

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

Dispozitivnost soukromého práva

Srovnání legislativní techniky rozlišení dispozitivních a kogentních norem ve třech kodexech soukromého práva

Studentská vědecká a odborná činnost

Kategorie: magisterské studium

Autor: Tomáš Zach

Konzultanti: JUDr. Petr Čech, LL.M.

Doc. JUDr. Karel Beran, Ph.D

2012

5. ročník SVOČ

Abstrakt:

Rozlišení kogentních a dispozitivních norem v soukromém právu je pro adresáty práva nesmírně důležité. Odpovídá totiž fakticky na otázku, co se smí a co nesmí, a tak vymezují svobodnou sféru jedince. Metoda mé práce je komparativní analýza rozlišení dispozitivních a kogentních norem v současných kodexech soukromého práva a v novém občanském zákoníku. Toto srovnání je učiněno v kontextu zásady dispozitivnosti soukromého práva, ke které se tyto předpisy hlásí a která je v samostatné kapitole vysvětlena. V případě stále platného a účinného občanského zákoníku je zvýšená pozornost věnován relevantní judikatuře, která má pro otázku rozlišení norem v tomto kodexu značný význam.

Čestné prohlášení a souhlas s publikací práce

Prohlašuji, že jsem práci předkládanou do 5. ročníku Studentské vědecké a odborné činnosti (SVOČ) vypracoval samostatně za použití literatury a zdrojů v ní uvedených. Dále prohlašuji, že práce nebyla ani jako celek, ani z podstatné části dříve publikována, obhájena jako součást bakalářské, diplomové, rigorózní nebo jiné studentské kvalifikační práce a nebyla přihlášena do předchozích ročníků SVOČ či jiné soutěže.

Souhlasím s užitím této práce rozšiřováním, rozmnožováním a sdělováním veřejnosti v neomezeném rozsahu pro účely publikace a prezentace PF UK.

V Praze dne 3.4.2012

.....

Tomáš Zach

Obsah

1. Úvod a cíl práce	5
2. Co jsou kogentní a dispozitivní normy?	5
3. Funkce dispozitivních norem v soukromém právu	6
4. Dispozitivnost jako zásada soukromého práva	7
5. Legislativní technika rozlišení kogentních norem v soukromém právu	9
6. Legislativní technika obchodního zákoníku	9
7. Legislativní technika současného občanského zákoníku	10
8. Rekodifikace soukromého práva a hledání správné legislativní techniky	14
9. Legislativní technika nového občanského zákoníku	15
10. Závěr	21
11. Zdroje	22

1. Úvod a cíl práce

Svoboda jedince je pokládána za jedno z hlavních ideových východisek rekodifikace českého soukromého práva¹. Tuto svobodu by jistě i v této právní oblasti bezesbytku naplnily kogentní právní normy. Stanovily by, co jednotlivec nesmí s ohledem na práva druhých a blaho celku, a všechno ostatní by zůstalo oblastí práva prostou kde, „co není zakázáno, je dovoleno“. Nebyla by to ale svoboda levná. Břemeno předvídat i v nejprostších smluvních situacích všechny možné alternativy vývoje a nést neomezenou odpovědnost za mezery ve smlouvě by pravděpodobně unesli pouze ti nejsilnější hráči. Všem ostatním by byla svoboda smlouvy fakticky odepřena a jejich směnné transakce by nepodléhaly právní ochraně. Jsou to dispozitivní právní normy, které nám umožňují mít svobodu upravit si právní vztahy s jinými po svém, ale zároveň nás zbavují její nadměrné tíže přesunem odpovědnosti za mezery ve smlouvě na zákon. O co důležitější funkci tyto normy zajišťují, o to více by nás mělo zajímat, jak je rozlišíme od norem kogentních. Toto rozlišení totiž odpovídá na základní otázku: Kde končí v soukromém právu svoboda jedince? Cílem mé práce je provést komparativní analýzu rozlišení dispozitivních a kogentních norem v současných kodexech soukromého práva² a v novém občanském zákoníku³. Toto srovnání bude učiněno v kontextu zásady dispozitivnosti soukromého práva, ke které se tyto předpisy hlásí a která bude v samostatné kapitole vysvětlena. V případě stále platného a účinného občanského zákoníku bude zvýšený prostor věnován relevantní judikatuře, která má pro otázku rozlišení norem v tomto kodexu značný význam.

2. Co jsou kogentní a dispozitivní normy?

Definice *kogentní* a *dispozitivní* právní normy je v odborné literatuře celkem nesporná, pojetí jednotlivých autorů se od sebe významným způsobem neliší. Podle Jiřího Čapka „*kogentní (kategorické) normy jsou taková ustanovení, jejichž použití na právní poměry, které upravují, nemůže být vyloučeno ani omezeno projevem odchylné vůle subjektu právního vztahu, ani*

¹ ELIÁŠ, K.: K článku JUDr. Stanislava Křečka „Zamyšlení nad návrhem nového občanského zákoníku“. *Bulletin advokacie*. 2008, č. 9, s.22

² Zákon č.40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „OZ“ a zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „ObchZ“

³ Zákon č.89/2012 Sb., občanský zákoník, dále jen NOZ

jiných subjektů“⁴, zatímco „normy dispozitivní umožňují účastníkům právních vztahů, aby projevem souhlasné vůle určili obsah vzájemných oprávnění a povinností, a pro případ, že tak neučiní, upravuje oprávnění a povinnosti norma. V pojetí Pavla Holländera „kogentní právní norma, zvaná též imperativní, popř. *ius cogens*, je taková právní norma, která působí bezpodmínečně. Účastníci právního vztahu si pod sankcí neplatnosti nesmějí ujednat nic, co by kogentní právní normě odporovalo. Kogentní právní norma je státní mocí vynutitelná vždy a bezpodmínečně. Dispozitivní právní norma (*ius dispositivum*) působí podmíněně, resp. subsidiárně, tj. pro případ, že si subjekty neujednají něco jiného. V případě dispozitivních právních norem dává stát přednost vůli stran, tj. prioritu má tzv. *lex contractus*.“⁵ Hybridní povahu mají jednostranně kogentní právní normy, umožňující smluvní odchýlení toliko ve prospěch jedné (zpravidla slabší) smluvní strany, typicky spotřebitele či zaměstnance. Po pozitivním vymezení toho, co dispozitivní, resp. kogentní normou je, sluší se dodat, co jí není. Především je na tomto místě potřeba rozlišovat mezi normou *dispozitivní* a *dovolující*, resp. mezi normou *kogentní* a *zakazující*. Zatímco dispozitivní či kogentní charakter normy nám určuje, zda bude norma aplikovatelná i při odchylné vůli smluvních stran, její dovolující či zakazující povaha jsou modalitami normativity normy. Zákaz, příkaz či dovolení, jakožto způsoby regulace určitého chování, nacházíme v dispozici právní normy, zatímco její „kogentnost nebo dispozitivnost plyne vždy z její hypotézy.“⁶ Slovy V. Knappa dispozitivní norma dovoluje „*nikoli to, aby se lidé určitým způsobem chovali po právu, ale to, aby si sami své právo inter partes vytvořili.*“⁷

