

s otázkou, zda mají normativní charakter či zda jsou pouhou „samomluvou zákonodárcovou“. Na základě přesného rozlišení pojmů právní norma a právní předpis není odpověď na položené otázky obtížná. Preambule je beze vší pochybnosti součástí právního předpisu. Zda a v jaké míře je sama též právní normou, nelze říci obecně, ale vždy jen konkrétně se zřetelem k určité preambuli, jejímu umístění v právním předpisu a jejímu obsahu. Zpravidla preambule náleží k nenormativním částem právního předpisu a slouží, jak řečeno, k vyložení politické intence právního předpisu apod. Mohou mít praktický význam i jako obecný prostředek usměrnující interpretaci právního předpisu. Tato skutečnost ovšem nebrání tomu, aby v preambuli byla obsažena i právní norma, pokud dotyčná část preambule splňuje její předpoklady.

2.2. *Hierarchie členění právních předpisů.* Hierarchické členění právních předpisů<sup>164</sup> na části, hlavy, oddíly atd. až na paragrafy a články, odstavce a písmena na spočívá na logickém vztahu obecného a zvláštního a vědecké problémy nevolává. Dává však podnět k některým úvahám praktickým. Hierarchie tohoto členění totiž v praktické legislativě není jednotná a je volena celkem nahodile, ačkoli by její sjednocení, pro formální jednotu právního řádu jistě žádoucí, bylo možné bez jakýchkoli obtíží.

V naší legislativní praxi se již dávno vyvinul obyčej nejvyšší články systematického uspořádání právního předpisu označovat *paragrafy* nebo *články*, které se uvnitř ještě mohou dělit na číslované nebo nečíslované odstavce a popř. dále na písmena, popř. přímo na písmena.

Články se používají v ústavních zákonech a popř. jiný, pokud jde o vyznačení zvláštní důležitosti dotyčné části (jako např. u základních zásad apod.), kdežto členění na paragrafy je členěním běžným.

Paragrafy a články se skládají buď z jednoho odstavce nebo z více odstavců číslovaných nebo nečíslovaných a k dalšímu členění se používá pododstavců označených arabskými písmeny. Těch se používá někdy i přímo k členění paragrafů. Bylo by však užitečné vnitřní členění paragrafů, resp. článků sjednotit, a to nejspíš tak, že by se používalo zásadně odstavců číslovaných, což je z hlediska citace mnohem praktičtější než používání odstavců nečíslovaných, či dokonce obou zároveň. Členění na písmena by bylo používáno toliko jako nižší hierarchický stupeň členění než odstavce (tedy k vnitřnímu členění odstavců) a upustilo by se od přímého členění paragrafů, resp. článků na písmena.

*Rubriky* se v naší legislativě používají místo někdejších margiálních rubrik, tj. rubrik psaných po straně zákonného textu (in margine), a dosud se někdy i u nás marginálními rubrikami nazývají. Tím ovšem, že v soudobé naší legislativě byly tyto rubriky přeneseny nad text, dostaly pro systematické třídění právních předpisů do značné míry jiný význam, a to tak, že jsou-li umístěny nad číslem paragrafu nebo článku, oddělují systematicky skupinu paragrafů či článků až do další podobné rubriky nebo do následující rubriky vyšší, kdežto jsou-li umístěny pod číslem paragrafu či článku, označují toliko text dotyčného paragrafu či článku a jejich význam pro systematické třídění právního předpisu je malý nebo žádný.

<sup>164</sup> Knapp, V., op. cit. v pozn. <sup>157</sup> s. 205 an.

## Část osmá: Prameny práva a právní skutečnosti

**Literatura:** Allen, C. Kemp, Law in the Making, Oxford 1958; Cross, R., Precedent in English law, Oxford 1991; David, R., Les grands systèmes de droit contemporains, 4e éd., Paris 1971; Eörsi, G., Comparative civil (private) law, Budapest 1979; Holländer, P., K pojmu prameňov práva, Právnik 1985; Hung, P./Prusák, J., Objektívni a subjektívni práva, Brno 1983; Knapp, V., Zákonodárna moc ústavního soudu, Právnik 1993; Knapp, V., Soudcovská tvorba práva v soc. zemích, Právnik 1969; její vztah k sankci, vetu, publikaci a k soudcovské zkoumání zákonů, Právnik 1992; Matenovský, J., Koexistence smlouvy a obyčej v mezinárodním právu, Právnik 1992; Morávek, J., Hlavní prameny dějin státu a práva na území Československa v letech 1848 - 1945, Právnické štúdie 1970; Ormá, G., Richterrecht, Milano 1985; Pescatore, P., Essai sur la notion de la loi, Luxembourg 1957; Schneider, H., Gesetzgebung, Heidelberg 1991; Týč, V., K otázce vztahu mezinárodních smluv a čs. právního řádu, Právnik 1984; Zivs, S.L., Istočnicki prava, Moskva 1981.

### I. Prameny práva

#### 1. Pojem pramene práva

1.1. Prameny práva se obvykle rozumějí prameny práva objektivního (heteronomního).<sup>165</sup> Takto je lze chápat především *geneticky* jako odpověď na otázku, odkud se právo ve společnosti vzalo. V tomto smyslu se mluví o *materialních* pramenech práva. O těch byl podán výklad již dříve v části třetí, II.

V právní vědě se otázka pramene práva ovšem zpravidla chápe jako otázka *quid iuris*, co je po právu, tzn. co působí, že obecně a závazně platí určité povinnosti a jim odpovídající oprávnění. V tomto smyslu je pramenem práva dostatečný a zároveň nutný důvod existence, resp. *obecné* platnosti určité povinnosti a jí odpovídající oprávnění. V tomto případě tedy jde o prameny heteronomního práva, které se - pro odlišení od výše uvedeného pramene sociologického - v literatuře zpravidla nazývají *formálními prameny práva*.

1.2. Lze se ovšem konečně též ptát, co je pramenem určité *konkrétní* povinnosti, 318 resp. *konkrétního* oprávnění, tak např. co je důvodem povinnosti určitého kupujícího zaplatit určitému prodávajícímu kupní cenu, či co je konkrétním právním pramenem nabytí dědictví určitým dědicem po určitém zůstaviteli. V tomto případě jde o pramen *subjektivního práva*, který *splyvá s právním důvodem*. Prameny subjektivního práva se nazývají *právní skutečnosti* (viz dále sub II.) a jsou dvojí:

a) autonomní právní skutečnosti, tedy prameny autonomního práva, jimiž jsou typicky smlouvy, které zakládají vzájemná práva a povinnosti (pacta sunt servanda),

b) právní skutečnosti nezávislé na lidské vůli, tj.

- zákon sám, v kterémžto případě pramen objektivního práva působí *ex lege*

<sup>165</sup> Viz Zivs, S.L., Istočnicki prava, s. 8 an.; Allen, C.K., The Law in the Making, s. 1 an.

vznik subjektivních práv a povinností, je tedy zároveň pramenem práva subjektivního,

- úřední rozhodnutí,
- události, v kterémžto případě jde o to, co, jak dříve již letmo bylo zmíněno, normativní teorie (a zejména jeden z jejích protagonistů, A. Procházka) nazývali automatickou normotvorbou.<sup>166</sup>

V právní literatuře a v právním jazyku vůbec se pramenem práva rozumějí *prameny objektivního práva ve smyslu formálního* a těm právě bude věnován následující výklad.

