

**Univerzita Karlova v Praze**

**Právnická fakulta**

**Katedra teorie práva a právních učení**



**DIPLOMOVÁ PRÁCE**

**Vliv fakticity na normativitu:**

**zvyklosti v právu**

Vojtěch Rygl

PRAHA 2014

## **Prohlášení**

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze dne 19. srpna 2014

.....

Vojtěch Rygl

## **Poděkování**

Tato práce by nevznikla bez podpory mého školitele doc. JUDr. Zdeňka Kühna, Ph.D., SJD, LL.M., kterému bych chtěl co nejsrdečněji poděkovat za pomoc při výběru tématu a cenné komentáře, bez kterých by tato práce nikdy nedosáhla podoby, ve které se Vám dostává do rukou.

# Obsah

ÚVOD .....	6
<b>1 EMPIRICKÉ VERSUS DOGMATICKÉ VNÍMÁNÍ PRÁVA .....</b>	<b>8</b>
1.1 NORMATIVNÍ SYSTÉMY .....	10
1.2 PRÁVNÍ NORMA .....	14
1.3 PLATNOST JAKO PODMÍNKA EXISTENCE PRÁVNÍCH NOREM .....	14
1.4 ZNAKY PRÁVNÍCH NOREM .....	16
1.4.1 <i>Regulativnost</i> .....	16
1.4.2 <i>Obecnost</i> .....	17
1.5 PRÁVNÍ A MIMOPRÁVNÍ NORMY .....	18
1.5.1 <i>Pravidla morálky</i> .....	19
1.5.2 <i>Bezhodnotová pravidla</i> .....	20
1.5.3 <i>Odlíšnosti mezi morálními a bezhodnotovými pravidly</i> .....	21
1.5.4 <i>Konflikty práva s ostatními právními systémy</i> .....	22
1.6 VZNIK A VÝVOJ PRÁVNÍCH NOREM .....	22
<b>2 ZVYKLOSTI V PRÁVU .....</b>	<b>25</b>
2.1 OBECNÉ VLASTNOSTI .....	26
2.1.1 <i>Tříprvkový test</i> .....	27
2.1.2 <i>Vznik, zánik a existence právních zvyklostí</i> .....	29
2.2 FUNKCE ZVYKLOSTÍ .....	29
2.2.1 <i>Zvyklosti řešící koordinační problémy</i> .....	30
2.2.2 <i>Konstitutivní zvyklosti</i> .....	32
2.2.3 <i>Hluboké konvence</i> .....	33
2.2.4 <i>Specifická funkce zvyklostí pro právní řád</i> .....	35
2.2.4.1 <i>Interpretace práva</i> .....	35
2.2.4.2 <i>Dotváření práva</i> .....	36
2.2.5 <i>Můžeme efektivně nahradit zvyklosti jinými formami regulace?</i> .....	37
2.3 HLEDÁNÍ LINIE MEZI PRÁVNÍMI A MIMOPRÁVNÍMI ZVYKLOSTMI .....	39
2.4 ZVYKLOSTI A JINÉ FORMY PRÁVNÍCH REGULATIVŮ .....	40
2.4.1 <i>Právní principy</i> .....	41
2.4.2 <i>Právní předpisy</i> .....	42
2.4.3 <i>Soudcovské právo</i> .....	42
2.4.4 <i>Zvykové právo</i> .....	43
2.4.5 <i>Ustálená praxe stran</i> .....	44
<b>3 POSTAVENÍ ZVYKLOSTÍ V ČESKÉM PRÁVU .....</b>	<b>45</b>

3.1	DISKUSE NAD PRAMENY PRÁVA V ČESKÉ REPUBLICE .....	45
3.2	HISTORICKÝ VÝVOJ POJETÍ ZVYKLOSTÍ NA PŘÍKLADU SOUKROMÉHO PRÁVA .....	48
3.3	FUNKCE ZVYKLOSTÍ V KONTEXTU ČESKÉHO PRÁVA .....	52
3.4	DOKAZOVÁNÍ ZVYKLOSTÍ .....	54
3.5	ÚSTAVNÍ ZVYKLOSTI.....	55
3.5.1	<i>Spor o jmenování guvernéra ČNB.....</i>	<i>56</i>
3.5.2	<i>Jmenování soudců, prezident jako správní orgán .....</i>	<i>60</i>
3.5.3	<i>Pověření k sestavení vlády.....</i>	<i>61</i>
3.5.4	<i>Podepisování zákonů.....</i>	<i>63</i>
3.5.5	<i>Rozpuštění Poslanecké sněmovny.....</i>	<i>64</i>
3.5.6	<i>Jmenování místopředsedy Nejvyššího soudu.....</i>	<i>65</i>
3.5.7	<i>Problematika zákona přijatého dle čl. 40 Ústavy.....</i>	<i>66</i>
3.5.8	<i>Omezení prozatímní vlády v rámci normotvorby .....</i>	<i>68</i>
<b>4</b>	<b>ZÁVĚR.....</b>	<b>70</b>

## Úvod

*"Pojem ústavní zvyklosti je naprosto idiotský, protože kdyby to byly opravdu ústavní zvyklosti, tak by nějakým způsobem byly zakotveny v ústavě. Jsou to jenom zvyklosti. Prezident, byť přímo zvolený, nemůže měnit ústavu, ale má samozřejmě svaté právo měnit zvyklosti, které nejsou zakotveny v ústavě."*<sup>1</sup>

Miloš Zeman, prezident České republiky

Citát prezidenta Miloše Zemana nutí k zamyšlení nad zvyklostmi hned ve třech rovinách. Předně stojí za to si položit otázku, zda vůbec nějaké normy založené na sociální praxi existují.

Představme si situaci, kdy je v rámci právního předpisu stanovena povinnost jezdit po levé straně vozovky, ale v rámci našeho společenství vidíme, že všichni jezdí po pravé straně. Ba dokonce, pokud někdo jezdí po levé straně, je za to potrestán. Těžko bychom našli někoho, kdo by odolal síle fakticity, díky které se vytvořila norma, která je v rozporu s platným právem. V tomto případě je navíc otázkou, co je v tuto chvíli právem. Norma, která je obsažena ve formálním prameni práva, ale nikdo ji nedodržuje ani nevynucuje, nebo norma, která je dodržována a vynucována, přestože ve formální prameni práva obsažena není.

Na otázku existence typu norem založených sociální praxí lze v každém případě odpovědět kladně. Jakkoli by si to možná někteří přáli, v rámci společenství lidí vždy budeme tvořit určité normy na základě sociální praxe. Přestože pro tvorbu drtivé většiny právních norem skrze zákonodárství máme dobré důvody, jisté je, že tvořit a spoléhat se na normy založené na našem vnímání okolního světa je součástí přirozenosti lidí, takže bychom jejich existenci neměli přehlížet.

Druhá rovina reprezentuje to, zdali je třeba normy vytvořené praxí zakotvovat v rámci právního předpisu, abychom je mohli považovat za právně relevantní, případně

---

<sup>1</sup> Pojem ústavní zvyklosti je idiotský, řekl Zeman. Němcové nechal naději [online]. 2013 [cit. 2014-07-29]. Dostupné na: [http://zpravy.idnes.cz/zeman-sance-na-vladu-pro-cssd-a-byvalou-koalici-fqg-domaci.aspx?c=A130711\\_071534\\_domaci\\_wlk](http://zpravy.idnes.cz/zeman-sance-na-vladu-pro-cssd-a-byvalou-koalici-fqg-domaci.aspx?c=A130711_071534_domaci_wlk).

jakou technikou je třeba tak učinit. Musíme-li konkrétní normy přímo formulovat v právním předpise, postačí obecný odkaz na použití zvyklostí nebo je možné, že některé typy zvyklostí jsou natolik právně relevantní, že jsou platným právem sami o sobě?

Třetí rovina spočívá v tom, komu náleží právo zvyklosti měnit. Má ho pouze společenská praxe sama, nebo toto právo náleží zákonodárci, případně i jiným aktérům? S tím je nutně spojena problematika vynucování zvyklostí, pokud dojde k odchýlení od zavedené praxe. Tím se dostáváme k otázce normativity zvyklostí, která nám dává odpověď na to, zda mohou být některé zvyklosti vynucovány jako právo či nikoli.

Na všechny tyto otázky bychom rádi odpověděli v rámci této práce. Zaprvé se v rámci úvodní kapitoly podíváme na základní východiska právní vědy a sociologie, abychom lépe pochopili pojem norem a jejich normativity.

Dalším krokem bude podrobit samotné zvyklosti zkoumání na základě závěrů, které jsme vyvodili z první kapitoly. Více si rozebereme funkci a tvorbu zvyklostí a pokusíme se vytvořit test, který nám pomůže s identifikací zvyklostí v právu. V rámci tohoto zkoumání se podíváme i na to, zda existují zvyklosti s různou normativní silou nebo zda můžeme postavit všechny zvyklosti naroveň.

Ve třetí kapitole předložíme rozbor názorů na prameny práva a postavení zvyklostí v českém právním diskursu. Ve druhé polovině této kapitoly se podíváme na funkci zvyklostí v českém právu a pokusíme se částečně zmapovat existenci ústavních zvyklostí.

## 1 Empirické versus dogmatické vnímání práva

*„Právo směřuje k zachování společenského stavu a tím směřuje i k zachování sebe sama.“<sup>2</sup>*

*„Žádná norma bez normotvorné vůle, tj. žádná norma bez normotvorné autority. Norma platí pouze tehdy, je-li přijata volním aktem, je-li smyslem volního aktu.“<sup>3</sup>*

*„A jistě není právník, jenž pokládá svůj způsob, jakým pozoruje životní poměry, za jedině správný, žádným mužem vědy. Vycházíť všechna proměna a pokrok práva v první řadě z poznání toho, co leží před právem a za právem.“<sup>4</sup>*

Zvyklosti jsou tvořeny společenskou praxí, čímž se odlišují od většiny moderních právních norem, které jsou tvořeny orgánem nadaným legislativní autoritou. To však nutně neznamená, že některé nemohou být součástí právního systému. Abychom byli schopni zvyklosti identifikovat a vytvořit si představu o tom, zda je konkrétní zvyklost právní nebo mimoprávní, budeme v první kapitole zkoumat nejobecnější otázky, které si může právní vědec klást. Na těchto problémech se také pokusíme ilustrovat základní rozdíly mezi empirickým a dogmatickým vnímáním práva. Protože mnoho zvyklostí, obzvláště v kontinentální právní kultuře, stojí na pomezí toho, co může být považováno za pramen práva, a co stojí mimo právo, může nám kombinace vícero přístupů pomoci tuto šedou zónu lépe rozkrýt.

Způsoby, jakými můžeme na právo nahlížet, jsou různé. Nicméně základní dvě větve bychom mohli rozdělit na deskriptivní a preskriptivní. Deskriptivní skupina<sup>5</sup> bude

---

<sup>2</sup> KNAPP, Viktor. Teorie práva. Vyd. 1. Praha: Beck, 1995, XVI, 247 s. ISBN 80-7179-028-1, s. 34.

<sup>3</sup> KELSEN Hans, Recht und Logik, Forum, Wien XII. 1965, s. 421-425. v HOLLÄNDER, Pavel. Filosofie práva. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 303 s. ISBN 80-86898-96-2, s. 97.

<sup>4</sup> JELLINEK, Georg. Všeobecná státověda. Praha: Laichter, 1906, XX, s. 34.

<sup>5</sup> Tento přístup se více či méně překrývá pohledem analytickým, normativním nebo chcete-li kognitivním, pozitivistickým, či deduktivním.



v našem rozboru reprezentována především právním normativismem a analytickou jurisprudencí, zatímco preskriptivní skupina<sup>6</sup> bude zastoupena přístupem sociologickým.

Deskriptivní přístup si při zkoumání vystačí s právem samotným. Nesnaží se ospravedlňovat strukturální teorii práva. Tím pádem při hledání odpovědi na to, co tvoří určitý právní systém, nehledí na to „*jaký je vztah pravidel a jejich autority k hrozbám na jedné straně a morálním požadavkům na straně druhé.*“<sup>7</sup> Vnímá právní normy z hlediska pravdivosti tak, že na ně nahlíží ve smyslu popisném nebo tvrdícím.

Dle zástupců deskriptivního přístupu jsou normy spojeny s určitou autoritou, která tyto normy vytváří. Tím může být zákonodárce nebo určité společenství, které normy tvoří právě ve formě zvyklostí. Hans Kelsen, představitel ryzí nauky právní, zásadně spojuje existenci norem s projevem vůle jejich tvůrce.<sup>8</sup>

Jurisprudence je disciplínou dogmatickou spočívající v hledání objektivně správného cíle či pravdy v metafyzickém pojetí. Základní právní otázkou je dle Maxe Webera, jednoho z největších sociologů 20. století, „*jaký význam, nebo jinak, jaký normativní význam by měl být racionálně dán určité sekvenci slov, která tvoří právní ustanovení?*“<sup>9</sup>

Preskriptivní přístup nahlíží na právo prizmatem jiným. Nevystačí si s právem samotným, ale zkoumá jeho projevy, vlivy jiných normativních systémů a vůbec nahlíží na právo optikou vnějšího pozorovatele. Část preskriptivního tábora tedy pracuje s empirickými fakty, jež jsou zjišťována zkoumáním chování jednotlivce, skupiny či jejich průměrů nebo tvorbou ideálních typů hypotetických jednotlivců či skupin v rámci zkoumání určitého sociálního jednání. Tento pohled bychom mohli nazvat sociologickým.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Tento způsob vnímání práva se více či méně překrývá se syntetickým, empirickým, non-kognitivním, přirozenoprávním či induktivním přístupem.

<sup>7</sup> HART, H. L. A. Pojem práva. Vyd. 1. Praha: Prostor, 2004, 312 s. ISBN 80-7260-103-2, s. 235.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. On the Basic Norm. 47 California Law Review. 107, 1959, s. 108-109.

<sup>9</sup> WEBER, Max. Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology. Los Angeles: University of California Pr., 1978. 3 sv. Volume I, s. 311. K pojmu právní vědy též MARŠÁLEK, Pavel. Právo a společnost. Vyd. 1. Praha: Auditorium, 2008, 258 s. ISBN 978-80-903786-8-1, s. 138.

<sup>10</sup> Tamtéž, s. 4-21.

Sociolog zkoumáním sociální reality dochází skrze metodu indukce k určitým závěrům o tom, jaký by měl být obsah práva. Sociologové si často pomáhají při svém bádání tzv. typem. Je tomu tak proto, že každý jedinec je nekonečně rozmanitý, a pokud chceme jeho jednání nějakým způsobem pojmout a normovat, musíme využít určité abstraktnější vyšší skupiny, tedy typu.<sup>11</sup>

Z pohledu práva je pro sociologii zajímavé zkoumat, co se děje v určité sociální skupině. Nebo přesněji, jak jedinci, kteří jsou zapojeni do sociálního jednání, berou subjektivně v potaz, že v rámci toho společenství existují určité platné normy, které regulují chování a nakolik svoje jednání přizpůsobují těmto normám.

Je nanejvýš vhodné rozlišovat důsledně mezi dogmatickým a empirickým pohledem. Dogmatický pohled nám ukazuje pouze objektivní obsah práva, ale bez empirického pohledu se vytrácí společenský kontext, který je tolik nutný pro řádné fungování právního systému.<sup>12</sup>

Ted' bychom měli mít alespoň zběžnou představu o základních paradigmatech obou přístupů a můžeme se podívat, kterak nahlíží na právo a právní normy. To znamená, že se pokusíme zodpovědět otázky: co je právo, jak je tvořeno, jaká je jeho struktura, kvalita a zdroje?

## 1.1 Normativní systémy<sup>13</sup>

Nejprve si načrtněme obrysy hřiště, na kterém se budeme při zkoumání zvyklostí pohybovat. K tomu je vhodné si vymezit normativní systémy. V našem pojetí jsou to organizované soubory pravidel, která mají určitý normativní obsah. Dle britského právního filosofa Andreie Marmora je jedním z jejich účelů řešit koordinační a kooperační problémy v rámci společnosti.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Tamtéž, s. 4.

<sup>12</sup> JELLINEK, Georg. Všeobecná státověda. Praha: Laichter, 1906, XX. s. 54-55. taktéž RYCHLÝ, Tomáš. Právní normy a společenská praxe, Ediční středisko Právnické fakulty UK v Praze, 1998, s.14. taktéž WEBER, Max. Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology. Los Angeles: University of California Pr., 1978. 3 sv. Volume I, Introduction, s. 68.

<sup>13</sup> V této práci libovolně zaměňujeme mezi normativním řádem a normativním systémem.

<sup>14</sup> MARMOR, Andrei. Social conventions: from language to law [online]. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2009. Princeton monographs in philosophy [cit. 2014-07-29]. Dostupné z: <http://site.ebrary.com/lib/natl/Doc?id=10435960>, s. 1-30.

Pokud začneme jejich genezí, v prvotním stádiu je třeba překonat neuspořádaný stav společnosti, tedy v hobbesovském pojetí tzv. „válku všech proti všem“. Pokud normativní systém funguje, přináší optimální výsledky jeho adresátům a může se dále skrze normotvorbu rozvíjet.

V rámci sociálního řádu, souhrnu všech normativních systémů, nalezneme několik podkategorií. Předně se jedná o řády právní a mimoprávní. V rámci mimoprávních je nejvýznamnějším systémem morálka, dále jsou to především pravidla náboženská či vnitřní pravidla různých jiných sociálních skupin.

Po základním třídění sociálního řádu by stálo za to náš pohled konfrontovat s Maxem Weberem. Ten nabízí odlišnou verzi vnímání sociálního řádu, který dělí na zvyklosti a právo (právní řád). Přestože zvyklosti nejsou nijak systémově vynucovány, může být jejich dodržování zajištěno stejně efektivně fyzickým i psychickým nátlakem určité sociální skupiny, jako kdyby se jednalo o právo. Je tedy patrné, že zvyklosti Weber nechápe primárně jako součást právního řádu, ale nepochybuje o jejich normativní síle.<sup>15</sup>

Jak si dále ukážeme, sociální řád je daleko složitější a nelze jej rozdělit pouze na tyto dvě kategorie. Navíc zvyklosti samy o sobě netvoří normativní systém, ale jsou pouze jednou z forem tvorby norem, ať již právních nebo mimoprávních. Tedy pokud si máme položit otázku, zda je možné tvořit právní normy skrze zvyklosti, musíme zkoumat akceptaci této normotvorby v určitém společenství.

O tom nám může hodně napovědět způsob a míra vynucování norem v rámci těchto společenství některými společenskými mechanismy. Dle těchto kritérií můžeme určit druh normativního systému, do kterého určité pravidlo patří a také kam se v rámci vnitřní hierarchie toto pravidlo zařadí. Zkoumáme tak normativní sílu norem těchto systémů. Díky kvalitě této vlastnosti mají některé normy ve společenském systému status právní, zatímco jiné mimoprávní.

V sociologickém pojetí je existence práva či povinnosti v podobě normy závislá na pravděpodobnosti, že dojde k jejímu vynucení. Právní pravidla nám poskytují větší

---

<sup>15</sup> WEBER, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Los Angeles: University of California Pr., 1978. 3 sv. Volume I, s. 319-325.

míru jistoty, že smlouvy mají být dodržovány, sliby plněny a lidský život chráněn, než pravidla mimoprávní.

Právní řád, a tím pádem právo jako takové, dle Webera existuje kdekoli je společnost připravena jej vynucovat.<sup>16</sup> Chování jednotlivců se dle Webera neřídí prostou poslušností k právu, ale tím, „že okolní prostředí schvaluje určité chování, zatímco jeho opak zakazuje, případně tím, že se jedná o prosté nereflexivní opakování, které zakládá zvyk.“<sup>17</sup> Právě pokud by se tak z práva vytratil společenský tlak, stal by se z něj pouhý zvyk.

Proti weberovskému pojetí zde můžeme postavit pohled normativistický, reprezentující extrémní pozitivismus, zastávaný třeba Františkem Weyrem nebo, v podobě ryzí nauky právní, Hansem Kelsenem. Normativistická definice práva může znít například takto: „*Veškeré normy, jejichž normotvorným subjektem si představujeme jednotný subjekt, který je nazýván stát, jmenujme normami právními.*“<sup>18</sup> Základními znaky práva dle této definice jsou norma, která určuje co být má, a stát jako normotvůrce.

Normativistické pojetí práva odlišuje právní řád od ostatních systémů norem tím, že vynucování právních norem je neoddělitelně spojeno s autoritou státu, reprezentovaném orgány státní moci, případně jinými orgány k tomu zmocněnými. Dle tohoto pohledu by stát měl mít monopol na regulaci společenských procesů a jednání jednotlivých členů právního společenství.<sup>19</sup>

Zatímco normativisté odvozují právo od autority jediného normotvůrce, sociologové považují za neodmyslitelné propojení práva a obyčejové regulace vyvěrající často právě ze systému morálky. Zatímco normativisté striktně odmítají jakékoli metafyzické předpoklady práva, právní sociologie zaujímá opačnou pozici.

Nutno říci, že normativismus jako extrémní větev pozitivismu zaujímá trošku jinou pozici než pozitivisté, kteří zastávají teorii uznání. Ti totiž věří v to, že pokud je

---

<sup>16</sup> Tamtéž, s. 316.

<sup>17</sup> Tamtéž, s. 312.

<sup>18</sup> WEYR, František. Základy filosofie právní: (nauka o poznávání právníckém). Brno: Píša, 1920, xi, s. 52. v KNAPP, Viktor. Teorie práva. Vyd. 1. Praha: Beck, 1995, XVI, 247 s. ISBN 80-7179-028-1, s. 48.

<sup>19</sup> SOBEK, Tomáš. Právní myšlení: kritika moralismu. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, 620 s. ISBN 978-80-87439-03-6, s. 371.

určitý metafyzický systém uznáván jako právo a toto uznání je skutečně aplikováno v právní praxi, jedná se o pozitivní právo.<sup>20</sup> Na vliv této koncepce vnímání práva se podíváme podrobněji ve vztahu k zvyklostem ve druhé kapitole.

Pokud uznáme zvyklosti za pramen práva, stát přichází o svoji exkluzivní normotvornou moc. Nicméně stát ztrácí kontrolu pouze nad jedním prvkem regulačního procesu, protože vynucování mu zůstává. Navíc je v diskreci zákonodárce zvyklosti kdykoli měnit skrze legislativu, pokud neslouží cílům právní regulace. Tato diskrece má ale jistá omezení, která by měl zákonodárce respektovat.

Pokud chceme, aby právní řád ve společnosti fungoval, je nanejvýš nešťastné úplně ignorovat pravidla, která si účastníci právních vztahů sami vytvořili. Pokud se díváme na zákonodárce pohledem normativisty jako na neomezenou autoritu, klademe zákonodárce nad racionalitu sociální praxe.

