejich porušení proto může vést k nárokům na náhradu škody jen tehdy, existuje-li ochranná norma (§ 823 odst. 2 BGB) nebo jestliže k porušení dojde úmyslně v rozporu s dobrými mravy (§ 826 BGB). Toto omezení ochrany čistých majetkových zájmů vlastně až na případy úmyslného poškození, které je v rozporu s dobrými mravy, a porušení ochranné normy je chápáno jako závažná chyba,⁴ a proto existuje snaha toto rozhodnutí zákonodárce obejít různými, metodologicky vysoce problematickými způsoby.⁵ Nejen německé soudy, ale též akademici se nakonec obracejí k § 826 BGB, který předvidá odpovědnost v důsledku úmyslného jednání proti dobrým mravům, a tak je toto ustanovení silně přepínáno; zejména tím, že ve svém výsledku je hrubá nedbalost stavěna na roveň úmyslu.

Navíc němečtí právníci připravují cestu pro náhradu prosté majetkové škody tím, že přiznávají smluvní odpovědnosti, která oproti odpovědnosti deliktární zahrnuje též čisté ekonomické škody, mimořádně rozsáhlou působnost. Tak je odpovědnost za *culpa in*

³ GMÜR, R. *Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bern: Stämpfli, 1965, s. 30.

⁴ WAGNER, G. *Münchener Kommentar, BGB V*. 2013, § 823 Rz, s. 248 an.

⁵ K následujícímu KOZIOL, H. *Festschrift 200 Jahre ABGB, I*, s. 479 an.; k tomu KOZIOL, H. *Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik. Archiv für die civilistische Praxis*. 2012, 212, 1, s. 48 an.

contrahendo v důsledku pozitivního porušení pohledávky a na základě smluv s ochranným účelem ve prospěch třetího počítána do oblasti smluvní odpovědnosti. Byly tak vynalezeny povinnosti právního styku na ochranu cizího majetku, které jsou navíc převážně chápány jako ochranné normy ve smyslu § 823 odst. 2 BGB. Konečně uznávají němečtí právníci převážně velmi nejasné „právo na provoz živnosti“, což také vede k ochraně čistých majetkových zájmů.

Zdá se, že němečtí právníci to vlastně nepocítují jako problém, neboť jsou na tyto problémy zvyklí již od svých „dětských právnických let“. V cizím pozorovateli to však vzbuzuje dojem, že němečtí kolegové právě kvůli strnulým pravidlům BGB velmi inklinují k obcházení těchto ustanovení a k útěku do neurčitých, obecných klauzulí, které podporují nesystematická rozhodnutí podle slušnosti či ekvity,⁶ o čemž svědčí celé svazky komentářů k § 242 a § 826. Tento zvyk vede bohužel k tomu, že nejsou respektovány zcela zásadní úvahy zákonodárce. Tento metodologicky sporný přístup vedl obecně k pochybně volnému vztahu německých soudů k zákonným ustanovením a hodnotám.⁷ Navíc, jelikož lze sotva v konkrétním případě předvídat, kdy soud rozhodne tak, že aplikuje příslušné strulé skutkové podstaty, jež adaptuje na konkrétní případ, a kdy tak učiní na základě vágních obecných klauzulí podle ekvity a slušnosti, nedosáhne zákonodárce v žádném případě kýžené právní jistoty, nýbrž jejího protikladu.

Z toho lze dovozovat velmi důležité právně politické konsekvence: snaží-li se zákonodárce příliš omezovat rozhodovací svobodu soudů prostřednictvím konkrétních strnulých pravidel, dosáhne nakonec protikladného výsledku.⁸ Tento na první pohled šokující rezultat, že totiž přísnější vázanost soudce konkrétními normami nakonec ve skutečnosti vede k větší právní nejistotě, není při bližším pohledu v žádném případě překvapivý, nýbrž naprosto předvídatelný. V mnoha oblastech je totiž prostě nemožné postihnout v pevných normách všechny problémové případy způsobené mnohotvárností života tak, aby ve všech případových skupinách mohlo být dosaženo věcně správného rozhodnutí. Navíc: zákonodárce, který soudí, že může do budoucna navrhnout řešení všech otázek do detailu, přeceňuje své schopnosti. To ovšem nelze chápat jako výtku subjektivní neschopnosti, nýbrž je třeba, jak to ukazuje zkušenost, uznat jako nespornou skutečnost, že totiž žádný zákonodárce není schopen předvídat vývoj ve společenské a technické oblasti a starat se o nepoznané. Zákonodárce, který se přesto pokouší takto činit, je nakonec odsouzen k nezdaru a mohl by nápravy docílit jen prostřednictvím častých novelizací, chce-li uniknout méně atraktivní alternativě spočívající v nesprávných rozhodnutích anebo v čistém nerespektování zákona. Podle zkušenosti je však politicky nemožné přimět zákonodárce, zejména v oblasti soukromého práva, k nutným včasným adaptacím, protože je do značné míry ovlivňován politickými tlaky, a tudíž i politickým oportunistem. Potřebný další vývoj může zajistit pouze judikatura, legitimním způsobem však jen tehdy, jestliže jí zákonodárce poskytne potřebný prostor.

Na druhé straně je ovšem zapotřebí zdůraznit, že nejen strulá úprava BGB, ale též pružné formulace § 1295 ABGB, čl. 1382 *Code civil* a obdobné právní normy mají velmi podstatné stinné stránky. Poskytují sice např. dostatečný prostor pro řešení otázky, kdy lze nahrazovat čistou majetkovou škodu, neboť vlastně každý může požadovat náhradu

⁶ Srov. CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff*, s. 82.

⁷ Podrobněji k tomu KOZIOL, H. *Rezeption der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Österreich*. In: *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft II*. 2000, s. 943, 959 an.

⁸ K tomuto BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. Auflage. 1991, s. 533 an.

na odpovědném škůdci. Rozhodující otázka, jakou ochranu čisté majetkové zájmy požívají a kdy je způsobení čisté ekonomické škody protiprávní, však není vůbec zodpovězena. Může být pouze řečeno, že podle dikce zákona existuje možnost získat náhradu též za čistou majetkovou škodu, avšak ze zákona nelze vyčíst, za jakých předpokladů.

Tak se zdá rozdíl mezi oběma metodami nevýrazný: v oblasti BGB, který dává přednost přísným pravidlům, se musí člověk snažit o rozšíření příliš úzkých právních norem; v elasticky formulovaných kodifikacích jde naproti tomu o zužující konkretizaci. Tyto protichůdné úlohy nezpůsobují však v žádném případě neškodné následky: německý soudce musí totiž k dosažení žádoucího cíle skrze porušení všech metodologických principů ignorovat jasnou, zřejmou dikci zákona, nerespektovat tak jednoznačnou vůli zákonodárce a jednat tak v rozporu se zásadami dělby moci mezi zákonodárce a soudce. Francouzský nebo rakouský právník se naproti tomu pohybuje uvnitř zákona a využívá k tomu možnosti výkladu, analogie a teleologické redukce poskytnuté mu zákonodárcem metodologicky bezvadným způsobem (viz § 6 a 7 ABGB). Pružné právní normy proto zcela obecně zvýhodňují ochotu respektovat zákon a z něho plynoucí hodnoty.

Podstatnou nevýhodou elastických úprav je, že soudům je skrze ně poskytnut až příliš široký prostor. Jak velký tento prostor je, se neprojevuje vzdor identické výchozí pozici jen na rozdílném vývoji ve Francii a v Belgii, nýbrž např. i v tom, že francouzské deliktně-právní normy sice jsou do značné míry shodné s normami v ABGB, francouzské delikt ní právo však dnes v zásadě postupuje podle jiných pravidel než rakouské právo náhrady škody, ale rovněž předvídá jiná řešení než v době vzniku *Code civil*.⁹ Uvážíme-li, že zákonodárce je povinen plnit vůdčí úlohu, pak je třeba vytýkat rakouskému a francouzskému zákonodárci určitý nedostatek: jestliže nejsou mnohé základní otázky řešeny vůbec anebo jen neurčitě tak, že nejsou dány ani žádné vůdčí myšlenky a výklad je možný v úplně protikladných směrech, pak kodifikace skutečně nespĺnila svoji úlohu.

Proto by obdobně obecně a neurčitě formulované právní normy byly sotva vhodné pro ony úpravy, které by měly sloužit v Evropě ke sjednocování práva, neboť by byly v jednotlivých státech na základě rozdílných tradic zcela jistě vykládány velmi odlišně. To je podle mého soudu závažný nedostatek např. v základních pravidlech evropského smluvního práva (PECL), která stále odkazují na dobrou víru a poctivé jednání (*good faith and fair dealing*) (čl. 1:102 odst. 1; 1:106 odst. 1; 1:201; 1:302; 1:305; 2:301 odst. 2; 4:118 odst. 2), nepoctivou výhodu (*unfair advantage*) (4:117, 118) nebo na nerozumné okolnosti (*unreasonable circumstances*) 9:101 odst. 2 písm. b; 9:201 odst. 1), aniž by uváděly jakákoliv hlediska, jak je třeba tyto kategorie chápat.

To ovšem vede ke smutnému poznání: na jedné straně činí mnohostrannost soukromého práva a mnohost skutkových stavů, které je třeba upravit, nemožným formulovat pevné a konkrétní právní normy, jež by vedly ve všech jednotlivých konkrétních případech k věcně správným rozhodnutím. Navíc je zde okolnost, že budoucí společenský, technický a hospodářský vývoj není předvídatelný a strnulá pravidla brání požadovanému přizpůsobování a dalšímu vývoji, alespoň prostřednictvím legitimních metodických instrumentů. Na druhé straně je třeba uvážit, že zákonodárce je povinen plnit svoji úlohu a tuto neplní, jestliže opomine poskytovat rozhodující vodítka. Plně v tomto smyslu se

⁹ Podrobněji KOZIOL, H. Tort Liability in the French 'Civil Code' and the Austrian 'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch'. In: FAIRGRIEVE, D. (Hrsg.). *The Influence of the French Civil Code on the Common Law and Beyond*. 2007, s. 261; KOZIOL, H. *Festschrift 200 Jahre ABGB*, I, s. 471 an.

zdůrazňuje,¹⁰ že dnešní právo náhrady škody je v důsledku nedostatků ABGB v podstatných částech vlastně soudcovské právo a potřebuje reformu.