3. Funkce dispozitivních norem v soukromém právu

Princip autonomie vůle účastníků soukromoprávních vztahů implikuje možnost autonomního stanovení jejich vzájemných práv a povinností. Pouze dispozitivní právní normy dávají stranám právního vztahu tuto volnost, ale zároveň snižují jejich transakční náklady tím, že je

⁴ BOGUSZAK, J.; ČAPEK, J.; GERLOCH, A.: *Teorie práva*. Praha: ASPI Publishing, 2004, Kapitola IV. Právní normy, s. 88

⁵ HOLLÄNDER, P.: Dvojitá povaha dispozitivní právní normy. In *Veřejná správa a právo*. Pocta prof. JUDr. Dušana Hendrychovi. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 1997. s. 207

⁶ BERAN, K.: Kdy je norma kogentní a kdy dispozitivní? *Právní rozhledy*. 2011, roč. 17, č. 19, s. 689. Jak však sám autor později uznává, tato hypotéza je v praxi často pouze implicitní.

⁷ KNAPP, V.: O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronomním a autonomním). *Právník*. 1995, č. 1, s. 4.

nenutí smluvně normovat jejich vztah ve vší komplexitě, ale pouze tam, kde to pro ně dává smysl. V ostatních aspektech svého vztahu se mohou spolehnout právě na dispozitivní právní normy. Ve světě nulových transakčních nákladů, který jako teoretický model konstruoval R. Coase⁸, si lze představit zcela kogentní kodex soukromého práva, který by imperativně chránil toliko „ostrůvky“ veřejného zájmu v soukromém právu a vše ostatní by nechával na dohodě stran, nicméně v praxi (vysokých transakčních nákladů) by tento přístup asi potěšil pouze poskytovatele právních služeb. Význam *ius dispositivum* v soukromém právu ale nespočívá jenom v úspoře transakčních nákladů. Jak uvádí M.E. Storme⁹, dispozitivní právní normy mohou hrát nezanedbatelnou úlohu i v procesu interpretace ujednání čistě smluvních (*lex contractus*), protože poskytují soudci jakýsi referenční rámec či základnu pro posouzení „férovosti“¹⁰ smluvního ujednání.

4. Dispozitivnost jako zásada soukromého práva

4.1. Teoretická východiska

Vnímaní dispozitivnosti jako zásady soukromého práva¹¹ logicky odráží to, co bylo řečeno o významu dispozitivním norem pro autonomii vůle. Pokud má soukromé právo primárně chránit svobodu jedince a jeho seberealizaci a pouze druhotně tuto svobodu omezovat veřejným zájmem, je nutno z toho vyvodit primát norem dispozitivních nad kogentními. Není tedy třeba čekat na výslovné zákonné zmocnění, aby se strany mohly od zákona odchýlit a sjednat si tak své právní postavení podle vlastní vůle (zásada kogentnosti), naopak tak mohou učinit vždy, když jim to zákon nezakáže (zásada dispozitivnosti). Z výše řečeného je dále třeba vyvodit, že v pochybnostech o povaze soukromoprávní normy je třeba považovat ji za dispozitivní.

⁸ COASE, R. H.: The Problem of Social Cost. In *Journal of Law and Economics*, č. 3, 1960, s. 1-44

⁹ STORME, M. E.: Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules. In *European Contract Law, European Review of Private Law* 2-2007. s. 238

¹⁰ V českém prostředí spíše souladu s korektivem dobrých mravů, viz. §3 odst. 1 OZ

¹¹ HURDÍK, J.; LAVICKÝ, P.: *Systém zásad soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2010. s. 99.

4.2. Ústavně-právní východiska

Zásada dispozitivnosti soukromého práva, jakožto projev širšího principu autonomie vůle, není v moderním demokratickém právním státě pouze jednou ze dvou možných variant koncepce soukromého práva. Domnívám se, že je jedinou možnou variantou, která může v oblasti *jednoduchého* soukromého práva obstát před ústavními kautelami svobody jedince a legální licence. Již Čl. 1 Listiny základních práv a svobod garantuje, že „*Lidé jsou svobodní a rovní v důstojnosti i v právech.*“¹² Svobodu člověka tak český ústavodárce spolu s lidskou důstojností systematicky zařadil před všechna ostatní základní práva a svobody jakožto ústavní princip, jemuž nemůže *jednoduché* - tedy ani soukromé – právo odporovat, a který naopak celým právním řádem *prozařuje*. Čl. 2, odst. 3 Listiny abstraktní princip svobody zúžuje v konkrétní garanci: „*Každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.*“¹³ Je notorietou, že v každém společenství lidí, které nechce upadnout do chaosu a anarchie, je svoboda jedince nutně omezována svobodou druhých i veřejným zájmem celku. Nástrojem tohoto omezení je pak zákon, který je v podmínkách demokratických států zpravidla přijímán přímo voleným sborem zastupitelů, jenž dodává tomuto omezení legitimitu. Pro téma mé práce je však klíčový poznatek V. Knappa, že lidskou svobodu neomezuje každý zákon, resp. každá právní norma stejně, nýbrž „*omezuje ji jen norma kogentní. Norma dispozitivní ji a priori neomezuje vůbec. Omezuje ji jen a posteriori, tj. tehdy, když už si ji lidé neomezili sami, autonomně.*“¹⁴ V mnoha případech se samozřejmě i v soukromém právu ukáže nutnost chránit kogentními či jednostranně kogentními normami veřejný zájem, spočívající například v ochraně třetích osob či slabší smluvní strany. S rozvojem spotřebitelských právních vztahů tato tendence sílí a není úmyslem autora textu proti tomuto jevu brojít. Ani kvantifikace ochrannářských norem spotřebitelského práva však dle mého názoru nemůže nic zvrátit na základních východiscích soukromého práva – principu autonomie vůle a zásadě dispozitivnosti. Pouze ty mohou naplňovat ústavní imperativ svobody jedince, šetřit jeho podstatu a zasahovat do ní pouze v odůvodněných případech.

¹² Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku ČR, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb. (dále jen Listina)

¹³ Poněkud duplicitně je tato zásada upravena i v čl. 2 odst. 4 ústavního zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen Ústava)

¹⁴ KNAPP, V., ref. 4, s. 8.