319 1.3. Pojem pramen práva (v uvedeném formálním smyslu) je pojem vztahový. Vztahuje se zejména k určitému subjektu, k určité skutkové podstatě a k určité formě. Z hlediska skutkové podstaty znamená otázka pramen práva otázku po *sedes materiae*, tj. otázku kterou právní normou je daná skutková podstata upravena, a dále otázku, co podle této normy platí, co je podle ní po právu, tj. výše zmíněná otázka *quid iuris*.

Z hlediska formy se klade otázka, jakým způsobem byla vyjádřena a svým recipiencím (adresátům) komunikována právní norma, kterou se spravuje daná skutková podstata.

Tak např. je možno se ptát, kterou právní normou je určeno, kdo je zletilý, resp. kdo je nezletilý, a na základě toho určit, zda určitá osoba je zletilá nebo nezletilá. To znamená, že v daném příkladu je pramenem práva pro vyřešení otázky *quid iuris* právní norma uvedená v § 8 ObčZ.

S těmito úvahami koresponduje i stanovisko zastávané významnými teoretiky práva 20. století. Tak např. A. Ross v této souvislosti konstatuje: „Pramen práva (např. zákon) označuje takové vnější vlastnosti (např. legislativní formu), které stanoví určitou obecnou formu garantující, že obsah vyjádřený těmito normami je právo. A proto pojem „pramen práva“ denotuje určitou obecnou formu, stanovicí epistemologické základy nauky o tom, že v této formě vyjádřený normativní obsah je právem“.<sup>167</sup>

320 1.4. Pramenem práva je *právní norma*. I když jsou teoretické koncepcce pojmu právní normy různé, pojem právní normy sám je univerzální. Pojem právní normy znamená totiž na evropském kontinentě, v Anglii, v islámských zemích i v rovníkové Africe atd. O tomto obecném pojmu právní normy bude podrobnější výklad podán dále v části deváté.

Právní norma však musí být svým adresátům (recipiencím) komunikována a formy této komunikace jsou velmi různé. Pramenem práva se pak rozumí nejen právní norma sama, ale zpravidla i prostředek, resp. způsob její sdělnosti, resp. komunikace. A právě v tomto smyslu se budeme prameny práva zabývat v této části.

1.5. Z právě uvedeného hlediska se odedávna rozlišuje *právo psané* (lex scripta, ius scriptum) a *právo nepsané* (lex non scripta, ius non scriptum),<sup>168</sup> z nichž pro

166 Procházka, A., Tvorba práva a jeho nalézání, s. 107 an. a porůznu.

167 Ross, A., Towards a Realistic Jurisprudence, s. 125.

168 Viz Allen, C.K., na uv. místě; David, R., Grands systèmes de droit contemporains, s. 107 an.

nás hlavní zajímavost má právo psané, jehož tradice v Čechách pochází přinejmenším z počátku 14. stol. a patří k nejstarším v Evropě.

## 2. Druhy pramenů práva

### 2.1. Právo psané

#### 2.1.1. Pojem práva psaného (Právní předpis)

a) Právo psané<sup>169</sup> je vytvářeno zákonodárnou činností státu a zcela výjimečně právotvornou činností jiných subjektů, jímž stát tuto pravomoc výslovně (zákonem) udělil. U nás jsou to konkrétně zastupitelstva územních samosprávných celků podle čl. 104 odst. 3 Ústavy.

Pramenem psaného práva je (ve výše uvedeném smyslu) *právní předpis*, v němž jsou právní normy vyjádřeny písemnou formou spisovným úředním jazykem. Právní předpis je, jak už bylo řečeno dříve, hmotným médiem, jímž je komunikována nehmotná právní norma svým recipiencím. Je to závazný písemný dokument, vyjadřující obsah právních norem jako pravidel lidského chování. Společenské regulační působení vyvíjí právní norma, právní předpis je autentickým závazným prostředkem její komunikace subjektům, které se podle ní ve svém chování mají řídit, i subjektům právo aplikujícím a komukoli.<sup>170</sup>

b) Ve svém působení ovšem právní norma vyjádřená právním předpisem je dotvářena (i o tom už byla řeč), a to aplikací činností soudů (judikaturou) i jiných státních orgánů, jakož i vědeckou literární interpretací atd.

Z hlediska pozitivistického jsou pramenem práva toliko formální (písemné) jazykové výrazy právní normy. Ve skutečnosti, tj. z hlediska sociologického, jsou však prameny práva (možno říci „pomocnými“ prameny práva) i ty lidské činnosti, které vedou k zmíněnému dotváření práva.<sup>171</sup>

c) Na rozdíl od právní normy, která je určena především svými materiálními znaky (viz v části deváté), je právní předpis určen svými znaky formálními, jímž jsou zejména

- pravomoc orgánu, který právní předpis vydal,
- zákonný postup, jímž byl vytvořen,
- náležitá, tzn. právem stanovená forma jeho publikace.

#### 2.1.2. Kvantitativní vztah právního předpisu a právní normy

323 Ze vzájemného vztahu pojmů právní norma a právní předpis vyplývá, že jeden právní předpis může obsahovat více právních norem, což je v naší legislativě pravidlem, nebo naopak jedna právní norma může být vyjádřena více právními předpisy, a to buď stejné hierarchické úrovně, totiž tak, že např. hypotéza a dispozice právní normy se nalézá v jednom právním předpisu a sankce v jiném, anebo právními předpisy různé hierarchické úrovně, totiž tak, že právní norma je ve své úplnosti (dopodrobna) vyjádřena základní normou vyšší úrovně a zároveň prová-

169 Pescatore, P., Essai sur la notion de la loi, Luxembourg 1957, s. 365 an.; Knapp, V./red./, Teoretické problémy tvorby čs. práva, s. 13 an.; Allen, C.K., op. cit., s. 409 an.

170 Knapp, V./red./, tamtéž.

171 Zippelius, R., Wesen des Rechts, s. 126 an. a porůznu; týž autor, Rechtsphilosophie, s. 162 an.

děcími právními normami nižší úrovně. Možné, ač v praxi vzácné, je konečně i to, že určitý právní předpis vyjadřuje toliko jedinou právní normu, a to v její úplnosti, takže se právní předpis a právní norma svým rozsahem a obsahem kryjí.<sup>172</sup>

Z uvedeného vztahu právního předpisu a právní normy vyplývá dále, že ne všechen obsah právního předpisu musejí tvořit právní normy. Kromě právních norem může právní předpis obsahovat a často i obsahuje jiné, nenormativní části, které toliko něco deklarují či manifestují nebo k něčemu vybízejí, aniž mají povahu právní normy. Tak např. Ústavní soud za nenormativní část právního předpisu označil § 1 až 4 zák. č. 198/1993. Vkládání takovýchto nenormativních částí do právních předpisů je ovšem krajně nežádoucí. Znepřehledňuje to právní předpisy, snižuje to obecné vědomí závažnosti práva a často se tím vyvolávají nejasnosti a pochybnosti o právním charakteru jednotlivých částí právního předpisu.

Z vymezení pojmu právního předpisu však zároveň vyplývá, že nemůže existovat právní předpis „prázdný“, tj. takový, který by neobsahoval žádnou právní normu. Takový normativní právní akt by nebyl právním předpisem, i kdyby pocházel od orgánu nadaného legislativní pravomocí a byl publikován ve Sbírce.

### 2.2. Právo smluvní

Formou vnějšího vyjádření obecných práv a povinností, tj. heteronomního práva, mohou být i normativní smlouvy. Je tomu tak především v právu *mezinárodním*. Avšak i v právu vnitrostátním může smlouva obsahovat normy (v takovém případě jde o vzájemný souhlasný projev vůle více subjektů obsahující práva a povinnosti obecné a nikoli konkrétní, resp. individuální povahy).

