

láže (kurs dodávací) je naproti tomu nižší. Rozdíl mezi kursem přejímacím a dodávacím zve se „rozpětím“, které se rovná dvojnásobku premie a ekartu spolu.

Steláž 100 kusů akcií Živno 420/380 znamená, že kupitel steláže může požadovati dodání akcií za kurs Kč 420.— nebo jejich odebrání za kurs Kč 380.—. Prvė učiní, když bude kurs v den, kdy má vykonati svou volbu, vyšší než 400, k druhému se odhodlá, když kurs klesne pod tuto hranici. 400 je „střed steláže“. Risiko kupitele steláže je omezeno na rozdíl mezi tímto středem a horní resp. spodní hranicí steláže.

4. Obchod násobný (Nochgeschäft) je spojením obchodu pevného s o-em p-m. Kupující koupí pevně určité množství jistých cenných papírů za stanovený kurs s podmínkou, že je oprávněn požadovati v ujednaný den od prodávajícího další stejné množství týchž papírů za stejný kurs. Prodávající prodá pevně určité množství cenných papírů za stanovený kurs s podmínkou, že má právo dodati kupiteli další stejné množství týchž papírů za stejný kurs. Kupitel použije patrně svého práva na odebrání dalších kusů, když kurs stoupne, prodávatel však svého práva na další dodávku, když kurs klesne; oba mohou vykonávati své právo také částečně, to jest ohledně části pevně ujednaného množství. Může býti smluveno, že množství koupené ve volbě kupitele neb prodané ve volbě prodávatele činí určitý (dvojnásobek, trojnásobek) násobek množství pevně sjednaného. Podle toho rozeznáváme obchody s dvojnásobkem, trojnásobkem atd. dalším nárokem resp. povinností. Kurs, za který dochází k ujednání násobné koupě, je vyšší, u násobního prodeje však nižší než kurs denní. Rozdíl, který tvoří premii, se přirozeně stupňuje počtem ujednaných nároků neb povinností.

Podle zvyklostí pražské bursy musí kupitel premie při všech druhých p-ého o-u vysloviti se o výkonu svého práva v bursovní den předcházející dospělosti premie. Toto prohlášení o premii odpadá, neponechává-li kurs nijaké pochybnosti o tom, jak se kupitel premie zachová. Nepodal-li prohlášení kupitel steláže a jeho volba není vzhledem ke stavu kursů zcela nepochybnou, může prodávající předpokládati, že kupitel polovinu smlouvaného množství převzeme a druhou polovinu dodá. Částečný výkon práva kupitele premie je omezen v tom směru, že právo to může býti vyko-

náno jen ohledně celých uzávěrek (zpravidla 25 kusů).

IV. Hospodářským účelem o-ů p-ch je omeziti případnou ztrátu spekulujících na premii, ti se jaksí „pojišťují“ proti neomezené ztrátě, odkud také výraz „premie“, vzatý z práva pojišťovacího.

## V. Literatura.

J. Koloušek: „O obchodu cennými papíry atd.“, Praha 1897; Dr. Fr. Fousek: „Příručka ku čtení bursovních a obchodních zpráv v denním tisku“, Praha 1922; Dr. R. Dominik: „Nástin čl. práva bankovního a bursovního“, Brno 1929; „Podmínky pro obchod cennými papíry na pražské burse“, Praha 1922; V. Bronzin: „Theorie der Prämiengeschäfte“, Vídeň 1908; Dr. V. Ehrenberg: „Handbuch des gesamten Handelsrechtes“ (sv. 4., odd. II.), Lipsko 1918; G. Obst: „Geld-, Bank- und Börsenwesen“, Stuttgart 1919; E. Kahn und Fritz Naftali: „Wie liest man den Handels- teil einer Tageszeitung“, Frankfurt a. M. 1924.

Josef Fundárek.

## Obyčej, obyčejové právo.

A. Všeobecně. — B. Obyčejové právo v správním právu. I. Rozhled. II. Názory literatury. III. Právo: a) rakouské, b) uherské. IV. Právo československé po vydání ústavní listiny. — Literatura.

A. Všeobecně. I. Velmi významným jevem při posuzování právních poměrů jest obyčej či zvyklost. Při uzavírání smluv, při pořizování, ale také při jiných příležitostech počínají si lidé z pravidla určitým způsobem a zákonné předpisy často káží, aby při rozsouzení právního poměru se hledělo k tomu, co je vůbec obvyklé; srov. k tomu na př. §§ 389, 390, 501, 549, 1100 (nov.) 1154 (nov.) obč. zák. Nejvýznamnější po té stránce je v našem právním řádě ustanovení čl. 1 obchodního zákoníka. Ba dokonce některé předpisy káží hleděti nikoli k tomu, co se zachovává, tedy ke skutečné zvyklosti, nýbrž k jakési ideální zvyklosti, která by se zachovávali měla; srov. k tomu na př. §§ 863, odst. 2, 914 o obyčejích a zvyklostech poctivého styku mezi lidmi, o řádu poctivého styku mezi lidmi. O rostoucím významu a vývoji těchto zvyklostí či obyčejů nejinstruktivněji pojednal Tilsch ve svém znamenitém článku „Všeobecný zákoník občanský a zvyklosti průběhem století“ ve Sborníku článků vztahujících se k stému výročí všeobecného zákoníka občanského. Chceme-li těmto zvyklostem přiznati charakter normy, je to norma zákonu subordinovaná.

II. Po drahnou dobu proti těmto zvyklostem či obyčejům se klade, a to zejména v německé nauce, jako něco zcela odlišného, obyčejové právo, o němž se vykládá, že jest právní normou abstraktní (podle převládajícího asi dnes názvosloví) jako zákon (se zákonem rovnocennou, koordinovanou), či že legis vicem obtinet. Jinak lze věc formulovati také tak, že obyčejové právo jest normou, ne protože se ho zákon dovolává, jak to jest u pouhých zvyklostí, nýbrž že tu je samostatná na zákoně nezávislá norma.