5. Legislativní technika rozlišení kogentních norem v soukromém právu

Vycházejí z výkladu o zásadě dispozitivnosti, pokusím se v následující části své práce porovnat, jakým způsobem vymezují stále platné soukromoprávní kodexy a nový občanský zákoník výjimky z této zásady, jinými slovy jakou legislativní techniku používají jako vodítko pro adresáty práva k nalezení kogentních právních norem mezi (zejména ve smluvním právu) převládajícími normami dispozitivními. V zemích kontinentálního právního systému leží tíha tohoto rozlišení především na legislativě, resp. legislativní technika použitá k jejich rozlišení do značné míry determinuje míru, ve které se na něm bude dále podílet soudní praxe a doktrína. Nalezení toho pravého diferenciačního kritéria však ztěžují do značné míry protichůdné a konkurující si hodnoty, jež se právo snaží naplnit. Na jedné straně je třeba chránit právní jistotu adresátů práva, na straně druhé je naší ambicí umožnit právu „dýchat“, evolutivně se vyvíjet cestou judikatury a reagovat tak na stále se zvyšující dynamiku společenských vztahů. Zatímco principu právní jistoty nejlépe konvenuje taxativní či kasuistické vymezení kogentních norem, dynamiku práva může zajistit spíše kritérium abstraktnější povahy, jež dává soudní praxi prostor reagovat na měnící se společenské podmínky.

6. Legislativní technika obchodního zákoníku

Tón českému právnímu diskurzu raných 90. let stran legislativní techniky rozlišení norem kogentních a dispozitivních udal V. Knapp, když konstatoval, že „*nejsnadněji se ius cogens a ius dispositivum pozná tehdy, jestliže to zákon řekne rovnou, jako činí §263 odst. 2 obch. zák.*“¹⁵ Knappova obhajoba taxativního výčtu kogentních ustanovení, z nichž lze *a contrario* určit ustanovení dispozitivní, se však ve zkoušce času ukázala jako problematická. Ačkoliv taxativní výčet jako *principium divisionis* kogentních a dispozitivních norem přináší subjektům práva velkou míru právní jistoty, od jakých norem se mohou svojí vůlí odchýlit a od kterých nemohou, tento způsob nepřiměřeným způsobem petrifikuje právní realitu a izoluje jí od reality sociální. Navíc, jak to ve své judikatuře vyjádřil i Ústavní soud, „*vždy se najdou ustanovení, která by měla být typicky kogentní, avšak ve výčtu obsažena nejsou,*

¹⁵ KNAPP, V., ref. 4, s. 1

stejně jako ustanovení, která jsou svou povahou typicky dispozitivní, avšak do výčtu – bez zjevného důvodu – zahrnuta jsou. Při určení, která ustanovení jsou kogentní a která dispozitivní, proto nelze spoléhat na zcela exaktní kritéria.“¹⁶ Řešení přijaté při tvorbě obchodního zákoníku umožňuje vstřebávat impulzy právní praxe a doktríny pouze cestou novelizace, což je (nejen) v českých podmínkách cesta zpravidla dlouhá. Jak poznamenává I. Pelikánová, „výčet je nevýhodný, protože nedává vůbec žádný prostor judikatuře a doktríně, je naprosto nepružný a staví nás před řadu otázek těžko zodpověditelných bez novelizace kodexu.“¹⁷ Z právně-filozofického hlediska podrobuje tuto úpravu kritice i P. Holländer, když vpravdě matematickou enumerativní metodu označuje za „nonkognivistickou skepsi ke schopnosti aplikační praxe smysluplně interpretovat právní text.“¹⁸ V průběhu dvaceti let, jež nás dělí od přijetí Obchodního zákoníku, bylo mnoho zjevných opomenutí¹⁹ zákonodárce ve výčtu §263 ObchZ opraveno cestou novelizací, cena za to však byla značná. Hlavní deklarovaný smysl této legislativní techniky, a to princip právní jistoty, byl desítkami novelizací podstatně ohrožen. Na rozdíl od judikatury, která může abstraktněji koncipované kritérium kogentnosti evolutivně rozvíjet v kontinuitě své právní argumentace, a tak posilovat (být v podmínkách dynamického vývoje tržních vztahů) právní jistotu, legislativní změny přicházejí skokově, diskontinuálně a nelze odhadnout jejich budoucí vývoj.

7. Legislativní technika současného občanského zákoníku

Tzv. velkou novelou občanského zákoníku²⁰ se do českého soukromého práva opět vrátila zásada dispozitivity občanskoprávní úpravy, jakožto projev zásady obecnější, totiž zásady legální licence²¹. Zatímco v právním stavu před touto novelizací se mohly strany od zákona odchýlit, a sjednat si tak své právní postavení podle vlastní vůle, pouze pokud to zákon výslovně dovoľoval (zásada kogentnosti), novelizovaný občanský zákoník připustil autonomní právní úpravu odlišnou od zákona jako pravidlo (zásada dispozitivnosti) z něhož zákon zná výjimky. Zákonodárce to vyjádřil v §2, odst. 3 OZ slovy: „Účastníci občanskoprávních vztahů

¹⁶ Nález sp. zn. Pl.ÚS 83/06

¹⁷ PELIKÁNOVÁ, I.: *Komentář k obchodnímu zákoníku*. 3. díl. 2. vydání. Praha: Linde, 1998. s. 47

¹⁸ Odborný posudek na návrh obecné části občanského zákoníku. *Justiční praxe*, L, 2002. s. 508

¹⁹ Až novelou provedenou zákonem č.370/2000 Sb. tak byla např. zakotvena kogentnost základních ustanovení smluvních typů obsažených v ObchZ.

²⁰ Zákon č. 509/1991 Sb.

²¹ Čl. 2, odst. 3 Listiny

si mohou vzájemná práva a povinnosti upravit dohodou odchylně od zákona, jestliže to zákon výslovně nezakazuje a jestliže z povahy ustanovení zákona nevyplývá, že se od něj nelze odchýlit“.

Tato norma se stala kritériem kogentnosti nejen pro vztahy upravené OZ, ale s výjimkou obchodně-závazkových vztahů pro celou oblast soukromoprávních vztahů. To potvrdilo i rozhodnutí Nejvyššího soudu sp.zn. 32 Odo 229/2004 z 15. listopadu 2005. Jako vodítko rozlišení norem dispozitivních a kogentních OZ použil dvě kritéria, za prvé je to *výslovný zákaz*, a zadruhé *povaha ustanovení, z které nevyplývá, že se od něj nelze odchýlit*. Zatímco první kritérium pro svou jednoduchost nepůsobilo právní praxi ani judikatuře žádné aplikační potíže, ona *povaha* ustanovení se ukázala být možná až příliš abstraktním kritériem. Nad rámec §2, odst. 3 OZ a poněkud nekonceptně však OZ i po velké novele z roku 1991 obsahoval mnoho výslovných zmocnění²² ke smluvnímu odchýlení, typicky začínajících slovy „není-li dohodnuto jinak“, ačkoliv zásada dispozitivnosti činí tuto legislativní techniku (*nota bene* v oblasti smluvního práva) redundantní.

