

# Articles from Časopis Všeprd

## Směna, nebo dar jako základ soukromoprávních vztahů?

2015-11-01 13:11:54 Jan Hurdík



(Zdroj: everystockphoto.com)

I.

Tento příspěvek navazuje tematicky a obsahově na příspěvek věnovaný (a)synallagmatu, publikovaný v časopisu Všeprd v dubnu 2014. Zmíněný příspěvek si kladl za cíl posoudit legislativní koncept synallagmatu a tendence skryté v textu nového občanského zákoníku ve vztahu k tradičnímu rozlišování synallagmatických a asynallagmatických závazků. Nový občanský zákoník na jedné straně posiluje význam asynallagmatických závazků tím, že jejich reprezentanta – darovací smlouvu – staví na první místo v pořadí typových závazků, na druhé straně však vnáší do asynallagmatických smluv zřetelné rysy vzájemnosti, resp. do jejich regulace promítá princip vyvažování majetkových zájmů. Příspěvek po dílčí analýze právní úpravy (a)synallagmatu v novém občanském zákoníku a jejím uvedením do kontextu procesně genetické metody dospívá k závěrům o výrazně větší vzájemné provázanosti smluv synallagmatických a asynallagmatických, než by naznačovaly pojmové znaky jejich typových smluvních reprezentantů, jakož i o dominantní roli principu ekvivalence v novém českém závazkovém právu, odrážející se v silném proniknutí prvků synallagmatu i do smluv výslovně typově bezúplatných (darování), jakož i v obecném pronikání prvků „instantní“ bezúplatnosti do nových typů vztahů, zejména dlouhodobé a síťové povahy.

Autor tohoto příspěvku respektuje závěry předchozí studie; v té však byly formulovány otázky, které z pohledu převážně analytického zkoumání českého občanského zákoníku nebylo možno jednoznačně zodpovědět a i po provedené – spíše právně pozitivistické – analýze zůstaly do určité míry otevřené.

Navíc se publikovaná studie věnuje převážně analýze právních technik a metodik užitých v textu občanského zákoníku č. 89/2012 Sb. Takto izolovaný přístup se ostatně stal v souvislosti s cíli a konceptem odborného výzkumu v oboru práva v posledních desíletích převládajícím stylem výzkumu. To potvrzují i studie spojené s tvorbou Návrhu společného referenčního rámce (DCFR) a Principy evropského práva (PEL), jejichž rozhodující metodou je pragmatická komparatistika, srovnávající více, či méně formálně jednotlivé národní, či regionální legislativní (méně již judikatorní či doktrinární) koncepty řešení z hlediska průchodnosti volby určitého modelu a neptající se po koncepčních, meziodvětvových determinantách posuzovaných řešení. Jako jeden z příkladů může posloužit míra a hloubka posouzení principu reciprocit v podkladových materiálech pro DCFR, vypracovaných Asociací Henri Capitant a Společností srovnávací legislativy v roce 2008<sup>1</sup>.

Ačkoli téma uplatnění principu reciprocit bylo při přípravných pracích na DCFR nastoleno jako jedno z výchozích pro základní podobu konceptu smlouvy v Návrhu, vlastní výzkum se omezil pouze na vyhledání a srovnání pojetí smluv v jednotlivých aktech sekundárního unijního práva, v některých mezinárodních smlouvách, v Principech UNIDROIT o mezinárodních obchodních smlouvách a konečně v Pavia Projektu. Jeho pozornost se navíc soustřeďuje na odlišnou, byť související otázku reciprocit vnímané širěji: jak z pozice závaznosti právního aktu, tak se zahrnutím vzájemnosti plnění. V tomto smyslu studie, vycházející z pouhého srovnání formálně právních přístupů Acquis Communautaire a Acquis International, dospívá k (zákonitě opět pouze právně formálnímu) závěru o převažujícím současném pojetí smluv založených na reciprocitě a vzájemné závislosti<sup>2</sup>.