To je ale poněkud nešťastné pojetí. Zatímco zákonodárce by měl mít monopol na tvorbu společenských pravidel, společenská praxe, mnohdy dlouhé roky budovaná a založená na přirozeném výběru, by měla být absolutně upozaděna.

Zde hrozí riziko, že pokud by se zákonodárce odchýlil od zavedených společenských pravidel tvorbou nekvalitních právních norem, mohl by vzniknout v extrémním případě normativní systém paralelní, na právu nezávislý.

V určitých extrémních situacích se ale skutečně stává, že platné právo přestává působit a začne se v rámci této nové společenské situace tvořit jiný normativní systém. Ten může stávající právní systém nahradit či modifikovat, ať už trvale či dočasně. Tento stav je jedním z projevů normativní síly skutečnosti Georga Jellineka.<sup>21</sup>

Donucující moc či obecný tlak právní normy dodržovat tvoří vnější aspekt práva, ale tomu v každém případě náleží i vnitřní znak - jeho regulativnost či chcete-li normativita. Normativita se projevuje skrze příkazy, zákazy či dovození a je skrytá ve smyslu práva, kterým je uspořádání určitých společenských vztahů. Na normativitu se zaměříme především v následujících podkapitolách, kde více rozebereme právní normy jako základní stavební kameny právního řádu.

---

<sup>20</sup> Tamtéž, s. 371-372.

<sup>21</sup> JELLINEK, Georg. Všeobecná státověda. Praha: Laichter, 1906, XX, 358 an.

## 1.2 Právní norma

Norma či pravidlo<sup>22</sup> je základním stavebním prvkem každého sociálního systému. Tomáš Sobek píše, že „*slovo norma pochází z latiny a původně znamenalo úhelnicí, tedy dřevěnou tesařskou pomůcku ve tvaru pravého úhlu.*“<sup>23</sup> Jedná se o pomůcku, která má zajistit jednotný standard určité praxe, a tak normy předkládají šablonu, která nastaví určité společenské jednání. Musí být navíc dostatečně bytelné, aby se nedaly libovolně ohýbat. Typickým znakem je jejich určitá tvrdost nutná proto, abychom mohli mluvit o normě, a tím spíše o normě právní.

Normy regulují chování a tím nám posílají informaci o tom, co je dovoleno a co zakázáno, které navíc určují sankce za zakázané chování. Jejich smyslem v každém případě není jednání předpovídat, popisovat či vysvětlovat, což ale nevylučuje, že se všechna tato hlediska nevezmou v úvahu při normotvorbě.

Pro právní normy je typický specifický způsob jejich vyjádření. To znamená, že právní normy poznáváme z uznaných pramenů práva. Stanovení a uznání toho, co jsou právní normy, může probíhat vícero způsoby. Jednak to může být skrze pasivní toleranci či, dokonce aktivní podílení se na samotné sociální praxi státní mocí bez toho, aby byly formálně označeny jako právní normy. To je typické pro uznání zvyklostí.

Nicméně mnohem častěji se tak děje skrze uvedený postup obsažený v ústavě, publikačních normách či jednacích řádech zákonodárných sborů. Tyto způsoby uznání si podrobněji probereme dále v této kapitole.

## 1.3 Platnost jako podmínka existence právních norem

Prvotní otázkou právních norem bude zjištění jejich existence. V jejím jádru stojí to, zda je norma platná. Hans Kelsen pevně věřil v Humeovu tezi, že nelze vyvozovat bytí na základě faktuálních premis právních norem. Tento problém se týká toho, co je, tedy sociální reality (Sein), a toho, co má být nebo jinými slovy co normy stanoví (Sollen).

---

<sup>22</sup> V tomto případě budeme oba pojmy zaměňovat, přestože jiní autoři považují tyto termíny za odlišné, např. HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 303 s. ISBN 80-86898-96-2, s.141.

<sup>23</sup> SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, 620 s. ISBN 978-80-87439-03-6, s. 190.

Nelze se vyhnout tomu, že při tvorbě právních norem musí dojít k přechodu z faktického stavu do stavu právního, tedy z mětí do bytí. K tomu Kelsen vytvořil koncept základní normy.<sup>24</sup> Bez této normy nemůžeme mluvit o existenci právního systému. Obsah této normy ale závisí na sociální praxi. Právní teorie neprodukuje normy, může jenom popsat a reprodukovat popis norem, které byly vytvořeny v zákonodárném procesu.<sup>25</sup> Hans Kelsen vidí základní rozdíl mezi kauzalitou, která je zkoumána sociologií a právní teorií, která bere jako své východisko právní řád, který je nutně oddělen od fakticity.<sup>26</sup>

Šířeji akceptovanou koncepci uznání právních norem vytvořil H. L. A. Hart, který odvozuje platnost normy od toho, že taková norma splní kritéria pravidel uznání.<sup>27</sup> Nicméně, jeho analytický přístup k právu vychází z toho, že platnost norem odvozujeme pouze ze samotného normotvorného celku.<sup>28</sup>

Na rozdíl od sociologa je pro právníka empirická platnost právních ustanovení dána jejich povahou, tudíž nemusí být dále zkoumána. Jedním z hlavních úkolů jurisprudence je hledání logicky správného významu jednotlivých ustanovení a hledání způsobu, kterak všechna ustanovení poskládat do koherentní struktury, tedy bezrozporného právního řádu.

Syntetický přístup k právu naopak stanoví mimoprávní důvody platnosti právních norem. Vnímání platnosti právních norem je ústřední otázkou, pokud řešíme spor o to, je-li určitá norma právem či není. Tento střet je projevem napětí mezi sociálním, etickým a právnickým chápáním platnosti právní normy.

Jellinek vidí platnost práva v tom, že je schopno působit jako motiv při určování vůle, která je odvozena od přesvědčení řídit se právem. K tomuto vnitřnímu psychologickému prvku spojenému s normativitou právních norem ale přistupuje i prvek motivační, tedy že platnost práva posiluje, pokud jsou právní normy skutečně vynucovány. Vynucení nelze chápat pouze jako strach před právní sankcí či výhružku, ale jako sociální tlak obsahující morálku a mimoprávní pravidla v rámci jednotlivých

---

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. The Concept of the Legal Order. 27 American Journal of Jurisprudence 64, 1982, s. 66-67.

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. What is a legal act? 29 American Journal of Jurisprudence 199, 1984, s. 202-203.

<sup>26</sup> Tamtéž, s. 211-212.

<sup>27</sup> HART, H. L. A. Pojem práva. Vyd. 1. Praha: Prostor, 2004, 312 s. ISBN 80-7260-103-2, s. 107.

<sup>28</sup> HOLLÄNDER, Pavel. Filosofie práva. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 303 s. ISBN 80-86898-96-2, s. 99.

sociálních skupin, jako třeba z řad církve, médií či profesních kruhů. Všechny tyto tlaky jsou dle Jellineka mnohem silnější než vědomé, státem garantované vynucení. Proto Jellinek chápe právní normy spíše jako zaručené než donucovací.<sup>29</sup>

Každý z nabízených pohledů se soustřeďuje na jiné otázky. Sociologický zkoumá to, co „je“, zatímco právní sleduje „co by mělo být.“ Přesto má smysl se zabývat oběma pohledy, protože právní normy jsou v neustálé aplikační interakci se sociální realitou. Logická koherence a bezrozpornost právního řádu jsou spolu s racionalitou zákonodárce nedosažitelnými ideály. Jejich skutečná míra a kvalita je testována právě tím, co „je“, tedy odpovědí na otázku, jak se právo projevuje v praxi.

K tomu, abychom měli představu o tom, jakých kvalit musí dosahovat zvyklosti, abychom je mohli považovat za právní normy, je třeba se podívat na znaky, které nalezneme u právních norem.

## 1.4 Znaky právních norem

Jestliže si děláme ambice některé druhy zvyklostí zařadit mezi prameny práva, musíme zkoumat, jaké vlastnosti mají právní normy. V našem pojetí je to především regulativnost a obecnost, ale nutno říci, že jiní autoři nabízejí poněkud bohatší soubor vlastností právních norem.<sup>30</sup>

### 1.4.1 Regulativnost

Jak už jsme zmínili dříve v této kapitole, právní normy v sobě obsahují určitý regulační signál, který reprezentuje příkaz, zákaz či dovolení, a nesou v sobě určitou informaci, že jisté chování je nutné, zakázané nebo dovolené.

Zásadním znakem společenských pravidel, ať už jsou morální, náboženská nebo právní, je jejich normativita nebo normativní síla. To znamená, že jistá sociální skupina považuje určité pravidlo za závazné. Tím se právní normy liší od běžné repetice chování, která není sama o sobě považována za pravidlo právě proto, že postrádá normativitu. Pokud přestane určitá osoba ráno snídat, pravděpodobně se sotva najde

---

<sup>29</sup> JELLINEK, Georg. Všeobecná státověda. Praha: Laichter, 1906, XX, s. 358 an.

<sup>30</sup> KNAPP, Viktor. Teorie práva. Vyd. 1. Praha: Beck, 1995, XVI, 247 s. ISBN 80-7179-028-1, s. 148-153; HOLLÄNDER, Pavel. Filosofie práva. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 303 s. ISBN 80-86898-96-2, s. 106-112.



někdo, kdo by jí vyčítal, že porušila nějaké pravidlo.<sup>31</sup> Nicméně je třeba říci, že někdy může být repetice natolik intenzivní a dlouhá, že jisté opakované chování může skrze praxi nabýt normativnosti a stát se zvykem. O tom více v druhé kapitole.

Podstatným znakem normy je její normativní následek. Tím je myšlen set konsekvencí, které se uplatní po „aktivaci“ právní normy. Aby mohlo dojít k normativnímu následku, musí být naplněna skutková podstata normy. Z povahy věci je nutné, aby byl určen subjekt či subjekty právní normy a situace, na které se právní norma aplikuje. Situace mohou být kumulativní či alternativní. V případě kumulativního se jedná o naplnění více podmínek aplikace současně, zatímco při alternativní stačí naplnění pouze jedné z nich.

Po naplnění skutkové podstaty normy je třeba přejít k normativnímu následku, který má dle Pavla Holländera čtyři součásti. První je normativní modulace lidského chování, neboli klasická triáda: příkaz, zákaz a dovolení. Druhou součástí je předmět právní úpravy, tedy vymezení objektu práv či povinností vyjádřených v právní normě, tedy chování, na něž se právní norma vztahuje. Třetí část se týká toho, zdali je subjekt, na něž se vztahují dvě předchozí kategorie, skutečně vykonavatelem jednání, které je předmětem právní regulace. Čtvrtou je samotný subjekt, na něhož se vztahuje příkaz, zákaz anebo dovolení vykonat, vyžadovat anebo strpět nějaké chování.<sup>32</sup>

Toto pojetí dobře ilustruje aktivaci regulačního mechanismu právní normy. Vidíme na něm také zásadní komponenty právní normy: normativní modulaci, vymezení objektu práv a povinností, vymezení subjektu a podmínek naplnění skutkové podstaty právní normy subjektem.

#### **1.4.2 Obecnost**

V pojetí Viktora Knappa je obecnost dalším ze znaků právní normy. Obecnost dělí na dvě větve. První větev se týká předmětu normy, tedy že právní norma vymezuje svou skutkovou podstatu, což znamená, že není možné, aby řešila konkrétní skutkový případ. Druhá větev pokrývá subjekt právní normy a dále dělí tuto kategorii obecnosti na dvě podkategorie. První se týká působení právní normy, kterou je myšlena povinnost

---

<sup>31</sup> MARMOR, Andrei. Social conventions: from language to law [online]. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2009. Princeton monographs in philosophy [cit. 2014-07-29]. Dostupné z: <http://site.ebrary.com/lib/natl/Doc?id=10435960>, s. 13.

<sup>32</sup> HOLLÄNDER, Pavel. Filosofie práva. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 303 s. ISBN 80-86898-96-2, s. 120.

subjektů jednat v souladu s právní normou. Druhá řeší způsob určení subjektů, neboli kritéria, která určí, zda ten či onen konkrétní subjekt spadne pod obecný subjekt právní normy.

Obecnost je toliko dodržena, jestliže má taková množina jeden konkrétní subjekt.<sup>33</sup> Ve vztahu ke komponentům právní normy se obecnost právní normy projeví především ve vymezení svého předmětu a subjektů definičními znaky, nikoli v podobě výčtů prvků množiny.

## 1.5 Právní a mimoprávní normy

Zatímco mimoprávní normy mají hodnotu pro *questio facti* a jsou důležité především pro dokazování či normotvornou inspiraci, právní normy jsou zdrojem odpovědí na *questio iuris*.

Kde leží hranice práva, je do značné míry nejisté. Rozhodující bude především míra vývoje a stálosti toho či onoho právního řádu. V případě mimoprávních pravidel to s vymezením bude obtížnější. Těžko nabídnout úplný výčet všech mimoprávních pravidel.

Pokud chceme udělat řez pravidly, nabízejí se dvě skupiny: morální a bezhodnotová (zvyková). Morální pravidla jsou taková, která mají spojitost se společenskými hodnotami. Bezhodnotová (zvyková) naopak tuto spojitost nemají. Příkladem bezhodnotovosti by mohl být dnes již kodifikovaný obyčej zmíněný v úvodu této práce, který spočívá v tom, že jezdíme po pravé straně vozovky.

Subjekty, které normy obecně vynucují, jsou všichni ti, kdo na dodržování norem sledují svůj zájem. Pro vynucování právních norem bude ve veřejném právu dominovat stát (reprezentující celou společnost), zatímco v soukromém se jedná o subjekty různé (věřitelé, vlastníci, apod.). Mimoprávní pravidla jsou nejsilněji vynucována především v rámci různých společenských skupin (rodina, spolky, církve).

---

<sup>33</sup> KNAPP, Viktor. Teorie práva. Vyd. 1. Praha: Beck, 1995, XVI, 247 s. ISBN 80-7179-028-1, s. 149-151.

Dle Jheringa, kdyby například určitá samosprávná organizace dokázala zajistit dodržování svých pravidel bez zásahu státní moci, nejednalo by se určitě o právní normy. Absence státního donucení odlišuje tak morálku a mravnost od práva.<sup>34</sup>

Kde leží linie mezi normami právními a mimoprávními, se pokusil vystihnout Georg Jellinek. Ten se s problematikou jejich odlišení vypořádal následovně: „*Právní normy mají tyto podstatné znaky: 1. Jsou to normy pro vnější chování se lidí k sobě. 2. Jsou to normy, jež vycházejí od vnější uznané autority. 3. Jsou to normy, jichž závaznost zaručena je vnějšími mocnostmi.*“<sup>35</sup> Tyto znaky jsou společné právním normám, zatímco náboženské či mravní vždy alespoň jeden z nich postrádají.

Nicméně tato definice by diskvalifikovala i zvyklosti, neboť nutně nemusí naplňovat zmíněný druhý znak. Je tomu tak jen na povrchu, což více rozebereme v kapitole druhé. Kde si mimo jiné oddělíme zvyklosti od ostatních pojmů, vymezíme jejich obsah, zjistíme, která se přesvědčíme o jejich existenci, probereme jejich funkci a jednotlivé typy.

Pro naše zkoumání zvyklostí je zajímavé zjistit, zda je jejich existence podmíněna nějakým morálním kontextem nebo mají původ v bezhodnotové sféře. Proto se podíváme na obě kategorie podrobněji.

### **1.5.1 Pravidla morálky**

Jak už jsme poznamenali, jedním z normativních systémů je morálka. Ta by se dala v nejširším slova smyslu chápat jako soubor toho, co je běžné, tedy neformálních pravidel, která pramení ze společenské praxe.

Immanuel Kant a David Hume jsou považováni za obhájce autonomie morálky. Jak už jsme poznamenali, Humeova teze obsahuje názor, že „*normativní závěr nelze logicky odvodit (nevyplyvá) z premis, které jsou všechny faktuální.*“<sup>36</sup> Pro morální pravidla z toho vyplývá, že jejich základem nemohou být morálně neutrální pravidla. Spíše se jedná v hodnotícím hledisku o otázku citu, než že by konkrétní morální pravidla vyplývala z faktů. Na druhou stranu Hume ospravedlňoval dodržování

---

<sup>34</sup> SOBEK, Tomáš. Právní myšlení: kritika moralismu. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, 620 s. ISBN 978-80-87439-03-6, s. 283.

<sup>35</sup> JELLINEK, Georg. Všeobecná státověda. Praha: Laichter, 1906, XX, s. 353.

<sup>36</sup> SOBEK, Tomáš. Právní myšlení: kritika moralismu. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, 620 s. ISBN 978-80-87439-03-6, s. 192.

morálních pravidel na základě faktů, z toho důvodu, že v dlouhodobém horizontu takový přístup prospívá celé společnosti.<sup>37</sup>

Nejpraktičtěji pojal koncepci morálky G. Jellinek. Argumentuje tím, že zatímco právo zajišťuje samotnou existenci společenství lidí, morálka se stará o její rozvoj. Právo tak zajišťuje existenci morálky.<sup>38</sup>

Andrei Marmor se zabývá tím, proč přijímáme morální normy jako takové. Například nevidí jako otázku zvyklosti otázku to, že vražda, znásilnění nebo mučení jsou morálně špatné a proto by se člověk měl takového jednání zdržet. Nicméně existenci zvyklostí, které mají spojitost s morálkou, nevylučuje.<sup>39</sup>

Dále zastává názor, že morálka hraje důležitou roli při dodržování zvyklostí. V případě koordinačních problémů, které řeší koordinační konvence<sup>40</sup>, může být řešení takového problému požadováno na morálním základě.<sup>41</sup>

Morální pravidla se mohou vyvíjet spolu s hodnotami ve společnosti. Morální chování v jistém místě a čase nemusí být nutně morální v jiné situaci. Jedním z možných vlivů je úroveň racionální deliberace, tedy síla přesvědčivosti argumentů, které v určité společnosti tvoří veřejné mínění. Jedním ze zdrojů těchto argumentů je například věda a literatura.<sup>42</sup>

### **1.5.2 Bezhodnotová pravidla**

Bezhodnotová zvyková pravidla jsou výsledkem konzistentního opakování určitého jednání, které ovšem nemá hodnotový rozměr. Bezhodnotovost je otázkou obsahu pravidla, zatímco otázku formy takového pravidla pokrývá zvyk. Tím nechceme říci, že by zvyk byl jedinou formou bezhodnotového pravidla, každopádně se ztotožňujeme s weberovským pohledem, který říká, že: „*Zvyk můžeme definovat jako určitou činnost, která se děje pouze z toho důvodu, že se jí lidé přizpůsobili a setrvávají*

---

<sup>37</sup> Tamtéž, s. 191 an.

<sup>38</sup> Tamtéž, s. 376.

<sup>39</sup> MARMOR, Andrei. Social conventions: from language to law [online]. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2009. Princeton monographs in philosophy [cit. 2014-07-29]. Dostupné z: <http://site.ebrary.com/lib/natl/Doc?id=10435960>, s. 131.

<sup>40</sup> V této práci libovolně zaměňujeme mezi pojmem konvence a zvyklost.

<sup>41</sup> Tamtéž, s. 131.

<sup>42</sup> BLOOM, Paul. How do morals change? Nature 464, 2010, s. 490.

v ní díky jednoduchému napodobování. Je to jednání, jehož udržování jednotlivcem není nikým požadováno.“<sup>43</sup> Dle tohoto vymezení by se dalo usoudit, že v pyramidě sociálního řádu jsou pravidla zvyková (bezhodnotová) pod pravidly morálními, neboť vynucování zvyku má z povahy věci slabší či žádnou intenzitu.

Nicméně s přibývajícím dobou, po kterou je tato činnost konzistentně praktikována s určitou intenzitou vícero subjekty, se může tato praxe přetvořit v právní obyčej. Pro ten je typické, že jediný zdroj normativity zvykového pravidla pochází z jeho dlouhodobé existence a širšího přijímání.

Nutno dodat, že se samozřejmě nejedná o jedinou koncepci obyčeje. Pro Karla von Savignyho a Georga Friedricha Puchta byl obyčej pouhým zdrojem poznání právního vědomí národa, což ale bylo Rudolfem Jheringem odmítnuto jako příliš romantická představa, která nereflektuje společenskou realitu.<sup>44</sup>

### **1.5.3 Odlišnosti mezi morálními a bezhodnotovými pravidly**

Pokud bychom měli extrahovat základní typologické rozdílnosti mezi morálními a bezhodnotovými pravidly, nabízejí se dvě, které si zaslouží naši pozornost. První leží v motivaci, která k vytvoření tohoto pravidla přispěla. V případě morálních pravidel se jedná o sledování určitých hodnotových hledisek, zatímco u bezhodnotových pravidel se jedná o hledisko pouhé efektivity spočívající v aplikační konzistenci.

Druhá typologická rozdílnost se týká míry vynucení takového pravidla. U morálních pravidel je obecně větší zájem na jejich dodržování, tudíž i jejich vynucování má větší intenzitu, než je tomu v případě pravidel zvykových.

Odlišnou kategorií od hodnotových a bezhodnotových pravidel jsou strategie, které reprezentují set racionálních argumentů. Andrei Marmor dává za příklad strategii, kterou se řídí hráči během šachové partie. Přestože obecně dovolené pohyby figurek po šachovnici sledují pravidla hry, celková kompozice figur v rámci hry není otázkou

---

<sup>43</sup> WEBER, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Los Angeles: University of California Pr., 1978. 3 sv. Volume I, s. 319.

<sup>44</sup> SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, 620 s. ISBN 978-80-87439-03-6, s. 282.

normativity, ale spíše výsledek určitých logických postupů, které řídí jejich pohyb ve formě strategie.<sup>45</sup>

#### **1.5.4 Konflikty práva s ostatními právními systémy**

Pokud se dostane právo do konfliktu s ostatními systémy, je vcelku logické, že v obecné rovině převáží. V některých případech může být požadavek na primát práva v extrémním rozporu s hodnotovým ukotvením právního řádu. U bezhodnotových pravidel právní pravidla převáží ve 100% případů. U pravidel, která mají hodnotový obsah, může dojít k jejich převážení, pokud už se ovšem takové pravidlo v právním řádu nevyskytuje, a tudíž by se tento konflikt mohl vyřešit interně.

Hans Kelsen upozorňuje, že mezery v právu jsou často chápány jako projev rozporu mezi právem a morálkou. Tento přístup ale okamžitě odmítá, neboť soudcovské rozhodnutí lze odůvodnit jen na základě principu právní moci. Zdroj pravomoci je tedy v právu, všeobjímajícím uzavřeném systému a ne mimo něj.<sup>46</sup> Kelsen tak jako pozitivista musí nutně tvrdit, že ve skutečnosti žádný takový konflikt není z povahy věci možný.