Nejběžnější formulace znaků tohoto obyčejového práva je taková, že tu budou normy rovnocenné zákonu, když určitý obyčej (chování) se vyskytuje v určitém kruhu lidí po drahnou dobu a je tu opinio necessitatis, t. j. přesvědčení, že jde o pravidlo závazné. Tuhé spory se vyskytují zejména o to, zdali obyčejové právo se může tvořiti jen praeter legem či také contra legem, jakož i o to, zdali obyčejové právo může se vytvořiti contra rationem (proti zdravému rozumu?) a proti dobrým mrávům. Záhadný je pojem opinio necessitatis, zejména není dosti jasno, či opinio se míní.

Není snadno se vyznati ve změní nuancovaných názorů, ale sotva bude daleko od pravdy synthetická formule, že podle toho, co se na větším díle vykládá, je tu obyčejové právo, když jednostejné, dlouho trvající chování a konání donutí toho, kdo je povolán vysloviti se o tom, co je právem, aby toto chování a konání prohlásil za takové, které právu odpovídá, a chování nebo konání odchylné za bezprávné přes to, že ze zákona k takovému úsudku nelze dospěti nebo dokonce, že úsudek podávající se ze zákona je jiný.

III. Za základ těchto nauk lze pokládati slavné, ač jistě hodně akademické místo z 84. knihy Juliánových Digest zachované ve fr. 32, § 1 de legibus 1, 3: *Inventata consuetudo pro lege non immerito custoditur et hoc est jus, quod dicitur, moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Jiní to od Juliána opisovali, jako na př. Ulp. fr. I, § 4, c. 3, C 8, 52, § 9, 11 I 1, 2, ač to již sotva odpovídalo struktuře principátu anebo dokonce*

absolutního císařství, jak ukazuje c. 2 C. eod.

Tento názor, jenž zřejmě nebyl po chuti rationalismu a osvícenskému absolutismu (a snad i dobám starším, srov. Tilsch „Právo občanské“, č. 64, 2 in f.), dočkal se nové slávy, ale arci také důležitého přetvoření v historické škole právní, za jejíž nejdokonalejší výraz lze pokládati výklady Savignyho „System des heutigen Rechtes“, I, seskupené pod hesly „Allgemeine Entstehung des Rechtes“ (§ 7), „Gewohnheitsrecht“ (§ 12), „Gesetzgebung“ (§ 13), „Wissenschaftliches Recht“ (§ 14). V hlavních rysech jest učení takové:

„Tážeme li se na subjekt, v němž právo má svoje bytí, je to ‚národ‘ (Volk). Ve společném vědomí národa žije pozitivní právo a musíme je tedy nazývati právem národním. Nesluší tomu však nikterak rozuměti tak, jako by to byli jednotliví členové národa, jejichž vůlí (libovůlí) by se právo vytvářelo, neboť tato vůle jednotlivce by mohla snad zvoliti náhodou stejné právo, ale snad, a to pravděpodobněji, právo velmi rozdílné. Spíše je to duch národa ve všech jednotlivcích společně žijící a působící, jenž vytváří právo, jež tedy pro vědomí každého jednotlivce nikoli náhodou, nýbrž nutně je stejným právem.

Savigny při tom kárá, když obyčej se uvádí za důvod vzniku práva. „Pozitivní právo má svoji existenci, svoji skutečnost ve společném vědomí národa. Tato existence je něčím neviditelným. Jakým prostředkem můžeme právo poznati? Poznáváme je tím, že se objevuje v zevních aktech, v opakovaném chování, mravu, obyčejí. Tak tedy obyčej jest indicií pozitivního práva, nikoli důvodem jeho vzniku. Než i onen omyl, jenž obyčej prohlašuje za důvod vzniku práva, má v sobě zdravé jádro, jež však musí býti uvedeno na pravou míru. Mimo ony ve vědomí národa vůbec uznané a nepochybné základy pozitivního práva vyskytují se leckteré do jednotlivostí jdoucí předpisy, které mají existenci méně bezpečnou. Existence té mohou nabyti tím, že častějším zachováním národu samému budou uvedeny na vědomí. Takové zjevy zhoustnou, pokud při národu právotvorná schopnost nenáleží k vynikajícím vlastnostem jeho podstaty. Mimo to vězí v povaze hojných ustanovení relativní libovolnost; při nich záleží na tom, že platí a jako platné se uznává nějaké pravidlo, nechť již je jakékoli. (Příkladem se uvádějí předpisy operující s čísly

nebo s formalitami.) Ve všech případnostech tohoto způsobu stáváme se svým dřívějším myšlením a chtěním autoritou sami sobě v každém pozdějším užití, a takto tudíž sama zvyklost může míti vliv na tvorbu práva. Působí zde zákon kontinuity lidského smýšlení, jednání, stavů.“

„Tážeme-li se pak na obsah zákona, jest určen tím, z čeho se odvozuje zákonodárná moc: trvající již národní právo jest jeho obsahem, čili, což jest totéž, zákon jest orgánem národního práva. Kdybychom o tom chtěli pochybovati, musili bychom zákonodárce pokládati za někoho, kdo stojí mimo národ; než zákonodárce stojí naopak v centru, takže v sobě soustřeďuje jeho ducha, jeho smýšlení, jeho potřeby a že v něm musíme spatřovati pravého reprezentanta ducha národa.“

IV. Lze pokládati za jisté, že se vyskytovaly doby, kdy bylo tu právo a nebylo zákonů v dnešním smyslu a zjevy takové se vyskytují jistě dodnes u primitivních národů. Jak to právo vznikalo (vzniká), zda akty danými živým právním citem příslušníků národa či jen některých z nich, t. j. těch, kdo rozhodovali spory a tak nalézali právo (srov. k tomu fr. 2, § 1, D 1, 2), o tom všem možno míti různé názory, které arci, aspoň pokud jde o doby dávno minulé, sotva lze dokázati. A zákony byly asi jen formulací a precisací práva takto vzniklého, jakož se také vykládá, že slavný římský zákon XII. tabulí nebyl než redakcí práva již platného, ačkoli sotva lze pochybovati, že decemviri legibus scribundis také tvořili nové právo svou reflexivní činností. Tehdy jistě bylo možno mluvit o normativní moci jsoucná (G. Jellinek, Allg. St.-L.) či podle terminologie Savignyho o normativní moci zákona kontinuity.