7.1. Povaha ustanovení v judikatuře NS

Klidné vody české právní akademie v otázce oné *povahy* ustanovení jakožto kritéria kogentnosti OZ rozčeřilo rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 17. března 2005 sp. zn. 33 Odo 1117/2003, v němž Nejvyšší soud kvalifikoval ustanovení §517, odst. 2 OZ na základě jeho povahy jako kogentní právní normu. Citované ustanovení uvádí, že „*jde-li o prodlení s plněním peněžitého dluhu, má věřitel právo požadovat od dlužníka vedle plnění úroky z prodlení, není-li podle tohoto zákona povinen platit poplatek z prodlení; výši úroků z prodlení a poplatku z prodlení stanoví prováděcí předpis*.“ V daném případě spolu žalobkyně a žalovaný uzavřeli smlouvu o půjčce, ve které si pro případ prodlení žalovaného se splácením dluhu dohodli právo žalobce požadovat po žalovaném úrok z prodlení ve výši 42,5% z dlužné částky, tedy několikrát vyšší než dle prováděcího předpisu²³. Závěr o kogentnosti §517, odst. 2 a tedy o nemožnosti platně sjednat v občansko-právních vztazích úrok z prodlení vyšší²⁴ než dle prováděcího předpisu odůvodnil Nejvyšší soud třemi hlavními argumenty:

²² Za všechny např. §§ 590, 591 či 593 OZ.

²³ Nařízení vlády č. 142/1994 Sb. ve znění pozdějších předpisů

²⁴ Avšak poněkud paradoxně i nižší, viz další výklad.

1. Gramatický výklad §517, odst. 2 OZ, který dle názoru NS „*nenechává prostor pro úvahy, zda lze výši úroku z prodlení... stanovit... dohodou účastníků.*“
2. Srovnáním s právní úpravou obsaženou v §369 ObchZ, která dohodu účastníků o výši úroku z prodlení explicitně předvídá, došel NS k závěru že, „*pokud by zákonodárce chtěl zakotvit možnost jiné dohody o výši úroku z prodlení i pro účastníky občanskoprávních vztahů, nic mu nebránilo postupovat stejně jako při tvorbě úpravy obchodněprávní a smluvní volnost účastníků v této věci výslovně v příslušném ustanovení občanského zákoníku zakotvit. Skutečnost, že tak neučinil, podporuje závěr, že takový úmysl v rámci občanskoprávní úpravy neprojevil proto, že ustanovení § 517 odst. 2 ObčZ bylo konstituováno jako ustanovení kogentní povahy.*“
3. Funkčním výkladem dotčeného ustanovení v relaci na institut smluvní pokuty NS dovodil, že „*by docházelo ke stírání rozdílů mezi jejich funkcemi v případě, že by výši úroku z prodlení (stejně jako výši smluvní pokuty) bylo možné stanovit dohodou účastníků, neboť v takovém případě by suplovalo institut smluvní pokuty jako smluvního nástroje k vynucení plnění.*“

Domnívám se, že argumentaci NS lze mnohé vytknout. O gramatický výklad se předně NS *de facto* ani nepokusil, když pouze konstatoval, že tento „výklad“ nenechává prostor pro úvahy o opaku, aniž by uvedl jedinou svou gramaticko-textuální úvahu, jež ho vedla k závěru o kogentnosti §517, odst. 2. Souhlasím s J. Bejčkem, že tento výklad je nedostatečný, protože „*neobsahuje argument.*“²⁵ Pokládám navíc za velmi sporné, zda lze vůbec z dikce ustanovení vyvodit jeho kogentní povahu.²⁶ Ani srovnání s ObchZ není dle mého názoru příléhavé. Pro oblast obchodně-závazkových vztahů je totiž zákonodárcem zvoleno jiné kritérium pro odlišení norem dispozitivních a kogentních, a to taxativní výčet kogentních ustanovení obsažený v §263, odst. 1 ObchZ²⁷. Skutečnost, že zákonodárce v §369 ObchZ výslovně zakotvil možnost se od tohoto ustanovení odchýlit (ačkoliv z §263, odst. 1 ObchZ nade vši pochybnost vyplývá, že se jedná o normu dispozitivní) je potřeba vnímat kriticky jako zákonodárcovu nekoncepčnost zbytečně snižující právní jistotu adresátů práva, a nikoli zákonodárce vyzývat aby tento postup opakoval i v občanském právu. Nadto touto argumentací prosvítá nebezpečný despekt NS k zásadě dispozitivnosti soukromého práva.

²⁵ BEJČEK, J.: „Povaha ustanovení“ o úrocích z prodlení. *Právní rozhledy*. 2006. č. 11. s. 407.

²⁶ Více v kapitole 7.2. - Několik poznámek závěrem k povaze ustanovení

²⁷ Více v kapitole 6 - Legislativní technika obchodního zákoníku

Zákonodárce přece nemusí „smluvní volnost účastníků výslovně v příslušném ustanovení občanského zákoníku zakotvit,“ aby se od něj strany mohly svou vůli odchýlit, nýbrž postačuje, pokud smluvní volnost výslovně nezakáže a takovýto zákaz nelze ani dovodit z jiného použitého kritéria kogentnosti (v současných kodexech např. z výčtu v §263, odst. 1 ObchZ, anebo z povahy ustanovení v OZ). Ani funkční komparace úroků z prodlení s institutem smluvní pokuty, jako argument pro kogentnost prvního není přesvědčivá. Jak píše J. Alexander „odlišnost úroku z prodlení a smluvní pokuty spočívající v tom, že smluvní pokutu si strany musejí ujednat, zatímco úrok z prodlení je sankcí působící ze zákona, není dostatečným důvodem pro závěr o kogentní povaze ustanovení § 517 odst. 2 in fine ObčZ.“²⁸ Podle mého názoru mohl NS mnohem přesvědčivěji odmítnout úrok z prodlení ve výši 42,5% jako *contra bonos mores* a tudíž v rozporu s §3, odst. 1 OZ. Tato možnost by účastníkům občansko-právních vztahů umožňovala domluvu na úrocích z prodlení *rozumně* převyšujících jejich zákonnou výši, zároveň by však dlužníci byli chráněni před jejich drakonickou výší korektivem dobrých mravů. Navíc zatímco právní norma je buď kogentní, anebo dispozitivní, korektiv dobrých mravů umožňuje brát v potaz kontext konkrétní smluvní situace. Pokud přeci jenom NS shledal tak silný veřejný zájem na tom, aby dlužníci v občansko-právních vztazích byly pod sankcí absolutní neplatnosti chráněny před být i o pár procent vyšším úrokem z prodlení než dle zákona, měl dle mého názoru alespoň označit ustanovení §517, odst. 2 OZ za jednostranně kogentní ve prospěch dlužníka. Neexistuje snad žádný myslitelný důvod, proč chránit i věřitele před dobrovolnou smluvně zakotvenou benevolencí vůči dlužníkovi, a *minor ad maius* neexistuje dle mého názoru ani veřejný zájem, který by kogentnost tohoto ustanovení vůči věřiteli justifikoval. J. Bejček tuto absurditu popisuje slovy: „Důsledně vzato tedy občanský zákoník připustil bezúročnou půjčku, aniž by měl obavu o ochranu věřitele, ale na druhé straně nepřipustil dohodu o snížení úrokové sazby za prodlení z půjčky zúročené, přičemž samozřejmě alespoň připustil, že nesnížený úrok z prodlení nemusí věřitel zčásti nebo vůbec vymáhat?! Jde o kontraproduktivní druh nekonzistentní pseudoochrany smluvních stran i proti jejich vůli.“²⁹