V oblasti *mezinárodního práva* je psané právo vytvářeno mezinárodními smlouvami (§ 38 odst. 1 písm. a) Statutu Mezinárodního soudního dvora). Mezinárodní smlouvy jsou v současnosti v řadě států i pramenem vnitrostátního práva. Příkladem je ustanovení čl. 28 odst. 1 Ústavy Řecké republiky, čl. 94 Ústavy Nizozemského království, čl. 8 odst. 2, 3 Ústavy Portugalské republiky. Obdobně je tomu i v České republice. Podle čl. 10 Ústavy ČR jsou ratifikované a vyhlášené mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách, jimiž je Česká republika vázána, bezprostředně závazné i pro subjekty českého práva. Jsou tedy i pramenem vnitřního práva České republiky, a to dokonce silnějším než zákon. (Podle výslovného ustanovení cit. čl. 10 Ústavy „mají přednost před zákonem“.) Pramenem českého práva jsou ovšem tyto mezinárodní smlouvy nikoli ze své vlastní (bezprostřední) právní síly, nýbrž z rozhodnutí českého zákonodárce, tj. právě v důsledku cit. čl. 10 Ústavy ČR.

V této souvislosti lze zmínit skutečnost, že Ústavní soud České republiky ve svém nálezu publikovaném pod č. 7 Sbírky nálezů a usnesení, Sv. 1., termín „mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách“ vzhledem k vnitřní struktuře Listiny základních práv a svobod interpretoval extenzivně a podřadil pod ně i Mezinárodní pakt o hospodářských a sociálních právech a Úmluvu o právech dítěte.

326

<sup>172</sup> Knapp, V. /red./, op. cit. v pozn. <sup>169</sup>, s. 13 an.

V teorii se zpravidla uznává, že pramenem vnitrostátního práva mohou být normativní smlouvy uzavřené mezi vnitrostátními subjekty, a to v případech, kdy psané právo zakládá jejich obecnou závaznost. V českém právu jsou za takové smlouvy zpravidla uznávány *smlouvy kolektivní*, uzavírané mezi zaměstnavateli a odbory. Tak např. podle § 20 odst. 3 ZPr: „Nároky, které vznikly z kolektivní smlouvy jednotlivým pracovníkům, se uplatňují a uspokojují jako ostatní nároky pracovníků z pracovního poměru.“

### 2.3. Soudcovské právo

2.3.1. Soudcovské právo<sup>173</sup> je na rozdíl od práva psaného vytvářeno nikoli zákonodárnými sbory (parlamenty) či pověřenými tím výkonnými orgány, jako je vláda a ministerstva atd., nýbrž soudy. V systému soudcovského práva neplatí zásada spjatá jen s právem psaným, podle které *iudex ius dicit inter partes* (soudce vyhláší právo mezi stranami sporu), tj. že soudní rozhodnutí je závazné jen pro strany řízení, v němž rozhodnutí bylo vydáno a je pouze nalézáním práva a nikoli jeho tvorbou. V soudcovském právu platí kromě této zásady zároveň zásada právě opačná, podle níž rozhodnutí určitých soudů je závazné obecně, podle níž tedy soudce nejen právo nalézá, ale i tvoří. Precedenční soudní rozhodnutí je v tomto právním systému obecnou právní normou.

Soudcovská tvorba práva je hlavním a nejdůležitějším pramenem práva v Anglii, kde se historicky vyvinula z činnosti královských soudů a odkud byla převzata v zemích bývalého britského imperia, včetně USA. O tom bylo podrobněji vyloženo v části šesté, III.

2.3.2. Naopak na evropském kontinentu má soudní rozhodování menší a hlavně jiný vliv na tvorbu, resp. dotváření práva, než v Anglii. Osvícenská teorie děly státní moci tu vedla k striktnímu, strukturálnímu oddělení moci zákonodárné a moci soudní. Důsledkem toho pak byl teoretický názor, že soud může rozhodovat výlučně ve vztahu ke stranám řízení, a nikdy nemůže vydávat rozhodnutí závazná obecně. Tento teoretický názor došel legislativního výrazu v proslulém článku 5 francouzského Code civil z roku 1804 (viz výše v části šesté, II.), jenž ovlivnil právní myšlení i legislativu kontinentální Evropy a v němž se praví, že „soudcům je zakázáno rozhodovat o věcech, které jim byly předloženy, způsobem obecným a normativním“. O sedm let mladší ABGB v Rakousku stanoví tuto zásadu výslovně v § 12, kde se praví, že „...soudcovské rozsudky vydané v jednotlivých právních rozepráh nemají nikdy moci zákona; nelze jich vztahovat na jiné případy nebo na jiné osoby“.

Přesto však současná literatura většinou připouští, že soudní rozhodování, a to zejména tzv. konstantní judikatura vyšších soudů, která zpravidla bývá, ať už oficiálně nebo neoficiálně publikována, působí, jako by byla pramenem práva. Někdy se v tomto smyslu výslovně mluví o soudcovském právu v zemích psaného

<sup>173</sup> Cross, R., Precedent in English Law; Hanbury, H.G., English Courts of Law; Allen, C.K., op. cit. s. 157 an.

práva<sup>174</sup> a někdy, zpravidla v Německu, se tomuto působení judikatury říká dotváření práva („Fortbildung des Rechts“).<sup>175</sup>

2.3.3. S určitou výhradou uznává soudní rozhodnutí za subsidiární pramen zjištění právních norem mezinárodního práva čl. 38 odst. 1 písm. d) Statutu Mezinárodního soudního dvora.

2.3.4. Zvláštní a moderní problematikou vztahu soudní judikatury a pramenů práva je posuzování *právoformné role rozhodnutí ústavních soudů* v oblasti normativní kontroly. „Navzdory často vyslovované kritice se působení ústavního soudnictví jako náhradního zákonodárce v posledních desetiletích ve všech západních demokraciích silně rozšířilo.“<sup>176</sup> Rozhodnutí ústavních soudů, týkající se posuzování ústavnosti zákonů a jiných právních předpisů, totiž nejen takovéto zákony a jiné právní předpisy mohou rušit, čímž ústavní soudy vykonávají funkci negativního (derogujícího) zákonodárce, nýbrž uvedením důvodů zrušujících rozhodnutí zákonodárci zároveň vymezují hranice jeho legislativní aktivity.

#### 2.4. Obyčejové právo

2.4.1. *Obyčejové právo jako právní systém*

a) Obyčejové (zykovové) právo<sup>177</sup> je právní systém, který není vytvářen uvědomělou legislativní činností (zejména státní), nýbrž se ve společnosti vytváří spontánně zachováváním určitých tradičních obyčejů, které jsou považovány za závazné.

Obyčejové právo bylo u nás (v době, kdy ještě platilo na Slovensku) definováno jako souhrn právních pravidel, která prýští z všeobecného přesvědčení občanů a jeví se navenek v jejich stejné chování v určitých právních situacích, zachovávaném po dlouhou dobu.

V tomto vymezení obyčejového práva jsou obsaženy dva základní definiční znaky kontinentální koncepce obyčejového práva, totiž

- obecné přesvědčení o právní závaznosti obyčejů (opinio necessitatis, opinio iuris) a
- dlouhodobé faktické zachovávání obyčejů (usus longaevis, longa consuetudo).