Zvláštní osudy právního vývoje v Evropě a v četných územích získaných bílou rasou, t. j. recepce práva římského a přechod rozhodování sporů do rukou učených soudců, způsobily, že v „národě“ zřejmě odumřela schopnost tvořiti právo (toho nezapírají ani nejpevnější obránci „ducha národa“, srov. na př. Savigny na str. 45, 50, vyjímajíc arci právníky maďarské, srov. o nich níže). „Národ“ a jeho vrstvy zachovaly si dojista schopnost tvorby řeči, společenských i jiných zvyklostí, módy a tp., t. j. určitý vůbec a po nějakou dobu zachovávaný způsob vyjadřování, chování atd. donutí osoby povoláné rozhodnouti, k tomu, aby se vyslovily, že takový je správný

způsob mluvení, způsob společenského chování, taková že je móda atp. Co do řeči srov. na př. Naše řeč VIII, str. 65 sl., 177 sl. Lze snad i konstatovati, že se v některých oborech práva právo od historických dob málo mění, takže zákony v těchto oborech nejsou značně odchýleny od „právního citu národa“, ačkoli arci s druhé strany bude přiznati, že leckdy zákon dlouhým trváním modifikuje právní cit národa, vžije se, a že tedy zákonná norma se stane normou kulturní (srov. k tomuto pojmu M. E. Mayer: Rechtsnormen und Kulturnormen). Než hledíme-li pozorně a bez předsudků kolem sebe a pátráme-li ve svém nitru, sotva dovedeme dospěti k úsudku, že by bez zákona existovala norma ukládající povinnost prohlásiti za právní normu to, co se longaevo usu zachovává, čili, jak se věc nyní zhusta vyjadřuje, sotva dovedeme dospěti k názoru o správnosti úsudku, že něco má býti, protože to jest. Po té stránce je zajímavou povšimnouti si výroku Callistratova níže citovaného, kde se praví, že consuetudo legis visem obtinet podle reskriptu Severova (protože to císař Severus nařídil), a to jen in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur.

Podle toho sluší míti za to, že by věta § 10 obč. zák., ukládající řídit se zvyklostmi, jen kde se jich zákon dovolává, platila i tehdy, kdyby jí v zákonu nebylo.

V „uherské“ právní oblasti našeho právního řádu se arci obyčejové právo prohlašuje za právní pramen (abstraktní normu). Než nesluší pouštěti se zřetele, že se při tom nakonec mluví jen o obyčejovém právu, které se vyskytuje v praxi soudů. Tím se problém tohoto obyčejového práva stává problémem tak řečeného usus fori; o tom všem srov. pod č. V.

Hledíc k tomu, co bylo pověděno pod č. III., bylo by na tomto místě ještě konstatovati, že funkce četných zákonů je zcela jiná než vynášeti na světlo „ducha národa“ (srov. k tomu Krčmář: Sborník věd právních a státních XVII., zejména str. 7 sl.).

V. Za druh obyčejového práva pokládají někteří usus fori, který se zhusta definuje jako obecné, jednostejné a dlouhé zachovávání právních vět u soudů některého právního obvodu.

Sem možno počítati již Savignyho (arci s omezeními, která se podávají z jeho vylíčení funkce práva obyčejového, podaného pod č. III.), jenž vytýká na str. 46:

„Podle toho lze u právního stavu rozeznávat dvojí působnost: jednak materiální, jež pozůstává v tom, že právo tvorná činnost národa na větším díle se soustřeďuje do stavu právního a v něm, jako v reprezentantu celku, stále se provádí, jednak formální, čistě vědeckou, již pozůstává v tom, že právní stav právo vůbec a beze zřetele k tomu, jak vzniklo, vědeckým způsobem uvádí v povědomost a je vykládá.“

Jiní tento *usus fori* kladou proti obyčejovému právu, opírajíce se o místo Callistratovo z lib. I. quaestionum (fr. 38 D de legibus I, 3), jež prý rozeznává mezi obyčejem a jedinstevným rozhodováním: *Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuosimiliterjudicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere.*

V té příčině nelze jednoho popřít. Necht si klademe právní řád za rovný souhrnu zákonů a necht tedy spatřujeme v rozhodování sporů aplikaci (užití) zákona, necht v něm spatřujeme tvorbu subordinovaných norem, necht, jak také leckdy se tvrdí, právní řád jest soubor rozhodnutí a zákony jsou jen orientačním prostředkem pro rozhodujícího (srov. Isay: *Rechtsnorm und Entscheidung*), vidíme jasně, že pro souvislost danou mezi soudnictvím a právní vědou a pro jejich vzájemné na sebe působení, rozhodováním a vědeckým vzděláváním práva smysl zákonů se mění. Zjev ten je nápadný zejména tam, kde jde o zákony resp. zákoníky staršího data. Zákoník stárne. V souvislosti s tím můžeme pozorovati zvláštní zjevy v judikatuře i nauce. Ač účta k zákoníku leckdy roste, autorita jeho klesá. Případy, ve kterých nauka i judikatura se dostávají do kolise s textem zákona i s názory těch, kdo ho sepsali, množí se bez ustání. Všemi metodami interpretačními nauka i judikatura snaží se vyčerpati ze zákona, co nejspíše odpovídá potřebám soudobého sociálního života. Dovede-li pak někdo kteroukoli z oněch metod přispěti k takovému výsledku, pak jeho these se tradují déle jako věty odpovídající zákonu. A jestliže judikatura na takové thési se ustálila, nerada od ní odstupuje a také nauka nerada odporuje ustálené judikatuře, až zase změna poměrů si vynutí obrat. (O těchto věcech se zajímavého hlediska pojednává M. Rümelin na str. 23 sl). Buďtež jen dva doklady uve-

