Soudce a občanský zákon

Dr. Otakar Sommer,

prorektor a profesor university Komenského v Bratislavě

(Poznámka k § 7 ob. z. obč.)

Veliké kodifikace občanského práva mají sklon zaujmouti k vykladači zákona a tedy i k soudci stanovisko značně nepřátelské. Platí to zejména o kodifikacích absolutních monarchů, u nichž názor o výlučné platnosti zákona vyplývá již ze základního přesvědčení o vlastní neobmezené moci. Klasickým příkladem je i tu *Justinián*. V publikační konstituci Tanta (de confirmatione Digestorum) § 21 bylo nařízeno, že v případech pochybných výklad zákona nepřísluší soudci, nýbrž zůstává vyhrazen císaři, „cui soli concessum est leges et condere et interpretari". Současně bylo zakázáno komentování Digest jako falšování zákona (crimen falsitatis). Díla, jež by proti tomuto zákazu byla vydána, měla býti zničena.[1]) Podobně pruský Landrecht zakázal v úvodu § 47 n. v duchu staršího nařízení Bedřicha Velikého z r. 1780 soudcům a úřadům vykládati zákon. V pochybnosti i tu byl výklad vyhrazen panovníkovi. Mimo to v § 6 úvodu nařízeno, že soudce nemá dbáti názorů učitelů práv.[2]) Již r. 1798 však bylo soudci dovoleno, aby v pochybných případech rozhodl podle obecných pravidel o výkladu zákona.[3]) V praksi právě se ukázala neudržitelnost takového absolutistického stanoviska.

Stejné stanovisko zaujímal jistě i Napoleon. Svědčí tomu aspoň, co se vypravuje, že při vydání prvého komentáře ke Code civil prý zvolal: „Mon code est perdu!"[4]) V zákoně samém však nedošlo výrazu. Naopak, v osnově mezi úvodními články bylo dokonce navrženo uzákoniti: „Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive." Do zákona se toto ustanovení nedostalo, snad vlivem odmítnutí se strany některých apelačních soudů, obávajících se nejednotné prakse soudní.[5]) Ale na půdě zákona, ponechávajícího svými ustanoveními spe-

[1]) Srov. moje Prameny soukromého práva římského, 1928, 104.

[2]) *Dernburg*, Lehrbuch des preuß. Privatrechts, 5. vyd., 1 (1894), 15.

[3]) Typickým dokladem zákonodárcovy úzkostlivosti je na př. 1, 8, 158, kde se výslovně praví: Was von Planken verordnet ist, gilt in der Regel auch von Stacketen.

[4]) Podle *Genyho*, Méthode d'interprétation, 2. vyd. 1 (1919), 23.

[5]) Srov. *Saleilles*, Le code civil et la méthode historique v Le code civil, livre du centenaire, 1 (1904), 101 ns.

ciálními mnoho volnosti soudci, vznikla tvořivá prakse, doplňující zákon a hodnocená přímo jako pramen právní.[6])

Náš občanský zákon prozrazuje absolutistický duch doby, v níž vznikl, svým § 8, jenž v prvé větě praví: „Jediné zákonodárci přísluší moc vyložiti zákon způsobem všeobecně závazným.“[7]) Vykladač zákona je tak postaven do područí zákona, zákon není v jeho ruce prostředkem, jímž by mohl volně vládnouti a tvořiti tak nové právo, stejně obecně závazné, jako zákon, jak ho tvořila na př. římská jurisprudence. Není to tak ostré, jako pruský Landrecht, ale v podstatě je to totéž. V jednom se však zákon náš prospěšně liší od Landrechtu. Ponechává soudci volnost výkladu pro jednotlivý případ. § 6 našeho zákona sice shodně s úv. § 46 Landrechtu nařizuje, že se zákonu nesmí „v užívání žádný jiný smysl přikládati nežli ten, který vysvítá z vlastního významu slov v souvislosti jejich a z jasného úmyslu zákonodárcova.“ Avšak § 7 pak pokračuje:

„Nedá-li se případnost právní rozhodnouti ani ze slov, ani z přirozeného smyslu zákona, jest míti zřetel na případnosti podobné v zákonech určitě rozhodnuté a na důvody jiných zákonů s ním příbuzných. Zůstane-li právní případnost ještě pochybnou, musí se rozhodnouti podle přirozených zásad právních,[8]) přihlédajíc k okolnostem pečlivě sebraným a zcela uváženým.“[9])