Oba tyto znaky se ovšem velmi těžko zjišťují a zejména sociologické zjištění prvního soudcem v určitém sporu je prakticky vyloučeno. Hlavní význam tu má znak druhý, tj. dlouhodobost zachovávání určitého zvykového pravidla. Ani tu však pojem dlouhodobosti není nijak definován. Zpravidla se jím rozumí, že obyčej je zachováván „od nepaměti“. Jestliže je tedy takto „od nepaměti“ zachováván, lze mít za to, že je dána i opinio necessitatis.

Dalšími definičními znaky právního obyčejů jsou:

<sup>174</sup> Viz Knapp, V., Soudcovská tvorba práva v socialistických zemích, Eörsi, Gy., Comparative Civil (Private) Law, s. 552 an.

<sup>175</sup> Tak zejména Zippelius, viz pozn.

<sup>176</sup> Brühneek, A., Verfassungsgeschichtsbarkett in den westlichen Demokratien, s. 170.

<sup>177</sup> Fajnor, V., Zátarecký, A., Náštin súkromného práva planého na Slovensku, s. 22; Luby, Š., Dejiny súkromného práva na Slovensku, s. 55 an.; viz též Allen, C.K., op. cit., s. 64 an.; David, R./red./, Le droit français, I., Paris 1960, s. 152 an.

- jeho *obecnost*, jíž se obyčej liší od místní či profesionální zvyklosti (viz dále sub 2.4.2.),

- skutečnost, že je závazný ze své *vlastní právní síly*, nikoli tedy proto, že jeho dodržování požaduje zákon,

- *využitelnost* dodržování obyčejů státní mocí, zejména soudy. Tímto posledním znakem se ovšem obyčejové právo samo stává též právem státním. Rozdíl mezi ním a právem psaným tedy, kromě formy, spočívá v tom, že právo psané je státem formálním legislativním procesem *vytvářeno*, kdežto právo obyčejové je státem *uznáno* (akceptováno).

b) Při aplikaci obyčejového práva soudce neaplikuje psanou právní normu vytvořenou zákonodárcem, nýbrž právní normu danou právním obyčejem. Tento obyčej jako pramen práva musí soudce zjistit. To se ovšem, jak už řečeno, v praxi neděje a ani nemůže být sociologickým zjišťováním jeho existence. Obyčej byl odedávna sepisován v různých sbírkách, takže ve skutečnosti bývá i obyčejová právní norma zjišťována v pramenech psaných. (Takovými psaným pramenem obyčejového práva byl např. v Maďarsku soupis právních obyčejů zvaný *Tripartitum* opus iuris consuetudinarii z r. 1514 a později Dočasná soudní pravidla vzešlá z *Judex-kuriální* konference z roku 1861.)

c) Obyčejové právo je svým historickým původem starší než právo psané. Představovalo již nejstarší pramen práva římského a teprve postupně bylo nahrazeno novějším právním legislativou. Po justiniánské kodifikaci na dlouhou dobu ustoupilo do pozadí, ale pro první fázi vývoje feudálního státu a po celou dobu feudální rozdrobenosti se znovu stala charakteristickou forma práva obyčejového. To hrálo významnou roli i v stavovské monarchii a teprve absolutní monarchie obyčejové právo vytlačuje a počíná je nahrazovat právem psaným.

Houževnatost obyčejového práva se jeví v tom, že - sice v dnes zanedbatelné míře - přetrvává v Anglii (viz výše v části šesté, III. 2.) a že ve střední Evropě v oblasti občanského práva platilo do poloviny 20. století. (V Maďarsku do roku 1950.)<sup>178</sup> které tehdy bylo ještě částí Československa - do konce roku

Podobný charakter jako právo obyčejové mají i tzv. *práva tradiční* v některých afrických a asijských zemích. I význam těchto práv, která v dotyčných zemích zpravidla platí vedle práva historicky převzatého z bývalých evropských metropolit, se v současné době stále zmenšuje.

Teoretické koncepce anglického zvykového práva i práv tradičních se od kontinentální koncepce obyčejového práva liší. Zde se však omezuje jen na koncepci obyčejového práva obvyklou v kontinentální Evropě.

d) Obyčejové právo platí jako *právo primární*, tj. - jak řečeno výše - z vlastní právní síly, jako tomu bylo v práve zmíněných případech Maďarska a Slovenska. Někdy se připouští i působení obyčejového práva jako *práva subsidiárního*, které je aplikováno tehdy (existuje-li samozřejmě), nelze-li danou věc rozhodnout podle normy práva psaného. V tomto smyslu bývá interpretován čl. 1 rakouského obchodního zákoníku z r. 1862, kde se praví, že „ve věcech obchodních se má

<sup>178</sup> Viz Fajnor, V., Zátarecký, A., op. cit.

použit, pokud tento zákoník (roz. o věci) nemá ustanovení, obchodních obyčejů...<sup>179</sup> Takováto teoretická konstrukce je ovšem velmi pochybná. Předně tu nejde o právo tvorné obyčej v zde uvedeném smyslu, nýbrž o profesionální zvyklost (viz dále sub 2.4.2.). Krom toho takovýto „obyčej“ sice působí skutečně subsidiárně, nepůsobí však ve své vlastní právní síle, ale ze síly zákona, který se ho dovolává. Nejde tu tedy ve skutečnosti o subsidiární působení *právního obyčeje* či dokonce *obyčejového práva* jako právního systému, ale o subsidiární působení určité zvyklosti.

### 335 2.4.2. Obyčeje a zvyklosti

a) Obyčeje lze rozlišovat na *právo tvorné* (právní), které jsou pramenem obyčejového práva, o nich byla řeč výše, a *neprávo tvorné*.

I neprávo tvorné obyčeje ovšem mohou mít *právní význam* (právní relevanci). Takový právní význam mají též *consuetudines contra legem* (viz dále), jejichž dodržování jakožto chování protiprávní může vyvolat právní sankci. Právní význam mají i obyčeje, kterých se použije k výkladu nejasného ustanovení zákonného, atd.

b) V literatuře se obyčeje zpravidla třídí podle svého vztahu k psanému právu, resp. k zákonu na

- *consuetudines secundum legem* (obyčeje souladný se zákonem), tj. obyčeje zákonem výslovně nebo mlčky dovolené, a to bez rozdílu, zda právně významné nebo právně bezvýznamné;

- *consuetudines praeter legem* (obyčeje mimo působení zákona), čímž se míní obyčeje zachovávané v domnělém „prostoru práva prostém“, tj. zákonem ani dovolením, ani zakázaním;

- *consuetudines contra legem*, tj. obyčeje, jejichž zachovávaní je zákonem zakázáno.<sup>179</sup>

Zpravidla platí, že zákon je silnější než obyčej, že tedy obyčej přičítá se zákonu je neplatný, resp. že v případě, že zákon a obyčej ukládají totéž, platí zákon. Tato zásada není ovšem bezvýhradná. Tak např. v uherském obyčejovém právu platilo, že právní obyčej může právo tvořit, platné právo (i zákonné) měnit, resp. rušit, a zákon autenticky vysvětlovat.<sup>180</sup>

Uvedené rozlišení obyčejů, ač tradiční, není logicky důsledné. Ve skutečnosti totiž neexistuje „prostor práva prostý“; neexistuje lidské chování právně indiferentní, nýbrž každé je buď jen dovoleno nebo jen nedovoleno. (Stov. čl. 2 odst. 3. Listiny základních práv a svobod, viz též výše v části druhé, II. 3.) Obyčeje *praeter legem* jsou tedy obyčeje zachovávané mimo výslovné ustanovení zákona, i ony však jsou dovolené, takže kategorie těchto obyčejů ve skutečnosti neexistuje. (Stov. výše v části páté, II. 1.2.)