V tomto příspěvku se autor vrací k jedné z klíčových otázek, výrazně obecnějších (protože překračujících rámec smluvních závazkových vztahů) než v předchozím článku: Na jakém principu je či mělo by být budováno občanské právo? Na principu synallagmatu (směny), či na principu asynallagmatu (daru)? Autor k této otázce zaujímá širěji koncipovaná východiska, vycházející metodicky z interdisciplinárního pohledu na determinanty práva a z procesně genetického pohledu a pokouší se o nalezení odpovědi v těchto širších souvislostech.

## II.

Je zřejmé, že právo zůstává i v tak zásadních přístupech, jako je sociálně ekonomický základ majetkových vztahů, uzavřeno do své oborové ulity a nehledá půdu pod nohama ve vyvíjející se společenské realitě a v jejím odrazu v dalších společenských vědách. To je přístup, který je založen na pragmatismu současných společenských věd včetně práva. Zřejmě právě z pragmatismu společenských věd plyne i další rys: tyto obory mají tendenci některé – i zásadní – otázky řešit tak, že si je nekladou. Nebezpečí, které z ignorování otázek nastolovaných současností vzniká pro právníky, je nabíledni. Jsou proto vítané studie vnímající svůj obor v celé jeho šíři a

bohatosti, překračující zejména v otázkách společných pro více oborů své vlastní hranice a poskytující bohatou inspiraci pro orientaci výzkumu v oboru práva<sup>3</sup>.

Otázka vzájemnosti či jednostrannosti právních vztahů patří nepochybně mezi dilemata, jež je nutno studovat z mnohem hlubších a širších východisek než z ryze právních pozic a navíc z pozice *de lege lata*. Tento příspěvek je pokusem o nalezení takových širších a hlubších vazeb, určující paradigmatický základ soukromého práva.

### III.

Principy recipacity, či nerecipacity právních vazeb a směny či jiné distribuce hodnot<sup>4</sup>.

(ať již založené na dialektickém protikladu pozic účastníků, altruismu, či jiném východisku) jsou spojeny se sledováním cílů práva ve spravedlnosti. S tím souvisí otázka, jaká spravedlnost ovládá soukromé právo? Každý z Aristotelových typů spravedlnosti je přiřazován zpravidla k určitým systémovým částem soukromého práva: korektivní spravedlnost nachází místo v deliktních závazcích, v nichž je někdy doplněna spravedlností distributivní, ve smluvních vztazích se uplatňuje komutativní spravedlnost (někdy modifikovaná spravedlností distributivní), v dědickém právu má výraznější uplatnění spravedlnost distributivní aj. Může být soukromé právo jako celek za těchto podmínek zaměřeno na určitou podobu spravedlnosti? V poslední době je často citovaným souslovím „sociální spravedlnost“<sup>5</sup>. Obě východiska vnímání kategorie spravedlnosti, tj. Aristotelova typologie a spravedlnost sociální, však nejsou pojmy stejné úrovně: zatímco aristoteléské typy spravedlnosti jsou schématické, na maximum redukované techniky rozdělování dober mezi osobami, zpravidla ve vazbě na konkrétní řešení vztahu konkrétních osob, sociální spravedlnost je komplexním pojmem, který je syntézou dílčích typů spravedlnosti a který sleduje sociální cíle, tedy dosažení určité míry a kvality emancipace jedince v příslušném typu společnosti.

Dlužno ovšem citlivě vnímat skutečný cíl, kterému určitý soubor nástrojů dosažení spravedlnosti slouží. Historické poznatky ukazují, že vazba cílů a prostředků k jejich dosažení se vyvíjela složitěji a sofistickovaněji: např. užití institutu daru samo o sobě ještě nemuselo nutně směřovat k popření principu recipacity *en bloque*<sup>6</sup>.

Spravedlnost je tedy namísto vnímat jako nikoli vyhraněný institut či hodnotu, nýbrž jako vektor, který je charakterizován dvěma hodnotami: intenzitou a směrem působení. Z tohoto pohledu je možno při srovnání variant spravedlností nalézt u všech – pravda v odlišné intenzitě vyjádřenou – tendenci k vyváženosti zúčastněných zájmů. Cílem právní regulace pak je právně technické řešení její realizace.