7.2. Několik poznámek závěrem k povaze ustanovení

²⁸ ALEXANDER, J.: Ke smluvní volnosti v otázce úroků z prodlení. *Právní rozhledy*. 2006. č. 2. s. 69–71

²⁹ BEJČEK, J., ref. 23, s. 410.

Pokusme se na chvíli odhlédnout od (nepřesvědčivých) závěrů, k nimž Nejvyšší soud ve své judikatuře došel a zamyslet se nad tím, čím se povaha ustanovení *mohla* (a *měla*) stát. Pokud by povaha ustanovení nebyla zaměřována s jeho dikcí a byla interpretována teleologicky s ohledem na účel právní úpravy, mohla se stát respektovaným kritériem kogentnosti, který by se v procesu rekodifikace přejal i s dosavadní judikaturou³⁰. Pokud je smyslem kogentních norem v soukromém právu chránit veřejný zájem, pak bylo třeba vykládat kogentní *povahu* normy právě s ohledem na veřejný zájem, jež chrání, a zkoumat, zda má tento zájem náležitou intenzitu pro omezení autonomie vůle smluvních stran. Veřejný zájem v soukromém právu může spočívat v ochraně slabší smluvní strany, práv třetích osob, právní jistoty účastníků soukromoprávních vztahů či jiných hodnot. Bohužel takto ve většině případů nebylo k interpretaci *povahy* ustanovení přistupováno, a kogentnost se vyvozovala z imperativní textace ustanovení. Přitom pokud by chtěl zákonodárce vymezit kogentnost ustanovení zákona jeho dikcí, mohl tak učinit výslovným zákazem autonomní právní úpravy. Pokud tak neučinil, nezbyvá než vycházet ze smyslu (pravé *povahy*) ustanovení.

8. Rekodifikace soukromého práva a hledání správné legislativní techniky

Po rozporuplných zkušenostech s výčtovou metodou použitou v Obchodním zákoníku, se tvůrci NOZ rozhodli zachovat abstraktní generální klauzuli jako vodítko k rozlišení kogentních norem. Její přesná podoba se však během více než deseti let od ustavení pracovní skupiny ke schválení nového kodexu Parlamentem ČR podstatně měnila, a to i v návaznosti na judikaturu Nejvyššího soudu.

8.1. Historická geneze generální klauzule

Jeden z prvních výstupů pracovní skupiny pro NOZ, Návrh obecné části občanského zákoníku³¹, v §1, odst. 2 uváděl: „*Tato ustanovení* (ustanovení upravující vzájemná soukromá práva a povinnosti – pozn. T.Z.) *nemají donucovací účinky a lze se od nich z vůle stran*

³⁰ Tomu ostatně nasvědčuje i historický vývoj generální klauzule NOZ. Podrobněji v kapitole 8.1. - Historická geneze generální klauzule.

³¹ Návrh obecné části občanského zákoníku. *Justiční praxe*. Příloha. L, 2002.

odchýlit, ledaže to sama zakazují, anebo plyne-li z jejich povahy s ohledem na veřejný pořádek, zejména při úpravě osobního statutu a věcných práv, že to není možné.“ Toto řešení tedy ještě zachovávalo *povahu* ustanovení jako kritérium kogentnosti, zároveň však tuto povahu precizovalo vazbou na veřejný pořádek, a příkladem uvádělo osobní a věcná práva jako oblasti svou povahou zejména kogentní. Této generální klauzuli šla z teoretického hlediska vytknout především pojmová nejasnost. Donucující účinky má totiž právní norma, ustanovení zákona je toliko její nosič, a samo o sobě tyto účinky nemá. Pomineme-li však formální nedostatky, v zásadě se domnívám, že toto rozlišení přineslo oproti §2, odst. 3 OZ kvalitativní posun zavedením vazby povahy ustanovení na veřejný pořádek. Ten je sice (zcela záměrně) též neurčitý právní pojem, ale přivádí interprety zákona na správnou cestu poznání oné *povahy* ustanovení. Tu nelze bezpečně poznat ze zákonné dikce, zvláště pak ne z použití slov jako „musí“, „může“ či „stanoví“, které mají význam pro dispozici chování. Je nutno hledat teleologický účel a smysl normy, ptát se jaký veřejný zájem ta která norma chrání, zdali práva třetích osob, slabší smluvní stranu, právní jistotu atd. Právě ochrana těchto hodnot zajišťuje ve společnosti veřejný pořádek. Vládní návrh zákona z roku 2005 odstranil teoretický lapsus návrhu z roku 2002 a jeho §1, odst. 2 zněl: „*Osoby si mohou ujednat, že si vzájemná soukromá práva a soukromé povinnosti upraví odchylně od zákona, ledaže to zákon výslovně zakazuje, anebo plyne-li z povahy ustanovení, že odchylné ujednání vylučuje ohled na veřejný pořádek.*“³² Kritérium povahy ustanovení s ohledem na veřejný pořádek tak zůstalo zachováno, stejně jako výslovný zákaz. Vzhledem k tomu, že kogentní povaha osobnostních a věcných práv je doktrínou i judikaturou dlouhodobě uznávána, domnívám se, že i bez výslovného zmínění v generální klauzuli by se nemožnost smluvního odchýlení dovozovala z rozporu s veřejným pořádkem.