Nakonec je třeba zdůraznit, že formulace zdánlivě pevných pravidel neposkytuje žádnou nápravu. Mluví-li se např. o protiprávnosti jako předpokladu odpovědnosti, aniž by bylo současně konkrétně řečeno, zda se tím rozumí protiprávnost následků nebo protiprávnost jednání, a aniž se poskytnou vodítka k tomu, jak je třeba zjišťovat bezprávi, byla by použitím takto neurčitých právních pojmů dosažena jen zdánlivá určitost právní normy, která nepřináší žádný pokrok.¹¹

2. Výhody flexibilního systému

Dosud získané poznatky vedou k domněnce, že by měla být hledána střední cesta mezi dosud praktikovanými způsoby. To zřejmě není překvapivé, jestliže se tím jen zdůrazňují řešení, která spočívají na myšlenkách zejména Waltera Wilburga,¹² Franze Bydlinského,¹³ Klause-Wilhelma Canarise¹⁴ a Bernda Schilchera.¹⁵ Tito autoři¹⁶ vytvořili svým flexibilním (pohyblivým) systémem¹⁷ reálnou alternativu k oběma dnes převážně používaným zákonodárným metodám. Toto řešení není všelékem, může však nabídnout v mnoha oblastech cenné podněty pro formulaci právních norem.

Flexibilní (pohyblivý) systém Wilburga¹⁸ navazuje na dva poznatky, které byly získány prostřednictvím právní komparatistiky: uznává prvně pluralitu navzájem nezávislých fundamentálních hodnot a účelů, které působí na jednotlivé právní oblasti; tyto nemohou být zpravidla pochopeny, aplikovány a vykládány na základě jedné ústřední myšlenky. To však nesmí podle názoru Wilburga vést k používání bezpočtu nepředvídatelných kritérií *ad hoc*, která budou svévolně reflektována nebo naopak ignorována. Zcela naopak: je třeba respektovat veškeré základní hodnoty a zásadní názory v každém právním odvětví,

¹⁰ HOPF, G. Das Reformvorhaben. In: GRISS, I. – KATHREIN, G. – KOZIOL, H. (Hrsg.). *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*. Wien – New York: Springer, 2006, s. 17, 18.

¹¹ K tomuto viz také BYDLINSKI, F. *Methodenlehre*, s. 627 an.

¹² WILBURG, W. *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1950 (anglický překlad od Hausmaningera: WILBURG, W. *The Development of a Flexible System in the Area of Private Law*, 2000); WILBURG, W. Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1964, Bd. 163, H. 4, s. 346.

¹³ BYDLINSKI, F. Bewegliches System und juristische Methodenlehre. In: BYDLINSKI, F. – KREJCI, H. – STEININGER, V. (Hrsg.). *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, 1986, s. 21; BYDLINSKI, F. *Methodenlehre*, s. 529 an; BYDLINSKI, F. Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik. *Juristische Blätter*. 1996, s. 683.

¹⁴ CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff*, s. 74 an; CANARIS, C. W. Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr. In: BYDLINSKI, F. – KREJCI, H. – STEININGER, V. (Hrsg.). *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, 1986, s. 103; CANARIS, C. W. Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung. *Juristische Blätter*. 1995, s. 2.

¹⁵ SCHILCHER, B. *Theorie der sozialen Schadensverteilung*. Duncker & Humblot, 1977; SCHILCHER, B. Neuordnung des österreichischen Schadenersatzrechts. In: MAGNUS, U. – SPIER, J. (Hrsg.). *European Tort Law. Liber amicorum for Helmut Koziol*. Peter Lang, 2000, s. 293; SCHILCHER, B. Das bewegliche System wird Gesetz. In: HELDRICH, A. et. al. (Hrsg.). *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Band II. München: C. H. Beck, 2007, s. 1299; SCHILCHER, B. Sowohl als Auch – Vierzig Jahre zwischen Rechtswissenschaft und Politik. In: WÜNSCH, H. (Hrsg.). *Professoren erinnern sich*. 2008, s. 147, 151 an.

¹⁶ K tomu též viz MICHAEL, L. *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme. Methodenrechtliche Analyse und Fortentwicklung der Theorie der „beweglichen Systeme“*. Wilburg, 1996.

¹⁷ Otázce, zda se jedná o systém, jemuž jsou vlastní rysy jednoty a pořádku, přisvědčuje CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff*, s. 76 an.

¹⁸ Skvěle stručně shrnutí Wilburga nabízí BYDLINSKI, F. *Methodenlehre*, s. 529 an.; BYDLINSKI, F. *Eine Skizze über bewegliches Systemdenken im Vertragsrecht, Pacte, convention, contrat: Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*. 1998, s. 189, 190 an.; CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff*, s. 74 an.

a to v jejich konkrétním vzájemném ovlivňování. Wilburg nazývá tyto základní hodnoty každého právního odvětví „elementy“; dnes bychom je nazvali spíše principy.¹⁹

Pluralita a samostatná závažnost jednotlivých principů (elementů) odlišuje Wilburgův koncept od všech pokusů podřídit větší právní oblasti jedinému právnímu principu. Tím se vyhýbá například jednostrannému spojení práva náhrady škody s principem zavinění nebo principem objektivní odpovědnosti²⁰ nebo s dalším jiným principem.²¹ Takový přístup se dnes těší dalekosáhlé přízni a souhlasu: tak je například v právu náhrady škody uznáváno, že vedle zavinění existuje především vysoká nebezpečnost věcí nebo činností, která má rozhodující význam pro zjištění odpovědnosti, svou roli však mohou hrát též hospodářské poměry (způsobnost k úhradě škody), docilování výhod nebo pojistitelnost.²²

Podle názoru Canarise²³ je sice třeba souhlasit s Wilburgovou kritikou ohledně každé absolutizace principu a požadavku silnější diferenciaci, vzdor tomu není vzájemné doplňování, a tedy vzájemný vztah více principů svázán s flexibilním (pohyblivým) systémem. Lze zajisté též vytvářet pevné skutkové podstaty a omezit zásadu prostřednictvím jasně vymezených výjimek. Tomu lze jistě přisvědčit, neboť v mnoha oblastech může taková tvorba právních pravidel uspět a tam, kde je třeba pevných právních norem (k tomu vzápětí níže), neexistuje žádná jiná možná alternativa. V oblasti práva, jakým je právo deliktů (právo náhrady škody), které má postihnout nevyčerpatelnou množinu skutkových situací a množství principů a hodnotících kritérií, se může jen sotva podařit zvládnout takováto pevná základní pravidla s jasně vymezenými výjimkami. Navíc je třeba zvážit okolnost, že zákonodárce je schopen formulovat základní pravidla s jasnými výjimkami jen tehdy, jestliže se předtím pokusil s použitím flexibilního (pohyblivého) systému o jinou formulaci takto získaných poznatků. Nelze též popírat, že pohyblivý systém vyžaduje diferencované myšlení a zohlednění vzájemného působení více kritérií.

I když byly dosud uváděny výlučně příklady z oblasti deliktů práva, je třeba zdůraznit, že Wilburg se sice zabýval především právem náhrady škody, ale soustředil se též na právo bezdůvodného obohacení.²⁴ Flexibilní (pohyblivý) systém je nepostradatelný i v jiných oblastech, ve kterých je třeba reflektovat celou řadu kritérií. Franz Bydlinski to ukázal velmi přesvědčivě v oblasti právních jednání.²⁵ Podle jeho představ vychází smluvní právo systematicky v podstatě ze vztahu čtyř principů: 1) principu soukromoprávní autonomie (sebeurčení), podle kterého si strany mohou zvolit úpravu právních následků podle své svobodné vůle; 2) z principu jistoty právních vztahů, zejména ochrany oprávněné důvěry; 3) z principu smluvní spravedlnosti, který vychází z dostatečné obsahové ekvivalence plnění a právního postavení, jinak řečeno, z absence zjevné nerovnováhy,

¹⁹ Ke vztahu Wilburgova systému k *Prinzipientheorie* viz BYDLINSKI, F. Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft. *Archiv für die civilistische Praxis*. 2004, 204, s. 309, 329 an., BYDLINSKI, F. Die „Elemente des beweglichen Systems“: Beschaffenheit, Verwendung und Ermittlung. In: SCHILCHER, B. – KOLLER, P. – FUNK, B. Ch. (Hrsg.). *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*. 2000, 9, s. 9 an., vždy s dalšími odkazy.

²⁰ K tomu KOZIOL, H. *Bewegliches System und Gefährdungshaftung*. In: BYDLINSKI, F. – KREJCI, H. – STEININGER, V. (Hrsg.). *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, s. 51.

²¹ Viz WILBURG, W. *Die Elemente des Schadensrechts*. 1941, s. 1 an, 26 an.

²² Srov. KOZIOL, H. *Grundfragen des Schadenersatzrechts*. 2010, marg. č. 6/182 an.

²³ CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff*, s. 80 an.

²⁴ WILBURG, W. *Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*, s. 346 an.

²⁵ BYDLINSKI, F. *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*. 1967; BYDLINSKI, F. *System und Prinzipien des Privatrechts*. Springer, 1996, s. 147 an.; BYDLINSKI, F. A ‚Flexible System‘ Approach to Contract Law. In: HAUSMANINGER, H. – KOZIOL, H. – RABELLO, A. M. – GILEAD, I. (Hrsg.). *Developments in Austrian and Israeli Private Law*. 9. Wien, 1999, s. 9 an.; BYDLINSKI, F. *Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, s. 190 an.

a 4) z principu vlastní odpovědnosti, který vyžaduje věrnost k vlastnímu jednání (smluvní loajalitu), a tak i vlastní závaznost, jež vede k vázanosti na nechtěných, avšak přičitatelných projevech vůle.

Kromě plurality principů zdůrazňuje učení o flexibilním (pohyblivém) systému odstupňovatelnost jednotlivých elementů, tedy vyjádřeno jinými slovy, jejich srovnatelnou povahu;²⁶ v deliktním právu lze například poukázat na stupně zavinění, které sahají od úmyslu až k nejlehčí nedbalosti; ve smluvním právu to je autonomie vůle, která existuje v důsledku chybných informací, omylů nebo omezení svobody ve vztahu k různým obsahovým tvarům v různých stupních. Právní následky jsou v konkrétním případě určovány komparativní silou prvků v jejich vzájemném působení. To vede též k tomu, že například odpovědnost sama o sobě může být dána i tehdy, chybí-li jeden z rozhodujících faktorů, anebo existuje-li jen v zanedbatelné míře. To však může být vyrovnáno tím, že je váha jiných faktorů vyšší, než se normálně předpokládá. Elementy tak vykazují jasnou, diferencovanou strukturu. Při střetávání jednotlivých principů je zapotřebí stanovit jistý kompromis určením „vzájemných předběžných korelací“.