deny za mnohé. Především, jak Randa: *Vlastnictví a Strohal: Eigentum an Immobilien* vybudovali z kusých ustanovení občanského zákoníka a z chatrně redigovaných ustanovení zákona knihovního pravidla o tabulárních principech a jejich souvislostech, jak tyto jejich věty přešly do nauky a judikatury a jak čas od času se vyskytnou odpůrci vedení k odporu zvláštěními hromadnými sociálními jevy nebo zvláštěními individuálního poměru. Druhým výmluvným dokladem je známý posudek nejvyššího soudu vídeňského o § 150 ex. ř., publikovaný ve *Věstníku min. spr.* 1902, str. 156. Lze tu říci, že judikatura i nauka změnila smysl zákonů. Věc arci se neformuluje tak, že zákon byl zrušen nebo modifikován judikaturou a naukou, nýbrž tak: Interpretace nás vede na to, že nesluší zákonu přikládati takový smysl, jaký se podává ze slov v něm užitých.

Zde tedy situace je podstatně jiná, než jsme ji seznali usuzující o obyčejovém právu, které vzniká chováním účastníků určité právní oblasti. Instance povolane vyjadřovati se o tom, co je právo (abstraktní norma), nás poučují opakovanými a jednostejnými výroky, že něco právem jest.

Než přes to nelze takovýto „*usus fori*“ rovnati zákonu. Máme-li na zřeteli poměry v našem státě, sluší míti především na zřeteli, že soudy jsou zařízení státní, že soudcové jsou povinni zachovávat zákony, § 98, odst. 2 úst. list., a že při zákoně mohou zkoumati jen, byl-li řádně vyhlášen, § 102 eod.; srov. i § 9 obč. zák. Jinak je nutno rozeznávat oblast „rakouskou“ a „uherskou“.

V zemích historických ustanovil § 12 obč. zák., že soudní rozhodnutí platí jen pro rozhodnutý případ a že nemůže býti vztahováno na jiné případy a jiné osoby. Tím je řečeno, že soudce rozhoduje nemá povinností, řídit se *usu fori*. Rozhodnutí tudíž, kterým se mu opře, není porušením soudcovských povinností. Nebyl by tedy pravý úsudek, že zákon pozbyl závaznosti nebo byl změněn, protože odedávna se rozhoduje způsobem, který se zákonem se nesnáší. A jediné rozhodnutí, které na př. objeví starý, po dlouhou dobu nepovšimnutý zákon nebo přesvědčivě vylíčí, že zákon dosud byl nesprávně vykládán, je schopno zvrátiti dávný *usus*.

V oblasti „uherské“, kde se obyčejové právo uznává jako právní pramen (srov. § 19 zák. čl. IV., 1869), nejde patrně podle

toho, co bylo pověděno výše pod č. IV. o jiné obyčejové právo než o *usus fori*; srov. k tomu Fajnor-Zátarecký: *Nástin*, str. 11a, přes všechny tradované nejasnosti a odpory, i nejtuzší obrance svéráznosti právního vývoje v Uhrách, Almasi: *Ungarisches Privatrecht*, I., str. 16, 18, 20. Při tom se ještě leckde vytýká, že obyčejové právo vyplňuje jen mezery zákonného práva. Než, co je zvláště zajímavé, toto obyčejové právo soudní se uvádí do souvislosti se závazností některých rozhodnutí kurie (nejvyššího soudu). Zde arci jde o něco podstatně jiného; srov. níže pod č. VI.

VI. Od závaznosti *usu fori* sluší odlišovat závaznost rozhodnutí soudních stanovenou zákonem, a to zejména soudu nejvyššího i v jiných případech stejných (podobných), dokud tribunal sám ono rozhodnutí nezmění. Ti, kdo dosud se pevně drží nauk školy historické, výše vzpomenutých, mohli by arci souditi, že tato rozhodnutí jsou proto závazná, že se jimi vynášejí na světlo obyčejové právo, ale zde jistě nejde o tvorbu práva *usu fori*, ježto jediným rozhodnutím (a tedy nikoli *usu fori*) se tvoří abstraktní právní norma, jež novým (jediným) rozhodnutím téhož tribunálu se ruší, nehledíc ani k tomu, že taková závazná rozhodnutí se mohou týkati a také týkají výkladu sporných (nejasných) ustanovení zákonných. Oné *Callistratovy auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum* je tato věc tedy velmi vzdálena.

### Literatura.

Vedle učebnic o právu soukromém, které v kapitolách o právních „pramenech“ se zpravidla zmiňují o obyčejovém právu, jest srovnati zejména: Puchta: „*Gewohnheitsrecht*“, 1828, 1837; Adickes: „*Lehre von den Rechtsquellen*“, 1872; Bülow: „*Briefe eines Unbekannten über die R.w.*“; Schuppe: „*Das Gewohnheitsrecht*“, 1890; Ehrlich: „*Die Tatsachen des Gewohnheitsrechtes*“, 1890; Brie: „*Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*“, I., 1899; Stier-Somlo: „*Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle*“, 1900; Ross: „*Theorie der Rechtsquellen*“, 1929; M. Rümelin: „*Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechtes*“, 1929; Isay: „*Rechtsnorm und Entscheidung*“, 1929, str. 230 sl.; Dnistrjanskyj: „*Das Problem des Volksrechtes*“ v *A. f. d. ziv. R.*, 132, str. 257 sl.; Lambert: „*Études de droit commun législatif. Introduction. La fonction du droit civil comparé*“, 1903, str. 107 sl.; Austin: „*Lectures on jurisprudence*“, 1879; Weyr: „*Základy filosofie právní*“, 1920; Chytil: „*Nepsané právo*“, *Časopis pro právní a státní vědu*, XIII., str. 1 sl.