## **1.6 Vznik a vývoj právních norem**

V předchozí podkapitole jsme si nastínili určité členění pravidel, která řídí lidské chování. Zásadní otázkou je, jak vznikají nové právní normy. Poněkud dramatická aranž situace je taková, že právo se rodí v konfliktu zájmů a musí neustále překonávat odpor.<sup>47</sup>

Pokud bychom chtěli nabídnou méně barvitější verzi, vstup do právního systému se v případě většiny moderních právních norem děje skrze pevně určený legislativní proces. Abychom měli jistotu, že je určité pravidlo součástí právního řádu, musí projít

---

<sup>45</sup> MARMOR, Andrei. Social conventions: from language to law [online]. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2009. Princeton monographs in philosophy [cit. 2014-07-29]. Dostupné z: <http://site.ebrary.com/lib/natl/Doc?id=10435960>, s. 14-16.

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. Všeobecná teorie norem. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2000, 470 s. ISBN 80-210-2325-2, s. 145.

<sup>47</sup> SOBEK, Tomáš. Právní myšlení: kritika moralismu. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, 620 s. ISBN 978-80-87439-03-6, s. 282.

určitou procedurou. Ať již ve smyslu samotného přijetí pravidla ve formě zákona či delegace této pravomoci na jiný orgán.

Třetí možnost reprezentuje zanechání mezery v právu, jejíž zaplnění je pak věcí společenské praxe skrze zvyklosti či praxe soudní skrze judikaturu. Nicméně není pochybností o tom, že ve většině případů zákonodárci zbývá vždy konečná pravomoc rozhodovat o tom, zůstane-li určité pravidlo součástí právního řádu, či nikoli.

Je ale třeba říci, že v konečném důsledku právo vyrůstá z mimoprávních norem. Každá norma je nejdříve normou mimoprávní, než výše uvedeným způsobem vstoupí do rodiny právních pravidel. Vzhledem k intenzitě vynucení a konsekvencím jak pro právní řád, tak pro adresáty právních norem, si nemůže každá norma dělat ambice, stát se normou právní. Každé pravidlo je třeba podrobit určitému testu racionality. To, co je racionální, nelze určit pouze dedukcí, ale je třeba brát v potaz zpětnou vazbu, kterou poskytuje právě aplikační praxe. To znamená, že pouze pravidlo, které ob stojí v aplikačním testu času, může být kandidátem pro vstup do právního řádu.

Mnoho pravidel si ale luxus testu času nemůže užít. Zde vyvstává otázka, nakolik je vhodné a efektivní regulovat určité společenské vztahy právní úpravou, a jakou by tato úprava měla mít formu.

Jaké jsou stimuly, na které normotvůrce reaguje? Neustálá „inovace“ právního řádu je odvozena od potřeby společnosti regulovat inovace sociální. Nové chování v konečném důsledku buď modifikuje stávající právní normy, nebo přinese zcela nové.

Takto se projevuje fenomén napětí mezi stabilitou a dynamikou pozitivního práva. Na jedné straně stojí právní jistota a na druhé společenský pokrok. Pokud pozitivní právo nedokáže na sociální změny reagovat, dochází k autoregulaci, kterou si vytvoří účastníci právních vztahů, aby minimalizovali prvek nejistoty, a vyhnuli se společenskému chaosu.<sup>48</sup>

Pokud není právní regulace k dispozici, mělo by být k této samoregulaci maximálně přihlíženo soudní praxí i praxí legislativní. Problém legislativy je její rigidita, a tak by se měl normotvůrce snažit normovat pouze ty oblasti sociální sféry, kde není vytvořen jiný funkční systém regulace, případně je nanejvýš jisté, že tento

---

<sup>48</sup> RYCHLÝ, Tomáš. Právní normy a společenská praxe. Ediční středisko Právnické fakulty UK v Praze, 1998, s. 67 an.

system už nebude podléhat žádnému vývoji, a tudíž může být implementován do legislativy.

Právě sociální samoregulace, tedy řešení sociálních problémů spojených s normami bez toho, aniž by se účastníci sociálních vztahů spoléhali na zákonodárce, je jádrem vzniku a existence zvyklostí. Po tom, co jsme si představili základní paradigmatu právní vědy, se můžeme v další kapitole plně věnovat zvyklostem v právu.



## 2 Zvyklosti v právu

*„Život tu není pro pojmy, ale pojmy mají sloužit životu. Má se dít nikoli to, co požaduje logika, ale to co požaduje život, obchodní praxe a právní cit, ať už je to logicky nutné nebo nemožné.“<sup>49</sup>*

*„Plnost života nelze vtěsnati v úzké šablony. Rozšíříme-li však tyto šablony, buď jsou tak bezvýznamné a samosrozumitelné, že sotva ještě mají jako vědeckou cenu, nebo jsou tak nesprávné, že je i povrchní kritika může hravě popřít.“<sup>50</sup>*

*„Efektivnost zahrnuje v sobě posouzení toho, zda je důležité určitou činnost regulovat, a zhodnocení nákladů této regulace všeho druhu (sociálních, stejně jako ekonomických).“<sup>51</sup>*

V této kapitole se budeme zabývat vztahem práva a zvyklostí. Jak již bylo řečeno v předchozí kapitole, Max Weber zvyklosti a právo odděluje, přičemž obě kategorie norem považuje za základní součást sociálního řádu. Na rozdíl od Webera odlišně dovozujeme, že část zvyklostí je součástí právního řádu a část stojí mimo něj. Tento názor podporuje argument týkající se především normativity zvyklostí, která je pro právní normy zcela zásadní.

Zvyklosti jsou především pojmem sociologickým, který daleko přesahuje právní hranice. Celé oblasti zvyklostí nemůžeme považovat za právní, a přesto mají status zvyklostí. Podívejme se třeba na povinnost sundat si klobouk v kostele. Toto pravidlo bychom asi těžko hledali napsané v právním předpisem, ale je široce dodržováno a každý, kdo chce jednat v souladu s určitými pravidly slušnosti a úcty k náboženským hodnotám a tradici, se mu podrobí.

---

<sup>49</sup> JHERING, Rudolf. von. Geist des Romischen Rechts. 3 Theil. 3. vyd. 1. Leipzig: Abtheilung, 1877. s. 312. v SOBEK, Tomáš. Právní myšlení: kritika moralismu. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, 620 s. ISBN 978-80-87439-03-6, s. 281.

<sup>50</sup> JELLINEK, Georg. Všeobecná státověda. Praha: Laichter, 1906, XX, s. 32.

<sup>51</sup> FRIEDMAN, M. Lawrence M. Law and the behavioral sciences. Indianapolis: Bobbs-Merill, 1969. s. 307 v CEPL, Vojtěch. K pojmu efektivnosti právních norem v Právník 10, 1973, s. 894.

Naším cílem je dokázat, že mimo zvyklosti, které stojí vně právního systému, je skupina zvyklostí, které stojí uvnitř tohoto systému. To znamená, že právní normy nenalezneme pouze v právních předpisech, ale i v sociální praxi, která určité normy uznává natolik, že mají kvalitu norem právních.

Pokusíme se vyvinout test, který nám pomůže zvyklosti identifikovat, a poté zhodnotit, zda se jedná o zvyklost právní či mimoprávní. Nejprve se ale musíme podívat na základní znaky zvyklostí a jejich funkci.

## 2.1 Obecné vlastnosti

Zvyklost je formou existence určité normy. Odlišuje se od norem obsažených v právních předpisech nebo od jiných norem, obsažených v psané formě, třeba křesťanském desateru. Největší odlišnost norem, které jsou vytvořeny na základě zvyklostí, spočívá ve způsobu jejich vzniku, trvání a zániku. Nicméně samotný normotvorný obsah zvyklostí má zcela stejné atributy, jak jsme je vymezili v první kapitole: obecnost, regulativnost, existence tlaku na jejich dodržování a vynucování.

Sociální praxe může být výsledkem činnosti institucí nebo může vznikat čistě na základě konvencí. Příkladem prvého je činnost právních institucí, například soudů, správních orgánů, či zákonodárných sborů. Může se ovšem jednat i o jiný typ institucí jako třeba univerzity, sportovní kluby a spolky, politické strany a další uskupení či zvláštní kategorie náboženských institucí.<sup>52</sup>

Druhá skupina zvyklostí, zvyklosti nezávislé na výše zmíněných institucích, se dále dělí v první podskupině na strukturovaná pravidla her, například šachy, tenis či jiné sporty. Druhá podskupina se týká konvencí vyskytujících se v různých formách umění, tedy divadla, hudby či literatury. Třetí podskupina zahrnuje pravidla etikety, například pravidla stolování, pozdravy a lingvistické konvence. Mezi lingvistické konvence patří i terminologie různých oborů, jako například právní jazyk. Čtvrtou podskupinu tvoří ceremonie a rituály, tím máme na mysli především svatby, pohřby apod.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> MARMOR, Andrei. Social conventions: from language to law [online]. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2009. Princeton monographs in philosophy [cit. 2014-07-29]. Dostupné z: <http://site.ebrary.com/lib/natl/Doc?id=10435960>, s. 35.

<sup>53</sup> Tamtéž, s. 35.

Toto institucionální dělení nám ale nebude pro rozdělení zvyklostí na právní a mimoprávní příliš ku prospěchu. Pokud však pojem zvyklosti budeme zkoumat a dělit dle normativní síly, můžeme se dobrat lepších výsledků. Jestliže použijeme weberovské kritérium kvality vynucení norem jako projevu normativity, můžeme dokázat, že některé zvyklosti mohou být vynuceny nejenom stejně efektivně, ale i stejnými mechanismy, jako právo. Potom je legitimní udělat závěr o tom, že tato skupina nutně musí mít i právní status.

### **2.1.1 Tříprvkový test**

Andrei Marmor vnímá určité pravidlo jako zvyklost za předpokladu, že jsou splněny současně tři podmínky. Zaprvé, existuje určitá skupina lidí, která za určité situace dodržuje toto pravidlo. Zadruhé, existují důvody, pro které tito lidé mají důvod pravidlo dodržovat za této situace. Zatřetí, vedle tohoto pravidla existuje i jiné pravidlo, které by mohlo být lidmi pro tuto situaci dodržováno, ale zároveň je nemožné či zcela nesmyslné dodržovat obě pravidla současně.<sup>54</sup>

Důležitost prvního znaku vidí Andrei Marmor v tom, že zvyklosti ztrácejí svoji závaznost, pokud nejsou dodržovány v určité sociální skupině. To je samozřejmě velmi typickým znakem pro normu, která byla vytvořena na základě sociální praxe. Jestliže jediným důkazem platnosti a závaznosti normy, je důkaz o jejím dodržování, potom zvyklosti, které nejsou dodržovány, ztrácejí svůj normativní obsah, což vede k jejich faktickému zániku. V konkrétním případě bychom tedy zkoumali délku zachovávané praxe a míru jejího opakování.

Druhý znak je zásadní pro odlišení zvyklosti od pouhého zvyku, případně obyčejového práva, které je na zvyku postaveno. V tomto kontextu H. L. A. Hart rozlišuje mezi konvencemi a souběžnou praxí. Konvence se vyznačují tím, že se jim jedinci přizpůsobují proto, že se jim přizpůsobuje určitá sociální skupina, od které odlišuje souběžnou praxi. Za příklad dává sdílenou morálku skupiny: „*nevytváří konvence, ale tvoří se tak, že členové této skupiny mají stejné, leč nezávislé důvody, aby se chovali jistým specifickým způsobem.*“<sup>55</sup> V každém případě ale nepochybuje o

---

<sup>54</sup> Tamtéž, s. 2.

<sup>55</sup> HART, H. L. A. Pojem práva. Vyd. 1. Praha: Prostor, 2004, 312 s. ISBN 80-7260-103-2, s. 249.

normativním charakteru konvenčních pravidel, která jsou založena na existenci povinnosti a určitého motivu k jednání.

V tomto lze s Hartem souhlasit, nicméně je třeba se dohodnout na společné terminologii. Pokud bychom použili jeho termín konvence pro obyčej, který takovou povahu nepochybně má. Zatímco jeho termín souběžné praxe by reprezentoval zvyklosti.

Hart dále polemizuje s Ronaldem Dworkinem ohledně toho, zda jsou morální motivy jediné možné a vhodné, nebo zda jsou některá pravidla přijímaná pouze ze strachu, „z úcty k tradici, touhy identifikovat se s ostatními nebo z přesvědčení, že společnost ví sama nejlépe, co je pro jednotlivce výhodné.“<sup>56</sup>

Pro naše účely je třeba Marmorovo druhé kritérium zvyklostí trochu modifikovat, protože každá norma má za sebou nějaké důvody k dodržování v čemž by se dalo souhlasit jak s Dworkinem, tak Hartem. V případě zvyklostí ovšem existují mnohé důvody pro dodržování určité praxe. Mohou mít původ v hodnotovém pozadí sociálního řádu, výše zmíněné morálce, nebo se týkat racionality určitého systému pravidel. Na rozdíl od zvyklostí je v případě zvyku jediným důvodem vedoucím k jeho dodržování pouze sama existence takové praxe. Důvody odvozené od takové praxe mohou reprezentovat strach, úctu k tradici, touhu identifikace se sociální skupinou a jiné.

Třetím znakem zvyklostí je, že k sobě mají alternativní pravidla, která upravují stejnou situaci. Zde se nabízí otázka, zda v případě právních zvyklostí musí být tímto alternativním pravidlem nutně pravidlo právní, nebo může mít i jinou formu a normativní sílu.

Pokud by měla mimoprávní zvyklost alternativu v podobě právního pravidla, zvyklost se neuplatní. Pokud má ale právní zvyklost alternativu v existenci mimoprávního pravidla, dojde k opačné situaci. V případě kolize dvou mimoprávních či právních zvyklostí bude třeba zkoumat intenzitu kritérií číslo jedna a dvě, abychom mohli rozhodnout, která ze zvyklostí převáží.

Tento tříprvkový test nám dává vodítko, jak odlišit zvyklosti od jiných právních i mimoprávních podob norem. Nicméně stále je tu nezodpovězená otázka oddělitelnosti

---

<sup>56</sup> Tamtéž, s. 251.

právních a mimoprávních zvyklostí. Než se v tom pokusíme ve třetí podkapitole udělat za pomoci našeho testu jistý řez, stojí za to prozkoumat, jak se zvyklosti tvoří, existují a zanikají.

### **2.1.2 *Vznik, zánik a existence právních zvyklostí***

Zatímco právní přepisy jsou v přeneseném slova smyslu tvořeny z normotvorného Olympu, každá zvyklost vyrůstá ze země, tedy z praxe lidí, institucí a sociálních skupin. Zvyklost začíná jako mimoprávní, její normativita je slabá, a čas, po který je udržována, krátký, počet opakování v praxi malý a procento těch, kteří ji uznávají, je nízké.

Existují v podstatě dvě možnosti, co se zvyklostí bude. Buď vyjde z užívání, což povede k jejímu faktickému zániku. K tomu dojde díky existenci jiné zvyklosti či pravidla, které dopadá na stejnou situaci, ale řeší ji jiným způsobem, anebo proto, že se taková situace přestane v sociální realitě vyskytovat.

Nebo se zvyklost udrží a postupně sílí, počet opakování v praxi je vyšší a je uznávána většinou těch, kteří danou situaci řeší, načež se v jisté fázi může stát součástí právního řádu. Celý proces by se dal popsat skrze Darwinovu teorii O původu druhů. Pokud máme tuto teorii transformovat pro zvyklosti, přežijí jen ty zvyklosti, které mají živnou půdu v podobě sociální praxe a nabízejí lepší řešení než alternativní pravidla. Zatímco určitá pravidla se osvědčují, fungují, a tedy se rozšiřují a přetrvávají, jiná takové výsledky nemají, tím pádem vycházejí z užívání a fakticky zanikají.<sup>57</sup>

Výhodou zvyklostí je, že je nikdo nemusí formálně rušit. Pravidla v podobě zvyklostí se tak samočistí, což je značný rozdíl oproti systému právních předpisů jako nositelů právních norem, které je třeba derogovat.

## **2.2 Funkce zvyklostí**

Potom co jsme si stanovili základní znaky, dle kterých zvyklosti identifikovat, stojí za to prozkoumat, jakou funkci zvyklosti v rámci sociálního řádu plní, případně nakolik se jejich obecná funkce liší od jejich funkce v rámci právního řádu. Toto

---

<sup>57</sup> DARWIN, Charles. O vzniku druhu přirozeným výběrem čili zachováním vhodných odrůd v boji o život. Praha: F. Klapálek, 1914, 387 s.

zkoumání nám pomůže rozkrýt určité typy zvyklostí, se kterými jsou spojeny některé specifické vlastnosti, které jiné zvyklosti nemají.

### **2.2.1 Zvyklosti řešící koordinační problémy**

Americký filosof David Lewis, jehož dílo *Convention* je považováno za jednu ze základních prací zabývajících se sociálními zvyklostmi, vnímá zvyklosti jako sociální pravidla, která vyvstávají jako praktická řešení opakujících se koordinačních problémů velkého rozsahu.<sup>58</sup> Zvyklosti dle něj vyvstávají především v situacích, ve kterých je obtížné dosáhnout řešení problémů smlouvou. To proto, že je do určité situace zapojeno příliš velké množství jedinců a tyto situace se opakují. Kdyby neexistovala příslušná konvence, která chování velké masy lidí reguluje, nastal by společenský chaos.

Tyto koordinační problémy jsou v malém měřítku řešeny dohodami, ale v případě masových koordinačních problémů nelze takové dohody efektivně dosáhnout.<sup>59</sup> Bude zajímavé se podívat, kterak se na tento typ zvyklostí uplatní náš tříprvkový test.

Jak již bylo řečeno, jedním ze znaků zvyklosti je, že musí být dodržovány jistou skupinou lidí či institucí. Z tohoto důvodu se jedná o sociální normy. Jak jsme již poznamenali, neznamená to ovšem, že by každá sociální norma byla zvyklostí. Jen ty sociální normy, které mají arbitrární prvek, můžeme zařadit do kategorie zvyklostí.

Další atributem je existence arbitrárního prvku spočívajícího v existenci alternativní normy, která se nabízí, aniž by se podstatně odlišovala co do smyslu či funkce od zvyklosti.<sup>60</sup> Nicméně právě díky způsobu přemýšlení ve smyslu řešení koordinačního problému si účastníci zvolí možnost řídit se zvyklostmi.

Posledním znakem zvyklosti je existence důvodu, který vede k jejímu dodržování. Hlavní důvody dodržování těchto pravidel se nebudou lišit od důvodů, které vedou lidi k dodržování zákonů. Především to bude motiv prospěšnosti a sledování obecně sdílených hodnot. Zde mohou nastat dvě situace: buď si ti, kteří tato

---

<sup>58</sup> LEWIS, David. *Convention: A Philosophical Study*. Oxford: Blackwell Publishers, 1969, s. 5-51.

<sup>59</sup> MARMOR, Andrei. *Social conventions: from language to law* [online]. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2009. Princeton monographs in philosophy [cit. 2014-07-29]. Dostupné z: <http://site.ebrary.com/lib/natl/Doc?id=10435960>, s. 19.

<sup>60</sup> Tamtéž, s. 19.

pravidla dodržují, uvědomují toto pozadí, nebo je dodržují bez vědomí existence nějakého vyššího smyslu.

První případ reprezentuje jakési souznění s cílem pravidla, tedy že jedinec respektuje i hodnoty stojící nad tímto pravidlem. Druhý případ je dílem čisté poslušnosti. To může mít vliv na situaci v případě, že se dané pravidlo změní. Dá se předpokládat, že ten, kdo toto pravidlo dodržuje z pouhé poslušnosti, nebude zkoumat pozadí tohoto pravidla. Navíc, pokud pochází od stejné autority, případně je tlačen stejnou autoritou k jeho dodržování, bude i nové pravidlo dodržovat stejně.

Jestliže je ovšem motivem k dodržování pravidla respekt k vyšším hodnotám a sledování vyššího účelu, nemusí být nové pravidlo vůbec dodržováno, pokud se původním hodnotám či původnímu cíli staví do kontrapozice.

Poslední znak nám také dokreslí, proč jsou zvyklosti alternativními pravidly. Nedá se říci, že by bylo jedno, zda si určitý jedinec zvolí pravidlo A, či bude dodržovat pravidlo B, které je k pravidlu A alternativní. Marmor tuto situaci ilustruje na příkladu, kdy dojde k pozdravu mezi známými. Buď máme možnost si potřást rukou, nebo zakývat hlavou. Lidé, kteří mají averzi k fyzickému kontaktu, budou preferovat pokývání hlavou, zatímco jedinci preferující kontakt budou pro potřesení ruky. Přes jejich subjektivní preference budou přesto volit možnost, která je v dané situaci obvyklá a praktikovaná v okruhu těchto osob.<sup>61</sup>

Zmíněný sociální nátlak reprezentuje důležitý element při posouzení, které pravidlo se prosadí a které ne. Přetrvá to pravidlo, které dodržují také všichni ostatní. Marmor nazývá tuto podmínku jako „*důvody závislé na souladu*.“<sup>62</sup>

Jiní autoři konstruují zvyklosti jako quasi kontrakt sloužící k reciprocitě mezi jeho stranami a staví se proti existenci sociálního nátlaku na jejich dodržování.<sup>63</sup> Nicméně lze těžko mluvit o pouhé reciprocitě bez toho, abychom do našeho smýšlení o konceptu zvyklostí zapojili i existenci sociálního nátlaku. Možná se dá říci, že se jedná o smlouvu, která má morální základ. Jak ale tyto normy vymežíme a co v situacích, kdy konvence morální základ nemají? Je třeba se zabývat tím, jak postupovat za situace, kdy

---

<sup>61</sup> Tamtéž, s. 9.

<sup>62</sup> Tamtéž, s. 11.

<sup>63</sup> GILBERT, Margaret. On Social Facts. Princeton: Princeton University Press, 1989, s. 348.

jedna strana udělá A pokud i druhá strana udělá A. To zcela jistě funguje, pokud řešíme koordinační problém. Jak ale postupovat v jiných případech?

### 2.2.2 *Konstitutivní zvyklosti*

Celá tato pasáž se zabývá konvencemi, které se netýkají koordinace. Tento typ zvyklostí nereguluje pouze existující jednání, ale jeho cílem je také definovat a založit postup pro jednání nová. Krom právního systému existuje celá řada oblastí, která mají vlastní systém pravidel. Od vážné hudby přes poezii až po pravidla jednotlivých sportů. Tato pravidla definují o jakou hru jde a jak ji hrát, stejně jako vymezují prohru a výhru i vše, co je v rámci tohoto sportu dovoleno či zakázáno. Je pro ně velmi typické, že se nejedná o příkazy k určitému jednání, pouze nás k určitému jednání opravňují a jiné vylučují.<sup>64</sup>

Tím nepřímo dochází ke konstrukci určitého hodnotového rámce, který potom ovlivňuje to, jak ten či onen sport či umělecké dílo vnímáme a jaké od něho máme očekávání. Někdy samotné hodnoty vyvěrají z povahy věci, ale v jiných případech je situace odlišná a tvorba hodnot je dána existencí určitých zvyklostí, které vytvářejí specifické podmínky pro vznik těchto hodnot.<sup>65</sup>

Jedním ze způsobů transformace formy tohoto hodnotového rámce, vytvořeného na základě konvencí, je kodifikace. V případě právních konvencí tak dochází skrze legislativní proces, zatímco u jiných druhů konvencí tak dochází skrze encyklopedickou kodifikaci.<sup>66</sup>

V rámci legislativního procesu dojde k tomu, že stát uzná konvence jako součást právního řádu a vstoupí do něj už ne ve formě konvence, ale jako právní předpis. Tím se liší od encyklopedické kodifikace, která pouze zachycuje seznam stávajících konvencí. Příklady druhého najdeme v různých oblastech, například v jazyce máme sepsán soubor jazykových zvyklostí, ale stále záleží na sociální praxi, která konkrétní konvence používá v každé jednotlivé situaci.