Je nutno zdůraznit, že je třeba respektovat nejen odstupňování relevantních elementů při určování právních následků, nýbrž též odstupňovatelnost právních následků.²⁷

Flexibilní (pohyblivý) systém je orientován tak, aby postihl rozhodující hodnocení norem, které je třeba aplikovat, a reflektovat jak odstupňovatelnost rozhodujících faktorů, tak i právních následků. Abychom zůstali v oblasti deliktního práva, pak otázka, zda odpovědnost je ospravedlnitelná či nikoliv, závisí nejen na počtu daných faktorů, ale rovněž na jejich vzájemných vztazích. Kromě toho je významná váha jednotlivých elementů. Jak to zcela správně požaduje Schilcher,²⁸ je třeba začít vypracováním základního hodnocení a formulací normativního příkladu. To znamená, že je třeba zjistit celkovou váhu jednotlivých faktorů, která normálně postačuje ke zdůvodnění odpovědnosti. Pouze v případě, že existuje určitý standard pro srovnávání, lze v konkrétním případě zjistit „více či méně“ na váze jednotlivých faktorů. Lze tedy vycházet z toho, že odpovědnost – nezávisle na váze jednotlivých elementů – je dána vždy tehdy, jestliže celková váha faktorů odpovídá této normální míře. Schilcher též zdůrazňuje, že je normální případ posuzován stejně jako v tradičním systému, a to skrze aplikaci pravidla formulujícího základní hodnocení. Pouze v případě odchylek od tohoto normálního případu je argumentováno nikoliv vágní zásadou slušnosti nebo okolnostmi případu, nýbrž zvážením hodnotových elementů vycházejících ze zákona.

Pohyblivý systém zdůrazňuje něco, co se vlastně jeví jako určitá samozřejmost:²⁹ veškerá pravidla jednání v oblasti náhrady škody a veškeré právní následky vyžadují uvážení zákonodárce mezi rozporuplnými zájmy, totiž na jedné straně co nejširší svobodou rozvoje a neomezeným užíváním vlastních statků, na straně druhé co možná nejširší ochranou vlastní sféry. Obdobně hrají v soukromoprávní oblasti úlohu zájem na usku-tečnění autonomie vůle a na druhé straně zájem na ochraně důvěry. Jejich hodnocení,

²⁶ WILBURG, W. *Bewegliches System*, s. 13 an. K tomu též MICHAEL, L. *Der allgemeine Gleichheitssatz*, s. 115 an.

²⁷ Srov. WILBURG, W. *Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*, s. 347; k tomu CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff*, s. 74 an.

²⁸ SCHILCHER, B. *Schadensverteilung*, s. 204; SCHILCHER, B. In: WÜNSCH, H. (Hrsg.). *Professoren erinnern sich*, s. 156 an.

²⁹ WIEACKER, F. *Römische Rechtsgeschichte. 2. Abschnitt: Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike*. Fragment publikovaný J. G. Wolfem (2006) poukazuje na to, že judikatura římských právníků se blíží návrhům na ulehčení „rigidních“ systémů soukromého práva rozvinutím pohyblivého systému, který je charakterizován větší flexibilitou svých premis a volnějšími výměnami jeho cíle pro optimalizaci přístupů k řešení problémů.

respektive vyvažování je rozhodné nejen pro právní následek platnosti smlouvy, ale i pro oprávnění dovolat se neplatnosti nebo neúčinnosti právního jednání. Všude tam, kde zákonodárce musí přenechat právníku-praktikovi prostor pro rozhodování, protože nemůže nebo nechce formulovat pevná pravidla, musí soudce provést toto zvážení zájmů. Pro systémově správné rozhodnutí, které odpovídá principu rovného zacházení, a tedy i spravedlnosti, je to nezbytné. Proto je vážení zájmů mnohdy prováděno i nevědomě, neboť jinak nelze nějaké rozhodnutí vůbec najít. Jestliže na to zákonodárce jasně upozorní a nadto označí relevantní faktory jako „službu zákazníkovi“, je vysloveno veřejně něco, co je pro každého praktika, jenž by měl a chtěl dojít k výsledkům, které jsou systémové a srozumitelné, naprosto samozřejmé.

Dosud jsem o rozhodujících faktorech hovořil stále jen vágně; jak lze tyto určit, je ovšem pro použití a význam pohyblivého systému zcela rozhodující otázkou vyžadující samozřejmě jistou konkretizaci k tomu, aby bylo možné se vyhnout chybným představám. Nemůže být pochybnosti o tom, jak zdůraznil Bydlinski,³⁰ že odporuje Wilburgovým myšlenkám, jestliže by rozhodnutí právníku-praktikovi zůstalo přenecháno tak, aby určoval podle své libosti faktory (principy), k nimž je třeba přihlížet. To by totiž ve svých důsledcích vedlo k volné úvaze praktika a tím k jeho orientaci na libovůli. Tím by ve skutečnosti došlo k opuštění systému, o jehož rozvoj se však Wilburg právě snažil. Jemu jde nikoliv o volné, svobodné rozhodování soudce, nýbrž jen o „řízené uvážení“.³¹ Výslovně proto zdůrazňuje: „*Je to právě smysl mého návrhu, zabránit tomu, aby soud poukazoval jen na slušnost, něčí právní cit, dobré mravy nebo obdobné bezobsažné pojmy.*“ Podle Wilburgova chápání pohyblivého systému, který má vést k řízenému (usměrňovanému) uvážení soudce zákonodárcem, je proto zcela rozhodující, aby omezený počet³² elementů nebo faktorů, k nimž má být přihlíženo, byl uveden a popsán v zákoně, avšak přinejmenším to musí být odvoditelné ze zákona – podle zásad zakotvených v § 6 a 7 ABGB – pro každý jednotlivý případ. Nadto je třeba v každém konkrétním případě identifikovat nejen rozhodné faktory, nýbrž též, pokud je to vůbec možné, rozdílnou váhu jednotlivých faktorů, protože jen tehdy je možné rovnovážné řešení na základě hodnot, které byly základem právní úpravy.

Wilburg³³ popisuje výhodu tohoto postupu následujícím způsobem: „*Tento systém může postihnout veškeré myslitelné případy v jejich zvláštnostech. Ve srovnání s dosavadními principy je elastický a nerozbije se jako věc ze skla, pokud se hodnocení závažnosti jednotlivých elementů, jako například nebezpečnost určitého podniku, v průběhu doby změní. Rovněž přibrání nových hledisek je možné.*“ Poukazuje-li přitom Wilburg na možnost změny hodnotících úsudků ohledně jednotlivých elementů a na přibrání nových hledisek, nemíní tím oprávnění právníka-praktika postupovat podle libovůle, nýbrž že – zcela ve smyslu právě uvedeného – i tato hlediska lze čerpat z právního řádu. Wilburg tím uznává pouze otevřenost systému pro další změny; tato schopnost změny právního řádu je, jak zdůrazňuje Canaris,³⁴ vlastní právnímu systému, proto také není žádnou zvláštností v pohyblivém systému.

Častá, velmi povrchní kritika pohyblivého systému spočívá stále dokola na chybné představě, že jeho zastánci sledují cíl formulovat co možná nejvíce flexibilní, neurčité,

³⁰ BYDLINSKI, F. *Methodenlehre*, s. 532 an.

³¹ *Bewegliches System* 22.

³² CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff*, s. 77 an.

³³ *Bewegliches System* 13 an.

³⁴ CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff*, s. 63 an.

nejasné, libovolné a zmatené skutkové podstaty. Takové tvrzení je naprosto nemístné a již se blíží pomluvě. Hlavní představitel flexibilního (pohyblivého) systému, Franz Bydliński,³⁵ naproti tomu zdůrazňuje zcela odlišné stanovisko: „*Jedná-li se o typické a s ohledem na následky právní úpravy jasně přehledné skutkové stavy, hovoří právní jistota a účelnost, tj. v tomto případě předvídatelná a jednoduchá aplikace, avšak též spravedlnost a rovnost, pro to, zůstat u systému pevných formulací skutkových podstat. Též tam, kde právní jistota patří ke zvláštním účelům právní úpravy, není žádného (nebo pouze velmi malého) prostoru pro tzv. pohyblivé enklávy. Zásadně flexibilně utvářené oblasti práva, jako je právo směnečné, katastrální, procesní, nebo dokonce právo trestní, jsou naprosto vyloučené.*“

Jen proto, že kvůli složitosti právních otázek a různorodosti skutkových stavů, jež je třeba řešit, neexistuje další možnost formulovat věcně správná a pevná právní pravidla,³⁶ je třeba volit střední cestu³⁷ mezi rigidními skutkovými podstatami a vágními generálními klauzulemi: uvedením základních hodnot a rozhodných faktorů, které musí soudce reflektovat, má být dosaženo dostatečné konkretizace, jež vede k nalézání práva soudcem a tak omezuje³⁸ podstatným způsobem jeho prostor a činí jeho rozhodnutí předvídatelnými.

To vše vyžaduje právní jistota. Na druhé straně by mělo soustředění všech elementů na jeden případ umožnit reflexi mnohosti skutkových stavů, a tím podpořit i spravedlnost v konkrétním případě (konkrétní spravedlnost). Vzájemné působení faktorů, které jsou k dispozici a které mají různou sílu, rozhoduje též o právních následcích. Canaris³⁹ proto konstatuje: „*Pohyblivý (flexibilní) systém představuje zvlášť podařený kompromis mezi rozdílnými postuláty ideje práva, též právní jistota je zajištěna v silnější míře, než je na základě klauzule poctivosti, a vyrovnává její ‚polaritu‘ ve vyváženém středním řešení a distancuje se od zastaralých norem, stejně jako se odvrací od bezbarvosti klauzulí poctivosti.*“ Canaris⁴⁰ proto přiřazuje flexibilní (pohyblivý) systém k významným právním „objevům“.