Jan Krčmář.

### B. Obyčejové právo ve správním právu.

I. Právo obyčejové hrálo značnou roli i v právu správním. Jest to buď právo obecné pro celé státní území platné nebo právo partikulární. Sem zejména náležejí tak. zv. *observance* (zvyklosti), to jest právní normy práva obyčejového, jež vznikly v obci nebo určitém kruhu interesentů. Zpravidla tu jde o skupinu interesentů, kteří mají podíl na užitečných na př. obecního statku nebo jsou povinni nésti nějaké břemeno na př. udržování silnice, kostela a pod. (tak zv. konkurence). A tu se může vyvinouti v této skupině konkurentů obyčejové právo o tom, jak kdo z interesentů má přispívati k nákladům resp. se účastniti v užitečných.

Od práva obyčejového liší se tak zv. soudní obyčej (*usus fori*), to jest stálá praxe správních úřadů a správních soudů. Praxe tato není právním obyčejem, poněvadž může býti, je-li uznána za nesprávnou, kdykoli změněna, ale ovšem může svědčiti pro existenci práva obyčejového, ovšem tehdy, jestliže i občané (nejen tedy úřady) praksi tu za právně závaznou (*opinio juris*) skutečně uznávají a podle ní jednají.

Jest nesporno, že obyčejové právo mělo dříve v právu správním a i ústavním značný význam a že se jím vytvořila celá řada norem, což bylo samozřejmo vzhledem k tomu, že právo psané bylo nedokonalé a mělo značné mezery. Tak na př. různé předpisy ústavy anglické i uherské vznikly právem obyčejovým. Ale i v moderních psaných ústavách vyvíjejí se různé ústavní zvyklosti tam, kde ústava nemá výslovného předpisu na př. při tvoření vlády a uznávají se druhdy i za právo obyčejové.

II. Důležitá otázka jest, jaký význam má právo obyčejové v oboru práva správního v státu moderním, v němž platí princip správy zákonné.

V literatuře se uplatňují 3 teorie.

1. Právo obyčejové jako samostatný pramen práva v oboru moderního práva správního vůbec nemá místa anebo jen význam zcela podružný.

Tento názor hájí O. Mayer: *Deutsches Verwaltungsrecht*. Veřejná správa po dlouhou dobu jednala i bez právních norem. Teprve právní stát usiloval ji opatřiti pokud možno právními normami, pokud se to totiž dá uvésti v soulad s úkolem a způsobem správy. Právní stát dodával jí tyto normy v zákoně a normách od něho odvozených, a to měrou dobře rozváženou. Hier gibt

es kein selbstverständliches Recht der ausführenden Behörden, durch ihre Übung Lücken auszufüllen; das wäre geradezu Anarchie. Wo gesetztes Recht fehlt, da ist es so gewollt und soll so bleiben. Kde není stanovené právní normy, která by zmocňovala úřad k zásahům do sféry osobní nebo majetkové, nesmí správa za žádných okolností si pro sebe opatřovati potřebné právní zásady dlouholetým zvykem. A kde orgány, jež stanoví právní normy, ponechaly úřednictvu, aby ono tvořilo dle svého uvážení v konkrétním případě, co jest dobré a užitečné, tu se nemůže úřednictvo této povinnosti a odpovědnosti zbaviti tím, že by se podrobovalo normám kdo ví odkud vzatým. Ovšem Mayer vylučuje pouze vznik nového práva obyčejového, naproti tomu připouští jednak t. zv. zděděné zvykové právo, jež přešlo stejně jako starší zákony do našeho právního řádu z doby policejního státu, jednak tak zv. observance čili zvyklosti místní.

Stejně tak Hatschek-Kurtzig: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechtes. „Zvykové právo nemůže v moderním právu správním hráti nějakou větší úlohu, poněvadž by správní úředník, místo aby, jak to nauce a dělbě moci výlučně odpovídá, právo aplikoval, sám právo tvořil a poněvadž musí převládati názor, že tam, kde zákonodárce výslovným zákonem správy nevázal, chtěl se úmyslně vyhnouti každému omezení správy právními normami. Posléze nemůže se v právu správním již proto vyvinouti právo obyčejové, poněvadž tu communis opinio necessitatis mezi občany nikdy vzniknouti nemůže, poněvadž není prý žádných veřejných práv mezi občany (nýbrž jen občana proti státu a státu proti občanu) a proto společné právní přesvědčení mezi občany (Rechtsgenossen) se nemůže projevit. Ovšem observance jsou možné.“

Rovněž Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, nepřipouští vznik nového obyčejového práva, které by mělo naproti zákonu derogační moc a to proto, poněvadž v ústavě zásahy do sféry osobní a majetkové jsou úmyslně možny jen na základě zákona a odchýlná zvyklost v úřadech nebo v občanstvu projevovaná by byla porušením zákona a odporovala by principu zákonné správy. Ale Fleiner dopouští vznik práva obyčejového k doplnění psaného práva tam, kde zákonná úprava nebyla dosud provedena a přes to

jest právní úprava nutná; to jsou případy observancí.

2. Právo obyčejové jest přípustno, pokud bylo zákonem připuštěno. Tento názor hájí Merkl: Allg. Verwaltungsrecht (Obecné právo správní): „Immanentním smyslem moderních ústav není vyhlašovati určité materie formálnímu zákonodárství, nýbrž založiti jeho zákonodárný monopol s případnou výhradou jiných právotvorných možností. Princip legality, to jest zásada, že všechnu exekutivu lze vykonávati jediné na základě zákonů, platí tudíž implicity pro exekutivu i tehdy, když to ústava explicitě nestanoví; to se jeví i na obyčejovém právu, neboť obyčej, i když se zachovává v domnění, že jest právně závazným, může dosíci právní závaznosti jen z moci zákona a nikoli z moci vlastní. V moderním zákonném státě má obyčejové právo jako pramen právní postavení zákona podřazené, poněvadž jest zákonem delegováno. To platí i o suppletorním i o derogatorním právu obyčejovém.“ Stejně Adamovich: Grundriß des tschechoslovakischen Staatsrechtes a Grundriß des österr. Staatsrechtes.