---

<sup>64</sup> SOBEK, Tomáš. Právní myšlení: kritika moralismu. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, 620 s. ISBN 978-80-87439-03-6, s. 146.

<sup>65</sup> MARMOR, Andrei. Social conventions: from language to law [online]. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2009. Princeton monographs in philosophy [cit. 2014-07-29]. Dostupné z: <http://site.ebrary.com/lib/natl/Doc?id=10435960>, s. 39.

<sup>66</sup> Tamtéž, s. 52.



Zajímavé je, že zatímco v rámci právního systému existují legislativní pravidla, v rámci zvyklostí o takových pravidlech hovořit nemůžeme. To je jedním z podpůrných znaků existence zvyklostí, kterým se odlišují od jinak vytvořených společenských norem.

Znakem mimoprávních konvencí je, že jim chybí institucionalizovaný systém sankcí. Pokud jsou konvence individuálně porušovány, je na společnosti a tlaku, který je schopna vytvořit, aby si vynutila jejich dodržování. Pokud se konvence budou porušovat systematicky ve větším rozsahu, dává to tušit, že se tvoří nová konvence, která tu stávající co nevidět nahradí.<sup>67</sup>

Zatímco zvyklosti řešící koordinační problémy se nemění pod tlakem externích hodnot, konstitutivní konvence jsou neustále podmiňovány interpretací a reinterpetací a ty jsou samozřejmě ovlivněny externími hodnotami. Takovými činiteli jsou různé typy revolucí, ať už průmyslového nebo politického charakteru.

Na rozdíl od institucionálně přijatých pravidel, která jsou tvořena skrze legislativní proces a mohou být přijata v řádu dnů či měsíců, případně i konvencí řešících koordinační problémy, konstitutivní konvence se tvoří po velmi dlouhé období. Navíc je třeba poznamenat, že v průběhu času tyto konvence nahrazují často konvence jiné. Proto je třeba dobře rozumět obsahu předchozích konvencí, neboť nové konvence často vyrůstají z toho důvodu, že stávající konvence neregulují tu či onu společenskou oblast dostatečně. Problém může spočívat v míře regulace nebo mechanice regulace. Potom je otázkou, jakou mechaniku a míru regulace zvolit, aby regulace byla co nejefektivnější.

### **2.2.3 Hluboké konvence**

Andrei Marmor dále rozlišuje mezi konvencemi, které jsou povrchnějšího rázu a tzv. hlubokými konvencemi. Zatímco povrchnější mají znaky, které jsme popsali výše v této kapitole, hluboké konvence mají jinou povahu.

Zprv se jedná o reakce na naše psychické a sociální potřeby, tedy slouží našim přirozeným potřebám. Zadruhé, hluboké konvence umožňují existovat povrchním konvencím. Zatřetí, za normální situace jsou hluboké konvence odrazem těch

---

<sup>67</sup> Tamtéž, s. 56.

povrchových. Hluboké konvence z povahy věci déle vydrží a jsou méně náchylné ke změnám. A na závěr, v porovnání s povrchovými konvencemi, hluboké konvence nejsou tak často kodifikovány a nahrazovány institucionálními pravidly.<sup>68</sup>

Andrei Marmor dále tvrdí, že tyto hluboké konvence hrají důležitou roli v rámci právního systému, neboť leží na spojnici mezi důvody, proč právo vůbec mít, a pravidly, které určují co je právem, tedy pravidly uznání. Tyto konvence tvoří důležitý základ každého právního systému. Pravidla uznání jsou v Marmorově pojetí povrchové konvence, které jsou odrazem hlubokých konvencí, tedy zatímco hluboké konvence mohou mít právní systémy velmi podobné, ty povrchové, tj. pravidla uznání, se mohou dosti lišit.

Zde nacházíme paralelu s pravidly uznání H. L. A Harta, který sám podotýká, že pravidla uznání mohou mít jednu či více forem. Může jít o „*odkaz k autoritativnímu textu, k zákonodárnému aktu, ke zvykové praxi, k obecným prohlášením určených osob či k minulým soudním rozhodnutím jistých konkrétních případů.*“<sup>69</sup> Tím připouští, že zvyklost může být jeden z pramenů práva. Je třeba poznamenat, že je to jedna z možností, která nemusí platit pro každý právní systém, tedy ne v každém právním systému se zvyklosti jako pramen práva mohou prosadit. Zároveň ale jedním dechem dodává k pojmu zvyku: „*My ale tento termín nebudeme používat, protože zvyk často naznačuje, že zvyková pravidla jsou velmi stará a společenský tlak na jejich dodržování je menší, než je tomu u pravidel jiných.*“<sup>70</sup>

Tento pojem Hart nahradí strukturou primárních pravidel závazku. Ta spočívají v jistých omezeních a ukládání povinností. Dále je jejich znakem převaha jedinců, kteří taková pravidla uznávají. V tomto případě celou situaci Hart ilustruje na příkladu primitivního společenství proto, aby mohl následně přijít s pravidly uznání, která celý právní systém posouvají na vyšší úroveň díky tomu, že se zbavují právní nejistoty, vynucování právních norem je koncentrováno, právní pravidla mohou být také rychle tvořena a zároveň rychle opouštět právní systém.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Tamtéž, s. 172.

<sup>69</sup> HART, H. L. A. Pojem práva. Vyd. 1. Praha: Prostor, 2004, 312 s. ISBN 80-7260-103-2, s. 107.

<sup>70</sup> Tamtéž, s. 99.

<sup>71</sup> Tamtéž, s. 170-173.

Můžeme uzavřít, že i značná část právních pozitivistů nepojímá právní prameny restriktivně, tedy že by jediným pramenem práva musely být právní předpisy. Každopádně koncepce pramenů bude hodně závislá na specifičnosti určitého právního systému.

#### **2.2.4 Specifická funkce zvyklostí pro právní řád**

Krom výše zmíněné typologie zvyklostí se stojí za to podívat, jaký význam může mít existence právních a mimoprávních zvyklostí. Protože v sobě právní zvyklosti nesou právní normy, budou sloužit k tvorbě práva a budou působit tam, kde jiné právní normy neregulují určité situace dostatečně uspokojivě. Přestože ve většině případů hraje psané právo prim, právní zvyklosti mohou při neefektivní regulaci převážit nad psaným právem.

U mimoprávních zvyklostí je situace zajímavější, protože z povahy věci sice nemohou převážit nad právními normami, ale mohou nám pomoci při interpretaci a zaplňování mezer v právu.

##### **2.2.4.1 Interpretace práva**

Při interpretaci dochází k výkladu textu právního předpisu, jeho účelu a kontextu v rámci právního řádu. To je běžný způsob jak nacházet právní normy. Za pomoci rozdílných interpretačních metod a pravidel docházíme k poznání právních norem.

Zvyklosti mohou v tomto případě sehrát roli především v případě, kdy je na ně právními normami odkazováno. To je typické například pro interpretaci právního jednání nebo obchodních zvyklostí.<sup>72</sup>

Nicméně, i bez odkazu právního předpisu na použití zvyklosti, je třeba zapojit všechny dostupné prostředky k tomu, abychom zvolili tu nejlepší možnou interpretaci. Pokud nám klasická výkladová pravidla nedávají jasnou odpověď, měl by soudce jako dworkinovský Herkules<sup>73</sup> zkoumat, jaký výklad zvolila sociální praxe. Ne vždy však je možné právo interpretovat, někdy je třeba jej dotvořit, protože nám chybí právní úprava.

---

<sup>72</sup> Ustanovení § 545 OZ: „Právní jednání vyvolává právní následky, které jsou v něm vyjádřeny, jakož i právní následky plynoucí ze zákona, dobrých mravů, zvyklostí a zavedené praxe stran.“; § 558 odst. 2 OZ: „V právním styku podnikatelů se přihlíží k obchodním zvykostem zachovávaným obecně, anebo v daném odvětví, ledaže to vyloučí ujednání stran nebo zákon. Není-li jiné ujednání, platí, že obchodní zvyklost má přednost před ustanovením zákona, jež nemá donucující účinky, jinak se může podnikatel zvyklosti dovolat, prokáže-li, že druhá strana určitou zvyklost musela znát a s postupem podle ní byla srozuměna.“

<sup>73</sup> DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. London, 1978, s. 115.

#### 2.2.4.2 *Dotváření práva*

V případě, že je právní regulace určité společenské situace neefektivní, sociální praxe si vytváří vlastní pravidla tak, aby do těchto vztahů vnesla prvek jistoty. Nutno říci, že ne vždy je nedostatek právní regulace špatný. Například tam, kde sociální vztahy podléhají značné dynamice, je lepší ponechat tyto situace autoregulaci. V těchto případech je potom pro právní kulturu značně nezdravé, pokud se soudce raději obrací na neefektivní formální prameny práva a autoregulaci v podobě zvyklostí ignoruje.

Skrze sociální praxi se totiž tvoří set pravidel, který dopadá na situace právem nepokryté nebo spíše pokryté nedostatečně. Pokud tato praxe dosáhne jisté intenzity, kvality a udrží se v čase, může dojít k vytvoření právní zvyklosti, které je sama o sobě plnohodnotnou součástí právního řádu.

V případě existence mezery v právní úpravě stojí zato řešit, čeho se má soudce přidržen při dotváření práva, případně, zdali by se něčeho měl držet při tvorbě práva zákonodárce.

Mezery v právním předpise můžeme klasifikovat na pravé a teleologické. Druhé uvedené dále dělíme na nepravé otevřené nebo uzavřené mezery v zákoně. Obě dvě hlavní větve se liší dle legitimačních důvodů. U pravé mezery jiná právní norma předpokládá právní úpravu, ta však očividně chybí.<sup>74</sup>

U teleologické mezery je situace jiná. Dopadá na případy, kdy neexistuje právní předpis, který by se dal aplikovat na daný právní případ. Jedná se o neplánovanou, neúplnou mezeru v zákoně. Teleologická mezera může být reprezentována buď v podobě otevřené mezery, kdy určité zákonné ustanovení chybí, na základě argumentů teleologického výkladu. Tuto situaci nelze vyřešit interpretací, nýbrž se musí právo dotvořit analogií.<sup>75</sup>

Tento postup by se vztahoval jen na situace, na které se nám neuplatní právní zvyklosti. V tom případě soudce může použít analogií. Soudci však jako vodítko pro volbu správných analogických právních norem mohou pomoci právě mimoprávní zvyklosti. Naopak v případě existence právních zvyklostí se o žádnou mezeru v právu

---

<sup>74</sup> MELTZER, Filip. Metodologie Nalézání práva, úvod do právní argumentace. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 223.

<sup>75</sup> Tamtéž, s. 228.

nejedená, neboť tu jsou právní normy, které situací řeší, a tím pádem je soudce musí aplikovat.

V případě zakrytých teleologických mezer v právu v rámci teleologických mezer dochází k situaci, kdy se jazykový výklad přičí teleologickému. Řešením je teleologická redukce.<sup>76</sup> Nicméně, nelze vyloučit ani existenci teleologické i otevřené mezery zároveň a to především v případech, kdy chybí zákonná úprava a teleologický výklad přinese do práva mezeru, neboť neexistují předpisy, které by cíl právní normy upravovaly.<sup>77</sup> Role zvyklosti je ale v obou případech stejná, jak jsme si ji popsali v předchozím odstavci. Jestliže mimoprávní zvyklosti poskytují argumenty pro to či ono konkrétní řešení, právní zvyklosti sami o sobě toto řešení přinášejí.

Pokud se domníváme, že právo by měl být funkční, koherentní systém, je třeba se ohlížet i na sociální praxi. Proto zjištění existence zvyklostí může být nanejvýš relevantní při zaplňování mezer. Jejich použití přispívá k právní jistotě a omezení libovůle soudce při interpretaci právních norem a dotváření práva.

V případě právních zvyklostí není pochyb o tom, že o mezeře v právu hovořit nelze, tudíž má soudce povinnost právní zvyklosti aplikovat. Z této povinnosti by se dala vyvodit výjimka, pokud by zvyklost v případě zakryté teleologické mezery, byla v rozporu s teleologickým výkladem právní normy.

### **2.2.5 *Můžeme efektivně nahradit zvyklosti jinými formami regulace?***

Když se podíváme na mnohost problémů, které zvyklosti v rámci sociálního řádu řeší, nabízí se otázka, zda je možné jejich funkci nějak nahradit. V oblasti našeho zájmu stojí především možnosti náhrady v rámci právního řádu.

Zásadní funkcí práva je chránit, určité společenské zájmy a to jak jedinců, tak společenských skupin. Ochrana v sobě zahrnuje domény základních práv (život, zdraví, svoboda a účast na politickém životě), také práva sociální, ekonomická a kulturní včetně oblasti sebeurčení, životního prostředí a kolektivních práv.

Legitimita autority garantující právní řád se odvíjí od konsensu příslušných sociálních skupin, k ochraně jejíž zájmů právo slouží. Jednou z nejsilnějších motivací pro tvorbu těchto sociálních skupin jsou totiž mimo ochranu života a zdraví právě zájmy

---

<sup>76</sup> Tamtéž, s. 228-229.

<sup>77</sup> Tamtéž, s. 230.

majetkové. Je zřejmé, že i právní řád musí tuto skutečnost dostatečně reflektovat.<sup>78</sup> Důležitou otázkou při tvorbě práva je míra ekonomického vlivu, především s ohledem na ostatní zájmy, které právo chrání.

Je zajímavé prozkoumat, který ze systémů má ve společnosti větší moc. Zdali je to systém ekonomický nebo právní. Úspěšnost toho, zda se určité právní pravidlo podaří dodržovat v ekonomické sféře, závisí na dvou faktorech. Jedním je ekonomická kapacita subjektů. Druhým je míra rozporu mezi individuální ekonomickou motivací a zájmem na právně konformním chování.<sup>79</sup>

Státní donucení ve formě práva ale nemusí být tím nejefektivnějším vynucovacím mechanismem v ekonomické oblasti.<sup>80</sup> Nicméně je nepochybné, že by moderní ekonomický systém nemohl existovat bez právního řádu, který garantuje alespoň základní práva a svobody.<sup>81</sup> Míra smluvní svobody je přímo závislá na tom, jaký prostor je dán autonomii vůle v konkrétním právním řádu.

Ruku v ruce s rostoucím tržním hospodářstvím, které je nutně spojeno s neustálou interakcí mezi ekonomickými subjekty, je třeba do vztahů mezi těmito subjekty dát určitou míru jistoty. Na tuto situaci reaguje zákonodárce a dochází k rozvoji smluvního práva a smluvní svobody.<sup>82</sup> Pokud se jedná o komoditizované typy transakcí, tvoří právo tzv. smluvní typy s cílem snížit transakční náklady a zvýšit jistotu subjektů do těchto transakcí zapojených. Ostatní - specifické transakce - jsou upraveny alespoň skrze obecná ustanovení o smluvním právu.

Některé právní oblasti nepodléhají téměř žádným změnám. To ale neplatí například pro právo duševního vlastnictví, které se prudce rozvíjí jenom díky posunům ke společnosti bádání a vědění a s tím spojenému technologickému pokroku.

Pokrok je tím magickým slovem, díky kterému se zvyklosti těžko nahradí. Pokud totiž zákonodárce ignoruje, nechce či nemůže reagovat na nové situace, v rámci společenského pokroku vzniknou, vytváří si aktéři vlastní systém pravidel, který vede

---

<sup>78</sup> WEBER, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Los Angeles: University of California Pr., 1978. 3 sv., Volume I, s. 334.

<sup>79</sup> Tamtéž, Volume I, s. 334-337.

<sup>80</sup> Tamtéž, Volume I, s. 336.

<sup>81</sup> Tamtéž, Volume I, s. 336.

<sup>82</sup> WEBER, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Los Angeles: University of California Pr., 1978. 3 sv., Volume II, s. 668.

jejich jednání a přináší do jejich ekonomicko-sociálních vztahů potřebnou jistotu. Systémy založené na praxi aktérů se mohou etablovat jako zvyklosti místní či odvětvové a ve výjimečných případech i jako obecné zvyklosti, které se přetaví do zvyklostí právních.

Jak už jsme rozebrali, z povahy věci mohou být zvyklosti vždy kodifikovány legislativou. V případě, že legislativa chybí, jsou zvyklosti jediným vodítkem uspořádání práv a povinností v rámci těchto nově vzniklých situací. V této podkapitole jsme naznačili, že pro uplatnění zvyklostí při dotváření a interpretaci práva je zásadní vyřešení otázky, zda se jedná o zvyklost právní či mimoprávní. Tento řez se pokusíme provést v následující podkapitole.

### **2.3 Hledání linie mezi právními a mimoprávními zvyklostmi**

Pojďme se vrátit k pravidlům uznání, která rozhodují o tom, kterak je právo tvořeno, modifikováno a rušeno v určitém právním řádu. Pravidla uznání stanoví, co je v určité společnosti právem a zároveň určí postup, jakým určité pravidlo vstupuje a taktéž vystupuje z právního systému. Jak jsme si ukázali, Andrei Marmor i H. L. A. Hart naznačují, že tato pravidla mají původ ve zvykovém právu. V rámci určitého právního systému jsou pravidla uznání závislá na konvenci.<sup>83</sup> A to na rozdíl od Hanse Kelsena, který toto odvozoval od základní normy, která zajišťuje, že celý právní systém je platný.<sup>84</sup>

Andrei Marmor považuje pravidla uznání založená na konstitutivních konvencích a ne koordinačních, kterak se část teorie domnívá. Dle jeho názoru tyto konvence tvoří právo a dělají ho tím, čím je.<sup>85</sup> Nepochybně konstitutivní konvence, které jsou projevem hlubokých konvencí, budou součástí právního systému a můžeme je tak považovat za konvence právní.

---

<sup>83</sup> MARMOR, Andrei. Social conventions: from language to law [online]. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2009. Princeton monographs in philosophy [cit. 2014-07-29]. Dostupné z: <http://site.ebrary.com/lib/natl/Doc?id=10435960>, s. 155.

<sup>84</sup> KELSEN, Hans. On the Basic Norm. 47 California Law Review. 107, 1959, s. 108.

<sup>85</sup> MARMOR, Andrei. Social conventions: from language to law [online]. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2009. Princeton monographs in philosophy [cit. 2014-07-29]. Dostupné z: <http://site.ebrary.com/lib/natl/Doc?id=10435960>, s. 167-168.

U povrchových konvencí, které jsou z většiny zastoupeny konvencemi, které řeší koordinační a kooperační problémy, bude situace složitější. Zde bude zásadně záležet zaprvé na tom, v jaké míře jsou takové konvence užívány a kolik procent z celkového počtu možných subjektů je praktikuje. Tedy nakolik bude velká skupina uživatelů, naplňují tak první kritérium z našeho tříprvkového testu.

Druhý znak, existence důvodů pro dodržování asi nebude zcela nápomocným při dělení zvyklostí na právní a mimoprávní. Důvody dodržování právních zvyklostí však můžeme označit za právně relevantní, zatímco důvody k dodržování mimoprávních zvyklostí za právně irrelevantní. Tím ale nechceme říci, že mimoprávní zvyklosti jsou pro právo irrelevantní, což jsme dostatečně rozebrali v předchozí kapitole.

Třetí znak, tedy existence relevantního alternativního pravidla, je důležitý v tom, že právní zvyklosti budou v daleko větší interakci s ostatními právními normami, než zvyklosti mimoprávní. Tím pádem pokud by alternativou k pravidlu vytvořenému na základě zvyklosti měla být jako alternativa jiná právní norma, je možné to považovat za indikaci, že se jedná o zvyklost právní.

V každém případě se asi musíme smířit s tím, že nikdy nepůjde udělat čistý řez mezi právními a mimoprávními konvencemi. Jestliže však máme vymezeny základní druhy konvencí dle účelů, stojí za to zkoumat jejich odlišení od některých pojmů, se kterými jsou často směřovány či od nich nepřesně odlišovány.

## 2.4 Zvyklosti a jiné formy právních regulativů

S čím je autor této práce s Maxem Weberem zajedno je, že „*právo, zvyklosti a zvyk jsou součástí stejného kontinua z nepostřehnutelnými přechody jednoho k druhému.*“<sup>86</sup> Jakmile mimoprávní pravidlo nabude takové důležitosti, že existuje společenský zájem na jeho plošném dodržování a vynucování, dochází v racionálním systému k jeho transformaci do právního řádu. Přestože jsou často rozdíly velmi slabé, stojí za to se pokusit v závěru této kapitoly oddělit zvyklosti od jiných právních pojmů, případně určit jejich vzájemnou podobnost.

---

<sup>86</sup> WEBER, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Los Angeles: University of California Pr., 1978. 3 sv., Volume I, s. 319.



### 2.4.1 Právní principy

Dle německého právního filosofa Roberta Alexyho jsou principy příkazy k optimalizaci ve vztahu k určitým skutkovým a právním možnostem. Jeho teze vyjadřuje přání určitý princip realizovat v nejvyšší možné míře.<sup>87</sup> Dle Ronalda Dworkina jsou právními principy i takové, které nejsou zakotveny v právním řádu, ale protože jsou součástí společenské morálky, jsou platné díky svému obsahu. Rozdíl mezi právním pravidlem, pod které spadá i právní zvyklost, a právním principem, spočívá v tom, že u pravidla se užije aplikace ve stylu všechno nebo nic, tedy jedno pravidlo plně převáží. Při střetu právních principů tento přístup není možný, neboť jeden z principů sice převáží, ale minoritní princip nepozbývá svojí platnosti a nelze ho stoprocentně upozadit.<sup>88</sup>

Robert Alexy v tomto ohledu nabízí sofistikovanější verzi vnímání právních principů a kritizuje Dworkinovo pojetí odlišnosti právních principů a pravidel jako čistě logické.<sup>89</sup> Dle jeho názoru nezáleží jen na skutkových okolnostech, ale i na okolnostech právních, neboť i v případě konfliktu pravidel jsou možné výjimky, případně možnost prohlásit jedno z pravidel za neplatné.<sup>90</sup> V každém případě oba nahlízejí na principy prizmatem logického sporu, a odmítají obsahové odlišení principů a norem.

