**Dôvodová správa**

1. ***Všeobecná časť***

Návrh zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 161/2015 Z. z. Civilný mimosporový poriadok predkladá do Národnej rady Slovenskej republiky nezaradená poslankyňa – PaedDr. Martina Šimkovičová.

**Cieľom legislatívneho návrhu je vylúčenie ustanovenia § 209 CSP o súkromných znaleckých posudkoch vo veciach starostlivosti súdu o maloletých, ktorého subsidiárne použitie sa v praxi ukázalo ako nevhodné a markantne porušujúce záujem maloletého dieťaťa.**

**Legislatívny návrh vychádza z prirodzenej nutnosti poskytovať zvýšenú ochranu maloletým deťom, ako slabším subjektom a konať v súlade s ich najlepším záujmom.**

Zo súdnej praxe v civilných mimosporových konaniach čoraz častejšie evidujeme prípady, kedy sa jeden z rodičov snaží komplikovať proces dokazovania a zabrániť zisteniu skutočného stavu veci, ktorý by mu bol v otázke úpravy rodičovských práv a povinností na neprospech. K uvedenému zneužíva ustanovenie § 209 CSP, podľa ktorého je súkromný znalecký posudok postavený na roveň znaleckému posudku vypracovaného súdom ustanoveným znalcom.

Úvodom je potrebné zdôrazniť, že znalecké dokazovanie sa nariaďuje iba v komplikovaných prípadoch, kedy rozhodnutie súdu závisí od posúdenia skutočností, na ktoré sú potrebné vedecké poznatky. Vo veciach starostlivosti súdu o maloletých je primárnym účelom znaleckého dokazovania preveriť výchovnú spôsobilosť oboch rodičov a na základe toho definovať, aká postseparačná úprava bude maloletému dieťaťu najviac vyhovovať. V kontexte súkromných znaleckých posudkov však často vyvstávajú situácie, kedy sa súdom nariadeného znaleckého dokazovania odmieta zúčastniť rodič, ktorý si zabezpečil súkromné znalecké posudky u znalca, ktorého si sám z rôznych dôvodov vybral, resp. k tomuto znalcovi odmieta priniesť aj dieťa ktoré má vo svojej starostlivosti. V dôsledku uvedeného súd nemôže znaleckým dokazovaním zabezpečiť jeho primárny účel – rozhodnúť o postseparačnej starostlivosti v najlepšom záujme maloletého dieťaťa.

Hoci podľa dôvodnej správy k ustanoveniu § 209 CSP zákonodarca ním sledoval prispôsobenie zákonnej úpravy práve povahe kontradiktórneho sporového konania založeného na prejednacom princípe, v ktorom procesnú diligenciu za výsledok sporu znášajú predovšetkým sporové strany, aktuálne sa súkromné znalecké posudky začali v zvýšenej miere vyskytovať práve v konaniach vo veci starostlivosti súdu o maloletých.

V tejto súvislosti je potrebné uviesť, že mimosporové konanie je v porovnaní so sporovým konaním ovládané predovšetkým **vyšetrovacím princípom, princípom oficiality a materiálnej pravdy**, ktoré zdôrazňujú materiálne vedenie konania a ktorého výsledkom má byť rozhodnutie čo najbližšie hmotnoprávnym pomerom účastníkov konania. Východiskovým princípom platiacim v režime mimosporového konania je zároveň **ochrana verejného záujmu**, práv garantovaných zákonom s dôrazom na dobré mravy, ktorý predstavuje významné interpretačné pravidlo pri výklade ustanovení CMP. Verejný záujem je úzko spätý s hodnotami, ktoré vyznáva tá-ktorá spoločnosť a je vecne spojený s účelom predmetu konania. Okrem favorizácie verejného záujmu je v čl. 1 CMP zahrnutý aj inštitút dobrých mravov ako mimoprávneho, morálneho systému, súhrnu etických, všeobecne uznávaných a zachovávaných zásad. S poukazom na ustanovenie § 2 ods. 1 CMP je na mimosporové konania potrebné aplikovať čl. 5 CSP, ktorý predstavuje **generálnu klauzulu zákazu zneužitia procesných práv.** V zmyslestarej rímskej zásady *nemo turpitudinem suam allegare potest* platí, že nikto nesmie mať prospech z vlastného nepoctivého správania, a preto citované ustanovenie sankcionuje také správanie účastníkov konania, ktoré síce nachádza oporu v platnom práve, avšak tvrdé uplatňovanie takýchto práv nie je slušné vo vzťahu k ostatným zúčastneným subjektom konania. **Princíp zákazu zneužitia práv tak predstavuje materiálny korektív k príliš formalistickému výkladu zákonného textu, ktorý by v konečnom dôsledku poškodzoval práva a oprávnené záujmy iných.**

Podľa komentovaného znenia § 209 CSP nakoľko strana pri súkromnom znaleckom posudku nahrádza súd ako zadávateľa je nevyhnuté, aby vybrala vhodného znalca čo sa týka odbornosti, jeho prípadnej zaujatosti a dôvodov vylúčenia a naformulovania zadania pre znalca.