Odmítání formulace elastických pravidel ve smyslu pohyblivého systému má však podle mého názoru hlubší důvod, který spočívá v tom, že tato metoda sice ulehčuje používání (aplikaci) norem, neboť je činí pochopitelnými, je však pro zákonodárce podstatně složitější: zákonodárce by si musel předem ujasnit zásadní cíle a rozhodující hodnotící kritéria. Jen za těchto předpokladů lze nastavit vodítka pro aplikaci právní normy. Zákonodárci se velmi často této zásadní zákonodárné přípravy obávají a sledují často jen aktuální praktické politické problémy, aniž by měli před očima celkový systém.

Výsledek by mohl být v pohyblivém systému legislativy formulován následujícím způsobem: rozhodující prvky právních myšlenek, jež má zákonodárce uvést v život, jsou spravedlnost a právní jistota.⁴¹ Nejvýznamnějším kritériem spravedlnosti je zřejmě rovné zacházení s adresáty právních norem; proto mohou tomuto postulátu spravedlnosti

³⁵ BYDLINSKI, F. *Methodenlehre*, s. 534.

³⁶ Na nemožnost formulace jasných „nepohyblivých“ norem poukazuje také MICHAEL, M. *Der allgemeine Gleichheitssatz*, s. 60 an.

³⁷ Že se jedná o střední cestu, je zdůrazňováno in: BYDLINSKI, F. *Methodenlehre*, s. 533; CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff*, s. 82 an.

³⁸ SCHILCHER, B. In: MAGNUS, U. – SPIER, J. (Hrsg.). *European Tort Law*, s. 295, proto hovoří o „svázaném uvážením“. Tato terminologie avšak přináší nebezpečí záměny se „svázaným uvážením“, které se vyskytuje ve správním právu; k tomu viz ANTONIOLLI, W. – KOJA, F. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Wien: Manz Verlag, 1996, s. 250 an.

³⁹ CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, s. 84.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 85.

⁴¹ Viz BYDLINSKI, F. *Methodenlehre*, s. 290 an., 325 an., 335.

vyhovovat jen takové právní normy, podle nichž je stejné posuzováno stejně a v zásadě nestejně nestejně. Tento cíl je však dosažitelný jen tehdy, jsou-li právní normy formulovány tak jasně, aby zajišťovaly rovnocenné použití. Tím se ovšem dostáváme k postulátu právní jistoty, takže je patrna velmi úzká vazba mezi spravedlností a právní jistotou. Na druhé straně je však též jasné, že oba postuláty se mohou octnout ve vzájemném konfliktu: jednotlivé případy mohou být o to spravedlivěji rozhodnuty, čím jasněji je provedena diferenciací skutkových podstat a o to více lze přihlížet k rozdílu; právní jistotě však spíše slouží jasná, nediferencovaná pravidla, která jsou lehce pochopitelná a použitelná. Pokud možno, měly by být oba postuláty plně naplněny; nelze-li toho dosáhnout, pak jde o to, zda daná materie vyžaduje zvlášť vysokou míru právní jistoty, nebo zda lze upřednostnit spravedlivost jednoho konkrétního případu. Relevantní je proto tato srovnávací věta: Čím závažnější je pro upravovanou materii právní jistota, tím jasněji mohou být popsány nutné rozdíly, a čím více je zapotřebí rozdílu, tím přísněji je třeba formulovat právní normu; čím méně strnule může být formulována právní norma kvůli mnohovrstevnosti a rozmanitosti dané materie, tím více relevantní jsou kritéria pro rozhodnutí v jednotlivém případě, tedy jejich závažnost a vzájemné vztahy.

Ještě dodatek: Je zřejmé, že pohyblivý systém vykazuje zvláštní výhody nejen pro uspořádání národních právních řádů, nýbrž i pro sjednocení právních řádů vůbec. Je způsobilý splnit dva vzájemně protichůdné požadavky, a to v maximálně vysoké míře, totiž na jedné straně nestanovit pouze generální klauzule, které je pak třeba blíže konkretizovat, na druhé straně se vyhnout strnulým právním úpravám, protože ty nejsou způsobilé postihnout mnohost jednotlivých případů, a nadto je nelze přizpůsobovat změnám poměrů.⁴² Reflexí rozhodujících faktorů soudcem je jeho svoboda v rozhodování omezena a jeho rozhodnutí je předvídatelné; na druhé straně se tím umožňuje řízená reflexe mnohosti a různorodosti skutkových stavů. Pohyblivý systém je nadto ve vysoké míře schopen rozvíjet právní úpravy, do kterých se převezmou rozhodující faktory různých právních řádů, jejichž význam je uznáván i jejich příslušníky, takže je zajištěna jejich budoucí dodržování, a tím souběžný vývoj v různých státech.⁴³

Příkladem flexibilně formulované normy je § 1293 ABGB reformního návrhu z roku 2007:

- 1) Škoda je každá újma, kterou někdo utrpí na své osobě, svém majetku nebo svých jiných chráněných zájmech. Jde-li o újmu ocenitelnou v penězích, jedná se o majetkovou škodu, jinak jde o škodu ideální.
- 2) Ochrana zájmů se řídí zejména podle jejich stupně a hodnoty, svébytnosti a zřejmosti, ale též podle zájmů jiných na svobodném rozvoji a výkonu práv, stejně jako podle zájmů společnosti.
- 3) Jasně vymezená a zřejmá osobnostní práva, jakými jsou především život, tělesná nedotknutelnost (integrita), věcná práva a práva duševního vlastnictví, požívají nejvyšší ochrany. Prosté majetkové zájmy mimo oblast obligačních vztahů jsou chráněny jen výjimečně.

⁴² K tomu viz KOZIOL, H. Das niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadensersatzrecht. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*. 1996, s. 587.

⁴³ K tomu všemu podrobně viz KOZIOL, H. Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung. *Juristische Blätter*. 1998, s. 619; KOZIOL, H. Diskussionsbeitrag: Rechtsvereinheitlichung und Bewegliches System. In: SCHILCHER, B. – KOLLER, P. – FUNK, B. Ch. (Hrsg.). *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, s. 311.

3. Příklady elastických formulací skutkových podstat

3.1 Omyl při uzavírání smlouvy

Začneme příkladem ze smluvního práva, a sice omylem při uzavírání smlouvy:⁴⁴ rozhodujícím předpokladem pro právo smluvní strany k napadení (odporování, námitce) smlouvy je její omyl. Nejen podle rakouského práva (§ 871,⁴⁵ 901 ABGB), ale právě tak i podle práva německého (§ 119 BGB⁴⁶) závisí význam takového omylu na tom, zda se jedná o věcný (podstatný) omyl (*Geschäftsirrtum*), nebo omyl v motivu. Podstatný omyl v širokém smyslu zahrnuje omyl v projevu, omyl ve vlastnostech a omyl ohledně smluvní strany (§ 873 ABGB). Věcné omyly se týkají okolností, které strany obvykle přičítají relevantnímu obsahu smlouvy. Mají takový význam, že – společně s dalšími předpoklady – ospravedlňují právo zneplatnění u všech druhů smluv. Omyly v motivu se naproti tomu týkají okolností, které hrají roli pouze v rámci uvažování smluvní strany předcházejícího samotnému jejímu projevu vůle a které zasahují do sféry rizika smluvní strany, a proto se nedotknou druhé smluvní strany. Mají proto zanedbatelnou úlohu, takže mohou odvodnit odpůrcí právo pouze v případě bezúplatných právních jednání, zejména v případě darování, protože v těchto případech si smluvní partner mýlící se strany zaslouhuje méně ochrany. Tyto úvahy se tak vztahují na zájmy druhé smluvní strany a vedou tak – alespoň podle rakouského práva – k druhému rozhodujícímu faktoru ospravedlnění práva zneplatnění, totiž k myšlence důvěry; § 871 ABGB poskytuje odpůrcí právo jen tehdy, jestliže partner mýlící se strany nezaslouhuje ochranu. Toto zdání může spočívat v tom, že druhá strana omyl způsobila nebo jí omyl musel být zřejmý nebo jestliže byl omyl včas vyjasněn do té míry, že druhá strana ještě neučinila v důvěře v platnost smlouvy žádné právní jednání. Tím ABGB reflektuje nejen autonomii vůle mýlící se osoby, nýbrž i důvěru v partnera zaslouhující si ochranu a ekvivalenci plnění a protiplnění. Naproti tomu německé právo (§ 119 BGB) připouští námitku omylu, aniž bere ohled na důvěru smluvních stran a potřebu jejich ochrany. Německé právo chrání partnera mýlící se strany pouze prostřednictvím vymezení nároku na náhradu škody, která vznikla v důsledku zklamání důvěry v platnost smlouvy.

Existuje však ještě další, velmi významný rozdíl mezi rakouským a německým právem: § 872 rakouského ABGB předvídá odstupňování právních následků podle závažnosti omylu. Rozlišuje totiž mezi podstatným a nepodstatným omylem. Ustanovení § 871 a § 872 ABGB nevymezují tento rozdíl příliš zřetelně, vzdor tomu lze zákonu rozumět tak, že kauzalita omylu a jeho působnost by měly být významné: podstatný omyl existuje tehdy, jestliže by smlouva v případě jednání prostého omylu bývala nebyla vůbec uzavřena; nepodstatný omyl naproti tomu existuje v případě, pokud by smlouva byla uzavřena na

⁴⁴ BYDLINSKI, F. Mistake in Austrian Private Law Viewed in Terms of a “Flexible System” Approach. In: HAUSMANINGER, H. – KOZIOL, H. – RABELLO, A. M. – GLEAD, I. (Hrsg.). *Developments in Austrian and Israeli Private Law* 9, s. 21; BYDLINSKI, F. *Das österreichische Irrtumsrecht als Ergebnis und Gegenstand beweglichen Systemdenkens. Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*. Tübingen, 2001, s. 113.