Pozitivistické vnímání principů je odlišné: musí být prokázáno, že ten či onen právní princip je platným právem. Jinak principy stojí mimo právo a nejsou pro pozitivistu zajímavé.<sup>91</sup>

Pro naše účely je zásadní závěr o tom, že ve většině případů právní principy poměřujeme, zatímco právní normy aplikujeme či neaplikujeme. Máme tak jasný rozdíl mezi zvyklostí a právním principem.

---

<sup>87</sup> HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 303 s. ISBN 80-86898-96-2, s. 144. Taktéž WINTR, Jan. *Říše principů: obecné a odvětvové principy současného českého práva*. 1. vyd. Praha: Karolinum, 2006, 278 s. ISBN 80-246-1246-1, s. 98.

<sup>88</sup> Tamtéž, s. 144.

<sup>89</sup> Tamtéž, s. 145-146.

<sup>90</sup> Tamtéž, s. 146. Více k této diskusi a právním principům obecně TRYZNA, Jan. *Právní principy a právní argumentace: k vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Vyd. 1. Praha: Auditorium, 2010, 332 s. ISBN 978-80-87284-01-8, s. 136-153.

<sup>91</sup> Více v sekci 1.5.4 této práce.

#### 2.4.2 Právní předpisy

Zvyklost je v obecném slova smyslu jednou z forem existence norem. Převážná část moderních právních norem, alespoň v kultuře kontinentálního vnímání práva, je obsažena v právních předpisech. Odlišnost mezi právní zvyklostí a právním předpisem je čistě formální, zatímco rozdíl mezi právním předpisem a mimoprávní zvyklostí je v normativní síle pravidel, která jsou do nich vtělena.

V souvislosti s tím se můžeme především podívat na to, jak právní předpisy mohou být spojeny se zvyklostmi. V rámci systému kontinentální právní kultury můžeme vidět nejčastěji odkaz na určitou zvyklost v právním předpise.

Příkladem může být ustanovení § 10 ABGB, který stanoví: „*K zvyklostem lze hleděti jen v případech, ve kterých se jich zákon dovolává.*“<sup>92</sup> Takovým odkazem pozitivní právo přesouvá svoje regulativní kvality na zvyklosti. To se bude týkat zvyklostí mimoprávních, ve výjimečných případech se takto bude potvrzovat i role právních zvyklostí, které však mohou existovat i bez takového odkazu. Podmínky pro existenci právních zvyklostí, jako svébytného pramene právních norem, jsme si stanovili v předchozí kapitole.

#### 2.4.3 Soudcovské právo

Když jsme v dříve v této kapitole rozebírali, že zvyklosti mohou vzniknout i praxí institucí, vyhnuli jsme se otázce, co se stane, pokud je takovou institucí soud v rámci své rozhodovací praxe.

Ustálená judikatura je uznávána za pramen práva i mimo země právní kultury common law, nicméně v rámci kontinentální právní kultury je více rozšířen pohled na judikaturu jako sociologický pramen práva. Akceptuje se tedy její působení *de facto* a nikoli *de iure*, jak je tomu u právních norem obsažených v právních předpisech.<sup>93</sup>

Přestože by soudcovské právo mohlo vytvořit svébytnou kategorii forem práva, podobnost se zvyklostmi tu je značná. Normativní síla určitého soudního rozhodnutí je závislá na dvou věcech. Zaprvé je odvislá od instance, která rozhodnutí vydala. Zadruhé

---

<sup>92</sup> ANDRES, Bedřich, Antonín HARTMANN, František ROUČEK a Jaromír SEDLÁČEK. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Repr. pův. vyd. r. 1935. Praha: Codex Bohemia, 1998, 1192 s. ISBN 80-85963-61-2, s. 159.

<sup>93</sup> KŮHN, Zdeněk, Michal BOBEK a Radim POLČÁK. Judikatura a právní argumentace: teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou. 1. vyd. Praha: Auditorium, 2006, xxii, 234 s. ISBN 80-903786-0-9, s. 8.

je závislá na stálosti praxe a četnosti jejího upevnění v rámci dalších soudních rozhodnutí. Navíc si soudce vždy vybírá z alternativních interpretací práva, tudíž se nám v přeneseném slova smyslu mohlo zdát, že jsme naplnili všechna kritéria našeho tříprvkového testu.

Z toho bychom mohli dovodit, že je možná existence soudních *quasi* zvyklostí. Každopádně, soudy mají velmi specifickou roli v rámci právního systému. Jejich posláním je právo nalézat a v případě potřeby právo dotvářet. Tedy pracují už se skutkovými zjištěními, na které aplikují právní normy. Nicméně normotvorba není jejich primární funkcí, proto by bylo vhodnější ponechat normativitu soudních rozhodnutí mimo pojem zvyklostí.

#### **2.4.4 Zvykové právo**

Další pojem reprezentuje již v předchozí kapitole rozebírané zvykové právo. To je dáváno do kontrapozice s vytvořeným právem, především zákony. Pokud se zvyk má stát právem (právním obyčejem), pak platí, že musí být široce respektován, a obecně chápán jako závazný a splňovat kritérium racionality.<sup>94</sup> To je velmi obecné a teoretické vymezení.

Dle Maxe Webera právní status určitých zvyků nemá nic společného s jejich faktickou efektivitou. Stejně je to i se zvyklostmi, jelikož jednání jednotlivce na nich založené je přímo závislé na spontánní zpětné vazbě od okolí bez ohledu na jakoukoli právní autoritu.<sup>95</sup> Tato bezprostřední zpětná vazba je v případě jednotlivce nadřazená právnímu řádu a reprezentuje jeho reakci na určité právní jednání jednotlivce.<sup>96</sup>

Faktická pravidelnost jednání – zvyk, může být pramenem právních pravidel pro chování. Nicméně se nedá říci, že by se i opak dal spolehlivě vyloučit.<sup>97</sup> Existence určitého pravidla chování může dát mimoděk vzniknout i určitému opakujícímu se jednání. Weber si dobře všímá toho, že jak právní regulace, tak regulace na bázi zvyklostí, jsou z definice neúplné.<sup>98</sup> To má dvě roviny. Zaprvé, normotvůrce nikdy

---

<sup>94</sup>WEBER, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Los Angeles: University of California Pr., 1978. 3 sv. Volume II, s. 753.

<sup>95</sup> Tamtéž, Volume I, s. 320.

<sup>96</sup> Tamtéž, Volume I, s. 321.

<sup>97</sup> Tamtéž, Volume I, s. 332.

<sup>98</sup> Tamtéž, Volume I, s. 331.

nemůže domyslet všechny konsekvence právní normy. Zadruhé, každý z obou systémů regulace chování není všeobjímající.

Původ právních norem může pocházet z opakování určitého jednání, které zakládá zpočátku prostý zvyk, který může být po určité době díky šíření mezi ostatní jedince, na základě jejich konsensu, považován za závazný právní obyčej. Z nevědomé či polovědomé repetice tak dojde k transformaci na vědomé očekávání jedinců, že bude docházet k souladnému jednání s tímto pravidlem i u ostatních. Nicméně, jak už jsme poznamenali v první kapitole, aby tato společenská praxe dosáhla statutu právního obyčeje, je třeba ji vynucovat právními mechanismy.

Tady je dobré znovu připomenou podmínku, že důvod v dodržování právního obyčeje je nerozlučně spojen s dostatečnou rozšířeností, intenzitou jeho opakování a trváním určité společenské praxe. Za těchto podmínek dostane pravidlo v praxi obsažené právní status.<sup>99</sup>

#### ***2.4.5 Ustálená praxe stran***

Zatímco zvyklosti fungují plošně (tedy pokud bych chtěl o zvyklostech mluvit terminologií geometrie, tvoří rovinné obrazce), praxe stran tvoří úsečku. Úsečka je tenká a spojuje dva body, takže specifická praxe může vzniknout právě mezi dvěma stranami. Tím je dána také její větší flexibilita, co se týče konstituce a změn.

Zároveň z povahy věci vyplývá její slabší normativita. Nelze však říci, že lze v praxi stran bezostyšně porušovat, protože i ta často sleduje stejné motivy, jako zvyklosti a jiné nosiče právních norem. Posilováním jistoty v rámci společenských vztahů dochází k tvorbě důvěry, a tím i ke snižování transakčních nákladů při kooperaci či koordinaci. Můžeme udělat závěr, že nelze říci, že by samostatná praxe dvou stran mohla dosáhnout statutu právní normy, protože jí chybí více účastníků, a tudíž rozšíření na více subjektů, které je pro právní zvyklosti typické.

---

<sup>99</sup> Tamtéž, Volume II, s. 754.

### 3 Postavení zvyklostí v českém právu

*„Moderní demokratická psaná ústava ... nemůže fungovat mimo minimálního hodnotového a institucionálního konsenzu. Pro oblast práva z toho plyne závěr, že pramenem práva obecně, jakož i pramenem práva ústavního a to i v systému psaného práva, jsou rovněž základní právní principy a zvyklosti.“<sup>100</sup>*

*„Na ústavní konvence tak můžeme hledět jako na šedou barvu mezi černou a bílou, které vymezují krajní póly určitého obtížného případu. V tomto ohledu jsou omezením libovůle, když proti argumentaci založené čistě na textu ústavy stavějí účel, zavedenou praxi a systémový kontext.“<sup>101</sup>*

#### 3.1 Diskuse nad prameny práva v České republice

I přes obsah prvního citátu můžeme říci, že v českém právním diskurzu přetrvává „velmi restriktivní pohled na koncepci pramenů práva a z toho vyvozovaný dogmatický zjednodušený závěr o sféře přípustných právních argumentů a o relevantním zacházení s nimi.“<sup>102</sup> My se ale podíváme na podrobnější analýzu toho, z jakých úhlů můžeme na prameny nahlížet, a který ze směrů je pro nás nejpresvědčivější v důsledku argumentů, které jsme položili v přechozích kapitolách.

Nepochybně napříč všemi názorovými směry panuje shoda na tom, že převažujícím pramenem práva v České republice jsou právní předpisy, tedy právo psané. Ohledně dalších možných typů pramenů ovšem už takový konsensus nepanuje.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> Stanovisko pléna sp. zn. Pl.ÚS-st. 14/01 ze dne 26. 6. 2001 (ST 14/23 SbNU 342), s. 8.

<sup>101</sup> KYSELA, Jan. Ústavní konvence, ústavní inženýrství. v KLÍMA, Karel a Jiří JIRÁSEK. Pocta Jánů Gronsčému. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, 614 s. ISBN 978-80-7380-094-9, s. 132.

<sup>102</sup> KÜHN, Zdeněk: Význam proměny soudcovské ideologie aplikace práva ve světle ústavní judikatury let 1993–2003, Právní rozhledy 4/2004, s. 123.

<sup>103</sup> GERLOCH, Aleš. Teorie práva. 6., aktualiz. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, 310 s. ISBN 978-80-7380-454-1, s. 77; KNAPP, Viktor. Teorie práva. Vyd. 1. Praha: Beck, 1995, XVI, 247 s. ISBN 80-7179-028-1, s. 137; ŠVESTKA, Jiří, Jiří SPÁČIL, Marta ŠKÁROVÁ a Milan HULMÁK. Občanský zákoník: komentář. 2. vyd. Praha: Beck, 2009, 2 sv. ISBN 978-80-7400-108-6, s. 29.

Restriktivní tábor považuje právní předpisy za exkluzivní pramen práva, tudíž jakékoli další formy regulativů právo nanejvýš dotvářejí. Extenzivní směr naopak uznává i jiné formy regulativů za pramen práva.

Obě skupiny předkládají celou řadu dobrých argumentů, proč stát v tom či onom táboře. Je nanejvýš dobré se podívat na ty nejzásadnější argumenty a pokusit se je vzájemně konfrontovat. Nejlepší bude učinit tak na konkrétních případech, především zvyklostí a obyčejového práva. Je třeba si klást otázku, které formy normativních regulativů by měly mít ambici stát se zdrojem poznání právních norem, jinými slovy pramenem práva.

Jednu z možných koncepcí vnímání právních pramenů nám nabízí A. Peczenik. Ten dělí právně relevantní zdroje na čtyři kategorie dle intenzity, se kterou tu či onu kategorii soudce má použít při svém rozhodování. V první jsou ty, které musí být užity, aby se dalo vůbec mluvit o soudním rozhodnutí založeném na právním řádu. Ve druhé jsou zdroje, které by měly být soudcem užity, aby rozhodnutí nepostrádalo potřebnou racionalitu, koherenci a bylo konzistentní s právem. Třetí kategorie se vztahuje na podpůrné zdroje dávající rozhodnutí větší argumentační váhu. Čtvrtou kategorií jsou zdroje, které nesmí být soudcem při argumentaci užity.<sup>104</sup>

Zvyklosti se nám nacházejí především ve druhé a třetí kategorii. Zatímco zvyklosti právní se nacházejí především ve druhé kategorii s přesahy do kategorie první, zvyklosti mimoprávní nalezneme na pomezí druhé a třetí kategorie. Jak už jsme mnohokrát poznamenali, právní zvyklosti jsou pramenem práva, mimoprávní zvyklosti slouží především jako zdroj podpůrných argumentů, čímž pomáhají při interpretaci a aplikaci práva.

Zvyklosti mají v různých právních kulturách, potažmo právních řádech, odlišný význam i obsah. Některé právní řády považují zvyklosti za pramen práva,<sup>105</sup> zatímco v českém právním prostředí zatím převažuje mínění, že se o pramen práva nejedná, tudíž u nás převažuje restriktivní přístup.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> KÜHN, Zdeněk, Michal BOBEK a Radim POLČÁK. *Judikatura a právní argumentace: teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou*. 1. vyd. Praha: Auditorium, 2006, xxii, 234 s. ISBN 80-903786-0-9, s. 10.

<sup>105</sup> Příkladem může být Finsko, viz kapitola 1, oddíl 11 finského procesního řádu.

<sup>106</sup> KÜHN, Zdeněk: Význam proměny soudcovské ideologie aplikace práva ve světle ústavní judikatury let 1993–2003, *Právní rozhledy* 4/2004, s. 123; ŠVESTKA, Jiří, Jiří SPÁČIL, Marta ŠKÁROVÁ a Milan HULMÁK. *Občanský zákoník: komentář*. 2. vyd. Praha: Beck, 2009, 2 sv. ISBN 978-80-7400-108-6, s. 29.

Neakceptovat jiné než formální prameny práva je vhodné a efektivní v situacích, které mohou být považovány za jednoduché, tedy pokud nám formální prameny práva dávají dostatečně jasné odpovědi. Otázkou je, jaké případy mohou být považovány za jasné, a zda nakonec není lepší použít plné instrumentarium pro každou situaci, neboť některé otázky se mohou zdát jednoduché jen zdánlivě.<sup>107</sup> V mezních případech, kdy nám obecně uznávané formální právní prameny neposkytují dostatečně jasné vodítko k řešení případu, formalistický přístup k právu přímo ohrožuje spravedlnostní element i právní jistotu, která má být naopak takovým přístupem k právu chráněna.<sup>108</sup> V konečném důsledku rozumné použití všech dostupných argumentů nevede k likvidaci právního řádu, ale naopak k posílení jeho racionality.

Problém, který se nabízí při akceptaci neformálních pramenů práva, je zřetelný. V případě akceptace i jiných pramenů práva, než práva psaného, nám vyvstává otázka poznatelnosti těchto pramenů. S tím je nutně spojena otázka toho, zda formulovat prameny libovolně nebo pro ně stanovit objektivizovaný postup.

Ústavní soud se k tomu vyjádřil následovně: *„Demokratický systém čelí možné libovůli při formulování nepsaného práva dvojím způsobem. Nesdílí v našem prostředí tak hluboce zakořeněnou skepsi k možnosti činit odpovědná individuální rozhodnutí a předkládat je na základě přesvědčivé argumentace veřejnosti k posouzení. První garance vůči libovůli je tudíž kulturní a mravní kontext odpovědnosti. Tím druhým je soustava demokratických institucí utvářející dělbu moci.“*<sup>109</sup>

Tím Ústavní soud dobře vystihl, že i v případě nepsaného práva kontrola nad jeho vytvářením funguje. Je tvořena v rámci sociální praxe více jednotlivců, a tak je

---

<sup>107</sup> SCHAUER, Frederick. Easy Cases. 58 S. Cal. L. Rev. 636, 1985.

<sup>108</sup> „Formalistický pohled na právo je nezbytným pro zachování právní jistoty a právního státu, zatímco neformalistický pohled (nahlízející na právo v širším aspektu, překračujícím toliko právní systém, jak byl vymezen klasickou pozitivistickou doktrínou) je vysoce žádoucí pro aplikaci práva ve složitých případech, čímž zajišťuje skutečnou „vládu práva“ v právním státu, který zdaleka nepozůstává jen z formalistických koncepcí.“; „Jiným aspektem ideologie vázané aplikace práva je velmi restriktivní pohled na koncepci pramenů práva a z toho vyvozovaný dogmatický zjednodušený závěr o sféře přípustných právních argumentů a o relevantním zacházení s nimi. Zjednodušený pohled na právo tak vede i ke zjednodušenému pohledu na prameny práva a na právně relevantní argumenty, který dominuje v českém právním myšlení. Základní tezí tohoto zjednodušeného pohledu je jednoduchá dichotomie: „závazný právní argument vs. právní argument nezávazný“, nepřipouštějící jemnější a komplexnější konstrukce, které by tuto domnělou dichotomii změnily v kontinuum.“ KÚHN, Zdeněk: Význam proměny soudcovské ideologie aplikace práva ve světle ústavní judikatury let 1993–2003, Právní rozhledy 4, 2004, s. 123.

<sup>109</sup> Nález sp. zn. Pl. ÚS 33/97 ze dne 17. 12. 1997 (N 163/9 SbNU 399; 30/1998 Sb.), část IVc.

třeba dosáhnout jistého konsensu, kterým je možná libovůle při vytváření norem skrze zvyklosti, právní principy či obyčeje značně omezena.

Za další tu je tu moc zákonodárná, výkonná a soudní, přičemž každá z nich má efektivní nástroje, kterými může tuto nepsanou normotvorbu kontrolovat. Tím pádem je zaručeno, že v případě excesů může zákonodárce určitý obyčej či zvyklost nahradit zákonem, případně soudce může obsah zvyklost vyložit tím způsobem, aby byla konformní s právním řádem.

Mimo klasické kontinentální chápání je možno chápat prameny práva jako autonomní a neautonomní. Autonomním pramenem práva je cokoli, co může být používáno jako standardní podklad pro soudní rozhodnutí. Pro autonomní prameny je typické, že z nich vyplývají práva a povinnosti. Tím se liší od neautonomních pramenů, které nejsou základem soudního rozhodnutí, ale často rozhodují, co je právem, samozřejmě s odkazem na autonomní prameny.<sup>110</sup>

V převažujícím chápání zvyklostí v rámci českého diskursu bychom je zařadili na pomezí Peczenikovy druhé a třetí kategorie, tedy kategorie podkladové a legitimační. Nicméně v následující kapitole se pokusíme naznačit, že vývoj vnímání zvyklostí přeci jenom naznačuje jistý posun směrem na rozhraní první a druhé kategorie.

### **3.2 Historický vývoj pojetí zvyklostí na příkladu soukromého práva**

Tak jako v rámci každého primitivního právního systému, bylo právo nejdříve založeno na ustálené praxi, tedy zvyklostech a právních obyčejích. S postupující ideou kodifikace byla celá řada norem recipována do právních předpisů.

Právní obyčej pozbyl kvůli své rigiditě s příchodem všeobecného zákoníku občanského roku 1811 na důležitosti.<sup>111</sup> K významu obyčejového práva v České republice by se dalo poznamenat: „*Obecně se uznává, že malý nebo žádný, a že to, nač se současná literatura jako na právní obyčeje odvolává, pravidelně žádné obyčeje v*

---

<sup>110</sup> KÜHN, Zdeněk, Michal BOBEK a Radim POLČÁK. *Judikatura a právní argumentace: teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou*. 1. vyd. Praha: Auditorium, 2006, xxii, 234 s. ISBN 80-903786-0-9, s. 9.

<sup>111</sup> Existenci obyčeje pěkně shrnul Karel Eliáš: „*Právní obyčej je instituce těžkopádná, nepružná, v překotně se vyvíjející postmoderní době je nemožné, aby se dlouhodobým užíváním konstituoval, stejně jako je nemožné, aby při individualistické mentalitě a stupni vzdělání dnešní české společnosti vzniklo o takové normě chování všeobecné přesvědčení, že se jedná o závazné právní pravidlo.*“ ELIÁŠ, Karel. *Česká juristická postmoderna a rekodifikace soukromého práva*. *Bulletin advokacie* 6-7, 2003, s. 46.



*přesném (teoretickém) slova smyslu nejsou a že se jedná o produkt judikatury, resp. soudcovské tvorby práva.*<sup>112</sup>

Mnohem zajímavější situace byla na Slovensku, kde obyčejové právo především v oblasti soukromého práva bylo ještě na začátku 20. století převažujícím právním pramenem. V každém případě byl už v té době obyčej subsidiárním pramenem práva a předně se uplatnil zákon.<sup>113</sup>

Důvodem proto byla silná pozice zvykového práva v celém Uhersku, na které byla kladena podobná kritéria, která jsme popsali výše: „*Obyčajové právo je súhrn právnych pravidiel, ktoré prýštia zo všeobecného presvedčenia občanov a javia sa navonok v ich dosledne rovnakom konaní, zachovávaní sa v určitých situáciách právneho vzťahu po dlhú dobu.*“<sup>114</sup> Podle územního rozsahu se rozlišovalo na zvyklosti krajové či místní. Obyčej se obsahově nesměl přičít dobrým mravům, zásadám právního pořádku a právnímu citu.<sup>115</sup>

U zvyklostí je situace zcela jiná. Zatímco ABGB znamenal pro obyčejové právo faktický konec, již zmiňované ustanovení § 10 ABGB užití zvyklostí podmiňoval odkazem zákona. Jak už jsme ukázali, zvyklostmi myslíme něco jiného než zvykové právo.

Dle prvorepublikové komentářové literatury zvyklosti reprezentují pouze faktickou otázku, tedy součást skutkové podstaty právní normy. Jejich příklady jsou podobné, jako nalezneme v současném platném OZ. Jedná se o oznámení nálezů v místě obvyklém, dobu pasení, pohřeb přiměřený místním zvyklostem, znamení v místě obvyklá, mechanické napodobení podpisu, pokud je v obchodu obvyklé nebo zvyklosti pořádného obchodu.<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> Tamtéž, s. 46.

<sup>113</sup> FAJNOR-ZÁTURECKÝ. Slovenské právo. v ANDRES, Bedřich, Antonín HARTMANN, František ROUČEK a Jaromír SEDLÁČEK. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Repr. pův. vyd. r. 1935. Praha: Codex Bohemia, 1998, 1192 s. ISBN 80-85963-61-2, s. 61.

