

Zvykové právo v procesním řízení.

Několik poznámek ke spisu rady v. z. s. dr. Dominika Eisingera: *Prozeßrechtliche Fragen mit einem Anhang über »Testamentszeugnisfähigkeit«*, oddíl VII. *Heimatisches Gewohnheitsrecht im Prozeßverfahren*. Strana 32 až 36.

Napsal. JUDr. Josef Tureček*).

Podle Eisingra § 271 c. ř. s. staví zdánlivě bezvýjimečně veškeré obyčejové právo (také tuzemské) pro obor procesního práva na roveň cizozemskému právu; motivy k c. ř. s. (I. svazek, strana 29) prý to zřetelně zdůrazňují. K tomu lze poznamenati, že citace materialí není správná.

Eisinger zmiňuje se o oněch případech obyčejového práva, které neskytají soudci bezprostředně speciální normy, kde však norma odkazuje především na všeobecnou kategorii (na př. zvláštní zvyklosti). Také zvyklosti, které takové obyčejové normy teprve vyplňují, jsou prý plnohodnotnými částmi normy samotné (právě tak, jako v analogickém případě »zákonného práva«). Aby pro stnost normy byla objasněna, uvádím jako příklady: § 27 občanského zákoníka praví: »Pokud obce stojí vzhledem k svým právům pod zvláštní ochranou veřejné správy, stanoví politické zákony.« Norma obyčejového práva, řekněme, že zní: »O objemu povinnosti [jak dodávám, stanovené obyčejovým právem] rozhodují místní zvyklosti.« Právě tak jako politické zákony, po případě jejich příslušná ustanovení jsou součástí normy § 27, tak také místní zvyklosti jsou částí obyčejové právní normy posléz uvedené.

Eisinger praví: »Také poměr obyčejového práva k »výkladu zákona« a k »soudnímu zvyku« měl by býti nepochybný. »Výklad zákona« jest tu potud, pokud se dá norma vyčísti ze zákonného textu. »Soudní zvyk« může tvoření práva obyčejového přivoditi, podpořiti, zameziti. Také důkaz trvání obyčejového práva není samostatným pramenem práva.« K tomu dodávám: Jde o ohraničení pojmů »výklad zákona« a »obyčejové právo« nikoli o definici výkladu zákona, s níž bychom se nemohli

*) Předneseno s překladem kapitoly počátkem listopadu 1926 v semináři civilního řízení soudního profesora Dra Václava Hory na fakultě věd právních a státních Karlovy university v Praze.

v této formulaci spokojiti (k tomu Tilsch-Svoboda, Občanské právo; část všeobecná, str. 66). Kam až sahá výklad zákona, nemůže podle autora jíti o obyčej. Upozorňuji tu na široké znění § 7 občanského zákoníka a na judikaturu k němu, uvedenou v Manzově velkém vydání občanského zákoníka (roku 1920), kde se pod číslem 4 cituje: »Natürliche Rechtsgrundsätze« sind aus dem zur Zeit herrschenden, von den logischen Denkgesetzen getragenen Rechtsbewußtsein des Volkes zu entnehmen. Pod číslem 5 pak: Nur im Falle einer Lücke, nicht aber bei absichtlichem Schweigen des Gesetzes darf darauf zurückgegangen werden. Jaký význam má právní obyčej v právu uherském, o tom srovnán budiž informativní článek Honsův: O zvykovém právu v oblasti zákonodárství uherského, ve Věstníku ministerstva vnitra, rok 1921, číslo 8. Konstatování obyčejového práva je výronem moci soudcovské a nikoli zákonodárské, neboť vlastními zákonodárci jsou tu činitelé jiní; narážíme zde na otázku dělby moci ve státě. K posici soudce jako zákonodárce při mezerách zákona, pokud nesahá obdoba, srovnáno budiž Horovo Československé civilní právo procesní I. (2. vydání), strana 26.

Eisinger pokračuje: »Obyčejové právo jest možné p ř e s z á k o n n ý z á k a z. Neboť není bezpečné moci, která by nepochybně tento zákaz ve všech případech prosadila jistě a donucujícím způsobem. Každý zákonný zákaz působí jen potud, pokud ho dbají směrodatné orgány. Není objektivně bezpečné garancie pro jeho trvalou, bezvýjimečnou platnost. Žádný zákon nemůže si do té míry zajistiti platnost, že by teprve rovnocenným zákonem mohl býti zrušen. Silněji než takové zákonné zákazy působí skutečná moc poměrů; její uznání společností účastníků, všeobecný názor o nutnosti odchylné úpravy, konečně skutečný, trvalý, odchylný výkon občany a úřady. Derogativní obyčejová norma jest tu teprve tenkrát, když příslušné, nejvyšší instance se trvale skloní před mocí všeobecně trvale prováděné, nové právní myšlenky. Jen s formálního hlediska zákonodárcova jest obyčejové právo, popírající »zákon« »neposlušností«, »anarchií«, »bezprávím«. Příklad pro zákaz obyčejového práva, který odedávna podnes se udržel, jest věta