3. Právo obyčejové jest v právu správním úplně rovnocenné se zákonem a tedy na něm úplně nezávislým a může se zcela samostatně vyvinouti i contra legem. Názor ten hájil (a to s ostřím proti O. Mayerovi) Schön: Verwaltungsrechtliches Gewohnheitsrecht (Verw. Arch., 1921), Spiegel: Gesetz und Recht, dále W. Jellinek: Verwaltungsrecht a pro právo rakouské Seidler: Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des österr. Staats- und Verwaltungsrechtes. Jellinek má za to, že vznik obyčejového práva jest ospravedlněn z idey stálosti práva, tedy bezpečnosti právní a neuznává, že by vůbec zákonodárce mohl vyloučiti výslovným předpisem tvoření zvykového práva resp. pokládá takový předpis za neúčinný.

III. Ohlas těchto teorií se projevuje i v právu československém. a) Pokud jde o právo v zemích českých (dříve rakouské), hájí Pražák: Rakouské právo ústavní, I. díl, že ani v právu veřejném nemá obyčejové právo moci derogatorní a že vůbec vznik jeho jest omezen jen na ony případy, kdy je zákon výslovně připouští. Takový právní obyčej byl uznán na př. v § 70 čes. obec. zř., který zná dosavadní nesporný obyčej co do práva na užitky z obecního statku (Boh. 166 adm.).

Pražák opírá se tu o §§ 9 a 10 obč. zák., které sice platí v první řadě toliko pro obor práva občanského, ale ze vzniku kodifikace jest prý patrné, že platí i pro právo veřejné. Ulbrich: „Lehrbuch des österr. Verwaltungsrechtes“ zná jako prameny práva správního pouze zákony a právní nařízení. Rovněž judikatura rak. správ. soudu neuznávala právního obyčeje a to hlavně vzhledem k § 10 obč. zák. Právo obyčejové naproti tomu připouští Seidler, dále Herrnritt: „Grundlehren des Verwaltungsrechtes“ a „Österr. Verwaltungsrecht“, který připouští právo obyčejové, ale jen s mocí supletorní, t. j. právo obyčejové může se uplatňovati v oněch četných otázkách, jež buď vůbec nebyly zákonem upraveny (na př. řízení před správními úřady) nebo jen neúplně a po případě jen náznakem, dále tam, kde se zákon na zvyk odvolává, ale v žádném případě contra legem. Rovněž Tezner: „Rechtsquellen des österr. Verwaltungsrechtes“ uznává, že mnoho institucí právních, na př. úprava řízení správního zakládá se na právu obyčejovém, proti čemuž však lze právem uvést, že zákonný podklad jest dán v § 6 zák. o spr. soudu. (Srov. Havelka: „Nástin zásad řízení správního“.) Spor měl pro český národ význam zejména pro otázku, zda němčina stala se právním obyčejem státní řečí čili nic. Mínění panující se přiklání k Pražákovi. Rovněž stálá praxe správní resp. praxe n. s. s. netvořila na území býv. Rakouska nikdy práva obyčejového, ačkoliv fakticky měla veliký význam pro stálost práva.

b) Pro právo uherské se platnost práva obyčejového a to i s mocí derogační obecně uznávala. Podle zák. čl. X/1790 má býti v Uhrách propriis legibus et consuetudinibus regendum et gubernandum. V diplomech korunovačních (na př. zák. čl. III/1917) se panovníci zavazují po zákonu trvající svobody, privilegia, zákonné zvyklosti Uherska a ovšem i zákony ve všech bodech, člancích a klausulích zachovávat i hájiti. Podle čl. XII/1790 má býti soudnictví vykonáváno podle platných nebo budoucně vydaných zákonů a uznaných zemských zvyklostí. S tím souvisí i § 19 zák. čl. IV/1869 o vykonávání moci soudcovské, podle něhož soudce jest povinen postupovati a rozsuzovati podle zákonů, nařízení a práva obyčejového majícího platnost zákona. Ustanovení to bylo vztaženo i na uherský správní soud v § 6 zák. čl. XXVI/1896. Právo obyčejové mělo

v Uhrách veliký rozsah; jest to právo i celoríšské i partikulární, na př. v municipiu, a p. platné.

Obyčejové právo uherské bylo sebráno ve spise Tripartitum opus juris consuetudinarii incluti regni Hungariae partiumque adnexarum, který sepsal r. 1514 královský personál Štěpán z Vrbovce (Verböczy), na podnět sněmu uherského a uherského krále. Tripartitum bylo sice potvrzeno sněmem uherským i králem uherským, ale k potvrzující listině královské nebyla přivěšena královská pečeť a listina ani vůbec nebyla jako král. dekret vyhlášena. Proto Tripartitum se nestalo zákonem, ale bylo ho obecně užíváno při soudech, ba některé pozdější zákony se výslovně na Tripartitum odvolávají a tak Tripartitum nabylo v Uhrách platnosti práva obyčejového.

Tripartitum ustanovuje, jak vzniká právo obyčejové. Podle prologu titul 10 až 12 musí býti consuetudo rationabilis (si tendit ad bonum publicum), praescripta, t. j. má trvati tempus debitum a musí tu býti frequentia actuum; consuetudo jest pak rovnocenna zákonu a může tedy zákon doplňovati, vykládati nebo zcela nebo částečně zrušovati. To se uznává i v novější době až na to, že od doby Karla VI (1715) právo obyčejové nemůže již zákon vykládati, nýbrž že právo to má pouze zákonodárce. Jako příklad derogační moci obyčejového práva uvádí Ereky způsob instalace vrchního župana, schvalování statutů ministrem místo králem; příkladem práva obyčejového, jež se opírá o vydaný, ale ústavně neplatný patent, jest úprava připeře v míru v Novum regulamentum militare z r. 1751, jež uznáno bylo v § 13 zák. čl. IX/1844. (Sr. Břemena vojenská.)