⁴⁵ § 871 odst. 1 ABGB: „Byla-li jedna část obsahu učiněného nebo přijatého právního jednání učiněna v omylu, který se týká podstaty nebo podstatné povahy subjektu, k němuž záměr jednajícího původně směřoval, nevznikne, není jednající vázán svým jednáním, pokud byl omyl způsoben někým jiným, nebo mu musel být za daných okolností zřejmý nebo byl ještě včas vyjasněn.“

⁴⁶ § 119 BGB: „Odporovatelnost (právo námitky) v důsledku omylu. 1) Každý, kdo byl při projevu své právně relevantní vůle v omylu o jejím obsahu nebo vůli s takovým obsahem vůbec vyjádřit nechtěl, může takový projev vůle odporovat (vznést námitku omylu), jestliže lze předpokládat, že byl takovou vůli s ohledem na svou znalost skutkového stavu a na rozumné zhodnocení případu nevyjádřil. 2) Omylem o obsahu projevu vůle je rovněž omyl o takových vlastnostech osoby nebo věci, které lze v právním styku považovat za podstatné.“

základě jednání prostého omylu, avšak s jiným obsahem. Při posouzení druhu omylu se samozřejmě nepřihlíží jen k vůli mylícího se, nýbrž též k úmyslu druhé smluvní strany. Jsou-li dány všechny jiné předpoklady námitky omylu, opravňuje podstatný omyl ke zrušení smlouvy, zatímco nepodstatný omyl může vést pouze k přizpůsobení smlouvy, a sice podle obsahu, na němž by se strany bývaly dohodly v případě jednání prostého omylu. V důsledku tohoto odstupňování právních následků uskutečňuje ABGB podstatně lépe než BGB myšlenku autonomie stran, neboť vede k vytvoření právě těch právních pozic, na nichž by se strany v případě omylu prostého uzavření smlouvy bývaly dohodly podle svých skutečných úmyslů.

3.2 Chráněné zájmy

Nyní přejdeme k příkladu z oblasti deliktního práva, a sice k § 1293 rakouského reformního návrhu:⁴⁷ otázku, které zájmy jsou chráněné a v jakém rozsahu, není často jednoduché zodpovědět. Hranice ochrany jsou právě při uznávaných tzv. absolutních právech vysoce nejasné, protože tato práva ve skutečnosti vůbec absolutní nejsou, a tedy nejsou chráněna vůči každému poškození. Při vymezování oblasti ochrany nelze pustit ze zřetele, že jsou ve hře plně protikladné zájmy. Poskytuje-li právní řád právům a zájmům jedné osoby ochranu, pak tímto vyžaduje po všech ostatních, aby tato práva respektovali. V důsledku proto vede každé uznání ochrany práv k omezení svobody pohybu všech ostatních. Zjištění chráněných oblastí proto vyžaduje zvažování protikladných úmyslů: na jedné straně stojí zájem na co možná nejširší ochraně práva, na druhé straně zájem na neomezené svobodě při výkonu protichůdných oprávnění.

To se ukazuje zvláště výrazně u některých osobnostních práv, protože proti těmto právům stojí zpravidla osobnostní práva jiných osob nebo obecné zájmy, při jejichž uskutečňování dochází ke střetu. Tak stojí proti právu na uzavření manželství právo jiných na svobodu projevu nebo svobodu médií; proti právu na soukromí stojí zájem na získávání informací jiných jednotlivců, nebo dokonce celé společnosti. Každé vymezení proto vyžaduje obsáhlé zvážení všech zúčastněných zájmů, aby bylo možné dojít k řešení, které vede k nejširšímu možnému uskutečnění všech protichůdných zájmů. Avšak i při tělesné nedotknutelnosti (integritě), která je skvělým příkladem absolutně chráněného statku, existují při vymezování problémy: požívá skutečně každý stejnou ochranu proti infekci nachlazením od spolucestujícího ve veřejných dopravních prostředcích jako proti nákaze cholerou nebo salmonelózou v důsledku znečištěných a infikovaných potravin? V případě ochrany vlastnictví zavedl zákonodárce alespoň u nemovitostí bagatelní hranici. K tomu všemu ještě přistupuje skutečnost, že dokonce ani absolutně chráněné statky nepožívají žádné ochrany vůči nutné obraně, krajní nouzi anebo dovolené svépomoci.

Komplexní úvahy, nutné v mnoha v případech, nemohou být od právních praktiků převzaty ani v budoucnosti. Je však stále možné při řešení obtížných úkolů určité ulehčení, budou-li stanoveny jisté směrovky. To lze provést za předpokladu, že analýza rozhodnutí ve vlastním právním řádu stejně jako široký komparativní rozbor za tímto účelem poskyt-

⁴⁷ § 1293 1): „Škoda je každá újma, kterou někdo utrpěl na své osobě, majetku nebo na svém zvlášť chráněném zájmu. Jedná-li se o škodu vyjádřitelnou v penězích, je dána škoda majetková, jinak se jedná o škodu ideální. 2) Ochrana zájmů se řídí zejména dle jejich stupně, hodnoty, významu a zřejmosti, ale též podle zájmu druhých na jejich svobodném rozvoji a výkonu jejich práv stejně jako podle zájmů společnosti. 3) Jasně ohraničená a zřejmá osobnostní práva, jako je především život a tělesná nedotknutelnost (integrita), věcná práva stejně jako práva duševního vlastnictví, požívají nejvyšší ochrany. Čistě majetkové zájmy jsou mimo oblast závazkových vztahů chráněny pouze výjimečně.“

nou zřetelné styčné body, jež především je třeba reflektovat. To slouží předvídatelnosti rozhodnutí na jedné straně, a tedy v důsledku toho i právní jistotě, pokud jsou soudci udány relevantní faktory, jež musí zapracovat do svých úvah, a je zároveň upozorněn na nevyhnutelné postupy; na druhé straně je „službou zákazníkovi“ ze strany zákonodárce, poskytne-li obtížně nalezené poznatky.

Ustanovení § 1293 odst. 2 rakouského reformního návrhu se pokouší o to, aby byly stanoveny uvedené ukazatele, když uvede, že se ochrana zájmů řídí zejména podle jejich stupně, hodnoty, významu a zřejmosti, ale též podle zájmu druhých na jejich svobodném rozvoji a výkonu jejich práv stejně jako podle zájmů společnosti. Je třeba zdůraznit, že rozsah ochrany zájmů je závislý na tom, zda je dán jeden či více faktorů a jaká závažnost je jim přisuzována; dále je rozhodný též jejich vzájemný vztah k jiným faktorům. Protože oblast ochrany je závislá na celkové závažnosti faktorů, lze předpokládat, že výše postavené zájmy dokonce nepožívají žádné ochrany vůči minimálním ohrožením či škodám, jestliže ve velkém rozsahu převažují protichůdné zájmy. Tak například může být hrozící poškození zdraví naprosto bezvýznamné, jako je tomu v případě nachlazení; naproti tomu, jde-li o závažnou újmu na majetku jednatelova (například při ztrátě pracovního místa), může být ohrožení enormní, pokud by jednatel musel respektovat zdraví jiných osob v plném rozsahu a v důsledku toho by byla jeho obecná svoboda jednání velmi významně omezena.

V poslední verzi reformního návrhu z roku 2007 je činěn pokus formulovat základní hodnoty: na straně jedné je objasněno, že přísně a jasně vymezená osobnostní práva, jako je například život a tělesná nedotknutelnost (integrita), dále věcná práva stejně jako práva duševního vlastnictví, požívají nejvyšší ochrany. Na druhé straně se konstatuje, že prostá ekonomická škoda je mimo oblast obligačních vztahů chráněna jen výjimečně.

3.3 Porušení povinnosti péče

Začneme příkladem: Předpoklad odpovědnosti nabízí velmi názorný příklad obtíží, jež je třeba zvládnout.⁴⁸ Pro zákonodárce je v důsledku prakticky neomezené rozmanitosti skutkových situací samozřejmě nemožné přesně stanovit, kdy je jednání protiprávní. ABGB proto hovoří v § 1294 o protiprávnosti, aniž by tento navýsost neurčitý pojem, který sám o sobě vyžaduje konkretizaci, definoval. Zároveň ustanovení ani nenaznačuje, které faktory jsou pro určení protiprávnosti v konkrétním případě důležité. To v důsledku nevedlo jen k tomu, že zůstává otázkou, zda jde o porušení tzv. práva následku nebo práva jednání, nýbrž též k tomu, že, odhlédnuto od těchto základních otázek, soudce nemá žádný ukazatel, jak má při rozhodování v konkrétním případě postupovat. Rovněž jinak zvláštní důraz, který klade německý BGB na pevná pravidla, v tomto ohledu schází a tak právník-praktik zůstává v nejistotě. Totéž platí i pro novější zákony a návrhy zákonů z poslední doby týkající se budoucích národních a evropských úprav. Vzdor tomu však existují výjimky, které se proto nabízejí ke srovnání.

Pouhé zdánlivě pevné pravidlo, které jen poukazuje na protiprávnost jako na předpoklad odpovědnosti, aniž by blíže stanovilo, co se pod tímto má chápat a jak je možno tuto kategorii zjistit, se nachází v DCFR. Článek 3:102 zní následovně: „*A person causes legally*

⁴⁸ K tomuto viz KOZIOL, H. Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung. *Juristische Blätter*. 1998, s. 619; KOZIOL, H. Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts. Zugleich ein neuerlicher Versuch der Klarstellung der Idee des beweglichen Systems. *Juristische Blätter*. 2006, s. 768.

relevant damage negligently when that person causes the damage by conduct which does not amount to such care as could be expected from a reasonably careful person in the circumstances of the case.“ Toto ustanovení sice plně odpovídá obvyklým formulacím, ponechává však téměř všechny otázky nezodpovězené: Podle čeho se řídí, co může být očekáváno? Jak zjistí soudce, co je rozumné (*reasonable*)? Jaké měřítko se použije pro vymezení pojmu „pečlivé osoby“ (*careful person*)? Které okolnosti případu jsou nakonec ty skutečně relevantní? K těmto všem otázkám nenalezneme bližší údaje. Taková právní úprava, která nutně potřebuje konkretizaci, může sotva naplňovat poslání spočívající ve sjednocení práva v členských státech EU.⁴⁹ Nejsou-li rozhodující základní hodnoty rozpoznatelné, pak je rovněž při aplikaci normy nevyhnutelná diskuse celé řady nejvyšších soudů, které v jednotlivých právních systémech vycházejí z rozdílného hodnotového systému, a cíl sjednocení nemůže být vůbec nebo je dosažitelný pouze skrze další a přece poměrně nejistou cestu konkretizace prostřednictvím ESD.

Evropská skupina pro deliktní právo (*European Group on Tort Law*) se naproti tomu pokusila v čl. 4:102 odst. 1 PETL za použití pohyblivého systému o konkrétní vymezení: „*The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances, and depends, in particular, on the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods.*“ Toto pravidlo nabízí soudci zcela zřetelně podstatně více styčných bodů pro jeho rozhodování.