<sup>114</sup> FAJNOR-ZÁTURECKÝ. Slovenské právo. v Tamtéž, s. 61.

<sup>115</sup> RAUSCHER, J. O obyčajovom práve na Slovensku. v Tamtéž, s. 160.

<sup>116</sup> SEDLÁČEK, Jaromír. Zvyklosti. v Tamtéž, s. 159.

Zajímavé je, co říká jeden z judikátů, citovaných k výše zmíněnému ustanovení § 10 ABGB: „Zvyklost zavedená po jedno desetiletí nezakládá trvání práva zvykového, které vyžaduje po dlouhý čas trvajících usus.“<sup>117</sup>

Je vidět, že jak prvorepubliková doktrína, tak judikatura zřetelně rozlišovaly mezi zvyklostí, která má evidentně faktickou povahu a zvykovým právem, které má povahu právní. Zároveň je z jiného rozhodnutí patrné, že zvyklosti, případně zvyk *contra legem*, nebyl i přes dlouholeté používání akceptován jako platný.<sup>118</sup>

Po derogaci ABGB byly zvyklosti v civilním právu omezeny na minimum. Nicméně, v souvislosti s rekodifikací soukromého práva v České republice dochází k zásadnímu posunu role a vnímání právních zvyklostí. Metodologické základy rekodifikace by se dle jejích autorů daly shrnout do tří základních koncepčních frází: integrace, konvence a diskontinuita. „*Soukromé právo - a právě v této disciplíně je to neobyčejně důležité - není uchopováno skrze instituty, ale exegezí slov zákona, což je metoda k poznání práva nejméně spolehlivá, posouvající formální (přesné, logické, systematické) právní myšlení k bezduchému formalismu, který se vyčerpává sám sebou.*“<sup>119</sup>

V souvislosti s rekodifikací soukromého práva se platný OZ navrátil k prvorepublikové tradici, ba dokonce můžeme mluvit o jistém posunu. Naproti převažujícímu restriktivnímu pojetí pramenů práva, OZ za prameny občanského práva považuje zákon, zásady uznané jako přirozené zásady právní a zvyklosti, pokud se jich zákon dovolává výslovně.<sup>120</sup> V ostatních případech mohou zvyklosti sloužit jen jako interpretační pomůcka.<sup>121</sup> Už jen letmým pohledem je patrné, že množství ustanovení, ve kterých se OZ dovolává zvyklostí, je neporovnatelně vyšší v porovnání s předchozím kodexem občanského práva.

OZ používá hned několik pojmů, o kterých je třeba přemýšlet v souvislosti se zvyklostmi. Předně se jedná o samotné zvyklosti, mimo kterých najdeme v zákoně i užší

---

<sup>117</sup> SEDLÁČEK, Jaromír. Zvyklosti. v Tamtéž, s. 160.

<sup>118</sup> Tamtéž, s. 160.

<sup>119</sup> ELIÁŠ, Karel. Česká juristická postmoderna a rekodifikace soukromého práva. Bulletin advokacie 6-7, 2003, s. 46.

<sup>120</sup> Ustanovení § 9 odst. 2 OZ.

<sup>121</sup> Důvodová zpráva k občanskému zákoníku: konsolidovaná verze [online]. [cit. 2014-08-16]. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>, s. 39.

pojmy, tedy zvyklosti místní a zvyklosti soukromého života. Dále potom používá OZ pojem zavedená praxe stran.<sup>122</sup> Pojem obchodních zvyklostí najdeme v § 558 OZ. V případě obchodních zvyklostí už máme judikaturu, která obsah tohoto pojmu řeší, u těch ostatních si na určení jejich obsahu budeme muset pár let počkat.<sup>123</sup>

Zásadní změnou oproti staré úpravě civilního práva je obnovení dikce § 10 ABGB v § 9 OZ.<sup>124</sup> Důraz na zvyklosti si vysloužil kritiku ze strany odpůrců rekodifikace. Kritika však spíše směřovala k hanění obyčejového práva, než zvyklostí, na které se OZ vůbec neodvolává.<sup>125</sup>

Těžko si potom vyložit větu z důvodové zprávy o tom, že OZ staví obyčej a zvyklosti naroveň.<sup>126</sup> Motivů k rovnosti obou pojmů mohou pramenit z toho, že v obou případech je způsob jejich tvorby velmi podobný. Jak jsme si však ilustrovali v předchozích kapitolách, zvyklost má jiné důvody normativity než obyčej, tudíž není možné říci, že se oba pojmy zcela překrývají. Mohli bychom však dovést, že právní zvyklosti a právní obyčeje mají stejnou právní sílu, což považujeme za názor akceptovatelný.

Z dostupné literatury prezentované v této kapitole drtivá většina autorů ani materiálně nerozlišuje mezi zvyklostmi právními a mimoprávními. Tedy přestože nepopírají normativitu zvyklostí, považují je ve všech případech za normy odlišné jakosti od právních předpisů.

Navíc je kritizováno, že zvyklosti nejsou tvořeny svrchovaným nositelem zákonodárné moci, nýbrž pouze členy daného společenství, a nedochází k jejich publikaci. To vše mohou být argumenty pro to, že zvyklosti nemohu být vymáhány právními mechanismy, ale jen sociálním nátlakem.<sup>127</sup>

---

<sup>122</sup> Ustanovení § 1959, § 545, § 602, § 627 OZ.

<sup>123</sup> Například rozsudek NS ze dne 22.03.2011, čj. 32 Cdo 4932/2009.

<sup>124</sup> Ustanovení § 9 odst. (2) *Soukromá práva a povinnosti osobní a majetkové povahy se řídí občanským zákoníkem v tom rozsahu, v jakém je neupravují jiné právní předpisy. K zvyklostem lze hledět tehdy, dovolává-li se jich zákon.*

<sup>125</sup> PELIKÁNOVÁ, Irena. Kodifikace soukromého práva, zejména ve vztahu k úpravě obchodních vztahů. *Bulletin advokacie* 3, 2003, s. 49.

<sup>126</sup> Důvodová zpráva k občanskému zákoníku: konsolidovaná verze [online]. [cit. 2014-08-16]. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>, s. 39.

<sup>127</sup> KRECHT, Jaroslav. K ústavním zvyklostem. *Právní rozhledy* 18, 2013, s. 630.

Další linie kritiky směřuje k legislativní technice obecného odkazu na zvyklosti. Problémem prý je, že je obsah zvyklostí často nejasný, někteří autoři do něj zařazují jak morálku, tak právo přirozené.<sup>128</sup>

Tento přístup ke zvyklostem je třeba silně odmítnout. Prvoplánová nejasnost, absence normotvůrce či absence oficiální publikace jsou jen povrchními argumenty, na základě kterých nelze normativní roli zvyklostí v právním systému odmítnout. Takové vnímání práva vede sice k zúžení pramenů práva a tím i k jeho jednoduššímu nalézání, nicméně nevede k přesvědčivosti a logické i funkční koherenci celého právního systému. Argumenty pro náš názor nalezneme v kapitole první a druhé.

Pokud se podíváme na terminologii běžnou v našem právním diskursu, zjistíme, že taxonomie je poněkud zmatená. Tak například Ota Weinberger odlišuje od sebe zvyklosti, které reprezentují opakující se vzorce individuálního či skupinového chování od obyčejů, které pokrývají chování obvyklé v určité sociální skupině, avšak nevážou na sebe sociální povinnost a mravů, které naopak v sobě tuto sociální povinnost nesou.<sup>129</sup>

Dále se polemika vede ohledně toho, jaký význam má pojem konvence oproti pojmu zvyklosti. V této práci mezi nimi není rozlišováno, ale někteří autoři mezi nimi vnímají rozdíl.<sup>130</sup>

### **3.3 Funkce zvyklostí v kontextu českého práva**

Po zhodnocení diskuze o zvyklostech na příkladu zvyklostí v soukromém právu je teď je ten správný čas prozkoumat v následujících kapitolách výskyt a funkci zvyklostí v rámci právního řádu České republiky.

V jednom z nejzásadnějších nálezů Ústavního soudu k významu ústavních zvyklostí se Ústavní soud zabýval problematikou jmenování guvernéra a viceguvernéra ČNB. V něm Ústavní soud zhodnotil přínos zvyklostí při tvarování Ústavy do podoby

---

<sup>128</sup> Tamtéž, s. 630.

<sup>129</sup> KYSELA, Jan. Ústavní konvence, ústavní inženýrství. v KLÍMA, Karel a Jiří JIRÁSEK. Pocta Jánů Gronskeému. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, 614 s. ISBN 978-80-7380-094-9, s. 129.

<sup>130</sup> KYSELA, Jan. Ústavní konvence, ústavní inženýrství. v Tamtéž, s. 135.

funkčního celku a zároveň „zaplňují prostor mezi strohým vyjádřením ústavních principů a institucí a variabilitou ústavních situací.“<sup>131</sup>

V rámci civilního práva nalezneme zvyklosti, které mohou pomáhat při interpretaci práv a povinností vyvstávajících ze smlouvy, což bylo stanoveno jak prvorepublikovou judikaturou<sup>132</sup>, tak v § 914 ABGB, který stanovil, že „při výkladu smluv nelze lpěti na doslovném smyslu výrazu, nýbrž jest zjistiti úmysl stran a smlouvě jest tak rozuměti, jak to odpovídá obyčeji poctivého obchodu.“<sup>133</sup>

Tím se při intepretaci smlouvy myslí to, že soudce nesmí rozhodovat pouze na základě subjektivního hlediska jedné či druhé strany, protože smlouva je projevem shodné vůle alespoň dvou stran, tudíž nepatří jedné ani druhé straně. Proto tu jsou zvyklosti poctivého obchodu, aby objektivně determinovaly hledisko, kterým má být na smlouvu nahlíženo. Ve svém obsahu reflektuje, jak by měla strana jednat, aby to bylo v souladu s principy slušnosti. Soudní rozhodnutí proti zvyklostem poctivého obchodu bylo považováno za nesprávné právní posouzení věci.<sup>134</sup>

Tato interpretační funkce se transformovala do ustanovení § 264 ObchZ kde sloužila pro určení práv a povinností z obchodního závazkového vztahu.<sup>135</sup> V širší formulaci se prosadily zvyklosti při výkladu právního jednání i v ustanovení § 558 OZ.<sup>136</sup>

Dikce ustanovení § 556 odst. 2 OZ dokonce připouští použití zavedené praxe stran i mimo podnikatelské vztahy při výkladu projevu vůle. Jestliže tedy OZ akceptuje pro výklad i praxi stran, logickým argumentem *a minore ad maius* nutně musíme dojít k tomu, že musí přijmout použití i normativně silnějších zvyklostí.

---

<sup>131</sup> Nález sp. zn. Pl. ÚS 14/01 ze dne 20. 6. 2001 (N 91/22 SbNU 267; 285/2001 Sb.), s. 7.

<sup>132</sup> Vhrs 2./XII. 1931 č. 86/81 v ANDRES, Bedřich, Antonín HARTMANN, František ROUČEK a Jaromír SEDLÁČEK. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Repr. pův. vyd. r. 1935. Praha: Codex Bohemia, 1998, 1192 s. ISBN 80-85963-61-2, s. 160.

<sup>133</sup> SCHROTZ, Karel, Bedřich ANDRES, Vladimír FAJNOR, Adolf ZÁTURECKÝ, Antonín HARTMANN, František ROUČEK a Jaromír SEDLÁČEK. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Repr. pův. vyd. z r. 1936. Praha: Codex Bohemia, 1998, 866 s. ISBN 80-85963-79-5, s. 297.

<sup>134</sup> SEDLÁČEK, Jaromír. Vykládací pravidla smluv. v Tamtéž, s. 299.

<sup>135</sup> Ustanovení § 264 odst. 1 ObchZ: „Při určení práv a povinností ze závazkového vztahu se přihlíží i k obchodním zvyklostem zachovávaným obecně v příslušném obchodním odvětví, pokud nejsou v rozporu s obsahem smlouvy nebo se zákonem. (2) Obchodní zvyklosti, ke kterým se má přihlížet podle smlouvy, se použijí před těmi ustanoveními tohoto zákona, jež nemají donucující povahu.“

<sup>136</sup> „V právním styku podnikatelů“ viz poznámka č.72.

### 3.4 Dokazování zvyklostí

V případě zvyklostí je zásadní, zda je kvalifikovat jako otázky právní nebo faktické. V teorii jsou zvyklosti jako autonomní normativní akty řazeny mezi otázky faktické, což je ilustrováno na pravidlech her nebo pravidlech pravopisných. Nicméně i rozpor s těmito pravidly je samozřejmě relevantní pro právo, neboť je tím determinován jistý skutkový stav, který se může ukázat jako protiprávní.

Mimo tento typ autonomních aktů máme i jiné typy, které mohou být právně závazné: stanovy obchodních společností nebo v podstatě jakékoli právní jednání, které má smluvní podklad. Bude otázkou, zda se soudní praxe přikloní k prvorepublikové koncepci zvyklostí jako faktické otázky nebo půjde ještě dále a v souladu s naším názorem ve výjimečných případech některým zvyklostem přiřkne právní status.

Fakticita je povahou zvyklostí a proto vyvstává otázka, jak zvyklosti dokazovat. Obecně dokazování slouží k objasnění skutkových okolností, tedy bez zjištění skutkového stavu nelze aplikovat právní normy, neboť není naplněna jejich skutková podstata. Skrze dokazování je naplňován požadavek na pravdivost práva.

V případě zvyklostí má dokazování krom výše zmíněného další dvě dimenze. Jednak je třeba naplnit existenci normy obsažené v ustálené praxi a potom je třeba dokázat existenci samotné ustálené praxe. Zatímco v případě právního předpisu nás zajímá, zda nebyl derogován právním předpisem stejné nebo vyšší právní síly, v případě zvyklostí to tak jednoduché není a musíme u většiny zvyklostí zkoumat, zda určitá ustálená praxe nevyšla z užívání, případně nakolik je v určité sociální skupině rozšířena.

To je důležité pro naplnění našeho prvního kritéria, tedy kritéria zachování zvyklostí. Proto by soudci měli v drtivé většině případů zkoumat, jak dlouho trvá určitá sociální praxe, kolik procent osob ji praktikuje a kolikrát byla v průběhu času tato praxe opakována. Bez tohoto zkoumání nelze přesvědčivě hovořit o existenci většiny zvyklostí.

Dalo by se požadovat zjišťování i druhého a třetího kritéria z našeho tříprvkového testu, každopádně důvody, které vedou sociální aktéry k praktikování pravidel obsažených ve zvyklostech, se dají obtížně poznat, a tak je hodnota druhého kritéria především teoretická. Třetí kritérium, tedy existence alternativních pravidel, by se mělo dostatečně prokázat ruku v ruce s dokazováním prvního kritéria. Bude

poznatelné při zkoumání, nakolik se prosadilo řešení, které nabízí konkrétní zvyklost oproti řešení, které nabízí jiná zvyklost či jiný pramen práva.

K problematice dokazování by se dalo navíc poznamenat, že dle ustálené judikatury je na procesních subjektech, aby navrhovaly důkazy o existenci zvyklostí, pokud se o ně opírá jejich argumentace. Dokazovat se nemusí pouze zvyklosti jejichž existence je nesporná a ty, které mají povahu notorií.<sup>137</sup>

### 3.5 Ústavní zvyklosti

Pokud přemýšlíme o zvyklostech, a o těch ústavních to platí dvojnásob, neustále nám vyvstává otázka, zda se jisté ustálené praxe držet či nikoli. Materializuje se nám tedy poměr mezi mírou libovůle a mírou normativity určité konvence. Vyvstávají následující otázky: V jakých případech se lze odchýlit od konvence? Lze to vůbec? Jaké jsou následky takového odchýlení? A to jak pro samotný odchylující se subjekt, tak pro právní systém.

V rámci naší ústavní pozorujeme, že některé mezery v českém ústavním pořádku jsou zaplňovány právě praxí ústavních činitelů. Dle délky a intenzity můžeme dovodit, zda se v konkrétním případě jedná o ústavní zvyklost, nebo pouze o ustálenou praxi stran, či jednání činitelů nespadá ani do jedné z těchto kategorií.

V jádru sporu o ústavní zvyklosti bude to, z čeho si myslíme, že se ústava skládá krom ústavního textu. Jedním z názorů na ústavní zvyklosti je, že se jedná o modifikace obsahu Ústavy.<sup>138</sup>

Více než s modifikací Ústavy bychom se ztotožňovali s názorem, že ústavní zvyklosti „jsou jako závazné vzorce chování výsledkem interpretace teleologického pozadí daného ústavního systému, jejich význam vzrůstá při vyplňování mezer ústavní úpravy, případně při aktualizaci ústavní úpravy považované za zastarávající.“<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> Rozsudek NSS ze dne 3. 2. 2010, čj. 1 Afs 103/2009 – 232, publ. pod č. 2033/2010, bod 43 a 45; taktéž rozsudek NS ze dne 30.10.2009, čj. 23 Cdo 3244/2007.

<sup>138</sup> SYLLOVÁ, Jindřiška v SLÁDEČEK, Vladimír, Vladimír MIKULE a Jindřiška SYLLOVÁ. Ústava České republiky: komentář. 1. vyd. Praha: Beck, 2007, XIV, 935 s. ISBN 978-80-7179-869-9, s. 69-70.

<sup>139</sup> KYSELA, Jan. Ústavní konvence, ústavní inženýrství. v KLÍMA, Karel a Jiří JIRÁSEK. Pocta Jánů Gronsckému. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, 614 s. ISBN 978-80-7380-094-9, s. 132.

Tím je dobře vystihnout jeden z aspektů zvyklostí a sociálních norem obecně. Ty totiž nevznikají ve vakuu, ale mají na ně vliv předchozí zvyklosti a jiná pravidla sociálního řádu, přičemž o normách právního řádu to platí dvojnásob. Pokud se vyvine ústavní zvyklost, je výsledkem ústavního kontextu daného právního systému.

V rámci českého ústavního systému se do křížku s ústavními zvyklostmi dostává především jeden ústavní činitel, a tím je prezident republiky. Do značné míry by to mohlo být způsobeno otevřeností úpravy pravomocí prezidenta republiky, nicméně to samo o sobě asi nevede k tak častému probírání toho, zda prezident vybočil z dikce, která mu byla dána Ústavou a zvyklostmi.

Nabízejí se tak i další argumenty. Jednak je prezident monokratický orgán, tudíž má větší náchylnost k libovůli než orgán polykratický, v rámci kterého je přeci jen třeba hledat jistou míru konsensu. Navíc jsou čeští prezidenti svéráznými individualitami pocházejícími z různých politicko-kulturních táborů. Tudíž se dá očekávat, že mnohdy nebudou chtít dodržovat zvyklosti svých předchůdců. Poslední argument se dá vztáhnout jen na současného nositele prezidentského úřadu, kdy přestože Česká republika zůstává parlamentní demokracií, prezidentova pozice se minimálně psychologicky přímou volbou posílila. Z toho by se možná dala usoudit změna ústavního kontextu postavení prezidenta republiky v rámci českého právního řádu a tím i možný argument pro změnu zvyklostí zachovávaných předchozími prezidenty.

Pokusíme se představit jednotlivé kauzy, ve kterých otázka existence zvyklostí sehrála důležitou roli a pokusíme se za pomoci našeho testu zjistit, zda v těchto konkrétních případech byla existence zvyklostí prokázána, a jaké konsekvence jejich respektování či nerespektování přineslo.

### ***3.5.1 Spor o jmenování guvernéra ČNB***

Možná největší roli sehrály ústavní zvyklosti v rámci již zmiňovaného nálezu Ústavního soudu z roku 2001, který se týkal sporu o kontrasignaci prezidenta republiky při jmenování guvernéra a viceguvernéra ČNB.<sup>140</sup>

---

<sup>140</sup> Nález sp. zn. Pl. ÚS 14/01 ze dne 20. 6. 2001 (N 91/22 SbNU 267; 285/2001 Sb.).



V tomto nálezu se Ústavní soud vyjádřil tak, jak to popisuje citát v úvodu této kapitoly. Ve většinovém stanovisku bylo řečeno, že mimo psané právo může být pramenem práva i právo nepsané ve formě právních principů a zvyklostí.<sup>141</sup>

Tento nálezn se dále obsáhle věnuje rozboru právních zvyklostí a jejich významu pro český ústavní systém. Plénum Ústavního soudu zde dovodilo existenci ústavní zvyklosti ve smyslu práva prezidenta jmenovat členu Bankovní rady bez kontrasignace dle čl. 62 Ústavy. Jako nosný argument pro existenci zvyklosti označilo plénum Ústavního soudu nikoli naplnění formálních náležitostí ústavní zvyklosti, ale především časové hledisko, tedy téměř osm let trvající praxi ústavních orgánů zachovávající jmenování guvernéra a viceguvernéra ČNB ve výlučné pravomoci prezidenta republiky.<sup>142</sup>

Na podporu ústavních zvyklostí Ústavní soud dále dodává: „*V demokratickém právním státě je sotva představitelné, aby interpretace ústavy a jí odpovídající ústavní zvyklosti, respektované a nenapadené po celou dobu od vzniku Ústavy, byly účelovou dezinterpretací Ústavy zpochybněny a s nimi i celá dosavadní praxe včetně řady rozhodnutí, jež nebyla dosud nikdy napadena.*“<sup>143</sup>

K tomuto nálezu nelze pominout ani dvě odlišná stanoviska. První se více než na časové hledisko ústavních zvyklostí soustředí na formální konstitutivní znaky.<sup>144</sup> V tomto odlišném stanovisku soudci Pavel Holländer a Vladimír Jurka vyšli z toho, že: „...vznik ústavních zvyklostí *praeter constitutionem* je pravidelnou a přirozenou součástí fungování demokratických ústavních systémů v rámci evropské kontinentální právní kultury, tedy v kontextu tradice psaných ústav a psaného práva.“<sup>145</sup> Kritéria pro tvorbu ústavní zvyklosti považují za analogická s podmínkami nutnými pro tvorbu právního obyčeje.<sup>146</sup> Obecnými znaky tedy budou subjektivní prvek v podobě

---

<sup>141</sup> Stanovisko pléna sp. zn. Pl.ÚS-st. 14/01 ze dne 26. 6. 2001 (ST 14/23 SbNU 342), s. 8.

<sup>142</sup> Tamtéž, s. 7.

<sup>143</sup> Tamtéž, s. 7.

<sup>144</sup> Odlišné stanovisko soudců JUDr. Pavla Holländera a JUDr. Vladimíra Jurky k odůvodnění nálezu ve věci návrhu předsedy vlády a vlády ve sporu o rozsah kompetencí státních orgánů, vedené pod sp. zn. Pl. ÚS 14/2001.

<sup>145</sup> Stanovisko pléna sp. zn. Pl.ÚS-st. 14/01 ze dne 26. 6. 2001 (ST 14/23 SbNU 342), s. 12.