(Vedle obyčejového práva v Tripartitu uloženého platily ovšem i zákony, t. j. královské [sněmovní] dekrety. I dekrety ty byly sestavovány ve sbírkách soukromých, naposledy v Corpus juris Hungarici. Dekrety král. do této sbírky nepojaté pokládají se právem obyčejovým za zrušené.)

Za absolutismu po r. 1848 bylo vydáno mnoho předpisů absolutním panovníkem resp. z jeho rozkazu. Uhři těchto zákonů neuznávali, poněvadž nebyly vydány panovníkem spolu se sněmem a proto po zavedení ústavnosti diplomem říjnovým r. 1860 bylo nutno věc upravit. To se stalo tak, že v některých oborech byly absolutistické normy výslovným předpisem zákona ponechány v platnosti, na př. v oboru finančním, naproti tomu na poli práva soukromého, ob-

chodního, konkursního, horního (materiálního i formálního), trestního, advokacie a veřejného notářství, dále ve věcech urbanálních, vyvazovacích, proporcionálních bylo obnoveno staré právo uherské předabsolutistické ovšem s některými změnami, jež přinesl absolutismus na př. v oboru práva knihovního. To se stalo usneseními t. zv. Judexkurialní konference z 4. III. 1861, kteráž byla pak přijata na výborech komitátních za základ komitátního soudnictví a byla panovníkem potvrzena a usneseními obou sněmoven prohlášena za „předběžnou výpomocnou a orientační pomůcku, která má býti jako platná norma u úřadů a soudů v praxi zachovávána, dokud konstituční zákonodárství nic jiného neustanoví“.

Usnesení judexkurialní konference nejsou rovněž zákonem, ale uznávají se za právo obyčejové, jež prý vzniklo tím, že orgány spravedlnost vykonávající prohlásily, že se jím budou řídit a také skutečně se jím řídily. Je to tedy t. zv. soudcovské právo obyčejové, jež vzniká konstantní praxí soudní. S tím souvisí význam soudní praxe v Uhrách. Podle §§ 70 až 79 zák. čl. LIV/1912 (uvozovací zákon k uherskému civilnímu řádu soudnímu čl. I/1911) byly u nejvyššího soudu (kurie) v Budapešti „k zachování jednotnosti soudnictví“ ve věcech soukromoprávních a trestních zřízeny k rozhodování základních sporných otázek „senáty pro jednotu práva“ a plenární senáty. Veškeré soudy jsou povinny rozhodnutí jednotnosti právní a plenární rozhodnutí tak dlouho zachovávat, dokud nebudou v plenární schůzi kurie změněna. Závazná moc těchto usnesení počínala 15. dne po uveřejnění v úředním listě. Odtud názor, že decisie kurie jsou pokládány za autentický projev práva obyčejového. (Ovšem jest pochybno, zda ustanovení to platí vzhledem k § 12 zák. č. 216/1919 Sb. i pro čl. nejvyšší soud. V praxi náš nejvyšší soud zásadní usnesení ve smyslu uherského zákona vydává (Srov. na př. Zásadné rozhodnutí ve věcech občianských z oboru práva súkromého, jež vydali Fajnor a Záturcký 1927), ale nepokládá se za nutné, aby změna rozhodnutí uherské kurie musila se provéstí rozhodnutím plena nejvyššího soudu.

Pro právo správní podobných nařízení nebylo. Ve věcech správních v poslední stolici rozhodovaly úřady správní a v případech taxative uvedených uherský správní soud. U něho byly sporné právní otázky zásadního významu rozhodovány v oddě-

leních soudních a vázaly senáty toho oddělení, dokud oddělení neučinilo změny, ale zásadní rozhodnutí ta pro úřady správní nebyla závazná (srov. § 5 nař. č. 21973/1896), třeba fakticky se těšila značnému významu. Nelze proto říci, že by úřední nebo soudní praxe v právu správním (pokud snad by tu nešlo výmínečně o decisie kurie) zakládala právo obyčejové.

Náš nejv. správní soud uznává na Slovensku rovněž právo zvykové (Boh. adm. 2563/1923, 1940/1923, srov. i heslo „Nejvyšší správní soud“). Pokud jde o předpisy z doby absolutismu, celkem převládá názor, že v oboru práva správního platí, i když se pozdější zákon nebo předpis na ně neodvolával, pokud ovšem nebyly později derogovány. Tak na př. platily v Uhrách předpisy o universitách pocházející z doby absolutistické, císař. patent o podomním obchodě č. 252/1852 ř. z., horní zákon č. 146/1854 ř. z. naproti tomu na př. zbrojní patent č. 223/1852 ř. z. neplatí, poněvadž byl nahrazen pozdějšími nařízeními a statuty. Někdy jest věc dosti pochybná; na př. nař. č. 48/1854 ř. z. o parních kotlích bylo v Uhrách uznáváno za platné, nikoli však nové nař. č. 107/1866 ř. z. v téže věci rovněž pro celou říši vydané.

IV. Tento stav práva obyčejového přešel recepčním zák. č. 11/1918 Sb. i do naší republiky. Otázka nabyta v našem státě důležitosti po vydání ústavy vzhledem k § 93 úst. „Veřejní zaměstnanci dbejtež v úřední své činnosti ústavních a jiných zákonů. Totéž platí o občanských členech správních úřadů (sborů)“ a § 98: „Veškerí soudcové vykonávají svůj úřad neodvisle, jsou vázáni jen zákonem“. A tu vzniká otázka, zda se zákonem myslí i právo obyčejové.