Zajímavé je, že základní statut království italského z 4. III. 1848 převzal v čl. 73 ustanovení § ob. z. obč.: „L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo“, kdežto v úvodních ustanoveních codice civile zrcadlí se zřejmě vliv § 6 a 7:

Čl. 3: Nell' applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili

---

[6]) Srov. *Genyho* výše citované dílo a jeho Science et technique en droit privé positif, I—IV (1914—1924); van der *Eycken*, Méthode positive de l'interprétation juridique, 1907; *Perreau*, Technique de la jurisprudence en droit privé, I, II, 1923; *de Page*, De l'interprétation des lois, I, II, 1925. Srov. též *Nast*, La fonction de la jurisprudence dans la vie juridique française, 1922; *Kantorowicz*, Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, 1925, 22 ns.

[7]) Srov. *Manigk* čl. Auslegung v Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 1 (1926), 431.

[8]) Osnova Martiniho § 12 má: „podle obecných zásad právních“, osnova prvotní: „podle obecných a přirozených zásad právních“. Odkaz na obecné právní zásady byl vypuštěn, aby se tím nerozumělo právo obecné. Srov. též *E. Swoboda*, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants, 1926, 49 ns.

[9]) Překlady cit. míst jsou od *Stupeckého* (viz Josef Stupecký In memoriam, 1928).

o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttativa dubbio, si deciderà secondo i principii generali di diritto.[10])

Odkazem na obecné principy právní se rozumí u vykladačů zákona zpravidla t. zv. analogia iuris,[11]) avšak proti tomu se postavil nejnověji del *Vecchio*[12]) a s úspěchem ukazuje, že „principii generali di diritto" nejsou nic jiného než právo přirozené.

V nové formulaci přejímá starou myšlenku švýcarský občanský zákon, který v čl. 1. odst. II. ustanovuje:[13])

Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

Byly právem vysloveny pochybnosti, je-li tato formulace šťastnější než § 7 ob. z. obč., jenž před subjektivní stylisací švýcarského čl. 1. má přednost odkazu na objektivní měřítko zákona.[14]) Nicméně byly doby, které se k § 7 stavěly velmi kriticky. Spatřována v něm recepce přirozeného práva (ve smyslu nezměnitelného systému právních pravidel) jako podpůrného pramene právního a s tohoto hlediska *Unger*[15]) a po něm celá desetiletí nauka občanského práva rakouského zavrhovala závěrečnou větu § 7 jako výraz dobových, dávno překonaných názorů teoretických. Dnes se vystačí prý s analogií práva, v praksi se nemůže vyskytnouti případ, v němž by bylo soudu uchýliti se k subsidiárnímu pramenu práva přirozeného.

Novější doba počala si však opět § 7 vážiti, zejména vlivem prací *Ehrlichových*.[16]) Také prakse nejvyššího soudu vídeňského odložila ostych starší doby před § 7[17]) a u nás po převratu nejvyšší soud rovněž opětovně po

---

[10]) Srov. k tomu *Fadda-Bensa*, Note al Windschied, Diritto delle Pandette, 4, 18 ns.

[11]) Srov. *Ferrara*, Trattato di diritto civile italiano, 1 (1921), 228.

[12]) Sui principi generali del diritto 1921 (z Arch. giur. 85). K problému práva přirozeného srv. z přečetné literatury *Jung*, Das Problem des natürlichen Rechts, 1912; van *Calker*, Recht und Weltanschauung, 1924; *Renard*, Le droit, l'ordre et la raison, 1927; *Zapponi*, Appunti sui principii generali di diritto privato, 1927; *Kallab*, Právní filosofie a výklad zákonů, 1927.

[13]) Srov. k tomu *Gmür*, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweiz. Z. G., 1908; *Reichel*, Zu den Einleitungsartikeln des schweiz. Z. G., 1926 (Festgabe für Stammler); *Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung, 2. vyd., 1925, 347 ns.

[14]) Srov. *Wellspacher*, Das Naturrecht und das ABGB, ve Festschrift zur Jahrhundertfeier, 1 (1911), 185 ns.; *E. Swoboda*, l. c. 54 ns.

[15]) System des öst. allg. Privatrechts, 1, 71. Srv též *Pfaff-Hofmann*, Kommentar, 1 (1877), 194 ns.; *Dniestrzoński*, Die natürlichen Rechtsgrundsätze ve Festschrift zur Jahrhundertfeier, 2 (1911), 1 ns.

[16]) Na př. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903. U nás *Tilsch*, Část všeobecná (1. vyd., 1910), 3. vyd. zpracoval *Svoboda*, 1925, 54 ns.