9. Legislativní technika nového občanského zákoníku

V Osnově občanského zákoníku z roku 2009³³ se formulace §1, odst. 2 znovu modifikovala, tentokrát již naposledy, neboť ve stejném znění ji obsahuje i NOZ. Ten v citovaném

³² Návrh je dostupný na internetové adrese <http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/navrh-zakona.html> Dostupné k 1.4.2012

³³ ELIÁŠ, K.; HAVEL, B.: *Osnova občanského zákoníku. Osnova zákona o obchodních korporacích*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009. s. 25

ustanovení uvádí, že „nezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona; zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti.“ Jak prosvítá důvodovou zprávou k NOZ, motivem k opuštění *povahy* ustanovení jako vodítka kogentnosti byla skepse k judikatuře Nejvyššího soudu (zvláště po vydání rozhodnutí sp. zn. 33 Odo 1117/2003), která „leckdy vede k blíže nezdůvodněným závěrům o kogentní povaze i u těch zákonných ustanovení, kde to nemá rozumný smysl.“³⁴ Ve skutečnosti však NOZ opouští mnohem více než jen onu *povahu* ustanovení. Vzdává se v širším smyslu ambice *a priori* vymezit kogentnost norem soukromého práva jinak než výslovným zákazem autonomní právní úpravy a přesouvá těžiště omezení smluvní volnosti do oblasti konkrétních ujednání, které *a posteriori* sankcionuje neplatností v případě rozporu s dobrými mravy, veřejným pořádkem a právem týkajícím se postavení osob³⁵. Rozpor konkrétního ujednání (smlouvy) s kritérii stanovenými za středníkem §1, odst. 2 NOZ nás však nemůže *ipso facto* vést k závěru o kogentnosti normy, od níž se ujednání odchyluje. To nevylučuje, že některá ujednání (odchylující se od *formálně* dispozitivní právní normy) mohou být vždy v rozporu s dobrými mravy či veřejným pořádkem, a jejich pravidelným a ustáleným zneplatňováním bude judikatorně docházet ke klasifikaci některých norem jako *fakticky* kogentních. Jako příklad může posloužit §30 NOZ, který stanovuje, že zletilost se nabývá osmnáctého roku věku. Toto ustanovení sice neobsahuje výslovný zákaz smluvního odchýlení, každý právník však asi instinktivně cítí, že *každé* ujednání od tohoto pravidla odlišné bude *vždy* neplatné pro rozpor s veřejným pořádkem a tuto normu tedy můžeme klasifikovat jako *fakticky* kogentní. Mnohem častěji se však budeme setkávat s tím, že dvě smluvní ujednání vylučující aplikaci stejné dispozitivní normy budou posouzena různě podle kontextu smluvní situace, jednou jako platné, podruhé jako zakázané právní jednání. Zde se vazba zákazu konkrétního právního jednání na závěr o povaze normy ztrácí zcela, neboť je vyloučeno, aby norma byla někdy dispozitivní a někdy kogentní. Dobře to lze ilustrovat na příkladu ujednání stran ohledně úroků z prodlení po 1. lednu 2014. §1970 NOZ nezakazuje³⁶ smluvním stranám

³⁴ Důvodová zpráva je dostupná na internetové adrese http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/2011/Vladni_navrh_obcanskeho_zakoniku_2011_DZ.pdf Dostupné k 1.4.2012

³⁵ Zákaz ujednání v rozporu s právem týkajícím se postavení osob považuji koncepčně za nadbytečný, není pochyb o tom, že tento zákaz vyplývá již z kategorie veřejného pořádku. Dále v mé práci proto tuto kategorii samostatně neanalyzuji.

³⁶ Naopak zcela nadbytečně s ohledem na zásadu dispozitivnosti takové ujednání výslovně dovoluje. Přesto však dikce tohoto ustanovení není náhodná a můžeme ji vnímat jako reakci autorů NOZ na judikaturu

dohodu na vyšším úroku z prodlení, než stanoví prováděcí právní předpis, a je tedy nutno vyjít z toho, že je dispozitivní. Stejně smluvní ujednání ohledně úroku z prodlení ve výši např. 0,7% z dlužné částky denně však bude z hlediska souladu s dobrými mravy jistě jinak hodnoceno za situace, kdy dlužník bude notorický neplatič a věřitel na sebe kontraktací s ním vezme značné riziko a v případě, že dlužník jinak své závazky plní včas a věřitelův závazek je ještě zajištěn zástavou a utvrzen smluvní pokutou. Kuratela dobrých mravů zde působí toliko jako limit excesivního chování smluvních stran, ale na dispozitivní povahu normy nemá vliv. Nutno dodat, že v odborné literatuře se objevily i jiné interpretace generální klauzule NOZ. Melzer³⁷ například uvádí: „První část věty před středníkem §1, odst. 2 NOZ normuje povahu norem soukromého práva jako zásadně dispozitivní. Výslovné stanovení kogentnosti, které toto ustanovení požaduje, následuje již ve druhé části za středníkem, byť tato výslovná úprava má povahu generální klauzule“ a dále doplňuje: „Základním pojmem, který legitimizuje kogentnost soukromoprávní normy je veřejný pořádek“. Autor jakoby vycházel spíše ze znění návrhu občanského zákoníku z roku 2005, který nepoměřoval veřejným pořádkem samotné ujednání, ale povahu normy, od níž se strany ujednáním odchylují. Navíc si z generální klauzule Melzer selektivně a bez bližší argumentace vybírá pouze veřejný pořádek jako kritérium kogentnosti, dobré mravy už však považuje toliko za jeden z dalších důvodů, „pro které jsou zakázána autonomní ujednání,“ a k tomu dodává: „nejde tedy o otázku, zda se vůbec lze od určitého ustanovení odchýlit, nýbrž o způsob odchýlení se, o povahu odchýlné autonomní úpravy – nesmí být v rozporu s dobrými mravy.“ Tuto argumentaci považuji za nepřesvědčivou, jelikož nastíněná funkční diferenciaci mezi veřejným pořádkem a dobrými mravy nemá nejmenší opodstatnění v gramatickém ani systematickém výkladu zákona. Považuji za poctivější pokrýt kategorií *faktické* kogentnosti povahu základních stavebních norem soukromého práva, u nichž není smluvní odchýlení výslovně zakázáno, a v ostatních případech umožnit soudům kategorii veřejného pořádku zkoumat, tak jako to citovaný autor nastiňuje u dobrých mravů – případ od případu.

Z výše uvedeného výkladu je možno učinit několik dílčích závěrů:

Nejvyššího soudu ohledně povahy ustanovení o úrocích z prodlení a záruku, že takováto ujednání po 1.1.2014 nebudou hodnocena jako zakázaná pro rozpor s dobrými mravy či veřejným pořádkem.