Lze tedy shrnout, že obyčeje ve svém vztahu k psanému právu jsou buď takové, jejichž zachovávaní je dovoleno (*secundum legem*), anebo takové, jejichž zachovávaní je nedovoleno, tj. zakázáno (*contra legem*).

<sup>179</sup> David, R., *Le droit français*, I., s. 132. an.

<sup>180</sup> Rauscher, J., *O obyčejovém práve na Slovensku*, in: Routček, F., Sedláček, J., *Komentář k čs. obč. zákoníku*, I., s. 162.

c) Stává se, že zákon odkazuje v určitém případě na obyčej, jako je tomu v zmíněném případě čl. 1 rakouského obchodního zákoníku. Tu se klade otázka, zda pramenem práva v daném případě je zákon či obyčej. Jak bylo řečeno, převládá názor, že pramenem práva tu je zákon, který odkazuje k obyčejí, takže obyčej sám tu neplatí, tj. neupravuje po právu danou otázku z vlastní právní síly, ale z právní síly zákona.

d) Od obyčejů se odlišují *zvyklosti*, např. místní zvyklosti, profesionální zvyklosti, jako jsou zejména obchodní zvyklosti či burzovní uzance atd. V tomto případě jde o skutečně zachovávaná pravidla, u nichž dokonce může být dáno subjektivní vědomí jejich závaznosti, jimž ale chybí obecnost a zpravidla i dlouhodobé zachovávaní.

### 2.5. Obecné zásady právní

Pojem obecných zásad právních má několikery a vždy více či méně neostřý význam. K účelům tohoto výkladu lze rozlišit *nenormativní a normativní význam* těchto zásad.

Ve svém nenormativním významu se obecné zásady právní blíží nenormativním obyčejům, o kterých byla řeč výše, a slouží především jako interpretační pravidla.

Pramenem práva jsou obecné právní zásady výjimečně. Typickým příkladem takového chápání právních zásad je § 7 ABGB, jenž ve své důsledné přírodě zenoprávní koncepci ve výřtu pramenů práva výslovně uvádí „přirozené právní“. Naproti tomu „zásady, na kterých spočívá tento zákon“, na které odkazuje náš obchodní zákoník, z důvodů vyložených výše, pramenem práva nejsou.

Do oblasti aplikace obecných zásad právních jako pramenem práva nejsou *ral justice* (přirozená spravedlnost).

Tento pojem anglického původu znamená určitou soustavu obecných právních zásad, resp. pravidel, které byla používána anglickými soudci v anglických koloniích v Africe k event. korigování rozhodnutí vydaných domorodými soudci podle místního tradičního práva. I poté, kdy tyto země nabyly samostatnosti a zachovaly si původní metropolitní, tj. anglické právo, mohou státní soudy nadále používat *natural justice* ke korigování rozsudků podle domorodého práva tradičního. (Viz část šestá, V.)

Základní zásady, resp. pravidla *natural justice* aplikovaná k uvedenému účelu jsou zejména tato:

a) nikdo nemůže být soudcem ve své věci,

b) nikdo nemůže být souzen, aniž by byl slyšen, což je ve své podstatě zásada *audiatur et altera pars*,

c) každý má právo být seznámen s obviněním, resp. s nárokem, vzneseným proti němu, a s jeho důvody,

d) rozhodnutí mají být rozumné a odůvodněná,

e) tresty nemají být nepřiměřené, mají odpovídat okolnostem případu, tj. zejména závažnosti porušení práva.<sup>181</sup>

V zemích psaného práva (i u nás) se zachovávají některé obecné právní zásady,

<sup>181</sup> Allott, A., *New Essays in African Law*, s. 159.

i když třeba nebyly výslovně vyjádřeny v právním řádu dotyčné země. Některé z nich byly již výše uvedeny. (Viz část pátou, III. 2.)

Aplikací obecných zásad právních je ve své podstatě i analogia iuris. V oblasti mezinárodního práva se čl. 38 odst. 1 písm. c) Statutu Mezinárodního soudního dvora v Haagu výslovně dovolává obecných zásad právních uznávaných civilizačními národy, které zde, ač je to v literatuře sporné, řadíme k pramenům mezinárodního práva.

2.6. *Ekvita a rozum*

2.6.1. Ekvita (Equity) je jeden ze systémů anglického práva a v této své podobě patří do práva soudcovského.

Výslovně za pramen práva je ekvita uznána v právu mezinárodním, kde čl. 38 odst. 2 Statutu mezinárodního soudního dvora uznává za určitých podmínek rozhodování podle ars aequi et boni.

I vnitrostátní soudce může někdy rozhodovat podle ekvity. Tak čini například švýcarský soudce, který rozhoduje podle § 1 občanského zákoníku „jakoby byl zákonodárcé“, ale i například rakouský soudce, když rozhoduje ve smyslu § 7 ABGB podle „přirozených zásad právních“, přičemž v tomto případě § 7 ve spojení s § 16 ABGB vychází z toho, že tyto zásady jsou seznatelné ze „samého rozumu“, t. j. z abstraktního rozumu ve smyslu racionální koncepce přirozeného práva. Rozhodování podle ekvity může být praktické i v rozhodčím řízení, zejména v obchodní arbitráži, dohodnou-li se na tom strany.<sup>182</sup> Tu je

2.6.2. Rozum bývá uznáván jako pramen práva v právu anglickém.<sup>183</sup> Tu je považován za pramen precedenčního rozhodnutí, které se pak samo stává pramenem práva soudcovského.

2.7. *Učené knihy a expertizy. Jurisprudence*

2.7.1. Na tvorbu práva má jistý, přímý či nepřímý, vliv i právní literatura, a to jak vědecká (jurisprudence), tak komentářová atd. V Anglii jsou dokonce některá starší právníká literární díla považována přímo za prameny práva.<sup>183</sup> (Viz výše v části šesté, III. 2.)

Pro tvorbu práva jsou významná a popř. sama jsou považována za pramen práva i literární díla náboženská. Tak je tomu zejména v právu islámském. (Viz výše v části šesté, IV.)

2.7.2. Právní věda, a to jak cestou literární, tak přímou účastí právních vědců při přípravě osnov právních předpisů, není bez vlivu na tvorbu práva ani v zemích kontinentálního právního systému. Nad tímto vlivem ovšem silně převládá vliv politický, což se nejednou projevuje v nízké odborné úrovni právních předpisů, v jejich častém měnění atd.

Zdá se proto silně přehnané tvrzení věhlasného francouzského právního vědce R. Davida, že právní věda je „i dnes, jako byla v minulosti, velmi významným a velmi živým pramenem práva“. Přehnanost tohoto tvrzení vyplývá i z toho, že týž autor význam právní vědy pro tvorbu práva spatřuje jen v tom, že „vytváří

<sup>182</sup> David, R., *Grands systèmes du droit contemporains*, s. 404 an.

<sup>183</sup> Ide o tzv. books of authority, viz David, R., *tamtéž*, s. 409 an.

právní slovník a právní pojmoslovní“ a dále metody poznání práva, tj. jeho interpretace.<sup>184</sup>

Výraznější význam má právní věda v právu mezinárodním, v němž je přímým, byť subsidiárním pramenem práva. Podle čl. 38 odst. 1 písm. d) Statutu Mezinárodního soudního dvora jsou totiž subsidiárním pramenem mezinárodního práva teoretické názory (teachings) nejvýznamnějších světových publicistů, tj. odborníků v mezinárodním právu veřejném.