**Zámerom zákonodarcu v žiadnom prípade nebolo prispôsobiť zákonnú úpravu tomu, aby sa účastníci mimosporových konaní mohli legálne vyhýbať nariadenému znaleckému dokazovaniu a mariť zistenie skutočného stavu prostredníctvom ustanovenia** § 209 CSP. Takýto výklad je v priamom rozpore so základnými princípmi mimosporového kódexu. Odvolávanie sa rodiča na jeho vlastné súkromné znalecké posudky, ktoré si týmto spôsobom zabezpečil, čím zároveň obhajuje svoju neúčasť na znaleckom dokazovaní nariadenom súdom jeho marením preto v žiadnom prípade nemôže obstáť a byť tomuto rodičovi na prospech.

Nakoľko jedným rodičom oslovení znalci často nespĺňajú minimálne jednu zo základných podmienok (nezaujatosť, nestrannosť, správny výber odboru), súkromné znalecké posudky často nespĺňajú zákonné podmienky, aby boli považované za dôkaz znaleckým posudkom v konaní **a súd by ho mal považovať za dôkaz listinou**. V praxi sa však stáva, že rodič ktorý si súkromný znalecký posudok zabezpečil a zaplatil sa odvoláva na jeho zákonnosť s poukazom na články 10 ods. 2 CMP, resp. čl. 15 ods. 2 CSP, podľa ktorých žiadny dôkaz nemá zákonom predpísanú silu.

Na základe prípadov z praxe sa zákonná úprava súkromných znaleckých posudkov normovaná v CSP subsidiárne platiaca pre CMP ukázala ako nevhodná a celkom zrejme nevyhovujúca.

Práve ak ide o okolnosti týkajúce sa veľmi ťažko odhaliteľných a preukázateľných vecí, ktorých posúdenie závisí od veľmi náročného a dôsledného odborného vyšetrenia napr. sexuálna orientácia či manipulácia dieťaťa rodičom je určite krajne nevhodné, aby tieto otázky boli predmetom súkromných znaleckých posudkov. Práve z dôvodu garancie validity výsledkov znaleckého dokazovania v takto odborne komplikovanej veci je nevyhnutné, aby boli tieto otázky predmetom nezávislého znaleckého dokazovania, znalcom ktorý nie je objednaný osobou, ktorá má byť posudzovaná.

Súkromné znalecké posudky v konaniach starostlivosti súdu o maloletých spôsobujú aj ďalšie problémy, ako napríklad blokáciu psychodiagnostiky maloletého dieťaťa na 6 – 8 mesiacov, nakoľko medzi jednotlivými vyšetreniami musí byť zachovaný časový rozostup, blokovanie ďalšieho dokazovania vo veci, nakoľko rodič, ktorý si súkromné znalecké posudky zabezpečil sa dokáže poľahky vyhnúť nariadeniu znaleckého dokazovania súdom alebo sa vyhnúť absolvovaniu súdom nariadeného znaleckého dokazovania.

Znalec má pri súkromnom znaleckom dokazovaní široký priestor na vlastnú úvahu, na základe čoho sa často závery súkromného znaleckého posudku nemusia zhodovať so závermi vyšetrenia predovšetkým, keď je realizované na objednávku jedného rodiča.

Ďalším dôležitým aspektom súkromných znaleckých posudkov je, že druhý rodič o súkromnom znaleckom dokazovaní vôbec nemá vedomosť alebo sa ho z rôznych dôvodov nezúčastní. V dôsledku uvedeného sú súkromné znalecké posudky často nekompletné, t. j. absentuje tzv. príbeh celej rodiny. Z praxe poručenských súdov navyše evidujeme množstvo súkromných znaleckých posudkov, v ktorých boli vyšetrenia maloletých detí **realizované pochybným spôsobom** – mimo pracovnú dobu znalcov napr. cez víkendy alebo sviatky, v čase kedy má tento rodič dieťa na styku.

V odborných kruhoch aj medzi jednotlivými advokátmi či sudcami, ktorí sa venujú poručenskej agende a rodinnému právu, sú vyselektovaní znalci na tzv. *„promatkovských a prootcovských*“. Na základe toho, aký znalec daný súkromný posudok vypracoval vedia už vopred zistiť, či je posudok vyvážený. *De lege lata* sa s ním však súdy každopádne musia vysporiadať a v rozhodnutí vo veci samej si svoj názor odôvodniť, nakoľko je súčasťou spisového materiálu a opačný prístup by zakladal porušenie práva rodiča na spravodlivý súdny proces.