³⁷ MELZER, F.: Kogentní a dispozitivní právní normy. In HAVEL Bohumil, PIHERA Vlastimil (eds). *Soukromé právo na cestě : eseje a jiné texty k jubileu Karla Eliáše*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010. s.232-233

1. Jediným kritériem kogentnosti NOZ je výslovný zákonný zákaz.
2. I norma, u níž není autonomní úprava práv a povinností výslovně zakázána, se může chovat jako kogentní, pakliže lze očekávat, že *každé* ujednání od této normy odchylné bude *vždy* v rozporu s dobrými mravy či veřejným pořádkem (*faktická kogentnost*).
3. Všechny ostatní normy jsou dispozitivní. Kritéria obsažená v §1, odst. 2 NOZ lze vnímat jako omezení autonomie vůle stran proti *excesům*, dispozitivní povahy norem, od nichž se strany odchylují, se nedotýká.

9.1. Několik poznámek k důvodové zprávě

V prvních letech účinnosti NOZ bude s ohledem na absentující judikaturu a komentářovou literaturu pravděpodobně velký důraz kladen na historickou metodu interpretace za použití důvodové zprávy k zákonu. O to znepokojivější je, že v tomto bodě důvodová zpráva výklad zákona spíše zatemňuje. V pasážích o dobrých mravech a veřejném pořádku sice zákonodárce důsledně používá pro obé pojmu „limity“ autonomie vůle, což v zásadě kogentnost neimplikuje, dále však uvádí: „*Nikdo např. nepochybuje, že právní pravidla stanovující, jak vzniká manželství nebo které věci jsou nemovité a které věci jsou zastupitelné, jsou kogentní. Závažnost tohoto ustanovení však nelze opřít o dobré mravy, nýbrž o právě zásadu veřejného pořádku.*“ Jak ale plyne z §§ 499 a 656 NOZ, tyto normy *stricto sensu* kogentní nejsou. Pokud měl zákonodárce na mysli *faktickou* kogentnost, tzn. neplatnost každého ujednání o opaku pro rozpor s veřejným pořádkem, poněkud nešťastně zmiňuje „*závažnost ustanovení*“ opírající se o zásadu veřejného pořádku. Vyjma výslovného zákazu totiž koncepce NOZ nevychází zevnitř, z povahy norem, nezkoumá, zda zajišťují právní jistotu, chrání slabší smluvní stranu či práva třetích osob. Všímá si toliko individuálních právních jednání, které těmito hodnotami (skrytými v pojmech veřejného pořádku a dobrých mravů) poměřuje.

9.2. Prvky generální klauzule

V následující části mé práce se pokusím podrobněji vymezit prvky §1, odst. 2 NOZ.

9.2.1 Výslovný zákaz

O tom, že výslovný zákonný zákaz je jediným kritériem *formální* kogentnosti v NOZ již bylo pojednáno výše. Skutečný dosah této změny je však umocněn faktem, že i tuto legislativní techniku používá zákonodárce poměrně zřídka. Když tak činí, je zákaz buď formulován lapidárně slovy „zakazuje se,“ anebo „výslovným stanovením důsledku odklonu od kogentního ustanovení poukazem na neplatnost ujednání nebo stanovením, že se k závadnému ujednání nepřihlíží.“³⁸ Jako příklad lze uvést zákaz lichvy obsažený v §1796 NOZ: „Neplatná je smlouva, při jejímž uzavírání někdo zneužije tísně, nezkušenosti, rozumové slabosti, rozrušení nebo lehkomyšlnosti druhé strany a dá sobě nebo jinému slíbit či poskytnout plnění, jehož majetková hodnota je k vzájemnému plnění v hrubém nepoměru.“ Obdobně §145, odst. 1 NOZ: „Zakazuje se založit právnickou osobu, jejímž účelem je porušení práva nebo dosažení nějakého cíle nezákonným způsobem“

9.2.2. Dobré mravy

Korektiv dobrých mravů není českému právu neznámý a pracuje s ním i současný kodex soukromého práva³⁹. Jedná se o tzv. neurčitý právní pojem, jehož reálný obsah se tvoří v oblasti mimoprávní – ve společnosti samé. Jak k tomu poznamenává Kubeš: „Dobré mravy jsou mravy, uznané dobrými dotýchnou společností a soudcem.“⁴⁰ Vymezení tohoto pojmu můžeme najít i v judikatuře českých soudů, za všechny např. v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp.zn. 8 As 35/2005: „Jedná se o obecně uznávané zásady a pravidla slušnosti, souhrn etických a kulturních hodnot společnosti, dílem trvalých (neměnných), dílem podléhajících vývoji, která se za stanovených (objektivních) okolností mohou z morálních přeměnit na právní.“ Kromě obecných úvah nad *boni mores* však judikatura nejvyšších soudů vytvořila za více než dvacet let porevolučního právního vývoje jisté povědomí o tom, co je s nimi *in concreto* v rozporu. Lze tak očekávat, že tento limit autonomie vůle obsažený v §1, odst. 2 NOZ nebude praxi činit větší interpretační potíže. Při úvaze o tom, jaké ujednání je *contra bonos mores*, bude možné vycházet z kasuistické judikatury Nejvyššího soudu ohledně §39 OZ a z případů, kdy byl právní úkon prohlášen neplatným pro tento rozpor. Pro úplnost třeba dodat, že i nový kodex soukromého práva obsahuje zvláštní ustanovení o

³⁸ Důvodová zpráva je dostupná na internetové adrese http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/2011/Vladni_navrh_obcanskeho_zakoniku_2011_DZ.pdf Dostupné k 1.4.2012

³⁹ Srov. §3, odst. 1 či 39 OZ

⁴⁰ KUBEŠ. V. in ROUČEK, F.; SEDLÁČEK, J. et al. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému*. Praha : Linhart, 1935, s. 134

neplatnosti právního jednání z důvodu rozporu s dobrými mravy (§580 NOZ), ačkoli se domnívám, že to samé by šlo vyvodit pouze z §1, odst. 2 NOZ. Je-li zakázáno ujednat si cokoliv v rozporu s dobrými mravy, zakládá neuposlechnutí tohoto zákazu dle mého soudu kvalifikovaný rozpor právního jednání se zákonem (druhý důvod neplatnosti obsažený v §580 NOZ).