Z této formulace proto vyšel rakouský reformní návrh a pokusil se toto ustanovení ještě více rozvinout. Z tohoto důvodu ho zde doslovně uvádím. Ustanovení § 1296 odst. 1 zní: „*Obecně je třeba vynaložit péči, kterou lze za daných okolností očekávat od rozumné osoby, jež dbá zájmů druhých. Stupeň a hodnota ohrožených a sledovaných zájmů, nebezpečnost situace, blízký vztah mezi zúčastněnými, možnost předejít nebezpečí a s tím spojené náklady a úsilí jsou přitom rozhodujícími faktory.*“

Jak čl. 4:102 PETL tak i § 1296 odst. 1 rakouského reformního návrhu začíná vágně vypadajícím odkazem na „rozumnou osobu“ představující určité měřítko. Tím je však vyjasněno, že ani sám škůdce ani průměrná osoba nemohou sloužit za měřítko. Dále je velmi významné, že je třeba vycházet z „daných okolností“, roli tedy hrají konkrétní vztahy, a rovněž skutečnost, jak to zdůrazňuje rakouský návrh, že jde o osoby, které nejenže nerespektují vlastní zájmy, ale neberou v úvahu ani zájmy třetích osob.

Oba návrhy však nezůstávají u těchto obecných vymezení, nýbrž se snaží o zřetelné ukazatele tím, že udávají rozhodující faktory pro vymezení porušení povinnosti péče. Výčet těchto faktorů spočívá na srovnávacím výzkumu Evropské skupiny pro deliktní právo, přičemž to bylo zejména anglické právo, které bylo jeho velmi užitečným inspiračním zdrojem.

Požadavky péče směřované na ty, kteří ohrožují cizí zájmy, je třeba na jedné straně stanovit o to přísněji, čím vyšší je stupeň a hodnota ohrožených statků; ve srovnání s klasickými osobnostními statky, jakými jsou zejména život, zdraví a svoboda, je vyšší míra péče přiměřená než u věcí nebo čistých majetkových zájmů. Zakotvení hodnoty statků je důkazem toho, že v rámci jednotlivých stupnic může jít o rozdílně významné zájmy, jako

⁴⁹ Na to jsem již poukázal ve svém příspěvku: KOZIOL, H. Das niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadensersatzrecht. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*. 1996, s. 587.

například zájem na kapesní knize nebo zájem na velkokapacitním letadle. Avšak též nebezpečnost situace, tedy stupeň pravděpodobnosti a závažnost porušení hrají rozhodující úlohu. Na druhé straně je třeba reflektovat hodnotu zájmů sledovaných ohrožujícím jednáním. Čím vyšší hodnota, tím méně významným se jeví značné omezení svobody rozhodování a pohybu prostřednictvím přísných požadavků na péči vůči druhým. Zvláště významné jsou dále blízké vztahy mezi zúčastněnými osobami. Nakonec hrají roli – jak je uznáváno zejména při stanovení povinností bezpečnosti provozu – náklady a úsilí spojené s předcházením škod v případech posuzování způsobilosti dodržet určitý způsob chování. Bez hlubšího rozboru zde zůstávají osvobozující či zprošťující důvody, protože bývají obvykle v důsledku svého zvláštního významu diskutovány samostatně, a proto je jim věnována i v rakouském reformním návrhu úprava ve zvláštním ustanovení, totiž v § 1299.

Ještě je třeba připomenout, že při vymezování povinností péče má mimořádný význam okolnost, zda je na misku vah dán pouze jeden prvek, anebo více prvků na jedné či druhé straně. Konečně je třeba zohlednit i závažnost (váhu) prvků a respektovat jejich vzájemné vztahy.

Na tomto způsobu úpravy je kritizováno, že reflektování více prvků a jejich rozdílná váha (závažnost) vede k obtížným úvahám a ne zcela pochopitelným řešením. To platí do určité míry, nelze však zapomenout na ještě méně uspokojivé alternativy: vynechání těchto ukazatelů nevede v žádném případě k jednoduššímu nalézání cíle, neboť tyto úvahy jsou, jak to ukazuje právní komparatistika, nakonec nevyhnutelné při určování např. porušení povinnosti péče. Bylo by nesmyslnou politikou nezmiňovat relevantní elementy a spokojit se s tím, že se tak zdá aplikace právní normy podstatně jednodušší.

Je třeba zdůraznit, že pohyblivý systém vlastně nemá zvláštní hodnotu stojící za zveřejnění a upozorňuje vlastně jen na určitou samozřejmost: veškerá pravidla chování v rámci deliktního práva a cesty k právním následkům určitého jednání vyžadují úvahu zákonodárce, jak vyvažovat navzájem se střetávající zájmy, totiž na straně jedné maximálně širokou svobodu jednání a rozvoje a neomezené užívání vlastních statků a na druhé straně maximálně širokou ochranu vlastní sféry. Všude tam, kde zákonodárce přenechává právnímu praktikovi prostor k rozhodování, protože nemůže nebo nechce formulovat stoprocentně pevná pravidla, musí každý soudce a jiný právník, který takový prostor pro rozhodování vyplňuje, provést zvážení dotčených zájmů. Toto je činěno více či méně záměrně, neboť to jinak není vůbec proveditelné. Je nutné provádět pravidelně zvážení zájmů s přihlédnutím k více faktorům, jestliže je třeba nalézt více pravidel chování a je stanovena ochrana právních statků.

Znovu je třeba zdůraznit, že např. přísná pevná pravidla nabízená jako alternativa, která poukazují jen na protiprávnost jako předpoklad odpovědnosti, aniž by zároveň stanovila, co se tím myslí a jak to lze zjistit, jsou vlastně jasná a pevná pouze zdánlivě. Preferování ne blíže určených právních pojmů oproti jejich bližším vymezením by byl čistý sebeklam a neměl by být brán vážně.

V souhrnu je třeba konstatovat samozřejmý fakt, že často kritizovaný vysoký počet údajně neznámých v případě vážení zájmů neroste v důsledku toho, že je zdůrazňováno odvažování zájmů, k němuž nevyhnutelně u soudu denně dochází. Prezentace rozhodujících faktorů ulehčuje soudcům jejich práci. Často zastávaný názor, že dodatečná vázanost soudů v důsledku uvádění faktorů, jež je třeba reflektovat, má vést k ještě vyšší neúčinnosti, je v každém případě zarážející; vynechání faktorů důležitých pro rozhodování nemůže zákon zajisté učinit určitějším.

4. Odstupňované právní následky namísto „pravidel vše anebo nic“

4.1 Obecný úvod

Zatímco pohyblivý systém přispívá prostřednictvím uvádění relevantních faktorů zcela nepochybně k omezení prostoru k uvážení a tím i k užší vázanosti soudců, než by tomu bylo při použití obecných pojmů vyžadujících konkretizaci, lze připustit kritiku, že v určitém ohledu tento systém skutečně vede k většímu prostoru uvážení soudce. Normám je pak jistě vlastní větší pohyblivost a neurčitost, jestliže namísto skutečně pevného pravidla, které předvídá např. řešení vše anebo nic, je zavedena diferencující a odstupňovaná právní norma. Příklady takových úprav, jež budou ještě později blíže rozebrány, nabízejí čl. 3:103⁵⁰ PETL⁵¹ a § 1294⁵² rakouského reformního návrhu,⁵³ jež se týkají případů alternativní kauzality. Dále to jsou čl. 10:401 PETL⁵⁴ a § 1318⁵⁵ rakouského reformního návrhu, obsahující navrhované redukční klauzule, nebo též již diskutované odstupňování právních následků odpovídající omylu, k němuž došlo při uzavírání smlouvy. Nemohu se však připojit k názoru kritiků, že tento odklon od principu vše anebo nic je nevýhodou, jsem naopak přesvědčen o opaku. Taková odstupňovaná řešení však nejsou zásadní novinkou, neboť již osvědčená úprava spoluzavinění, která je považována téměř ve všech právních řádech za správnou (§ 254 BGB, § 1304 ABGB), vedla k elastickému dělení škody, a proto znamenala ústup od archaického řešení náhrady za zavinění a v důsledku i od principu vše anebo nic. Odhlédneme-li od okolnosti, že náhlý přechod z plné náhrady k žádné náhradě na základě nepatrných rozdílů vyvolá závažné problémy spravedlnosti, je třeba uvážit, že soudy mohou inklinovat k manipulaci předpokladů odpovědnosti, ať už záměrné, nebo spontánní, jestliže kvůli předvídanému „řešení buď anebo“ nespátřují jiné východisko k tomu, aby se vyhnuly přítke nespravedlivému výsledku. Takováto manipulace je jistě bez odhalení úvah, které k ní vedly, pro právní jistotu a předvídatelnost rozhodnutí ještě více neúnosná než střední cesta a transparentní a usměrněné uvážení, jehož výkon musí být odůvodněn.⁵⁶

⁵⁰ Art. 3:103: „Alternative causes. 1) In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage.“

⁵¹ European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary (2005); k tomuto KOZIOL, H. Die „Principles of European Tort Law“ der „European Group on Tort Law“. Zeitschrift für europäisches Privatrecht. 2004, s. 234.

⁵² § 1294 1): „Konání, nekonání nebo jiná událost je příčinou škody, pokud by tato jinak nenastala. 2) Škoda může být přičitatelná nějaké osobě, jestliže jí tato způsobila nebo pokud se událost, která škodu způsobila, nachází v oblasti její působnosti. To samé platí, pokud byla událost ve vysoké míře způsobila způsobit škodu, totéž však platí též pro jinou událost (kumulativní a předstízná kauzalita). Byla-li jedna z obou událostí způsobena náhodou nebo jednáním poškozeného nebo mohla-li buď pouze jedna, nebo ta druhá událost způsobit škodu (alternativní kauzalita), pak je nutno škodu rozdělit podle váhy důvodů přičitatelnosti škody a dle pravděpodobnosti jejího zapříčinění.“

⁵³ Vypracováno pracovní skupinou Spolkového ministerstva spravedlnosti. Přepřacované znění reformního návrhu z 26. června 2007 bylo uveřejněno v *Juristische Blätter*, 2008, s. 365 stejně jako v *ZVR*, 2008, 168. Podrobněji k prvotnímu znění viz in: GRISS, I. – KATHREIN, G. – KOZIOL, H. (Hrsg.). *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*. Wien – New York: Springer, 2006.