[17]) *Ehrenzweig*, Allgemeiner Teil (1925), 76.

§ tom sáhl.[18]) Návrh subkomitétu pro revisi občanského zákona[19]) převzal prozatím § 7 beze změny.

Ozvaly se však již hlasy, doporučující změnu textu, tak na př. ve smyslu staré formulace Martiniho a není tedy vyloučeno, při definitivní osnově občanského zákona § 7 stane se předmětem diskuse, zvlášť když lze poukázati na moderní zákony, které se obejdou bez podobného ustanovení, takže by se mohlo zdáti, že § 7 patří k samozřejmému a tedy zbytečnému obsahu zákona.

Bylo by snad i svůdné ospravedlňovati takové nazírání odkazem na římské právo, jež nemajíc prý ani předpisů o analogii, ani vyvinuté nauky o výkladu zákonů, přece jen právě výkladem svých norem se přímo vyvíjelo. Než závěr takový by byl velmi klamný. Mluvíme-li již o právu římském, dlužno vždy precisovati, o které jeho vývojové stadium se jedná. Právo justiniánské, které přesně vzato si ani názvu právo římské nezaslouží, je právem výlučně zákonným. Při zásadně odmítavém stanovisku kompilace k vědeckému výkladu zákona nebudeme tu hledati norem o interpretaci.[20]) Z mlčení kompilace nelze však činiti závěr na právo klasické.

Soudce klasické doby především podléhá formuli, jíž mu strany dávají direktivu pro rozhodnutí. Základní otázka právní je v tomto stadiu sporu již předem řešena, je již zodpověděno, qualis actio. Ovšem ponechává začasté formule soudci značnou volnost (tak na příklad iudicia bonae fidei, actio rei uxoriae se svým odkazem, quod eius melius aequius erit, eius condemna); v této sféře je však soudce od II. století po Kr. vázán právem juristů (t. zv. ius receptum).

V přímém poměru k zákonu stojí praetor. Oprávnění praetorovo k rozhodování ve věcech soudních (iurisdictio) jsouc funkcí moci vládní, imperia, nalézalo ovšem v zákonu svoji mez, avšak mez velmi nedostatečnou. Mezerovitost římského zákonodárství vedla praetora k tomu, že ze svého imperia vyplňoval tyto mezery civilního práva ať už analogickým rozšířením žaloby uznané (actio utilis), či propuštěním jiného prostředku právního (na př. interdikta). Praetor je tu suverenním pánem. Jurisdikce jeho jako výkon imperia je vždy zároveň věcí politickou, takže v mezích své politické odpovědnosti může praetor vykonávati jurisdikci i contra legem. Oprávnění praetorovo k analogickému tvoření práva nelze tedy vysvětliti jinak, než jako oprávnění k tvoření práva protizákonného. Oporou tu není

[18]) *Tilsch-Svoboda*, l. c. 55.

[19]) Všeobecná část, 6.

[20]) Srov. *Stroux*, Summum ius summa iniuria, 1926, 45 ns.

zákon, nýbrž imperium, jež lze snad odvoditi z vůle lidu, nikoli však ze zákona.[21])

Jurisprudence římská, obracejíc se jak na praetora pokyny k jeho výkonu jurisdikce, tak na soudce-porotce, měla zajisté hojnou příležitost obírati se nejen výkladem zákonů, nýbrž i ediktu praetorského samého, takže známe i actiones utiles, vydané na základě žalob praetorských. Jurisprudence stala se tak nejvydatnějším pramenem římského práva klasického, třebas imperium magistrátské spoutati nedovedla. To mohl jen zákon, činil tak však v průběhu tisíciletého vývoje římského práva soukromého po kodifikaci XII tabulí jen sporadicky. Jako patria potestas v staré římské rodině byla bezprostředním zdrojem úpravy četných vztahů osobních (iudicium domesticum) i majetkových v rodině, tak ve státě zdrojem práva bylo imperium, jež nejen že tvořilo normy konkretní, nýbrž v ediktu dávalo i předpisy abstraktní.

Pro řešení naší otázky, poměru soudce k zákonu[22]) občanskému, tedy nelze z těchto poměrů nic vyvozovati. Nalézáme v nich však pokyn metodický. Otázka naše je konec konců otázkou práva ústavního.