### 3. Normativní odkazy na mimoprávní pravidla chování

3.1. Skutečnost, že právní norma je per definitionem obecná a je vždy aplikována na jedinečnou skutkovou podstatu, vytváří i v právu výrazný rozpor mezi obecným a jedinečným, spočívající v tom, že právní norma ve své obecnosti nemůže postihnout všechny varianty konkrétních případů, na které je aplikována. I kontinentální soudce musí tedy, podobně jako soudce anglický (i když s jinými následky) provádat *rozlišování*, totiž rozlišování skutkových podstat a rozhodnutí o jejich subsumpci.

Uvedený rozpor mezi obecným a zvláštním vede dále legislativu k hledání optimální míry obecnosti právní normy, tj. takovou, která by nevyvolala právní nejistotu, ale na druhé straně nevázala soudci příliš pevně ruce při rozhodování a netvořila z něho pozitivisticky chápaný „stroj na rozsudky“.<sup>185</sup>

3.2. Další východisko z uvedeného rozporu spočívá v tom, že zákon sám často poukazuje k mimoprávním pravidlům chování, resp. k mimoprávním normativním systémům. Již z římského práva se historicky odvozuje odkaz právní normy na *dobré mravy*, jimž v právu německém odpovídá odkaz na dobrou víru /*Treu und Glauben*. Tak např. podle § 39 ObčZ je právní úkon neplatný mimo jiné i tehdy, přičili-li se dobrým mravům; podle § 424 ObčZ odpovídá za škodu ten, kdo ji způsobil úmyslným jednáním proti dobrým mravům atd.

Obchodní zákoník v § 264 odkazuje na „obchodní zvyklosti zachovávané obecně v příslušném obchodním odvětví“. Rakouský ABGB se kromě dobrých mravů odvolává i na pravidla poctivého styku, bývalé československé právo se odvolávalo na pravidla socialistického soužití, bývalé právo NDR se takto odvolávalo na pravidla morálky atd.

Tato mimoprávní pravidla mají, odkazuje-li na ně zákon, funkci *normativní* a funkci *interpretací*, zejména pokud jde o interpretaci smluv. (Tato interpretační funkce je ovšem ve své podstatě také normativní.)

Příkladem přímého normativního působení mimoprávních pravidel chování je aplikace dobrých mravů podle cit. § 39 a 424 ObčZ. Tu soudce uváží, zda určitý právní úkon odpovídá dobrým mravům a, shledá-li, že se jim přičí, rozhodne o tom, že je neplatný. Podobně v případě, že někdo způsobí jinému škodu chováním, které soudce posoudí jako přičící se dobrým mravům, bude odsouzen ji nahradit.

<sup>184</sup> David, R., *tamtéž*, s. 146.

<sup>185</sup> Jhering, R., *Zweck im Recht*, s. 394.

345

3.3. Sporné v teorii je, zda v případě takovéto normativní aplikace dobrých mravů či jiné mimoprávní normy chování, je pramenem práva tato norma sama nebo jím je zákon, který k ní odkazuje a dovoluje, resp. ukládá soudci, aby ji aplikoval.

Na tuto otázku podává odpověď zákon sám. Ustanovení § 39 ObčZ v celém svém textu stanoví neplatnost právního úkonu, který odporuje zákonu *nebo* jej obchází *anebo* se přiči dobrým mravům. Z této formulace se zdá vyplývat, že pro rozpor s dobrými mravy je neplatný i takový právní úkon, který neodporuje zákonu. /Obdobně platí v případě § 424 ObčZ./ Tento závěr by ovšem byl mylný. Ustanovení § 39 a 424 ObčZ a jiná podobná mají na mysli rozpor s *výslovným* ustanovením zákona, zároveň ovšem § 39 a § 424 ObčZ samy *implicitně* zakazují ustanovením zákona, zároveň ovšem § 39 a § 424 ObčZ samy *implicitně* zakazují právní úkony přiči se dobrým mravům, resp. působení škody úmyslným jednáním proti dobrým mravům, takže i takovéto chování je zakázáno zákonem.

Z toho vyplývá závěr, podobný jako u aplikace místních zvyklostí apod., že totiž při normativní aplikaci mimoprávních norem chování pramenem práva nejsou tyto normy samy, nýbrž zákon, který k nim odkazuje, tzn. který jejich aplikaci dovoluje a přikazuje.

## II. Právní skutečnosti

### 1. Pojem právní skutečnosti

346

1.1. Pojem právní skutečnosti má svůj původ v právu soukromém a zejména v právu občanském.<sup>186</sup> Je sice svou povahou obecný, v oblasti práva veřejného se ho však používá zřídka. Pojem právní skutečnosti souvisí s působením právní normy, a to konkrétně s rozdílem mezi jejím působením nepodmíněným a podmíněným.

1.2. Některé právní normy (především zakazující) dávají vznik subjektivním právům a povinnostem přímo, ipso iure, aniž k tomu bylo zapotřebí splnění nějaké faktické podmínky. Typickým příkladem toho je obecná povinnost neminim laedere, tj. nepůsobit nikomu škodu, resp. vůbec povinnost nerušit právo.

Výjimčně se stalo i to, že zákonem samým bylo převedeno vlastnické právo z jednoho subjektu na druhý (tak se podle konstantního výkladu stalo např. podle konfiskačních dekretů z roku 1945), stalo se i, že zákonem byla zrušena hypotekární zástavní práva atd.

Častý je takovýto vznik subjektivních práv a povinností v právu veřejném, zejména ústavním.

V takovýto případech právní norma, tj. norma objektivního práva, dává zároveň (ipso iure) vznik právu subjektivnímu a popř. subjektivní povinnosti. Tak např. stanoví-li čl. 5 Listiny základních práv a svobod, že „každý je způsobilý mít práva“, pak je to obecné ustanovení, které toto základní právo dává každému bez rozdílu, tedy univerzální množině subjektů, pro které Listina platí, a zároveň je to

<sup>186</sup> Knappová, M., Švestka, J., Občanské právo hmotné, I., Praha 1995, s. 83.

tím samým subjektivní právo (či spíš vlastnost) každého jednotlivého subjektu, jenž je prvkem této univerzální množiny.

1.3. V soukromém právu a někdy i v právu veřejném však právní norma obecně stanoví práva a povinnosti a zároveň stanoví (výslovně nebo mlčky) podmínky, za kterých určitý konkrétní subjekt nabude oprávnění, resp. stane se subjektem povinnosti, obecně předvídaných v zákoně. Tak např. § 588 ObčZ stanoví, že „z kupní smlouvy vznikne...kupujícímu povinnost...zaplatit...dohodnutou cenu“. Zákonná povinnost zaplatit kupní cenu je tedy obecná a týká se množiny všech kupujících, zákon sám však říká, že tato povinnost vznikne „z kupní smlouvy“. Určitý subjekt bude tedy mít konkrétní povinnost zaplatit prodávajícímu určitou kupní cenu tehdy, uzavře-li s ním platnou kupní smlouvu, a prodávající bude za stejné podmínky právo zaplacení kupní ceny požadovat atd.

Podobně povinnost nahradit způsobenou škodu podle obecných ustanovení § 420 ObčZ bude konkrétně mít ten, kdo škodu způsobil a nejsou u něho dány žádné exkulpční ani popř. exoneráčnické důvody.

1.4. Podmínky, na které zákon sám váže konkrétní vznik subjektivních práv a povinností v právní normě obecně předvídaných, se nazývají *právní skutečnosti*. Jinými slovy lze právní skutečnost definovat jako *skutečnost, která podle zákona samého musí nastat, aby se někdo stal subjektem oprávnění a povinnosti, které jsou pro určitou skutkovou situaci obecně stanoveny v zákoně*.