<sup>146</sup> Tamtéž, s. 12.

přesvědčení o právní závaznosti takové zvyklosti a objektivní prvek, tedy dlouhodobé konzistentní akceptace zvyklosti skrz praxi.

Obecné přesvědčení doložili z předpisů nižší právní síly, konkrétně z novely zákona o České národní bance, která zachovávala kompetenci prezidenta republiky jmenovat a odvolávat guvernéra a viceguvernéra ČNB, tentokrát však na návrh vlády.<sup>147</sup> Tudíž zde byla patrná jasná vůle vlády jako navrhovatele změnit danou ústavní zvyklost. Stejnou vůli vyjevil i Parlament České republiky, když tento zákon drtivou většinou přijal.<sup>148</sup> Dalším argumentem byla neexistence jakéhokoli sporu s vládou v případech předchozích jmenování.<sup>149</sup>

Co se týče objektivního elementu zakládajícího právní obyčej, který je dle soudců Jurky a Holländera analogicky použitelný i pro ústavní zvyklost, tj. dlouhodobé akceptace takovéto zvyklosti, panuje zde shoda s plenární většinou, tedy soudci akceptují důležitost časového hlediska a nadto i frekvenci, se kterou byla tato pravomoc prezidenta republiky vykonávána.

Soudci Holländer s Jurkou se tak domnívají, že se: „...od nabytí účinnosti Ústavy v ústavní praxi vyvinula ústavní zvyklost *praeter constitutionem* jmenování guvernéra a viceguvernéru České národní banky prezidentem republiky bez kontrasignace předsedou vlády, případně jím pověřeným ministrem. Změnu tohoto ústavního stavu, dle našeho názoru, lze dosáhnout již toliko rozhodnutím ústavodárce, tj. novelou Ústavy.“<sup>150</sup>

Třetí pohled na problematiku ústavních zvyklostí nabídlo další společné odlišné stanovisko toho nálezu soudců V. Güttlera, M. Holečka, I. Janů, Z. Kesslera a J.

---

<sup>147</sup> Ustanovení § 6 předmětné novely Zákona o ČNB: „(1) Bankovní rada je sedmičlenná. Jejími členy jsou guvernéř České národní banky, 2 viceguvernéři České národní banky a další 4 členové bankovní rady České národní banky, (2) Guvernéra, viceguvernéry a ostatní členy jmenuje a odvolává prezident republiky. (3) Guvernéra, viceguvernéry a ostatní členy bankovní rady navrhuje vláda“ zákon č. 442/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

<sup>148</sup> „Intenzita obecného přesvědčení o intenci zavedení jmenování guvernéra a viceguvernéru České národní banky prezidentem republiky na návrh vlády přitom dosáhla míry konsensu, vyžadovaného Ústavou pro přijetí ústavního zákona. Pro přijetí uvedené novely se totiž v hlasování Poslanecké sněmovny, konaném dne 7. prosince 2000, po vrácení předlohy prezidentem republiky, ze 169 přítomných vyslovilo 122 poslanců, tj. ve smyslu čl. 39 odst. 4 Ústavy více než tři pětiny všech poslanců, jinými slovy většina, vyžadovaná Ústavou pro přijetí ústavního zákona.“ Stanovisko pléna sp. zn. Pl.ÚS-st. 14/01 ze dne 26. 6. 2001 (ST 14/23 SbNU 342), s. 13.

<sup>149</sup> Tamtéž, s. 12.

<sup>150</sup> Tamtéž, s. 14.

Malenovského.<sup>151</sup> Zde soudci používají termín ústavního obyčeje i ústavní zvyklosti, takže se zdá, že jsou tyto pojmy v jejich argumentaci vzájemně zaměnitelné.<sup>152</sup> Materiální kritéria pro poznání takového ústavního obyčeje (zvyklosti) však zachovávají stejná.

Co se týče všeobecného uznání, stanovují soudci jako kritéria praxe dlouhodobost, jednotnost a nepřetržitost.<sup>153</sup> V tomto případě však neshledali, že by vzniku ústavní zvyklosti svědčila právě dlouhodobost, neboť už v raných obdobích platnosti Ústavy byli jmenováni dva viceguvernéři s výslovným poukazem na kontrastované jmenování dle čl. 63 odst. 2 Ústavy.<sup>154</sup>

Proti argumentaci zbytku pléna, které na podporu tvorby ústavní zvyklosti použilo i některé výroky členů vlády a sněmovny, říkají: „*Obyčejotvorný význam symbolů či výroků je obecně omezený a neměla by se jim přikládat důležitost, jež by byla srovnatelná s důležitostmi chování bezprostředně souvisejících se jmenovacími akty, což ovšem odůvodnění nálezu přesto činí.*“<sup>155</sup>

Stejně tak i soudci V. Güttler, M. Holeček, I. Janů, Z. Kessler a J. Malenovský neshledali naplněn ani subjektivní prvek, tedy přesvědčení o právní závaznosti této zvyklosti, především kvůli tomu, že se ústavní orgány neřídí touto domnělou zvyklostí právě v případě, kdy je pro ně nevýhodná.<sup>156</sup>

V každém případě byl tento judikát zásadní jednak v tom, že upevnil definici zvyklostí v právu a dále uznal zvyklosti za jeden z pramenů práva. Tím dal jasně najevo, že zvyklosti mají pevné místo v rámci ústavního pořádku a nelze je libovolně porušovat. Lze navíc souhlasit s potřebou dokazovat objektivní existenci zvyklostí, tedy

---

<sup>151</sup> Společné odlišné stanovisko soudců V. Güttlera, M. Holečka, I. Janů, Z. Kessler a J. Malenovského k výroku nálezu ve věci návrhu předsedy vlády a vlády ve sporu o rozsah kompetencí státních orgánů, vedené pod sp. zn. Pl. ÚS 14/2001.

<sup>152</sup> Stanovisko pléna sp. zn. Pl.ÚS-st. 14/01 ze dne 26. 6. 2001 (ST 14/23 SbNU 342), s. 16.

<sup>153</sup> „*Sporné je již to, zda za pouhých osm let od r. 1993 lze hypoteticky konstatovat vznik takové zvyklosti, která je schopna derogovat příkaz psané ústavy, jež je považována za pramen práva mimořádné stability a jejíž změny jsou spojeny se zvlášť náročnými podmínkami. Ústavní zvyklost krystalizuje v chování zainteresovaných ústavních orgánů. Vlastnost jednotnosti a déledobosti praxe je třeba interpretovat tak, že danou zvyklost vytváří ústavní orgány nezávisle na tom, jak se jejich konkrétní složení v čase mění. Naopak, relevanci zvyklosti poněkud snižuje, pokud se na jejím údajném vzniku podílel jen ústavní orgán v nezměněném složení, a to navíc orgán monokratický, jak je tomu v daném případě na straně prezidenta republiky.*“ Tamtéž, s. 16.

<sup>154</sup> Jmenovací listina z 12. 2. 1993, čj. 988/93.

<sup>155</sup> Stanovisko pléna sp. zn. Pl.ÚS-st. 14/01 ze dne 26. 6. 2001 (ST 14/23 SbNU 342), s. 16.

<sup>156</sup> Tamtéž, s. 17.

v našem pojetí první prvek našeho testu. Jak už jsme poznamenali, naproti tomu je subjektivní prvek dokazováním těžko poznatelný.

### **3.5.2 Jmenování soudců, prezident jako správní orgán**

V rámci této kauzy se k Nejvyššímu správnímu soudu dostala kauza, týkající se jmenování justičních čekatelů do funkce soudce prezidentem republiky na základě kasační stížnosti prezidenta republiky.<sup>157</sup>

Nejvyšší správní soud řešil otázku nečinnosti prezidenta republiky. Hojně cituje nálezk Ústavního soudu ve věci potřeby spolupodpisu předsedy vlády při jmenování guvernéra ČNB. V souvislosti s tím mimo jiné stanovuje podobné definiční znaky zvyklostí. Nejdříve řeší kritérium dlouhodobé aplikace určitého postupu a potom hodnotový a institucionální konsensus, tedy obě kritéria objektivního prvku zvyklostí. Zatímco první kritérium je zaměřeno na časové hledisko, druhé kritérium je zaměřeno na segmenty aktérů.<sup>158</sup>

*„Zformovaná ústavní zvyklost jednak v politickém smyslu váže ústavní aktéry, jednak slouží jako výkladové vodítko pro interpretaci Ústavy Ústavním soudem a soudy obecnými.“*<sup>159</sup> Obsahem této konkrétní zvyklosti při jmenování soudců je reakce prezidenta republiky na předložení seznamu kandidátů na funkci soudce. Tento seznam je zasílán pověřeným členem vlády, tedy ministrem spravedlnosti, spolu s dalšími podklady, které jsou nutné pro zvolení do funkce soudce. Nejedná se však o nutné automatické schválení kandidátů prezidentem republiky. Obsahem zvyklosti je určitá reakce, což bylo v rozporu s nečinností prezidenta republiky.<sup>160</sup>

Obsahem ústavní konvence dle NSS je *„reakce prezidenta republiky na podnět ministra spravedlnosti, od druhé poloviny devadesátých let minulého století pak na podnět vlády, kterým je předložen soubor kandidátů do funkce soudců spolu s doprovodnými podklady.“*<sup>161</sup>

---

<sup>157</sup> Rozsudek NSS ze dne 21. 5. 2008, čj. 4 Ans 9/2007-197, publ. pod č. 1717/2008 Sb. NSS.

<sup>158</sup> Tamtéž, část IV.1.

<sup>159</sup> Tamtéž, část IV.1.

<sup>160</sup> Tamtéž, část IV.1.

<sup>161</sup> Tamtéž, část IV.1.

Jak vidíme, pro tuto ústavní zvyklost se zdá být důležitá nejenom doba zachovávání, ale i to, že se prezident republiky držel této praxe i potom, co se změnil orgán, který mu soubor kandidátů do funkce soudů předkládal. Tím by byla naplněna podmínka mnohosti subjektů, kteří jsou na zvyklostech zainteresováni, tudíž je sama existence zvyklosti nepochybně posílena.

### **3.5.3 Pověření k sestavení vlády**

První aspekt týkající se pověření k sestavení vlády se týká situace z roku 2013, kdy prezident republiky Miloš Zeman jmenoval po demisi vlády Petra Nečase nového premiéra. Stalo se tak i přes nesouhlas většiny Poslanecké sněmovny, která navrhovala kandidáta jiného.

Je možné zaujmout názor, že se z textu ústavy nedá dovodit, že by měl být prezident republiky při jmenování předsedy vlády vázán názorem Poslanecké sněmovny. Na podporu tomuto názoru se staví i fakt, že vláda musí do třiceti dnů předstoupit před Poslaneckou sněmovnu, která jí musí vyslovit důvěru.<sup>162</sup> To by tedy znamenalo, že má prezident zcela volnou diskreci v tom, která osoba se stane hlavou moci výkonné.<sup>163</sup>

Nicméně, dle našeho názoru je třeba se na tento problém podívat v kontextu celého ústavního systému České republiky a také se podívat, jaké tato situace může mít konsekvence.

Sám ústavní soud v několika nálezech stanovil, že na Ústavu nelze nahlížet jen skrze její text, který je z povahy věci často obecný.<sup>164</sup> Obecnost je zde právě proto, aby se ústavním orgánům dala možnost naplnit obsah těchto ustanovení praxí, která poskytuje aktérům dostatečnou politickou flexibilitu, aniž by museli modifikovat ústavní text, což je sám o sobě zdlouhavý proces vyžadující vysokou míru konsensu. Než se k těmto změnám dospěje, je celý politický systém paralyzován, neboť prezidentem může být vybrán kandidát, který nemá podporu Poslanecké sněmovny a

---

<sup>162</sup> KRECHT, Jaroslav. K ústavním zvyklostem. Právní rozhledy 18, 2013, s. 630.

<sup>163</sup> Názor Václava Pavlíčka v Zemanovo jednání je na hraně, říká ústavní právník Kysela [online]. 2013 [cit. 30.7.2014]. Dostupné na: [http://www.lidovky.cz/odbornici-maji-zvazovany-zemanuv-krok-za-exces-novinku-i-normu-psl-/zpravy-domov.aspx?c=A130624\\_132906\\_ln\\_domov\\_mct](http://www.lidovky.cz/odbornici-maji-zvazovany-zemanuv-krok-za-exces-novinku-i-normu-psl-/zpravy-domov.aspx?c=A130624_132906_ln_domov_mct).

<sup>164</sup> Nález ÚS sp. zn. Pl. ÚS 33/97 ze dne 17. 12. 1997 (N 163/9 SbNU 399; 30/1998 Sb.).

tudíž neexistuje ani minimální konsensus mezi vládou a Poslaneckou sněmovnou na politickém směřování země.

Protože funkční ústavní systém je lepší než ten paralyzovaný, zastáváme názor, že jakmile se jistá praxe ustálí, je součástí ústavního pořádku a nelze ji libovůlí narušovat s argumentací opřenu pouze o holý text ústavy. Takový přístup sice může vést ústavodárce k změnám textu tak, aby se napříště podobné excesy neděly, avšak s každým takovým zásahem Ústava přichází o svoji flexibilitu, což působí výše zmíněné problémy.

Druhý aspekt této problematiky je spojený s pověřením k sestavení vlády, které dopadá na období po volbách do Poslanecké sněmovny. Nabízí se otázka, dle jakých kritérií by měl prezident republiky pověřit určitou osobu sestavením vlády a v jaké časové lhůtě by tomu tak mělo být.

Dle některých je nepochybná existence ústavní zvyklosti, která dopadá právě na tuto situaci, tedy že prezident republiky pověří určitou osobu vyjednáváním o nové vládě na základě výsledku voleb. Tím je tedy myšleno pověřit sestavením vlády předsedu vítězné strany.<sup>165</sup>

Argumenty pro tento přístup nemusíme hledat jen v aplikační praxi. Jedním z dalších argumentů je sám smysl voleb, tedy realizace práva zvolit budoucí vládnoucí garnituru a politické směřování země. Kdyby prezident neměl hledět těchto zvyklostí, byla by upozaděna volba občanů před subjektivními preferencemi prezidenta republiky.

V reakci na neakceptování těchto širších souvislostí prezidentem republiky je vládními stranami zamýšlena novela Ústavy, která stanoví proceduru pro povolební postup ústavních činitelů.<sup>166</sup> Tento případ je klasickým příkladem toho, že pokud nejsou zvyklosti v určité právní kultuře vnímány jako pramen práva, musí se v reakci na nesystémové narušování práva vytvořit nová legislativa. Místo toho by stačilo akceptovat racionální argumenty a zavedené zvyklosti, že prezident pověří sestavením vlády toho, kdo má největší šanci na vyslovení důvěry v Poslanecké sněmovně. Zároveň

---

<sup>165</sup> BARÁK, Josef. Problematika jmenování vlády prezidentem republiky (malá úvaha na velké téma). Právní rozhledy 9, 2014, s. 329.

<sup>166</sup> Tamtéž, poznámka č. 1: V koaliční smlouvě mezi ČSSD, hnutím ANO 2011 a KDU-ČSL na volební období 2013-2017, podepsané 13. 1. 2014, v části III bodu 91 koaliční partnerství uvádí: „*Prosadíme novelizaci Ústavy ČR, která v návaznosti na zavedení přímé volby prezidenta zpřesní práva a povinnosti jednotlivých ústavních aktérů v zájmu uchování parlamentního charakteru české demokracie založené na svobodné soutěži politických stran.*“

nebude otálet déle, než je nutné, tedy vyčká prvotní analýzy situace a v řádu dní určitou osobu pověří.

Pokud budeme mít pevně stanovená pravidla pro pověření osoby sestavením vlády, připravujeme ústavní systém o schopnost reagovat flexibilně na určité specifické situace. Například stav, kdy nejsilnější politický subjekt nebude moci sestavit vládu nebo předseda této strany nebude chtít být premiérem, a tím bude docházet k průtahům při sestavování nové vlády.

Nicméně ve světle politické krize z roku 2013 nelze vytknout tomuto přístupu, že přináší prvek jistoty do ústavněprávních vztahů. Zvyklosti jsou v tomto případě odsunuty do normativní druhé ligy, což krásně ilustruje tento názor: „*Jmenování vlády je totiž příliš vážná věc na to, než aby se opíralo pouze o ústavní zvyklost.*“<sup>167</sup>

#### **3.5.4 Podepisování zákonů**

Zajímavou kapitolou ústavního práva, ve které zvyklosti hrají svoji roli, je otázka povinnosti prezidenta podepisovat zákony. Dle Ústavy mohou nastat v podstatě dvě možnosti, kterak se prezident republiky může postavit k zákonu, který byl přijat Parlamentem ČR. Buď může zákon vetovat dle čl. 50 odst. 1 Ústavy, a pokud nadpoloviční většina všech poslanců setrvá na vráceném zákonu, prezidentovi se už zákon neposílá k podpisu,<sup>168</sup> nýbrž se vyhlásí. Nebo může nastat druhá varianta, kdy prezident republiky přijatý zákon podepíše dle čl. 51 Ústavy.

Od roku 2004 se ale kvůli praxi prezidenta republiky nabízí otázka, zda tu existuje i možnost zákon nepodepsat ani nevetovat, a zda je možné, aby se taková ústavní zvyklost prosadila.

Podpis prezidenta republiky není podmínkou platnosti zákona, nýbrž je pouhým vyjádřením absence námitek, které se mohou projevat právem veta.<sup>169</sup> Z imperativní formulace dikce čl. 51 Ústavy vyplývá, že v něm vyjmenovaným ústavním činitelům se nedává možnost diskrece, tedy vybrat z možností podepsat či nepodepsat. Mimo legální

---

<sup>167</sup> BARÁK, Josef. Problematika jmenování vlády prezidentem republiky (malá úvaha na velké téma). Právní rozhledy 9, 2014, s. 329.

<sup>168</sup> §107 odst. 3 Zákona č. 90/1995 Sb. ze dne 19. dubna 1995 o jednacím řádu Poslanecké sněmovny.

<sup>169</sup> KYSELA, Jan. Rok 2004 ve vývoji vybraných institutů českého ústavního práva – 2. část. Právní rozhledy 13, 2005, s. 468.

výjimku v případě vetovaného zákona by prezident republiky měl zákon vždy podepsat, pokud chce dodržet svůj slib ohledně zachování Ústavy a zákonů.

Více prostoru Ústava prezidentovi neopouští, i když se v literatuře objevuje názor, že prezident nemusí podepisovat vše, o čem parlament prohlásí, že je zákonem.<sup>170</sup>

I přes tento argument můžeme uzavřít, že o takové zvyklosti nelze mluvit, neboť by byla v rozporu s výkladem Ústavy. Přestože již někteří soudci Ústavního soudu dovedli možnost existence zvyklosti *contra constitutionem*, v tomto případě neexistují žádné legitimní důvody, které by existenci této zvyklosti ospravedlňovaly.

### **3.5.5 Rozpuštění Poslanecké sněmovny**

Ústavní zvyklosti měly sehrát roli i v jedné z nejkontroverznějších ústavních kauz v historii České republiky. Poté co na jaře 2009 padla vláda Miroslava Topolánka, nemohla se Poslanecká sněmovna dohodnout na podpoře jakékoli vlády. Žádná z možností stanovená ve čl. 35 Ústavy v té době nereflektovala situaci, kdy je sněmovna paralyzována a nemůže tak přijímat legislativu ani vyslovit důvěru vládě.

Přesto se poslanci domnívali, že našli řešení. Tím měl být zákon o zkrácení volebního období Poslanecké sněmovny. Tento způsob byl již dvakrát užít, a to jednak na jaře roku 1990 a následně v roce 1998.<sup>171</sup> Stejného řešení chtěli zákonodárci využít i v roce 2009, ale Ústavní soud na základě individuální stížnosti poslance Miloše Melčáka předmětný ústavní zákon zrušil.<sup>172</sup>

V tomto nálezu se Ústavní soud nezabýval existencí ústavní zvyklosti, respektive konstatoval podstatné odlišnosti mezi předmětným ústavním zákonem a ústavním zákonem z roku 1998 a ústavním zákonem z roku 1990. Tudíž by bylo v tomto případě velmi těžké prokázat existenci příslušné ústavní zvyklosti. I kdybychom mohli mluvit o její konstituci, stále by tu byl rozpor s materiálním jádrem

---

<sup>170</sup> Tamtéž, s. 468.

<sup>171</sup> MOLEK, Pavel. Hluboce inspirující“ nález Pl. ÚS 27/09 a utržené ucho materiálního jádra Ústavy. Soudní rozhledy 10, 2009, s. 367.

<sup>172</sup> Výrok nálezu. ÚS sp. zn. Pl. ÚS 27/09 ze dne 10. 9. 2009 (N 199/54 SbNU 445; 318/2009 Sb.), bod I.



ústavy, tudíž je skoro jisté, že by to Ústavní soud při zrušení předmětného ústavního zákona neobměkčilo.<sup>173</sup>

### **3.5.6 Jmenování místopředsedy Nejvyššího soudu**

V další kauze, která se dostala před Ústavní soud se řešila platnost jmenování JUDr. Jaroslava Bureše do funkce místopředsedy Nejvyššího soudu prezidentem republiky. Protože v té době už NS jednoho předsedu měl, předsedkyně Nejvyššího soudu jako navrhovatelka argumentovala mimo jiné i ústavními zvyklostmi, tedy existencí jen jednoho místopředsedy po dobu třinácti let a naplněním tak ustanovením § 15 zákona o soudech a soudcích.<sup>174</sup>

Prezident argumentoval rozporem textu Ústavy, která v čl. 62 mluví o místopředsedech Nejvyššího soudu, s předmětným ustanovením zákona o soudech a soudcích, které je naopak formulováno v singuláru. Dle jeho názoru je text Ústavy nadřazen zákonnému textu, případně ústavním zvyklostem.<sup>175</sup>

Toto rozhodnutí bylo zrušeno, neboť soudce nebyl vybrán z řad soudců NS, což potvrzovala i zavedená ústavní praxe.<sup>176</sup> Přesněji řečeno JUDr. Burešovi chyběl k platnému přidělení souhlas předsedkyně NS.

Zajímavý názor se objevil v odlišném stanovisku předsedy Ústavního soudu Pavla Rychetského. Jeho argumentace spočívala v tom, že soud se neměl předmětnou věcí vůbec zabývat, protože nebyla naplněna podmínka řízení. Stížnost dle jeho názoru spočívala v přezkumu aktu prezidenta republiky na základě článku 62 Ústavy z hlediska jeho souladu s „ústavními zvyklostmi“ a podústavním právem, tedy předmětnými ustanoveními zákona o soudech a soudcích.<sup>177</sup>

Z tohoto názoru je třeba vyvodit závěr, že pokud je shledán rozpor pouze s ústavními zvyklostmi a nikoli s ústavním pořádkem, nespadá takový spor do kompetence Ústavního soudu.