trestního práva: »Nulla poena sine lege.« Naopak projevuje se v procesním právu výkon soudů jako silnější než mnohá zákazová norma. Příklad skýtá zákaz § 33 summárního patentu (dv. d. z 24. října 1845, číslo 906), který se neprosadil. Nyní platný zákonný zákaz »vkládání protokolů« působí jen, »pokud ho příslušné orgány dbají«. K tomu připojuji, že celý tento odstavec jest psán s hlediska empirického, tedy s hlediska toho, co jest. Se stanoviska dogmatického, pro soudce právě rozhodného, tedy s hlediska toho, co má býti, nemůže se zde mluvíti o platnosti zákona, jak činí spisovatel, nýbrž o jeho faktické účinnosti. Zákon neužívaný jest zákonem, a to platným a právně účinným zákonem, ale fakticky není účinným (ať pro jeden či více případů). Praktické důsledky toho jsou pak tyto: Jakmile poměry se změni, to jest jakmile se cítí potřeba užití zákona dosud neužívaného, tu právně platný a účinkující zákon oživne fakticky prostě tím, že počne se praktikovati; ale zrušený (právně) zákon nikdy touto cestou neoživne. K tomu Tilsch, citovaný spis strana 72 a 73 a Miřičkovy *Obsolete Strafgesetze*, *Österreichische Richter-Zeitung* 1907, strana 128 a následující, obzvláště prvý a poslední odstavec článku. Dogmatické stanovisko jest právě ono, o kterém nevhodně mluví Eisinger jako o »formálním« hledisku. Při tomto stanovisku, které jediné zaručuje právní **bezpečnost**, jest nemožný vznik obyčejového práva přes zákonný zákaz. Nebylo by většího nebezpečí než chtíti tvořiti tresty jinak než zákonem, tedy hřešiti proti zásadě: *Nulla poena sine lege*. Sám Eisinger se hrozí konců svých názorů a zůstává nelogicky na poloviční cestě, uznávaje bezvýjimečně zásadu: *Nullum crimen sine lege*, jak vysvítá ze závěru jeho vývodů v kritizované kapitole. Je zrovna drastické, že Eisinger zabrousil ve svých výkladech právě na pole trestního práva — § 33 summárního patentu zněl: »Von den streitenden Theilen oder ihren Sachverwaltern abgefasste Entwürfe zu Protokollen über Prozeßverhandlungen dürfen von dem Gerichte nie angenommen oder benützt werden« (Manz, *Die allgemeine Gerichtsordnung*, Vídeň 1885, strana 238). Příklad o vkládání protokolů Eisingrem uvedený objasní se opět

správně, uvědomíme-li si přesně hledisko empirické a dogmatické. Nedodržení § 210 odstavce 2. c. ř. s., postaveného § 477 číslo 8 pod sankci zmatečnosti, jest buď ústupek nátlaku faktických poměrů (na příklad pro přetížení soudů) nebo lehkomyšlností soudcovou, která právem může založiti patrné hrubé zavinění soudu ve smyslu § 51 odstavce 2. c. ř. s. a tak povinnost k náhradě, jak právě vyvozuje Hora v 5. poznámce k citovanému § 210 ve svém vydání (2.) civilního řádu soudního. Tedy jde vždy buď jak buď o s t a v neuspokojující, který nutno co nejdříve odstraniti, nikoli snad o obyčejové p r á v o neb o možnost jeho vývinu.

Eisinger praví, že není obyčejového práva tam, kde soudcovské uvážení, k tomu zákonem povoláné, má vyplniti z á k o n n é m e z e r y. K tomu dodávám, že není mezerou zákona v běžném smyslu nauky případ, kde zákon dává soudci uvážiti to, nač sice, mnohdy užívaje pružných pojmů, pamatoval, ale nebyl s to sám propracovati. Hoví se tu zásadě: Zákon nebudiž příliš kasuistický! Zákonodárce se vyhlýbá četnějšími trhlinám, mezerám, které by přílišnou kasuistikou při nedostatečných prostředcích lidských jistě vznikaly. Pravím »přílišnou« kasuistikou, ježto jsou určité meze, za kterými již řekneme: »Jest lepší kasuistika s mezerami než libovůle soudcova!«

Při obyčejovém právu má soudce u posouzení toho, c o p ř e d c h á z í v z n i k u n o r m y, největší volnost (srovnejme již sám pojem obyčejového práva)! Omezenější jest již při nařízení. Nejvíce sešněrován jest u zákona. K tomu srovnejme §§ 102 a 51 naší ústavní listiny a Hoetzlův článek Ústavní listina československé republiky ve Sborníku věd právních a státních, ročník XX. (rok 1920), strana 14 a 15 a téhož Ústava republiky československé (1920), strana X. Eisinger není prvý, který klade soudci p o v i n n o s t z n á t i p r á v o, podle staré řehole: Jura novit curia, v případech § 271 c. ř. s. Dokonce ještě šíře vzhledem k jinakým normám, než (tuzemskému) obyčejovému právu, v prvním odstavci citovaného paragrafu uvedeným, se vykládá druhý odstavec téhož paragrafu tím, že se slovo »m ů ž e« interpretuje jako »m á«. K tomu Hora, citovaný spis

díl II., strana 305, kde se uvádí, že povinnosti vyšetření práva není soudce zbaven ani snad souhlasným projevem stran a podobně. Tedy jistě zdůraznění zásady: »Soud zná právo!« Vzniká pak otázka, není-li prvý odstavec § 271 jakožto výjimka z té zásady, jak se zdá, zbytečný. Ale nač se vzdávati pomoci stran zejména, získává-li legislativně technicky zákonodárce tím, že v témž odstavci cituje normy různého původu v téže větě. Připomeňme si zvláště výsady a stanovy, do nichž právě strany jsou třeba nejlépe zasvěceny!