### 2. Druhy právních skutečností

348

Právní skutečnosti se třídí na

a) skutečnosti *spočívající ve volním chování lidském*, s nímž právní norma spojuje vznik právních následků; takovéto právní skutečnosti se nazývají *úkony* a rozlišují se na

aa) úkony právní, tj. chování, které směřuje k založení nějakého právem dovoleného právního následku; právním úkonem je zejména např. smlouva, závět atd., bb) úkony protiprávní, tj. chování, které porušuje právo a zpravidla dává vznik právní sankci; ta ovšem nastupuje často v důsledku dalšího právního důvodu, jímž je úřední, zpravidla soudní rozhodnutí, které někomu sankci ukládá;

b) skutečnosti, které *nespočívají ve volním lidském chování*, jimiž jsou zejména konstitutivní rozhodnutí státních orgánů a orgánů územní samosprávy, bb) *právní události*, což jsou skutečnosti nespočívající v lidském chování, s nimiž zákon spojuje vznik právních následků, jako je narození a smrt člověka, uplynutí času, požár, povodeň atd.;

c) jiné v zákoně stanovené skutečnosti, tzv. *variae causarum figurae*, jako je např. nálezev ztracené věci či odvrácení někomu jinému hrozící škody, ve veřejném právu pak např. hlasování (tj. výkon hlasovacího práva) atd.

Právním důvodem může být i kombinace několika právních skutečností, tak např. povinnost pojišťovny zaplatit pojistnou náhradu vznikne tehdy, je-li uzavřena na pojistná smlouva, je-li řádně zapláceno pojistné a nastala-li pojistná událost.

### 3. Právní úkony

349

3.1. Zvláštní pozornosti zaslouží *právní úkony* a z nich pak zejména smlouvy. Právní úkon je celkem případně legálně definován v § 34 ObčZ, kde se praví, že „právní úkon je projev vůle směřující zejména ke vzniku, změně nebo zániku těch práv nebo povinností, které právní předpisy s takovým projevem spojují“.

Z povahy právního úkonu i z právě citované legální definice vyplývá, že právní úkon je především *pramenem autonomního práva*. Vzniká neformálním anebo, stanoví-li tak zákon, formálním, např. písemným projevem vůle, který má náležitosti vůle a náležitosti projevu. Základními náležitostmi vůle jsou její svoboda, tj. nedostatek jakéhokoli donucení k projevu, a její vážnost. Základní náležitosti projevu vůle je jeho srozumitelnost.

Složitým filozofickým problémem, týkajícím se právního úkonu jako projevu vůle, je vztah vůle vnitřní, tj. skutečné psychické vůle toho, kdo právní úkon činí, a vůle projevené.<sup>187</sup> Vnitřní a projevená vůle se totiž mohou z různých důvodů lišit (např. pro omyl, pro simulaci, pro donucení atd.). Vzhledem k tomu, že právní úkon je projev vůči někomu, tzn. je někomu adresován anebo je vykonán erga omnes, může se v případě rozporu mezi vůlí vnitřní a vůlí projevenou dostat do konfliktu zájem toho, kdo právní úkon, tj. projev vůle, vykonal, a toho, kdo vnímal jeho sdělné vyjádření. Právo zpravidla chrání dobrou víru toho, komu byl právní úkon určen, popř. toho, kdo jej vnímal. Při rozporu vůle vnitřní a vůle projevené tedy právo zpravidla přihlíží k vůli projevené, která se vykládá podle obvyklých interpretačních pravidel. (Viz v části desáté, I/

350

Právní následky platných právních úkonů zamikají tím, že bylo dosaženo účelu právního úkonu, uplynutím doby, na kterou bylo jeho působení omezeno, neplatností ex nunc, splněním rozvazovací podmínky atd., jakož i zrušením pozdějším právním úkonem, tj. podle obdoby zásady lex posterior derogat priori. Právní úkon ovšem může být i něčím jiným než pramenem autonomního práva /srov. slovo „zejména“ v § 34 ObčZ/. I pak ovšem o něm platí to, co bylo řečeno výše, mutatis mutandis. Zejména může být právní úkon *výkonem práva*, tzn. že subjektivní právo může někdy být vykonáno /realizováno, uskutečněno/ právním úkonem. V takovém případě tedy subjektivní právo nebylo autonomně vytvořeno, nýbrž existující již subjektivní právo bylo právním úkonem vykonáno. Příkladem toho je podání žaloby a zaplacení dluhu. Podáním žaloby žalobce nevytváří své právo na žalobu, ale vykonává (realizuje) je.

Právním úkonem může být i splnění povinnosti. Tak např. zaplacení dluhu působí jako svůj právní následek zánik závazku, samo ale je právním úkonem, jímž je plněna povinnost. Zaplacením dluhu dlužník plní svou povinnost.

3.2. Skutečnost, že právní úkon je výkonem práva, vedla kdysi k právně-filozofické otázce, zda veškeré chování podle práva resp. veškeré dovolené chování je právním úkonem. (Srov. výše v části druhé, II. 3.) Kládá odpověď na to by znamenala, že právním úkonem je čtení knihy, poslouchání hudby, ale

351

<sup>187</sup> Otázkou vztahu skutečné vůle a jejího projevu se podrobně zabývá Emil Svoboda v práci *Vůle vnitřní a vůle projevená právním činem*.

i procházka v parku či pití piva v hospodě atd. Život lidský by se tak redukoval na konání právních anebo popř. protiprávních úkonů. Absurdita takového závěru je i zde intuitivně jasná, dokázat ji však není snadné.

Řešení je nejspíš v tom, co o právních úkonech praví § 34 ObčZ a z čeho lze vyvodit vymezení právního úkonu uvedené dříve, podle něhož právním úkonem není každé chování podle práva, nýbrž jen takové, které se uskutečňuje s vůlí způsobit právní následky, tj. určitou změnu právního stavu, anebo které přinejmenším k způsobení právního následku objektivně směřuje.

3.3. Subjekt práva tedy podle této koncepce své subjektivní právo uskutečňuje buď právními úkony nebo (většinou) jiným dovoleným chováním, které charakter právního úkonu má.

Tak např. vlastník osobního automobilu, který v něm jede nebo si jej opravuje apod., vykonává své právo, ale nekoná právní úkon. Půjčí-li je někomu podle § 659 ObčZ, právní úkon koná. Vlastník ovocné zahrady, který se v ní prochází, vykonává své právo a nekoná právní úkon. Utrhne-li však pro sebe plod ze stromu, nabývá tím vlastnictví plodu separací podle § 135a ObčZ. Utržení plodu tedy objektivně, ať si toho vlastník byl vědom či nikoli, směřovalo ke způsobení právního následku, takže je třeba je kvalifikovat jako právní úkon.

Ani právé uvedené rozlišení právního úkonu od prostého dovoleného chování však neřeší všechny možné případy zcela spolehlivě a uspokojivě.

### 4. Smlouvy

4.1. Zvláštní místo mezi právními důvody má *smlouva*,<sup>188</sup> která je základní právní skutečností v právu soukromém, vyskytuje se však i v právu veřejném (tzv. veřejná smlouva). Základní význam má dále v právu mezinárodním.