---

<sup>173</sup> Odůvodnění nálezu. Tamtéž, bod VI b.

<sup>174</sup> Nález ÚS sp. zn. Pl. ÚS 87/06 ze dne 12. 9. 2007 (N 139/46 SbNU 313).

<sup>175</sup> Odůvodnění nálezu. Tamtéž, body 8 a 10.

<sup>176</sup> Tamtéž, bod 41.

<sup>177</sup> Odlišné stanovisko předsedy Ústavního soudu Pavla Rychetského. Tamtéž, bod 1-3.

Odlišné stanovisko soudkyně Elišky Wagnerové nabízí jiné argumenty. Dle jejího názoru se soud měl zabývat především tím, zda byl prezident republiky oprávněn jmenovací akt vydat. V konání prezidenta vidí rozpor s § 15 zákona o soudech a soudcích, který počítá pouze s jedním místopředsedou Nejvyššího soudu. Zároveň tento názor podepře i existencí ústavní zvyklosti, tedy že od počátku svého fungování má Nejvyšší soud pouze jednoho místopředsedu. Akt prezidenta republiky by dle E. Wagnerové nebyl dodatečně konvalidován ani v případě, že by Ústavní soud zrušil předmětný § 15 zákona o soudech a soudcích, protože by mu v tom stále bránila ústavní zvyklost.<sup>178</sup>

Na rozdíl od restriktivního pojetí ústavních zvyklostí pohledem P. Rychtetského E. Wagnerová nevidí v legitimaci Ústavního soudu problém. Navíc zde připouští paralelní existenci zvyklosti a právního předpisu. S tímto přístupem lze souhlasit, pokud by taková praxe existovala již před účinností § 15 zákona o soudech a soudcích. Kdybychom totiž připustili opačný závěr, potom bychom v podstatě řekli, že kdybychom zítra všechno psané právo, okamžitě se všechny normy transformují do právních zvyklostí.

V tomto případě by tedy existence zvyklosti byla podmíněná tím, jak by se v praxi postupovalo po zrušení předmětného ustanovení zákona. Pokud by bylo toto pravidlo zachováváno i po jeho derogaci v právním předpise, dalo by se po čase mluvit o existenci ústavní zvyklosti.

### ***3.5.7 Problematika zákona přijatého dle čl. 40 Ústavy***

V roce 2008 byl v Senátu představen návrh tzv. stykového zákona, který upravuje zásady jednání a styku obou parlamentních komor mezi sebou, jakož i navenek.<sup>179</sup> Z nejvýznamnějších změn, které tento návrh zákona zakotvoval, byla reforma legislativního procesu pro ústavní zákony a zákony, které jsou uvedeny v čl. 40 Ústavy.<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> Odlišné stanovisko soudkyně Elišky Wagnerové k výroku I. a k odůvodnění nálezu. Tamtéž.

<sup>179</sup> Parlament České republiky, Senát, 6. volební období, Senátní tisk č. 296.

<sup>180</sup> SYLLOVÁ, Jindřiška. Malý letní útok na rigiditu Ústavy. Právní zpravodaj 8, 2008, s. 12.

Tento návrh byl kritizován mimo jiné i proto, že ignoruje dosavadní ústavní konvence.<sup>181</sup> Nicméně obsah domnělých konvencí nebyl v článku předestřen, a tak nám zbývá pouze dovozovat, které konvence tím mohly být myšleny. Dá se dovodit, že se domnělé konvence týkají legislativního procesu v případě schvalování výše zmíněné kategorie zákonů.

Přesněji, které články Ústavy se vztáhnou mimo přijímání běžných zákonů i na zákony ústavní, případně vyjmenované v čl. 40 Ústavy, a kde se uplatní ústavní konvence. Zdá se, že autorka vidí jednu z konvencí v tom, že s návrhem ústavního zákona a zákonů dle čl. 40 Ústavy projednaných Senátem, nelze v rámci Poslanecké sněmovny udělat nic jiného, než je schválit nebo neschválit.<sup>182</sup> Na tento názor reaguje Jan Kysela, když říká, že: „*Ne vše, co se nedělá, tak vytváří ústavní konvenci.*“<sup>183</sup>

Tedy polemika nad touto problematikou se vede primárně nad tím, zdali taková konvence existuje, nebo je aplikační praxe a právní diskurs natolik nejednotný, že právní regulace této problematiky vnáší potřebnou právní jistotu, a zdali je tato úprava v souladu s ústavními zvyklostmi, případně ústavním pořádkem jako celkem.

V souvislosti s tím se Ústavní soud vyjádřil, že při projednávání ústavních zákonů dle čl. 39 odst. 4 a dle čl. 40 Ústavy se při projednávání Senátem na tuto komoru nevztahuje běžná třicetidenní lhůta, což díky akceptaci v rámci parlamentní praxe zavdalo konstituci ústavní zvyklosti, přestože Ústava nikde přesnou lhůtu nestanoví.<sup>184</sup>

Další problematickou otázkou řešenou v tomto nálezu je dle čl. 39 a 40 Ústavy povaha pojmu „volební zákon“. Tato klasifikace má totiž přímý vliv na podobu legislativního procesu určitého zákona. Ústavní soud se zabýval otázkou, zdali je možné zákon o zastupitelstvech obcí a krajů považovat za volební zákon ve smyslu čl. 40 Ústavy. Dle Ústavního soudu je stabilně oběma komorami parlamentu pojem volebního zákona interpretován široce a spadají sem také zákony, které se týkají voleb do Senátu či Parlamentu ČR. V tomto případě byla zmíněná zvyklost jedním z podkladů pro závěr

---

<sup>181</sup> Tamtéž, s. 12.

<sup>182</sup> Tamtéž, s. 12.

<sup>183</sup> KYSELA, Jan. Stykový zákon jako popření, nebo naplnění Ústavy? Právní zpravodaj 9, 2008, s. 9.

<sup>184</sup> Nález sp. zn. Pl. ÚS 13/05 ze dne 22. 6. 2005 (N 127/37 SbNU 593; 283/2005 Sb.), část VI. bod 3.

Ústavního soudu, že zákon o volbách do zastupitelstev obcí a krajů spadá pod pojem volební zákon.<sup>185</sup>

Nicméně na podkladě této polemiky se nabízí otázka, za jakých podmínek může ústavodárce měnit ústavní zvyklosti. V případě ústavodárce je asi nepochybné, že jestliže se ústavodárce rozhodne vyplnit mezeru v ústavní úpravě ústavním zákonem a tento zákon není v rozporu s materiálním jádrem ústavy, není možné stavět konvence před ústavodárcovu vůli.

### **3.5.8 Omezení prozatímní vlády v rámci normotvorby**

V tomto nálezu se Ústavní soud vyjádřil k pravomoci prozatímní vlády, případně jí pověřených ministerstev, rušit vyhlášky.

*„Při hodnocení legitimacy a mezi ústavního zmocnění v konkrétním případě budou rovněž hrát významnou roli i postupně zformované ústavní zvyklosti. Každopádně teprve dlouhodobě praktikovaný ústavní postup, který odpovídá hodnotovému a institucionálnímu konsenzu ústavních orgánů a opakovaně potvrzuje určitou interpretaci ustanovení Ústavy, lze považovat za ústavní zvyklost, kterou by se daly kroky prozatímní vlády poměřovat.“<sup>186</sup>*

Nicméně v tomto případě Ústavní soud existenci ustálené praxe styku mezi prozatímní vládou a Poslaneckou sněmovnou neshledal a tento argument byl podpořen zamítnutím návrhu Ústavy, který se domnělé zvyklosti snažil zahrnout do textu Ústavy.<sup>187</sup>

Tento případ ilustruje, že existence psaného a nepsaného práva je do jisté míry iluzí, neboť i existenci zvyklostí dokládají psané dokumenty. Ať už se jedná o stenozáznamy z jednání komor parlamentu, či jednotlivé projevy zvyklostí ve formě jmenovacích listin určitých státních činitelů. Jediným argumentem pro toto dělení práva by mohlo být to, že z psaného právního předpisu přímo poznáme obsah právní normy, zatímco pro určení zvyklosti potřebuje komplexnější podklady. Nicméně i text právního předpisu nám často neposkytuje jasnou odpověď, a proto se při výkladu obracíme na jiné zdroje.

---

<sup>185</sup> Tamtéž, část IV, bod 3.

<sup>186</sup> Nález ÚS sp. zn. Pl. ÚS 6/07 ze dne 9. 2. 2010 (N 20/56 SbNU 207; 66/2010 Sb.), bod 55.

<sup>187</sup> Tamtéž, bod 56.



## 4 Závěr

Vymezení zvyklostí jsou v dostupné tuzemské literatuře věnovány řádky, maximálně odstavce, a tak autorovi přišlo vhodné se ponořit do jejich teoretického pozadí více, než bývá v českém právním diskursu obvyklé.

Velkým úkolem pro budoucí judikaturu bude především určit kritéria, která povedou ke konzistentní praxi identifikování zvyklostí. Přestože již současná česká právní praxe rozpoznává zvyklosti v právu především díky judikatuře Ústavního soudu a NSS, je třeba jedním dechem dodat, že z judikatury většiny obecných soudů není patrné, že by bylo prováděno dostatečné dokazování jejich existence. Může za to i nedostatečná znalost faktické povahy zvyklostí ze strany procesních subjektů a z toho vycházející potřeba drtivou většinu zvyklostí dokazovat.

Proto je výsledkem našeho teoretického bádání i to, že zavádíme tříprvkový test, kterým nám pomůže identifikovat zvyklosti napříč sociálním řádem. Test tedy potvrzuje normativní obsah zvyklostí a přináší v první řadě možnost určit kvalitu této normativity. Děje se tak skrze zkoumání délky, rozšířenosti a počtu opakování určité sociální praxe. Tím se značně překrýváme s koncepcí zvyklostí, jak byla ilustrována tuzemskou judikaturou v kapitole třetí.

V rámci českého právního diskursu jsou pojmy zvyk a zvyklost často směřšované. Druhý prvek našeho testu reprezentuje důvody, které nám pomáhají oddělit zvyk (obyčejové právo) a zvyklost (právní zvyklost) na základě zkoumání důvodů, které k jejich dodržování vedou. Taktéž jsme nabídli srovnání zvyklostí s jinými formami právních regulativů a ukázali si jejich vzájemné rozdíly.

Třetí prvek, tedy existence alternativních pravidel, nám pomohl přijít s poměrně nekonvenčním dělením zvyklostí na právní a mimoprávní. Až čas ukáže, zda bude takový přístup v právnické obci akceptován, nebo zůstane zachován stávající stav, kdy jsou zvyklosti pojímány *en bloc* jako otázky faktické a existence zvyklostí, které mají samy o sobě bez přímého odkazu právního předpisu povahu právní, je většinou odmítána. Důkazem o přiblížení k této koncepci může být judikatura nejvyšších soudů, která v případech zvyklostí ve formě notorií či zjevných zvyklostí nepovažuje za nutné jejich existenci dokazovat.

Zdrojem největšího pokroku ve vnímání zvyklostí v českém právním řádu je Ústavní soud. Jako první určil základní kritéria pro poznání zvyklostí a snaží se rozebrat legitimační důvody pro jejich existenci na poli ústavního práva. Zároveň je třeba s povděkem kvitovat i to, že se Ústavní soud snaží zvyklosti poctivě dokazovat, což je pro existenci ustálené praxe, v drtivé většině zcela závislé na jejím faktickém udržování, naprosto zásadní.

Nezbývá než doufat, že se k této praxi připojí i další články soudní soustavy a v neposlední řadě také právní teorie a praxe. V důsledku toho bude možné naplno rozvinout potenciálu, který v sobě zvyklosti skýtají pro zvýšení funkčnosti našeho právního řádu.

## Seznam použitých zkratk

<b>ABGB</b>	Allgemeine Burgerliches Gesetzbuch. Rakouský všeobecný občanský zákoník.
<b>NS</b>	Nejvyšší soud České republiky.
<b>NSS</b>	Nejvyšší správní soud.
<b>ObchZ</b>	Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník ve znění pozdějších předpisů.
<b>OZ</b>	Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník ve znění pozdějších předpisů.
<b>Ústava</b>	Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava ČR ve znění pozdějších předpisů.



## Seznam použitých zdrojů

### Literatura

#### Články

BARÁK, Josef. Problematika jmenování vlády prezidentem republiky (malá úvaha na velké téma). Právní rozhledy 9, 2014.

BLOOM, Paul. How do morals change? Nature 464, 2010.

CEPL, Vojtěch. K pojmu efektivnosti právních norem v Právník 10, 1973.

ELIÁŠ, Karel. Česká juristická postmoderna a rekodifikace soukromého práva, Bulletin advokacie. 6-7, 2003.

KELSEN, Hans. On the Basic Norm. 47 California Law Review 107, 1959.

KELSEN Hans, Recht und Logik, Forum, Wien XII. 1965.

KELSEN, Hans. The Concept of the Legal Order. 27 American Journal of Jurisprudence 64, 1982.

KELSEN, Hans. What is a legal act? 29 American Journal of Jurisprudence 199, 1984.

KRECHT, Jaroslav. K ústavním zvyklostem. Právní rozhledy 18, 2013.

KÜHN, Zdeněk. Význam proměny soudcovské ideologie aplikace práva ve světle ústavní judikatury let 1993–2003, Právní rozhledy 4, 2004.

KYSELA, Jan. Rok 2004 ve vývoji vybraných institutů českého ústavního práva – 2. část. Právní rozhledy 13, 2005.

KYSELA, Jan. Stykový zákon jako popření, nebo naplnění Ústavy? Právní zpravodaj 9, 2008.

MOLEK, Pavel. Hluboce inspirující“ nález Pl. ÚS 27/09 a utržené ucho materiálního jádra Ústavy. Soudní rozhledy 10, 2009.

PELIKÁNOVÁ, Irena. Kodifikace soukromého práva, zejména ve vztahu k úpravě obchodních vztahů. Bulletin advokacie 3, 2003.

SCHAUER, Frederick. Easy Cases. 58 S. Cal. L. Rev. 636, 1985.

SYLLOVÁ, Jindřiška. Malý letní útok na rigiditu Ústavy. Právní zpravodaj 8, 2008.

## Monografie

- ANDRES, Bedřich, Antonín HARTMANN, František ROUČEK a Jaromír SEDLÁČEK. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Repr. pův. vyd. r. 1935. Praha: Codex Bohemia, 1998, 1192 s. ISBN 80-85963-61-2.
- DARWIN, Charles. O vzniku druhu přirozeným výběrem čili zachováním vhodných odrůd v boji o život. Praha: F. Klapálek, 1914.
- DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. London, 1978.
- FRIEDMAN, M. Lawrence M. Law and the behavioral sciences. Indianapolis: Bobbs-Merill, 1969.
- GERLOCH, Aleš. Teorie práva. 6., aktualiz. vyd. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, 310 s. ISBN 978-80-7380-454-1.
- GILBERT, Margaret. On Social Facts. Princeton: Princeton University Press, 1989.
- HART, H. L. A. Pojem práva. Vyd. 1. Praha: Prostor, 2004, 312 s. ISBN 80-7260-103-2.
- HOLLÄNDER, Pavel. Filosofie práva. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 303 s. ISBN 80-86898-96-2.
- KELSEN, Hans. Všeobecná teorie norem. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2000, 470 s. ISBN 80-210-2325-2.
- JELLINEK, Georg. Všeobecná státověda. Praha: Laichter, 1906, XX.
- JHERING, Rudolf. von. Geist des Romischen Rechts. 3 Theil. 3. vyd. 1. Abtheilung. Leipzig, 1877.
- KLÍMA, Karel a Jiří JIRÁSEK. Pocta Jánů Gronskeému. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, 614 s. ISBN 978-80-7380-094-9.
- KNAPP, Viktor. Teorie práva. Vyd. 1. Praha: Beck, 1995, XVI, 247 s. ISBN 80-7179-028-1.
- KÜHN, Zdeněk, Michal BOBEK a Radim POLČÁK. Judikatura a právní argumentace: teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou. 1. vyd. Praha: Auditorium, 2006, xxii, 234 s. ISBN 80-903786-0-9.
- LEVIS, David. Convention: A Philosophical Study. Oxford: Blackwell Publishers, 1969.

- MARMOR, Andrei. Social conventions: from language to law [online]. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2009. Princeton monographs in philosophy [cit. 2014-07-29]. Dostupné z: <http://site.ebrary.com/lib/natl/Doc?id=10435960>.
- MARŠÁLEK, Pavel. Právo a společnost. Vyd. 1. Praha: Auditorium, 2008, 258 s. ISBN 978-80-903786-8-1.
- MELTZER, Filip. Metodologie Nalézání práva, úvod do právní argumentace. Praha: C. H. Beck, 2010.
- RYCHLÝ, Tomáš. Právní normy a společenská praxe, Ediční středisko Právnické fakulty UK v Praze, 1998.
- SOBEK, Tomáš. Právní myšlení: kritika moralismu. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, 620 s. ISBN 978-80-87439-03-6.
- SCHROTZ, Karel, Bedřich ANDRES, Vladimír FAJNOR, Adolf ZÁTURECKÝ, Antonín HARTMANN, František ROUČEK a Jaromír SEDLÁČEK. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Repr. pův. vyd. z r. 1935. Praha: Codex Bohemia, 1998, 970 s. ISBN 80-85963-64-7.
- SCHROTZ, Karel, Bedřich ANDRES, Vladimír FAJNOR, Adolf ZÁTURECKÝ, Antonín HARTMANN, František ROUČEK a Jaromír SEDLÁČEK. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Repr. pův. vyd. z r. 1936. Praha: Codex Bohemia, 1998, 866 s. ISBN 80-85963-79-5.
- ŠVESTKA, Jiří, Jiří SPÁČIL, Marta ŠKÁROVÁ a Milan HULMÁK. Občanský zákoník: komentář. 2. vyd. Praha: Beck, 2009, 2 sv. ISBN 978-80-7400-108-6.
- TRYZNA, Jan. Právní principy a právní argumentace: k vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva. Vyd. 1. Praha: Auditorium, 2010, 332 s. ISBN 978-80-87284-01-8.
- WEBER, Max. Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology. Los Angeles: University of California Pr., 1978. 3 sv.
- WEYR, František. Základy filosofie právní: (nauka o poznávání právnickém). Brno: Píša, 1920, xi.
- WINTR, Jan. Říše principů: obecné a odvětvové principy současného českého práva. 1. vyd. Praha: Karolinum, 2006, 278 s. ISBN 80-246-1246-1.

## Judikatura

Nález ÚS sp. zn. Pl. ÚS 33/97 ze dne 17. 12. 1997 (N 163/9 SbNU 399; 30/1998 Sb.).

Nález ÚS sp. zn. Pl. ÚS 14/01 ze dne 20. 6. 2001 (N 91/22 SbNU 267; 285/2001 Sb.).

Nález ÚS sp. zn. Pl. ÚS 13/05 ze dne 22. 6. 2005 (N 127/37 SbNU 593; 283/2005 Sb.).

Nález ÚS sp. zn. Pl. ÚS 87/06 ze dne 12. 9. 2007 (N 139/46 SbNU 313).

Nález ÚS sp. zn. Pl. ÚS 27/09 ze dne 10. 9. 2009 (N 199/54 SbNU 445; 318/2009 Sb.).

Nález ÚS sp. zn. Pl. ÚS 6/07 ze dne 9. 2. 2010 (N 20/56 SbNU 207; 66/2010 Sb.).

Rozsudek NS ze dne 30.10.2009, čj. 23 Cdo 3244/2007.

Rozsudek NS ze dne 22.03.2011, čj. 32 Cdo 4932/2009.

Rozsudek NSS ze dne 21. 5. 2008, čj. 4 Ans 9/2007-197, publ. pod č. 1717/2008 Sb. NSS.

Rozsudek NSS ze dne 3. 2. 2010, čj. 1 Afs 103/2009 – 232, publ. pod č. 2033/2010.

Stanovisko pléna ÚS sp. zn. Pl.ÚS-st. 14/01 ze dne 26. 6. 2001 (ST 14/23 SbNU 342).

## Ostatní

Důvodová zpráva k občanskému zákoníku: konsolidovaná verze [online]. [cit. 2014-08-16]. Dostupné z: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>.

Jmenovací listina z 12. 2. 1993, čj. 988/93.

Parlament České republiky, Senát, 6. volební období, Senátní tisk č. 296.

Pojem ústavní zvyklosti je idiotský, řekl Zeman. Němcové nechal naději [online]. 2013 [cit. 2014-07-29]. Dostupné na: [http://zpravy.idnes.cz/zeman-sance-na-vladu-pro-cssd-a-byvalou-koalici-fqg-/domaci.aspx?c=A130711\\_071534\\_domaci\\_wlk](http://zpravy.idnes.cz/zeman-sance-na-vladu-pro-cssd-a-byvalou-koalici-fqg-/domaci.aspx?c=A130711_071534_domaci_wlk).

Zemanovo jednání je na hraně, říká ústavní právník Kysela [online ]. 2013 [cit. 30.7.2014]. Dostupné na: [http://www.lidovky.cz/odbornici-maji-zvazovany-zemanuv-krok-za-exces-novinku-i-normu-psl-/zpravy-domov.aspx?c=A130624\\_132906\\_ln\\_domov\\_mct](http://www.lidovky.cz/odbornici-maji-zvazovany-zemanuv-krok-za-exces-novinku-i-normu-psl-/zpravy-domov.aspx?c=A130624_132906_ln_domov_mct).

## **How facticity influences normativity: conventions in law**

This thesis is about social practice and its influence on the legal system. We examine the basic philosophical approaches to law and use them to challenge the very existence of conventions in law. After we derive the basic notion of convention we develop the three-step test to guarantee that we are able to identify conventions within the legal system and distinguish them from other categories of legal notions.

The three-step test presented in chapter two is slightly modifying Andrei Mamor's test. The first criterion of the test is the existence of certain social group that maintains in certain situation specific conventional rule. The second criterion is build around the idea that conventions exist when there are people who have certain reasons to comply with this rule. Final criterion represents the existence of an alternative rule that could be upheld by those people as well. Nevertheless, those people rather comply with the conventional rule. If those three criterions are met, it is probable that we are dealing with conventions.

We conclude that the conventions are present within every system of social norms although its importance within various legal cultures and systems varies dramatically. The value of social practice for legal practice shall not be underestimated. Thus, judges and legislators should take conventions into account when shaping the legal system.

In chapter three we use our theoretical foundations to challenge prevailing approach to sources of law within the Czech legal discourse. The prevailing understanding of sources of law is rather restrictive one. Nevertheless, due to numerous rulings of the Czech Constitutional Court and the Supreme Administrative Court, there are foundations for wider recognition of conventions within the Czech legal system. We do vigorously support those efforts and our hope is that other courts will recognize and further develop full potential of conventions in law as well.

## **Klíčové pojmy**

Právní zvyklost, konvence, právní obyčej

## **Key terms**

Legal usance, convention, legal custom