K otázce možnosti derogativního obyčejového práva cituji proti Eisingrovi totéž místo, o kterém sám se zmiňuje, z Ottova Soustavného úvodu ve studium nového řízení soudního, díl I. (1908), strana 7, kde se praví, že derogativní obyčejové právo by se mohlo utvořiti jen tím, že by strážci zákona, soudy, nešetřily stanoveného práva. Ani s liberální praxí při normách, jakou jest § 10 občanského zákoníka, o níž se zmiňuje Hexner v článku »Zvykové právo v československé republice« v časopise Právní obzor, 1926, strana 500, nelze principelně souhlasiti.

Zajímavá jest Eisingrova věta: »Veškerý výkon práva jest konec konců dán do vůle orgánu, jemuž jest bez donucení uloženo dbáti tohoto sc. zákonného zákazu.« Můžeme k ní dodati, že i tam, kde jest donucení orgánu, jest mnohdy třeba dobré vůle úřadů i občanstva, neboť jinak by veškeré právo ztroskotalo. K tomu srovnajme Hoetzel, Záruky a exekuční prostředky v rakouském právu správním, obzvláště strana 14 a 15!

Pro právo mezinárodní pak, o němž se na několika místech Eisinger zmiňuje, srovnáno budiž Hobzovo Právo mezinárodní, díl I., strana 17, kde se vytýká, že pojem právního obyčeje v právu mezinárodním jest týž jako v jiných oborech právních.

Eisinger praví, že pro obsah obyčejového práva není mezí. Mám za to, že jest tato věta příliš smělá. Sám autor ji popírá v zápětí, čině ústupky zásadě: Nullum crimen sine lege.

Celkem lze říci, že systematika této kapitoly jest chabá, jak jest viděti z častého opakování téže věci. Spiso-

vatelovy vývody jsou vysoce zajímavé, ale, co jim ubírá na ceně, jest m e t o d a. Eisinger si neuvědomil rozdíl dvou základních metod na poli práva, dvou různých světů. A to jest právě těžkou vadou, neboť, **co můžeme na poli empirie nazvat krásným a cenným výsledkem, může býti s hlediska dogmatiky přímo kvalifikováno jako zločin!**

P R A K T I C K É P Ř Í P A D Y.

K výkladu § 1220 obč. zák. Závazek rodičů k vyplacení věna není solidární. — Rozsah nároku na věno neposuzuje se podle poměrů v čase, kdy sňatek byl sjednán, nýbrž rozhodnou jest doba, kdy byl nárok na věno činěn. — Povinnost úroková nastává teprve ode dne splatnosti věna.

Okresní soud v J. uznal právem, že manželé J. a M. V. jsou povinni dceři své M. R. zříditi ve smyslu § 1220 obč. zák. přiměřené věno v obnosu 208.348 Kč s 5% úroky ode dne podání žádosti, rukou společnou a nerozdílnou.

Krajský soud v Hr. Kr. na rekurs obou stran vyhověl částečně oběma stížnostem a rozhodl že rodiče jsou povinni zaplatiti své dceři věno 250.000 Kč rukou společnou a nerozdílnou, bez úroků do 6 měsíců pod exekucí.

Nejvyšší soud v Brně na rekurs obou stran změnil usnesení v tom smyslu, že věno M. R. se určuje penízem 170.000 Kč, jež do 2 měsíců pod exekucí jí vyplatiti rodiče jsou povinni, a to otec částkou 120.000 Kč a matka částkou 50.000 Kč a připojil tyto důvody:

Manželé J. a M. V. nemohou odpírati své manželské dceři M. R. věno z toho důvodu, že se provdala proti jejich vůli, když sami připouštějí, že svolení k sňatku dali. Proč tak učinili, nepadá na váhu, a jest i nedůležitým, že si M. R. prý proti vůli rodičů učinila známost s nynějším svým manželem, pakli jen vskutku se sňatkem souhlasili a souhlas ten před sňatkem dali. Ani výslovného souhlasu nebylo třeba, nehledíc k tomu, že alespoň J. V. musel projevit souhlas výslovně, poněvadž tehdy ještě nezletilá M. R. sňatek jinak platně dojednati ani nemohla. Bez významu jest, že snad ženich a jeho rodiče prohlašovali, že nechtějí věna, neboť tito nebyli oprávněni jednati za žadatelku. Ale stěžovatelé V. nemají pravdu ani v tom, že rozsah nároku na věno se posuzuje podle poměrů v čase, kdy sňatek byl