Ústava naše v § 98 předpisuje: „Veškeří soudcové vykonávají svůj úřad neodvisle, jsouce vázáni jen zákonem." Co značí tato vázanost soudce na zákon? *Hácha*[23]) vykládá toto ustanovení v ten smysl, že zákon je pro soudce *výlučným* pramenem práva. Praví:[24]) „tato vázanost znamená netoliko, že soudce není oprávněn se skutkovou podstatou spojiti jiné právní následky než ty, které jsou zákonem předurčeny, nýbrž znamená také, že není oprávněn spojiti nějaké právní následky se skutkovou podstatou, pro niž zákon žádných nepředurčil". Důsledně dochází pak *Hácha* k názoru, že v oboru práva správního použití analogie nerozumí se samo sebou, neboť všeobecné normy o přípustnosti analogie v našem právním řádu nemáme. § 7 ob. zák. obč. dlužno omeziti jen na pole práva soukromého.[25])

Pro účel tohoto článku nemusím řešiti otázku, je-li zákon skutečně výlučným pramenem práva u nás. Přesvědčení právního historika vedlo by

[21]) K podrobnostem srv. moje Prameny, 37 ns. a rektorskou přednášku o funkci zákona ve vývoji římského práva soukromého.

[22]) Z literatury srv. *Bülow*, Gesetz und Richteramt, 1885; *Rumpf*, Gesetz und Richter, 1906; *Oertmann*, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, 1909; *Otto*, Die Gewißheit des Richterspruchs, 1915; *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, 1915; *Kretschmar*, Grundfragen der Privatsrechtsmethodik, JJB, 67 (1917), 233 ns.; *Fabreguettes*, La logique judiciaire et l'art de juger, 1926; *Schreier*, Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, 1927; *Renard*, La valeur de la loi, 1928.

[23]) Čl. Analogie ve Slovníku veřejného práva československého, 1927, 60 ns.

[24]) Na uv. m. 65.

[25]) Na uv. m. 66.

mne k odpovědi negativní. Ale při tendenci dneška redukovat všechny právní zjevy na zákon, při tomto dědictví doby absolutistické, jíž zákon též byl výlučným pramenem práva, nepokládal bych výslovné zmocnění soudce k řešení mezer v právu za zbytečné. Těm, kdo stojí na stanovisku výlučné platnosti zákona, není § 7 ob. zák. obč. nikterak samozřejmým. Naopak ustanovení toto je cenným doplňkem ústavy, pokud ona upravuje soudcovo imperium.

Snad s tohoto hlediska by mohl vzniknouti pocit, že ustanovení § 7 ob. zák. obč. systematicky nepatří do občanského zákona, jsouc přesně vzato předpisem ústavním. Avšak pocit ten lze snadno překonati, uvážíme-li, že se tu zároveň jedná o normách práva občanského, po případě o jejich mezerách.

Odkazovati proti § 7 ještě na to, že Code Napoléon a BGB se bez něho obešly, byla by, jak patrno z předešlého, petitio principii. U code civil celý duch zákona vysvětluje, že přímo vyvolal tvořivou jurisprudenci. V osnově německého BGB ustanovení o analogii bylo a vědomě se vynechalo jako samozřejmé. Je to vysvětlitelno, uvážíme-li historickou kontinuitu doby, v níž se německé právo pandektní vytvořilo v podstatě jako právo juristů a v níž *Ihering* svým vrstevníkům ukázal směr tvořivé jurisprudence. V zákonu však ustanovení o analogii chybí. Musí býti v systémech[26]) doplňováno obšírnými výklady, osvětlujícími tuto „samozřejmost", po případě systém věrný slovu zákona o analogii vůbec ani nejedná.[27])

Všechny tyto rozpaky byly by ušetřeny, kdyby se domnělá samozřejmost byla vyslovila. Ostatně zákon německý se svým detailním propracováním mnohých otázek nepopřává soudci daleko té volnosti jako code civil a skutečně též prakse německá nikdy nedosáhla toho stupně tvořivosti, jako francouzská jurisprudence.[28])

Občanský zákon rakouský blíží se svým rázem zákonu francouzskému. Je celý prodchnut duchem přirozeného práva a umožňuje rovněž jurisprudenci tvořivou. Nebylo by správné odkloniti se od tohoto směru a zatarasiti našemu soudci cestu, jíž mu § 7 nabízí k doplnění zákona v duchu doby.[29])

---

[26]) Srov. na př. *Tuhr*, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1 (1910), 40 ns.

[27]) Tak na př. *Henle*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Allgemeiner Teil, 1926.

[28]) K poměrům ruským srov. *Schöndorf*, Die Gerichtspraxis in Rußland als Rechtsschäfferin, 1922.

[29]) Srov. i *Gutzwiller*, Gegenwart und Zukunft der Privatrechtswissenschaft, 1927.