Panující mínění vychází z názoru, že se pod zákonem myslí tu i právo obyčejové. Uznává se, že ústava nechtěla vůbec řešiti otázku vzniku a platnosti práva obyčejového a že tedy otázka ta zůstala v tom stavu, v jakém byla v den účinnosti ústavy a že tedy tu žádná změna nenastala. Po mém soudu však třeba rozeznávat dobu před účinností ústavy a po ní. Až do účinnosti ústavy (6. III. 1920) jsou zákonem všechny normy, jež měly podle dosavadního právního řádu legis vicem, t. j. nejen zákony konstituční a normy z nich odvozené, dále zákony z doby absolutismu a z doby předběžnové, nýbrž i právní obyčej, pokud ovšem měly podle dosavadního práva legis virem (tedy na Slovensku všeobecně). Od doby účinnosti ústavní listiny

myslí se zákonem pouze zákon v pravém slova smyslu a normy z něho odvozené a právní obyčej jen tehdy, jestliže se zákon na něj výslovně odvolává a tím jej činí součástí práva zákonného.

Za účinnosti ústavní listiny nemůže tedy nové právo obyčejové jinak vzniknouti nežli s výslovným svolením zákonodárcovým. Úřady a soudy mohou tudíž při aplikaci práva po účinnosti ústavy přihlížeti k právu obyčejovému jen potud, pokud vzniklo před účinností ústavy a po účinnosti ústavy jen potud, pokud to zákon výslovně dovoluje (na př. v zák. obchodním nebo v § 7 zák. čl. XIV/1876). Poněvadž právo obyčejové (zejména partikulární), nemůže býti vždy úřadu a soudu známo, neplatí tu zásada *jura novit curia* a proto třeba, aby takové právo obyčejové bylo jim po případě prokázáno. Příslušné předpisy civ. soud. řádu (§ 271 rak., § 268 uh.) platí zajisté i pro řízení správní.

Podle toho, co uvedeno, právo obyčejové jako pramen vzniku nového samostatného práva pro futuro pozbývá vůbec významu a zůstává v platnosti jen dosavadní „zdeděné“ právo obyčejové (O. Mayer), ale i to se s postupující zákonodárnou činností více a více omezuje.

### Literatura.

Kromě spisů uvedených v kontextu a sub A. srov. Rauscher: „Přehled dějin právních pramenů na Slovensku“, 1930 a literatura tam uvedená; Ereky: „Közgazgatási jogi jegyzetek“, 1931; Ervín Hexner: „Zvykové právo v Československé republice“ (Právní Obzor, 1926); Alf. Ross: „Theorie der Rechtsquellen“, 1929; Nawiasky: „Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht“ ve Festschrift zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, 1929.

Karel Laštovka.

## Očkování.

A. Pojem a druhy o. B. O. proti neštovicím. I. Všeobecně. II. Právní předpisy v býv. Rak.-Uhersku. III. Předpisy platné v Čsl. republice: 1. v zemích českých, 2. na Slovensku a Podkarpatské Rusi. C. O. proti vzteklině. 1. Vývoj. 2. Platné předpisy: a) v zemích českých, b) na Slovensku a Podkarpatské Rusi. D. O. terapeutické. — Literatura.

### A. Pojem.

Jedním z nejdůležitějších prostředků ochranných proti vzniku nakažlivých nemocí, jakož i proti nemocem nakažlivým již vzniklým jest o.

O-m rozumí se v lékařství zákrok, který má buď vpravením určitých specifických látek do organismu povzbuditi tento k tvorbě ochranných protilátek a tím organismus před nákazou chrániti, anebo při chorobě již vzniklé vpravením hotových těchto protilátek nemocný organismus v boji s chorobou účinně podporovati. V onom případě, kdy organismus o-m jest povzbuzován, aby sám si vytvořil ochranné protilátky, mluvíme o imunisaci aktivní, v tomto případě, kdy vpravují se do organismu již hotové ochranné protilátky, mluvíme o imunisaci pasivní. Jest tedy aktivní imunisace opatření preventivní, ochranné, mající zabrániti vzniku určité choroby, kdežto pasivní imunisace jest opatření léčebné (therapeutické) při chorobě již vzniklé. Imunisace aktivní dostaví se teprve za jistou dobu po o., ale trvá měsíce až léta, kdežto imunisace pasivní vzniká sice bezprostředně po o., ale trvá jen krátce.

Z preventivních o. (aktivní imunisace) nejběžnější jest o. proti neštovicím, vzteklině, tuberkulose, záškrtu, spále a tyfu; z terapeutického pak o. (pasivní imunisace) o. proti záškrtu, tetanu, spále, choleře, tyfu, dysenterii a sněti slezinné.

### B. Očkování proti neštovicím.

I. Mezi nakažlivými nemocemi, které již dávno ve středověku byly lidstvu metlou, zaujímaly přední místo moru neštovice. Neštovice — Variola — je choroba přenosná, eminentně kontagiosní, která se přenáší z osoby na osobu stykem a i předměty, se kterými nemocný přišel ve styk, a jeví se zejména typickými horečkami a vyrážkou. Choroboplodný zárodek není dosud znám.

Kolébku neštovic byla as. Asie. V XVI. a XVII. stol. vznikly největší pandemie neštoviční, které zaujaly téměř celou Evropu, Malou Asii a Severní Afriku. Koncem XVIII. stol. řádila epidemie neštoviční v Praze a ve Vídni, a po krátkém, přechodném oslabení na začátku XIX. stol. propukly neštoviční epidemie téměř v celé střední Evropě, tak zejména v Rusku, kde úmrtnost byla místy přímo úžasná. V Čechách a ve Vídni dostoupila neštoviční epidemie vrcholu v r. 1871—1873, kdy nemocí byly zachváceny hlavně děti.

Koncem XIX. stol. staly se neštovice, dříve tak časté, onemocněním poměrně řídkým.

Je přirozeno, že proti tak těžké chorobě byly hledány prostředky ochranné. Tak vy-