⁵⁴ Art. 10:401: „Reduction of damages. In an exceptional case, if in light of the financial situation of the parties full compensation would be an oppressive burden to the defendant, damages may be reduced. In deciding whether to do so, the basis of liability (Article 1:101), the scope of protection of the interest (Article 2:102) and the magnitude of the damage have to be taken into account in particular.“

⁵⁵ Snížení náhrady škody: § 1318. „Povinnost k náhradě může být výjimečně snížena, jestliže škůdce nepřiměřeně a závažně zatěžuje a jestliže by bylo únosné přiznat poškozenému pouze částečnou náhradu. Proto je třeba přihlížet k váze důvodů přičitatelnosti, hospodářským poměrům poškozeného a škůdce stejně jako k výhodám, které škůdce svým jednáním získal.“

⁵⁶ Tak již KOZIOL, H. *Grundfragen*, marg. č. 1/30.

Tuto střední cestu však nelze volit vždy; to se projevuje též v případech dílčí odpovědnosti (dělené odpovědnosti), která je dnes v mnoha případech široce užívána. Téměř ve všech právních řádech se stanoví dělená odpovědnost v případech spoluodpovědnosti. To lze vysvětlit tím, že jak na straně škůdce, tak též na straně poškozeného existují kritéria přičítání, proto se jeví odpovědnost obou stran jako správná. Nadto je dělená odpovědnost vyzdvihována především tehdy, jestliže nemůže být vyřešena otázka kauzality: je pak v případě proporcionální odpovědnosti navazováno, jak o tom bude ještě hovořeno blíže, na pouze potenciální kauzalitu odpovědné osoby. Toto pojetí se může opírat o styčné body v pozitivním právu, zejména o úpravu § 830 BGB a § 1302 ABGB, v nichž je upravena odpovědnost více pachatelů (škůdců) v případě potenciální kauzality (přičítání). Totéž však není zastáváno tehdy, jestliže je v oblasti subjektivní odpovědnosti nejisté, zda bylo relevantní jednání v rozporu s povinností péče, anebo bylo zaviněné. Zde vyvstává otázka, proč ten, jenž může prokázat skutečnosti svědčící o protiprávnosti nebo zavinění pouze na základě pravděpodobnosti nacházející se pod mírou důkazních pravidel, by též neměl obdržet podíl odpovídající pravděpodobnosti jemu utrpěné škody.⁵⁷

Okolnost, že se pro to v právních řádech nenalézají žádné styčné body a tento názor rovněž není jinak zastáván, má však dobrý důvod: v případech přičinnosti je pevně dané, že osoba, která je považována za zčásti odpovědnou, jednala vždy způsobem, který byl pro právní statky poškozeného vysoce nebezpečný, a proto se jí uvedené jednání pro jeho protiprávnost a zavinění přičítá. Tato osoba proto nese odpovědnost za vytvoření nejasné situace. Jde-li naproti tomu o protiprávnost a zaviněné jednání, není nikdy jasně dané, že se dotčeného bude týkat odpovědnost; nemůže mu proto ani být přičítána nevyjasněnost situace.⁵⁸

Z toho vyplývá, že právní řád si pomáhá nejen prostřednictvím proporcionální odpovědnosti přes všechny možné obtíže při dokazování; v tomto případě s ohledem na neexistenci péče, nýbrž – s přihlédnutím k základním hodnotám – předvídá stále vyrovnání slabin jednoho elementu či předpokladu odpovědnosti prostřednictvím dodatečného elementu anebo silnějšího vyjádření jednoho z požadovaných důvodů přičítání. Styčné body pro to, že bude třeba kvůli slabinám v dokazování ve vztahu k jednotlivým předpokladům odpovědnosti počítat s odpovídající redukcí náhrady, tedy odpovědnost zasahuje proporcionálně ve vztahu ke slabině v důvodech odpovědnosti, se v našem právním řádu zajisté nenacházejí a taková teze, která je v rozporu s rozpoznatelnými základními hodnotami, zatím nebyla nikým vážně zastávána. Omezení proporcionální odpovědnosti na předpoklad kauzality je proto, jak se ukáže v následující části, zcela oprávněné.

4.2 Příklad alternativní kauzality u události zakládající odpovědnost a náhoda

Problém alternativní kauzality vzniká tehdy, jestliže poškozený utrpí škodu, která byla způsobena buď prostřednictvím události 1, nebo události 2, nebylo-li možné zjistit, která z obou událostí byla skutečně kauzální. Podle německého a rakouského práva odpovídají oba škůdci, kteří přicházejí v úvahu, solidárně, pokud jsou až na důkaz přičinnosti u obou

⁵⁷ Tak například KLETEČKA, A. *Alternative Verursachungskonkurrenz mit dem Zufall – Die Wahrscheinlichkeit als Haftungsgrund?* *Juristische Blätter*. 2009, s. 137, 142.

⁵⁸ K tomuto již KOZIOL, H. *Flexibility Instead of the All-or-Nothing Rule, Comparative Stimulations*. In: KOZIOL, H. (Hrsg.). *Comparative Stimulations for Developing Tort Law*. 2015, Topic II/A marg. č. 13 an.

škůdců splněny všechny předpoklady odpovědnosti. PETL a rakouský reformní návrh předvídají naproti tomu proporcionální odpovědnost.⁵⁹

V následujícím se však budu zabývat jen určitým zvláštním problémem spočívajícím v tom, že událost 1 – byla-li by kauzalita prokazatelná – by vyvolala odpovědnost, naproti tomu událost 2 nikoliv, neboť se jedná o náhodu, za niž nikdo neodpovídá.⁶⁰ Uvedu několik případů pro ilustraci:

Žalobce A, horolezec, byl zasažen padajícím kamenem a zraněn; ve stejné době mu proletěl druhý kámen bezprostředně vedle jeho hlavy. V určité alternativě tohoto příkladu byl pád kamenů způsoben na jedné straně zanedbáním potřebné péče horolezce B a na druhé straně kamzíkem; nelze však zjistit, který ze dvou kamenů byl uvolněn horolezcem a který kamzíkem.

Jiné příklady jsou zajisté prakticky významnější, zejména ty pocházející z oblasti zanedbání zdravotní péče: po propuštění z nemocnice žalobce A onemocní. Nelze u něho zjistit, zda jeho onemocnění má prokazatelně původ v pochybení lékaře, anebo zda je jeho původem prokazatelně špatný zdravotní stav pacienta.

Ilustrativní je proto anglický případ *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*.⁶¹ Třináctiletý chlapec jménem Hotson spadl ze stromu a utrpěl těžká zranění; v případě okamžité řádné pomoci by byla jeho naděje na uzdravení 25 %. Do nemocnice však byl přijat pozdě a nutný zákrok tak přišel rovněž opožděně; chlapec zůstal doživotně ochrnutý.

Podobné problémy vznikají zpravidla tehdy, jestliže lékař započne s léčením pacienta onemocněného rakovinou opožděně, a proto jsou jeho naděje na uzdravení podstatně nižší: již pak nelze zjistit, zda prodlení v léčbě vedlo ke smrti pacienta, či nikoliv.

Franz Bydlinski⁶² kombinuje své pojetí k pojetí řešení případu u alternativní kauzality se základní myšlenkou § 1304 ABGB (viz též § 254 BGB a čl. 44 odst. 1 OR), který při spolupovědnosti poškozeného stanoví dělenou odpovědnost za škodu. Dospěl tak k výsledku, že poškozenému i v případě konfliktu s jinou událostí, na jejímž základě vzniká odpovědnost spočívající v náhodě, musí být nahrazen jeho díl náhrady za utrpěnou škodu, který postihuje potenciálně kauzálního škůdce a jedná se tak o proporcionální odpovědnost.

Proti ztotožnění těch případů zastávaných F. Bydlinskim, v nichž přicházejí v úvahu dva odpovědní pachatelé jako škůdci, s těmi, kde škodu způsobil odpovědný škůdce nebo náhoda, lze namítat, že pouze v prvním případě lze konstatovat, že by poškozený v žádném případě býval nemusel nést škodu, to však neplatí v druhém případě. Z toho plyne závěr, že žalobci A nelze připisovat žádný dílčí nárok na náhradu škody. Podle jistého názoru rozšířeného v mnoha právních řádech⁶³ by pro nároky na náhradu škody bylo rozhodující, zda lékař prokazatelně zhoršil svým chybným jednáním zdravotní stav, anebo mu dokonce přivodil smrt. Mohou-li žalobci prokázat kauzalitu, dosáhnou plné náhrady; jestliže příčinnost neprokáží, nedostanou nic.

To má v prvé řadě nešťastný důsledek, že jsou lékaři vzdor jednoznačnému pochybení v jejich jednání zprošťováni jakékoliv odpovědnosti, nemohou-li poškození unést těžké

⁵⁹ K tomu KOZIOL, H. *Grundfragen*, marg. č. 5/75 an.

⁶⁰ Blíže viz KOZIOL, H. *Grundfragen*, marg. č. 5/86 an.

⁶¹ V 3 WLR 1987, 232.

⁶² BYDLINSKI, F. *Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität*. In: SANDROCK, O. *Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979*. Berlin: de Gruyter, 1979, 3, s. 30 an; BYDLINSKI, F. *Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen*. In: *Festschrift für Gerhard Frotz zum 65. Geburtstag*. Wien, 1993, s. 3.

⁶³ K tomu viz FAURE, M. *Comparative Analysis*. In: FAURE, M. – KOZIOL, H. *Cases on Medical Malpractice in Comparative Perspective*. 2001, s. 267, 276 an.

důkazní břemeno kauzality. Tomu by bylo možné se vyhnout tím, že se ohledně kauzality převrátí důkazní břemeno, jak o tom svědčí praxe německého práva v případě hrubé nedbalosti lékaře. Tímto řešením však nelze vyloučit hlavní námitku: Hans Stoll⁶⁴ již poukázal na to, že princip vše anebo nic vede k tomu, že v případě nepatrných rozdílů v pravděpodobnosti příčinné souvislosti, které však mohou být rozhodující pro úspěch důkazů, je docilováno protikladných výsledků, totiž plné odpovědnosti, anebo úplného zproštění odpovědnosti. Převrácením důkazního břemene může být dosaženo pouze toho, že v pochybnostech bude odpovídat škůdce; na náhlém převrácení od úplného zproštění odpovědnosti k celkové plné odpovědnosti se však nic nezmění.