## IV.

K historickým zdrojům uplatnění principu daru či směny v základu fungování lidské společnosti od počátku evropské civilizace uvádí J. Hurdík ml. přílehlavé odkazy na sociologicky orientované autory. V tomto smyslu nelze pominout Jeana Carbonniera s jeho pojetím prazákladu vytváření vazeb mezi lidmi a společenstvími na principu daru, spojeného s očekáváním přijetí společenstvím, resp. začleněním dárce do společenské struktury, případně s očekáváním budoucích, často v dané chvíli nespecifikovaných a nespecifikovatelných plnění<sup>7</sup>.

Z literárních pramenů úsvitu evropské civilizace patří mezi nejslavnější dary s jejich závazky a nároky, vedoucími až k tragédii celého společenství, Homérův Trojský kůň<sup>8</sup>.

Na relativně koncentrované ploše je v této – pro vývoj děje celého eposu klíčové – epizodě Iliady vyjádřen mimořádný význam daru jako nositele a výrazu axiomu důvěry mezi dárce a obdarovanými, svou silou překonávající nejčernější reálné obavy z vedlejších úmyslů dárce a v důsledku respektování jeho normativní síly vedoucí až k sebezničení obdarovaných.

V antickém prostředí se již utvářejí dva základní modely vztahů mezi lidmi a skupinami: u Platóna (*Politeia*) a rovněž u Aristotela (*Politika*) nacházíme dva modely vztahů, směřující k spravedlnosti určitého typu: (a) model kooperace, jehož základem je síť vztahů mezi vzájemně závislými lidmi (např. rodina) a (b) model konfliktu, založený na svobodné vůli rovnoprávných osob. Německý novokantovec O. Höffe považuje oba modely za vzájemně komplementární s tím, že model konfliktu doplňuje model kooperace v souladu s názorem, že společenství může být založeno na vzájemně vymezeném prostoru<sup>9</sup>.

Uvedené zdroje potvrzují závěr, že antická společnost byla budována na modelu, jehož základním kamenem je koncept daru ve smyslu posilování dlouhodobých sítí vztahů vzájemné závislosti osob.

Vedle antické vzdělanosti je za pilíř evropské kultury považováno křesťanské učení<sup>10</sup>.

Křesťanství v původním kontextu svého mravního poslání „klade důraz na jiné, nemateriální věci, s kterými nelze obchodovat (a tudíž zde neexistuje směna – základ ekonomie)“<sup>11</sup>, tedy zatlačuje princip směny na druhořadou pozici ve světě hodnot.

Dlužno ovšem dodat, že západní křesťanství v průběhu středověku tento přístup modifikuje a vnáší do své doktríny princip směny mravních hodnot za hodnoty ekonomické. Tento princip zásluhovosti se promítl velmi významně v názorech prosazovaných církevní autoritou *par excellence* Bernardem de Clairvaux, které zásadně ovlivnily politiku katolické církve i světské moci: na něm bylo založeno financování křížových výprav včetně dalšího vývoje

událostí (osud templářů, reformační učení jako ostrá reakce na katolický princip zásluhovosti včetně tragického Husova osudu...). Koneckonců tento doktrinální konflikt hýbe křesťanskými církvemi i v současnosti.

Ve filosofii moderní doby a v jejím mravním učení se objevuje návrat k evangeliím a jejich vnímání morality. Tento rys zdůrazňuje T. Sedláček zvláště u I. Kanta, který požaduje morálku, „v níž se jakákoliv (ekonomická) odměna na tomto světě odsuzuje a považuje se za degradaci morality daného činu. Morální je pouze čin, který není odměněn. Tím se nejlépe přibližuje obecnému křesťanskému chápání odměny za morálku, které nejlépe vystihuje podobenství o Lazarovi: boháč se dostává do pekla, protože si na tomto světě již užil, kdežto chudák přichází do nebe, protože na zemi trpěl“<sup>12</sup>. V tomto smyslu se Kant dostává do vyhraněných mravních pozic, které ovšem značně ztěžují možnost učinit jeho mravní imperativ součástí funkčních systémů regulace vztahů, u nichž je základem funkčnosti – jak se znovu a znovu ukazuje – kompromis mezi vyhraněnými koncepty.