V prípade vypracovávania súkromných znaleckých posudkov sa jedná **vždy o komerčnú činnosť znalca**, ktorý si za vypracovanie súkromného znaleckého posudku žiada odmenu. V tejto súvislosti je prítomná špecifická ochota rodiča – objednávateľa uhradiť kompletne celé náklady znaleckého dokazovania a to i s úhradou vopred, zatiaľ čo v prípade súdom nariadeného znaleckého dokazovania je možné pozorovať práve naopak opačný trend – v prípade rozhodnutia súdu o znaleckom sa rodičia spravidla odmietajú podieľať na odmene znalca a úhradu sa snažia preniesť na druhého rodiča.

Súkromné znalecké posudky sú v tomto zmysle vo veciach ÚPP veľmi nevhodným nástrojom a nebezpečnou zbraňou ponechanou v rukách súperiacich rodičov. Prostredníctvom súkromných znaleckých posudkov sa predovšetkým v režime mimosporových konaní stráca význam základných princípov mimosporového konania. Súd (a sudca) reprezentujúci záujem spoločnosti na vyriešení konfliktu tým zároveň stráca postavenie silného sudcu, ktoré mu poskytla práve rekodifikácia civilných procesných kódexov. Sociálna koncepcia civilného procesu, na ktorej sú kódexy koncipované, vychádza z konceptu silného sudcu, ktorému je zverené tzv. materiálne vedenie sporu. Na dosiahnutie sociálneho účelu konania, ktorým je spravodlivý rozsudok, čo najviac zodpovedajúci skutočnému hmotnoprávnemu stavu veci má sudca k dispozícii pomerne **silné nástroje**, ktoré sudcu povýšili na silný, participujúci subjekt, ktorý účastníkom prenecháva iniciatívu, no zároveň podstatným spôsobom ingeruje do konania v dvoch rovinách: a) z hľadiska dodržiavania procesnej ekonómie /v rámci ktorej je úlohou sudcu predovšetkým „strážiť pravidlá hry“/a b) z hľadiska distributívnej sociálnej spravodlivosti /čo predstavuje ingerenciu súdu do zistenia spoľahlivého hmotnoprávneho základu sporu vo forme materiálneho vedenia sporu./ Pripúšťaním situácií, ktorými sa sudca ako *dominius litis* vzdáva svojich zákonných nástrojov na zabezpečenie spravodlivého rozhodnutia vo veci dochádza k strate významu celého konania.

V neposlednom rade vdôsledku normatívneho vákua,  absencie akejkoľvek judikačnej línie v tomto smere ako aj názorovej rozpoltenosti vo vzťahu k tejto otázke v odborných kruhoch **existuje vážne riziko, že znalecké dokazovanie nariaďované súdom na posúdenie zložitej otázky, na ktoré sú potrebné odborné znalosti úplne stratí význam**, pretože podľa vzoru vo vyššie spomenutých právnych veciach je úplne v poriadku, ak si účastník vyberie znalca, ktorý mu vyhovuje, nechá si vypracovať súkromný znalecký posudok, aký mu vyhovuje a autoritatívne súdne rozhodnutie odignoruje, pričom toto konanie je mu pri rozhodovaní dokonca pripísané na prospech. V dôsledku uvedeného tak súd úplne stratí dosah na účastníkov konania a zároveň si zviaže ruky vo vzťahu k reálnemu zisteniu skutočného stavu veci, ktoré bude nemožné. Podľa nášho názoru tento nešťastný postup súdu výslovne navádza účastníkov ako aj advokátov na takéto konanie, vysiela do spoločnosti veľmi negatívny odkaz, je výsmechom pre všetkých poctivých rodičov, ktorí majú skutočný záujem na riadnom zistení rodičovských kompetencii a rozhodnutí reflektujúcom najlepší záujem dieťaťa a v neposlednom rade degraduje súdnu autoritu a autoritatívne súdne rozhodnutia ako také.

Záverom dodávame, že súkromné znalecké posudky zapríčiňujú nárast procesnej spornosti - konanie sa zameriava na proces a nie na usporiadanie vzťahov, čo je v priamom rozpore so základmi právnej teórie, podľa ktorých je proces prostriedkom na dosiahnutie cieľov uvedených v hmote. Takýto prístup je obzvlášť v poručenských veciach možné hodnotiť ako nezdravý a maximálne nežiaduci, a preto by súd na súkromné znalecké posudky nemal podľa nášho názoru v rozhodnutí prihliadať. Pre úplnosť sa žiada dosť, že napriek vylúčeniu súkromných znaleckých posudkov v konaniach starostlivosti súdu o maloletých zostane zachovaná aktivita účastníka, ktorý bude aj naďalej disponovať možnosťou doplniť otázky stanovené súdom na preukázanie tvrdenej skutočnosti.