Smlouva je svou podstatou *konsens*, tj. shodný dvoustranný popř. vícestranný právní úkon, jímž smluvní strany mezi sebou zakládají právní vztah a tím i vzájemná práva a povinnosti. V tomto smyslu je smlouva právotvorná. Je ovšem třeba rozlišovat smlouvu podle vnitrostátního práva a smlouvu mezinárodní. Mezinárodní smlouva je, jak už bylo řečeno, pramen mezinárodního práva, a to jeho pramen základní. V právu vnitrostátním smlouva není považována za pramen (objektivního) práva, je však právotvorná tím, že v mezích kognitivního práva vytváří práva a závazky mezi smluvními stranami (inter partes). Toto její působení se nazývá *lex contractus*, tj. právo vytvořené smlouvou, které jsme výše (v části čtvrté III. 2.2.) nazvali právem autonomním. Smlouva je tedy základním a nejvýznamnějším pramenem práva autonomního.

4.2. Při uzavírání smlouvy se uplatňuje tzv. *autonomie vůle* smluvních stran. 354

S tou souvisí skutečnost, že občanské a obchodní právo znají instituci tzv. *repojmenovaných smluv* (contractus innominati). To znamená, že občanský i obchodní zákoník specificky upravují některé typické smlouvy, jak je např. smlouva kupní, smlouva nájemní, půjčka a výpůjčka, smlouva o dílo atd., avšak ponechávají stranám aby uzavřely i smlouvu jinou, atypickou. Uzavřou-li tedy

<sup>188</sup> Viz Zuklínová, M., Smlouva.



strany např. kupní smlouvu, konkretizují mezi sebou obecná ustanovení zákona o kupní smlouvě. Uzavrou-li nepojmenovanou smlouvu, nekonkretizují zpravidla žádná obecná ustanovení zákona a platí mezi nimi *lex contractus*. Obecně ovšem platí, že úprava daná smlouvou, a to ať pojmenovanou nebo nepojmenovanou, nesmí odporovat kogentním právním normám, může se však odchýlit od právních norem dispozitivních. Odchyluje-li se od nich, platí to, co bylo ujednáno, a nikoli norem dispozitivních.

to, co stanoví dispozitivní právní norma.  
4.3. Vážnou právněteoretickou i praktickou otázkou je přípustnost tzv. *samo-regulujících smluv* (*selfregulatory contracts*). Tato otázka, která v praxi vyvstala při uzavírání smluv s cizím prvkem, a z nich zejména smluv obchodních, vychází z právněfilozofického problému smluvní svobody, resp. autonomie vůle smluvních stran, a ptá se, zda této smluvní svobodě jsou dány nějaké právní meze. I tato otázka je konečnou specifikací obecné dovolenosti lidského chování podle zásady, že dovoleno je vše, co není zákonem zakázáno. Jinými slovy je otázkou možnosti samoregulujících smluv otázku mezi daných tvorbě autonomního (smluvního) práva právem heteronomním.

Konkrétně otázka zní, zda smluvní strany mohou svým smluvním konsensem utvořit celý obsah své smlouvy, zda tedy celý právní vztah mezi sebou mohou vytvořit jako *lex contractus* a vyloučit tak právo heteronomní, tj. zákonné. Pokud jde o smlouvy, které se řídí výlučně právem českým, odpověď nepůsobí pochybnosti. Strany mohou jakožto *lex contractus* vytvořit mezi sebou právní vztah, a to popř. i celý, pokud tím neporuší *ius cogens*. Kdyby smlouva porušila *ius cogens*, byla by neplatná, a to podle okolností zcela nebo zčásti. Právo kogentní je silnější než *lex contractus*.

Při smlouvách s cizím prvkem však bývá argumentováno přípustností volby práva podle § 9 zákona o mezinárodním právu soukromém a procesním č. 97/1963 Sb. Argumentuje se a fortiori (v tomto případě ovšem a minori ad maius), a to tak, že zákonné dovolení, aby si strany zvolily právo, „jímž se mají řídit jejich vzájemné majetkové vztahy“, se netýká jen volby určitého cizího práva, ale implikuje i právo autonomní, tj. *lex contractus*.

Uvedenou argumentaci však sotva lze považovat za korektní. Spš lze soudit, že i smlouvy s cizím prvkem jsou samoregulující jen v mezích práva dispozitivního, každá z jejich stran je však vázána svým právem kogentním a popř. i kogentním právem druhé smluvní strany. (Kdy kterým bude vázána, se řídí ustanoveními příslušného práva kolizního.)

4.4. Smluvní svoboda má různé aspekty. Zejména jde o svobodu utváření obsahu smlouvy a o svobodu rozhodnutí o uzavření smlouvy, tj. svobodu smlouvu uzavřít či neuzavřít. Nezbytným předpokladem a požadavkem autonomie smluvní vůle je svoboda *rozhodnutí o uzavření smlouvy* (a to přirozeně i tehdy, jde-li o *pactum de contrahendo*: smlouva uzavíraná na jeho základě je uzavírána na

<sup>189</sup> Viz o tom podrobněji Knapp, V., in Schmitthoff, C., /red./, Sources of the Law in International Law, London 1964, s. 276.

základě smluvního závazku, který na sebe smluvní strana dobrovolně smlouvou o budoucí smlouvě vzala).

Svoboda *utvořit obsah* smlouvy může být, a v současném obchodě a zejména i při poskytování služeb zpravidla je, omezena, a to někdy tak, že tomu, komu je adresována nabídka smlouvy, zbývá jen možnost ji přijmout nebo nepřijmout, a jakákoli negoce je vyloučena. Tak např. při koupi v samoobsluze, ale zpravidla i jinde, je jakékoli jednání o utváření smlouvy vyloučeno a zákazník má jen možnost koupit nebo nekoupit. Ve velkoobchodě jsou tyto případy méně časté, ale existují též (v podobě obecných podmínek dodávky atd.).

Takovéto smlouvy se nazývají smlouvy *adhese* nebo popř. smlouvy formu-lářové atd. Jsou platné, ledaže by byl dán specifický zákonný důvod jejich neplatnosti, např. bylo-li by jejich uzavírání v rozporu s dobrými mravy (§ 39 ObčZ) nebo bylo-li by omezováním hospodářské soutěže podle § 41 an. ObchZ.

## 5. Úřední rozhodnutí

Specifickou pozornost mezi právními důvody má dále *rozhodnutí* státního orgánu, resp. úřední rozhodnutí, které je právním důvodem veřejnoprávním a je svou podstatou analogon právního úkonu. Rozhodnutí státního orgánu (popř. orgánu územně samosprávného celku) se obecně nazývá *právní akt*. Právní akty, vydávané soudy, se nazývají podle okolností *rozsudek* nebo *usnesení*.

Důležité je rozlišování právních aktů na

a) *konstitutivní*, tj. takové, které zakládají právní následky, zejména práva a povinnosti, resp. právní vztahy, které dosud nebyly; tak např. stavební povolení zakládá oprávnění ke stavbě tomu, kdo takové oprávnění dosud neměl, soudní rozsudek, jímž se rozděljuje nemovitost, která dosud patřila spoluvlastníkům, vytváří právní vztahy mezi bývalými jejími spoluvlastníky atd.; konstitutivní právní akty mohou i rušit existující právní vztahy a popř. je měnit;

b) *deklaratorní*, tj. takové, které autenticky a autoritativně vyjadřují práva a povinnosti, resp. právní vztahy, které už byly; tak např. soudní rozsudek, kterým se dlužníkovi ukládá zaplatit, co je dlužen, vystovuje (deklaruje) povinnost, kterou dlužník už měl (ze smlouvy) atd.

Konstitutivní jsou zpravidla správní akty, tj. administrativněprávní akty, a soudní rozsudky ve věcech trestních. Deklaratorní jsou zpravidla rozsudky ve věcech soukromoprávních.