## V.

Recentní i zcela aktuální vývoj evropské společnosti ukazuje na paralely s historickým vývojem. Návrat k principu daru lze nalézt i v nejnovějších evropských projektech věnovaných základům práva a jejich změnám v současnosti. Jak uvádí Ruth Sefton-Green<sup>13</sup>, zejména francouzské soukromé právo se věnuje značně intenzivně teorii solidarity, v níž je mj. solidarita aplikována na smluvní právo v podobě tzv. smluvní solidarity<sup>14</sup>. Objevují se i návraty ke starším koncepcím, mj. období socializace práva na přelomu 19. a 20. století. Z tohoto období je připomínána teze jednoho z tvůrců teorie solidarity L. Burgeoise, podle něhož k ilustraci vazeb individuů ve společnosti slouží výstižněji myšlenka daru než myšlenka smlouvy (rozumí se synallagmatické); dar zde představuje jádro solidarity. Teorie solidarity je tedy budována na institucionálním základě daru<sup>15</sup>.

## VI.

Úvahy a souvislosti ukazují, že i při řešení nastolené otázky je v právu třeba dostatečně identifikovat skupinu determinant a souvislostí:

- a) Typologii vztahů, ergo míru, v níž jsou určité vztahy postaveny na mravních a na ekonomických základech. Historicky byly oba přístupy v určitých obdobích vývoje poměrně zřetelně odlišeny a koneckonců promítnuty do práva v podobě odlišení *stricti iuris a aequitatis*<sup>16</sup> (počátek nalézáme v prétorském právu; v současnosti v některých systémech – např. v anglickém právu – dosud přetrvávají prvky jejich institucionálního a funkcionálního oddělení: *common law – equity law*).
- b) Míru uplatnění individuální a sociální dimenze ve vztazích regulovaných právem, ergo uplatnění některé ze spravedlností, ergo některé z metod

regulace. Řešení této východiskové otázky cestu mlčení činí z práva černou skříňku, na poznání jejíhož vnitřního obsahu a fungování *a priori* rezignujeme.

- c) Návrat k počátkům ekonomie jako vědy, jejímž základem není podle J. S. Milla maximalizace soukromého užitku, ale užitek celku<sup>17</sup>. To ukazuje na zploštění myšlenkové bohatosti díla zakladatelů soudobé ekonomické vědy, v současnosti módní podobně jako např. „ořezání“ frekvenčního rozsahu hudebních děl k aplikaci v MP3 a MP4 přehrávačích s podobným výsledkem: poskytnutí kvantitativní informace na úkor jejich komplexnosti.
- d) Současná společnost postrádá přiměřenost<sup>18</sup>. Jedním z projevů tohoto deficitu je akcentace jedné ze stran společenských rozporů na úkor druhé stránky, v případě ekonomického přístupu k právu na úkor komplexní implementace do práva mravního rozměru. To ovšem nelze provést bez navrácení mravního rozměru ekonomické vědě<sup>19</sup>, vše v intencích návratu k důsledně dialektickému řešení rozporů tohoto světa.
- e) Důležité je pátrat, jaké je paradigma vztahů individualizace, socializace a konečně emancipace člověka vůči společnosti na počátku 3. tisíciletí – co je spontánním východiskem společnosti sítí a co je řešením, tedy jaké jsou cíle společnosti, označované jako společnost sítí? Do jaké míry mění dosavadní paradigmatata a do jaké míry dosavadní paradigmatata zůstávají jako podstata skryta pod jevovým pláštěm nových vztahů? Každopádně současnost má k dispozici historicky vzniklou variantní modelovou podobu podstaty koexistence lidské společnosti: (a) princip soutěže, jehož funkce je eliminační, (b) princip spolupráce, jehož funkce je integrační. Ve společnosti sítíových vztahů pak se uplatňují (a) sítě vertikální a (b) sítě horizontální. Společnost sítíových vztahů naznačuje třetí řešení: hodnotou, která je ve hře (na první pohled rozhodně hodnotou výchozího postavení účastníka) je samotný přístup ke vztahům. Ten má dokonce svou podobu spravedlnosti (tzv. *process justice*<sup>20</sup>). Přístup je rovněž hodnotou procesní, tj. vlastního mechanismu realizace vztahů. Hodnotou konečnou, cílovou, se může na pohled jevit (a často je tak subjektivně vnímáno) samo „zasítování“ subjektu. Jde zde však skutečně o konečnou hodnotu? Nejde jen o pouhého nositele informací (internet), potřebných k realizaci hodnot klasickými ekonomickými, ergo právními postupy? Ukazuje se tu vzájemné dialektické působení spolupráce, která může jevově v typově shodných vztazích mít převažující podobu buď eliminační, nebo integrační. V sítíových vztazích horizontální povahy, které jsou typické pro soukromé právo, se uplatňují oba základní principy: jevovým znakem sítí je spolupráce, která umožňuje participaci na sítích, mezi zasítovanými účastníky může právě tak probíhat kooperace na principu soutěže jako na principu spolupráce.