Nejen neuspokojivé následky řešení vše anebo nic, nýbrž též závažné dogmatické důvody mluví pro proporcionální odpovědnost navrhovanou F. Bydlinkim: jeho řešení spočívá na myšlence, že v případech alternativní kauzality je prvek kauzality přítomen pouze ve své velmi slabé podobě, totiž jako pouhé potenciální zavinění. V souladu s doktrínou pohyblivého systému s přihlédnutím k základním hodnotám musí být kvůli slabosti tohoto předpokladu odpovědnosti k vyrovnání tohoto nedostatku k dispozici jiné elementy, a to ve vyšší míře, aby bylo dosaženo požadované celkové váhy všech předpokladů odpovědnosti. Proto Bydlinki zdůrazňuje, že proporcionální odpovědnost alternativního škůdce zasahuje pouze tehdy, jestliže to bylo v nejvyšší míře konkrétně nebezpečné. Vyjádřeno jinými slovy: kvůli slabosti předpokladu kauzality vyžaduje odůvodnění odpovědnosti, aby byla přítomna adekvátnost vadného jednání, a to v nejvyšší možné míře.

Dále: Solidární odpovědnost alternativně kauzálních škůdců, která je v Rakousku obecně uznávána, spočívá na pouze potenciální příčinnosti odpovědných osob. Jestliže v těchto případech postačuje potenciální kauzalita jako důvod odpovědnosti, musí totéž platit v případě hodnotícího následku, pokud škodu způsobil pouze odpovědný škůdce a poškozený je povinen vzít na sebe riziko jiné potenciální příčiny. Odpovídají-li za škodné následky potenciální škůdce a poškozený společně, znamená to, jako v případech spoluodpovědnosti § 1304 ABGB a § 254 BGB), že potenciální škůdce je povinen poskytnout částečnou náhradu.

Rakouský nejvyšší soud (OGH) posuzoval kritické hlasy zcela oprávněně jako nepřesvědčivé a následoval doktrínu potenciální odpovědnosti Franze Bydlinkého; soud tak učinil ve svém velmi podrobném rozhodnutí z roku 1995.⁶⁵ V posuzovaném případě bylo třeba poškození žalobce vzniklé při porodu připsat na vrub buď vadné zdravotní péči, nebo nemoci matky. Neexistovala možnost zjistit, která z obou okolností byla příčinou. OGH zdůraznil, že pouze doktrína Franze Bydlinkiho může vyhovět příkazu spravedlnosti a vést k adekvátnímu řešení, protože jinak by v případě alternativní konkurence mezi zaviněným jednáním a náhodou byla myslitelná pouze nesrozumitelná a nesprávná extrémní řešení: jinak lze zastávat názor, že buď poškozený v důsledku nedostatku jednoznačného zjištění, která z obou událostí byla skutečně kauzální, ztrácí každý nárok na náhradu, anebo že škůdce je povinen bez ohledu na neexistující kauzalitu svého jednání uhradit poškozenému plnou náhradu. Obojí řešení je však v rozporu se základními zásadami rakouského práva náhrady škody.

⁶⁴ STOLL, H. Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht. In: DEUTSCH, E. (ed.). *Festschrift für Erich Steffen*. Berlin: de Gruyter, 1995, s. 465, 466.

⁶⁵ OGH 4 Ob 554/95 v *Juristische Blätter*. 1996, s. 181.

Proporcionální odpovědnost získává uznání i v mezinárodním měřítku.⁶⁶ Též EGTL převzal tuto myšlenku a reflektuje ji v PETL (čl. 3:106).⁶⁷ Podporu získává toto řešení též prostřednictvím ekonomické analýzy práva.⁶⁸

4.3 Redukční klauzule

Dalším příkladem odklonu od principu vše anebo nic nabízí „redukční klauzule“. Jako základní pravidlo stanoví občanské zákoníky plné vyrovnání škody způsobené odpovědným škůdcem. Některé evropské kodifikace však již dnes stanoví snížení náhrady.⁶⁹ Tak například soudce je povinen podle čl. 43 odst. 1 švýcarského OR stanovit rozsah náhrady nejen zcela obecně s přihlédnutím k okolnostem a závažnosti zavinění, nýbrž může podle čl. 44 odst. 2 OR zmírnit též povinnost k náhradě, jestliže škoda nebyla způsobena hrubým zaviněním a odpovědná osoba by se ocitla v důsledku poskytnutí náhrady v nouzi. Obdobné ustanovení obsahuje čl. 6:282 litevského zákoníku. Čl. 6:109 nizozemského NBW stanoví snížení náhrady jen ve výjimečných případech, přičemž tento předpoklad vymezuje zcela vágním způsobem: soudce může zmírnit zákonnou povinnost k náhradě škody, jestliže by uložení povinnosti plné náhrady za daných okolností vedlo ke zřejmě nepřijatelným důsledkům. V některých jiných právních řádech se ve výjimečných případech připouští bez zákonného příkazu redukce náhrady škody.⁷⁰

Redukční klauzule pro mimořádné případy se nachází též v čl. 10:401 PETL, v čl. 6:202 DCFR a v rakouském reformním návrhu, jehož § 1318 zní: „Povinnost k náhradě může být výjimečně snížena, jestliže škůdce nepřiměřeně a závažně zatěžuje a jestliže by bylo únosné přiznat poškozenému pouze částečnou náhradu. Proto je třeba přihlížet k váze důvodů přičitatelnosti, hospodářským poměrům poškozeného a škůdce stejně jako k výhodám, které škůdce svým jednáním získal.“ Návrh tímto tedy zdůrazňuje, že poškozenému v zásadě náleží plná náhrada a její snížení je možná pouze ve výjimečných případech.

Odůvodnit lze výjimečně snížení povinnosti k náhradě škody myšlenkou ústavněprávního zákazu nepřiměřenosti. Canaris⁷¹ zdůrazňuje, že musí být dána možnost za určitých okolností snížit povinnost náhrady, která by byla pro škůdce likvidační. Vyzdvihuje, že prostřednictvím přehnané povinnosti k náhradě by byly dotčeny nejen svoboda jednání škůdce, nýbrž i jeho ústavně právně chráněné osobnostní právo. Základní práva musí ve spojení s ústavněprávním zákazem nepřiměřenosti zaručovat též v právu náhrady škody základní ochranu před nepřiměřenými omezeními škůdce. Jak správně Canaris⁷² rozvádí, je uplatnění nároku na náhradu škody v plné výši odůvodněné tehdy, jestliže poškozený

⁶⁶ Viz die Nachweise v KOZIOL, H. *Grundfragen*, marg. č. 5/92.

⁶⁷ Art. 3:106: „Uncertain causes within the victim's sphere. The victim has to bear his loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence or other circumstance within his own sphere.“

⁶⁸ FAURE, M. – BRUGGEMAN, B. Causal Uncertainty and Proportional Liability. In: TICHÝ, L. (ed.). *Causation in Law*. Praha: Univerzita Karlova, 2007, s. 105, 108 an.

⁶⁹ K tomu viz FINKE, T. *Die Minderung der Schadensersatzpflicht in Europa*. Göttingen, 2006.

⁷⁰ Pro Německo viz CANARIS, C. W. Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht. *Juristenzeitung*. 1987, s. 993, 995, 1001 an.; pro Rakousko viz BYDLINSKI, F. *System und Prinzipien des Privatrechts*, s. 226, 233; KOZIOL, H. *Haftpflichtrecht I*. 1997, marg. č. 7/7 an.

⁷¹ CANARIS, C. W. *Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht*, s. 995, 1001 an.; CANARIS, C. W. Die Verfassungswidrigkeit von § 828 II BGB als Ausschnitt aus einem größeren Problemkreis. *Juristenzeitung*. 1990, s. 679. MEDICUS, D. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht. *Archiv für die zivilistische Praxis*. 1992, 192, s. 35, 53 an.

⁷² CANARIS, C. W. *Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht*, s. 1002.

je na plnění náhrady odkázán. Může-li naproti tomu poškozený uspokojit svoje potřeby bez plnění náhrady škody ze strany škůdce, je třeba jeho nárok na náhradu omezovat tehdy, pokud by jeho splnění bylo pro škůdce likvidační.

Franz Bydlinski⁷³ navíc poukazuje na to, že se důvody odpovědnosti, které konkretizují princip vlastní odpovědnosti v právu náhrady škody, nemohou dostat více či méně do popředí, což při vyměření rozsahu odpovědnosti zasluhuje pozornost z důvodů spravedlnosti. Upozorňuje též na to, že ekonomická existence člověka může být pro jedince likvidační nejen v důsledku utrpěné škody, ale i následkem rozsáhlé povinnosti k náhradě, a to do velké míry nahodile. Zda a které škody vznikají v důsledku jednání zakládajícího odpovědnost, zůstává otázkou náhodných vedlejších okolností. Všechny tyto maximy je třeba zvážit i z důvodů hovořících pro plnou odpovědnost; projevují se o to silněji, čím slabší jsou důvody odpovědnosti v konkrétním případě.

Závěr

Závěrem lze ještě zdůraznit,⁷⁴ že je při existenci dostačujících momentů přičítání v souladu s principem vyrovnání a principem prevence třeba poskytovat zpravidla plnou náhradu a její snížení je přípustné pouze se značnou zdrženlivostí v evidentních výjimečných případech.

⁷³ BYDLINSKI, F. *System und Prinzipien des Privatrechts*, s. 226 an.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 228.

Flexible System – The Golden Middle Road of Legislation and Legal Science

Helmut Koziol

Abstract: The flexible system, in German bewegliches System, is a method which was developed by a prominent Austrian professor of civil law and legal theory Walter Wilburg, who by the way maintained his personal integrity during the Nazi Occupation of Austria. His conception is an instrument which may serve both for the purpose of legislation and of scholarship. It is based on the idea that the best way how to draft laws is a midway between a very abstract forms of legal rules on the one hand and very detailed formulation on the other hand. In doing so it is necessary to reflect the relevant factors called elements. The values which may form the legal institute or be relevant for a resolution of a concrete problem belong to this group. Part of this methodology are four principles and his internal relationships, namely the principle of private autonomy, the principle of legal certainty of the legal relationships, the principle of the contractual justices and principle of contractual loyalty. Based on this it is possible to resolve the most delicate and difficult questions of legislations. The author illustrates this on example of mistake, protected interest, due care, cascaded legal impacts and alternative causality.

Key words: flexible (movable) system, bewegliches System, discretion, elastic rule, detailed, stubborn norm, midway, element, value, principle, mistake, protected interest, due care, cascaded impacts, causation