Z nejobecnějšího východiska konceptu práva princip daru/asynallagmatu vyžaduje – zdá se napohled – integraci do určitého konceptu spravedlnosti. Takové zařazení však nemusí vždy vyjadřovat podstatu vztahu. Z tohoto

pohledu se zdá, že fragmentace spravedlnosti a hledání její určité specifické podoby na této úrovni vede spíše k ztrátě koherence a souvislostí mezi kategorií synallagmatu a kategorií spravedlnosti.

Vyvstává tak otázka obecnější povahy – lze princip daru a směny podřadit pod vyšší kategorii spravedlnosti a pod modely fungování společnosti, v nichž by tyto principy nebyly v opozici a vzájemně se vylučující, nýbrž představovaly by části fungujícího systému, směřujícího synergicky ke společnému cíli? Relevantní řešení předpokládá nalézt odpovídající systémovou úroveň, na níž lze obě kategorie studovat. Současně, jak ukazuje historizující přehled, je třeba institucionální, funkcionální a systémové řešení zařadit v historických (procesně genetických) souvislostech.

## VII.

Historické paralely ukazují, že princip daru i princip směny mají své paradigmatické základy: paradigmatickým (nikoli ovšem výlučně) daru jsou důvěra a inkluze, paradigmatickým směně (opět nikoli výlučně) je soutěž a exkluze.

Promítneme-li tyto základní kameny do podmínek, za nichž jsou realizovány vztahy ve společnosti 3. tisíciletí, ukáže se, že:

1. Tendencí doby je směřování k budování vztahů založených na výraznější přítomnosti důvěry mezi subjekty, než tomu bylo v minulých dvou stoletích.
2. Princip „instantního“ synallagmatu, zdůrazňovaný mj. v autoritativních projektech evropského soukromého práva, ztrácí svou dosavadní nezpochybnitelnost a významně se prolíná s obnovenými přístupy, odmítajícími jednoduchou směnu jako základ soukromoprávních vztahů<sup>21</sup>.
3. Jako nezbytné se ukazuje důslednější promítnutí dialektické metody do vazeb mezi důvěrou a konfliktem, spoluprací a soutěží, a koneckonců tedy i do konceptů daru a směny, resp. synallagmatu a asynallagmatu. Nejde přitom o neschvalné námluvy, formulované v článku J. Hurdíka ml. jako „rosvázané synallagma“, nýbrž o plnohodnotný dialektický vztah jednoty a protikladů obou východisek a jejich soupeřů a jeho řešení.

**prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc.**

**Klíčová slova:** *synallagma; asynallagma; dar; směna; úplatnost; bezúplatnost; reciprocita; vzájemnost*

1. European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules. Produced by Association Henri Capitant des Amis de la Culture Française and Société de Législation Comparée. Éd. by Racine, J.-B., Sauton-Laguionie, L., Tenenbaum, A. and Wicker, G., Munich: sellier.european law publishers, 2008, s. 8-10 ↩

2. Op. cit. s. 10 ↩
3. Autor nezakrývá silnou inspiraci pro tento příspěvek ve svěžím větru, který vnesl do svého oboru ekonom Tomáš Sedláček (Sedláček, T., *Ekonomie dobra a zla. Po stopách lidského tázání od Gilgameše po finanční krizi*. Praha: 65. pole 2009, 270 stran) ↩
4. V širším smyslu. tj. zahrnující i reciprocitu plnění, tedy synallagma genetické i funkcionální. ↩
5. Srov. např. *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*. Edited by Micklitz, Hans – W., Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011. ↩
6. Tak podle germánského práva dar zavazoval obdarovaného darovat dárci rovnocenný dar. Na území Francké říše území dobytá Franky připadla králi, který je daroval své družině. V případě franského obdarování půdou tedy nebylo možné – jako v germánském systému – poskytnout rovnocenný dar. Obdarovaní družiníci proto byli dlužníky krále, což je s ním těsněji spojovalo a vytvářelo trvalé vazby osobní závislosti, nicméně primárně založené na majetkových závazcích. ↩
7. Srov. Carbonnier, J., *Flexible droit*. 8e édition. LGDJ: Paris, 1995, s. 308n. ↩
8. *Homerova Ilias*. Překlad Antonín Škoda. 2. vyd. Svazek 1. díl. Praha: Česká akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění, 1911. 244 s. ↩
9. Höffe, O., *Principes du droit. Ethique, Théorie juridique et philosophie sociale*. Paris: CERF, 1993, s. 62-63 ↩
10. Srov. diskuse o výslovném odkazu na křesťanskou kulturu v primárních dokumentech Evropské unie, z poslední doby zejména v souvislosti s přijetím Lisabonské smlouvy. ↩
11. Sedláček, T., *Ekonomie dobra a zla. Po stopách lidského tázání od Gilgameše po finanční krizi*. Praha: 65. pole 2009, s. 95. ↩
12. Kant., I., *Úvod do metafyziky mravů, Metafyzické základy etiky*. Cit. dle Sedláček, T., *Ekonomie dobra a zla. Po stopách lidského tázání od Gilgameše po finanční krizi*. Praha: 65. pole 2009, s. 184 ↩
13. Sefton-Green, R., in: *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*. Edited by Micklitz, Hans – W., Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, s. 237n. ↩
14. Sefton-Green, R., op. cit., s. 237 a literatura tam citovaná ↩
15. Bourgeois, L., *Solidarité: L'idée de solidarité et ses conséquences*. Paris: Armand Colin, 1896. Citováno dle: Sefton-Green, R., in: *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*. Edited by Micklitz, Hans – W., Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, s. 243-244 ↩
16. Tento systém byl v modernizované podobě promítnut do některých evropských civilních kodexů (německý BGB, rakouský ABGB) v období tzv. socializace práva přelomu 19. a 20. století. ↩
17. Sedláček, T., op. cit., s. 257) ↩
18. Sedláček, T., op. cit., s. 256: „Tato krize není jen ekonomická nebo spotřební. Je mnohem hlubší. Naší době chybí přiměřenost...“ ↩
19. Sedláček, t., op. cit., s. 258: „A v neposlední řadě, pojďme se vrátit k etice



ekonomie.“ ↩

20. The Many Concepts of Social Justice in European Private Law. Edited by Micklitz, Hans – W., Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA: Edward Elgar 2011, s. 39 ↩
21. Srov. v rovině doktrinální citovaná díla O. Höffeho, T. Sedláčka a dalších, v rovině nalézání praktických řešení se jako jedna z vlastovek může jevit stanovisko Expertní komise kanceláře pro aplikaci nové civilní legislativy při Ministerstvu spravedlnosti z 09. 04. 2014, podle něhož „jde při převodu vlastnického práva k věci se současným zřízením služebnosti k této věci o jediné právní jednání, které je, za předpokladu, že strany neujednaly úplatu za převod tohoto vlastnického práva, bezúplatné“. Celé stanovisko včetně odůvodnění dostupné na [www.justice.cz](http://www.justice.cz). ↩