9.2.3. Veřejný pořádek

Starší česká právnícká literatura definovala pojem veřejného pořádku toliko v kontextu práva trestního a trestného činu spočívajícího v jeho ohrožování⁴¹. V současném právu je tento pojem pozitivně-právně zakotven jak v normách práva soukromého⁴², tak veřejného⁴³ a představuje limit několika základních práv a svobod⁴⁴. Podobně jako dobré mravy je veřejný pořádek neurčitý právní pojem s otevřenou texturou⁴⁵, jež lze doktrinálně vymezit pouze velmi abstraktně, a jeho legislativní definice by popírala jeho základní účel – svojí abstraktní povahou má umožnit judikatuře pružně (ale kontinuitně) reagovat na sociální vývoj v čase. Jádrem tohoto pojmu je v doktríně většinou spatřováno v pravidlech natolik základních, že tvoří jakési *essentialia* lidského soužití. Jak konstatuje důvodová zpráva k NOZ: „*Veřejný pořádek prostupuje celé právo a zahrnuje pravidla, na nichž leží právní základy společenského řádu zdejší společnosti.*“⁴⁶ Ve frankofonní právní oblasti slouží *ordre public* (veřejný pořádek) již od vydání Code Civil jako jedno z kritérií kogentnosti, a lze tak pro srovnání vycházet i ze závěrů tamější právní vědy. Slovníková definice z pera G. Cornuho⁴⁷ říká, že veřejný pořádek je v obecném smyslu slova „*stav společnosti, ve kterém nejsou ohroženy mír, klid a veřejná bezpečnost.*“ V soukromém právu pak platí za „*kogentní normu (princip), od které se jednotlivci nemohou odchýlit smluvním ujednáním ani faktickým jednáním, a který – ať už v zákoně explicitně vyjádřen či ne – odpovídá soustavě klíčových společenských a politických norem, považovaných za nutné pro fungování veřejných služeb, udržení bezpečnosti a morálky.*“

⁴¹ VESELÝ, F.X., *Všeobecný slovník právní: Příruční sborník práva soukromého i veřejného zemí na radě říšské zastoupených se zvláštním zřetelem na nejnovější zákonodárství a poměry právní země koruny české*. Praha: F.X. Veselý, 1898, s.438

⁴² Srov. §68 odst. 2, písm. b) ObchZ

⁴³ Srov. §10 písm. a), b) zákona č. 128/2000 Sb. o obcích ve znění pozdějších předpisů

⁴⁴ Srov. např. Čl. 14, odst. 3, Čl. 16, odst. 4 či Čl. 19, odst. 2 Listiny

⁴⁵ HART, H.L.A., *Pojem práva*, Praha: Prostor, 2010, s.139

⁴⁶ Důvodová zpráva je dostupná na internetové adrese http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/2011/Vladni_navrh_obcanskeho_zakoniku_2011_DZ.pdf Dostupné k 1.4.2012

⁴⁷ CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Paris: PUF, 2007, s.644

9.3. Leges speciales ke generální klauzuli NOZ

Generální klauzuli obsaženou v § 1, odst. 2 NOZ použijeme jako vodítko k rozlišení kogentních norem nejen v NOZ, ale v soukromém právu obecně, nestanoví-li NOZ či jiný soukromoprávní předpis něco jiného. V samotném NOZ můžeme najít dvě velmi důležité normy, jež jsou ke generální klauzuli ve vztahu speciality:

1. Pro oblast absolutních majetkových práv (část třetí NOZ) stanovuje §978 zásadu kogentnosti právní úpravy, od ustanovení této části se lze odchýlit ujednáním s účinky vůči třetím osobám, jen připouští-li to zákon.
2. Pro oblast smluv uzavíraných se spotřebitelem platí, že k ujednáním odchylným se od ustanovení zákona stanovených k ochraně spotřebitele se nepřihlíží (§1812, odst. 2 NOZ).

Kogentní povaha věcných a dědických práv je v doktríně i judikatuře uznávána již dnes, důvodem omezení autonomie vůle stran je především fakt, že působí *erga omnes* a je tudíž potřeba chránit dobrou víru třetích osob. Zákonodárce se zjevně z důvodu větší ochrany právní jistoty rozhodl pro tyto práva stanovit striktně kogentní režim, ačkoliv by jejich *faktická* kogentnost vyplynula i z generální klauzule a rozporu s veřejným pořádkem. Ustanovení §1812, odst. 2 pak reaguje na evropský trend ochrany fakticky slabší smluvní strany – spotřebitele. Právní normy stanovené v jejich prospěch mají kogentní povahu, odchýlné ujednání bude právně nicotné.

10. Závěr

Ačkoliv všechny tři analyzované kodexy soukromého práva vycházejí ze zásady dispozitivnosti soukromoprávní úpravy, ve způsobu jakým vymezují kogentnost jako výjimku z této zásady se snad nemohou více lišit. Zvláště dva velké legislativní počiny roku 1991, velká novela občanského zákoníku a nový zákoník obchodní, jako kdyby mluvily zcela jinou řečí. Paradoxně oba dva, přes diametrálně odlišná legislativní řešení, přinesly v jistém smyslu stejná zklamání. Právní jistota adresátů práva může být ohrožena jak rigidním a nefungujícím výčtem, tak abstraktní klauzulí, je-li rigidně a nefunkčně interpretována soudy. Legislativní techniku nového občanského zákoníku lze zatím hodnotit pouze v rovině normativní, na její

judikatorní reflexi a reálné sociální působení budeme čekat ještě mnoho let. Již teď však lze odhadnout, že před soudy bude stát nelehký úkol. Zvolená konstrukce „dvoustupňového“ limitu autonomie vůle sice velmi dobře odpovídá na otázku, která norma je *formálně* dispozitivní, hned poté ale vznáší otázku zcela novou. Korektivy dobrých mravů a veřejného pořádku, kterými nová právní úprava poměřuje konkrétní ujednání stran, se mohou v praxi ukázat stejně nevyzpytatelné jako *povaha* ustanovení zákoníku současného. Problém vazby zákazu konkrétního právního jednání a povahy obecné normy, od nichž se odchyluje, jsem v práci naznačil a navrhl jeho řešení novým pojmem *faktické* kogentnosti.

11. Zdroje

Odborná literatura:

- ALEXANDER, J.: Ke smluvní volnosti v otázce úroků z prodlení. *Právní rozhledy*. 2006. č. 2.
- BEJČEK, J.: „Povaha ustanovení“ o úrocích z prodlení. *Právní rozhledy*. 2006. č. 11.
- BERAN, K.: Kdy je norma kogentní a kdy dispozitivní? *Právní rozhledy*. 2011. roč. 17, č. 19.
- BOGUSZAK, J.; ČAPEK, J.; GERLOCH, A.: *Teorie práva*. Praha: ASPI Publishing, 2004.
- COASE, R. H.: The Problem of Social Cost. In *Journal of Law and Economics*, č. 3, 1960
- CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Paris: PUF, 2007
- ELIÁŠ, K.: K článku JUDr. Stanislava Křečka „Zamyšlení nad návrhem nového občanského zákoníku“. *Bulletin advokacie*. 2008, č. 9
- ELIÁŠ, K.; HAVEL, B.: *Osnova občanského zákoníku. Osnova zákona o obchodních korporacích*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009.
- HART, H.L.A., *Pojem práva*, Praha: Prostor, 2010
- HOLLÄNDER, P.: Dvojitá povaha dispozitivní právní normy. In *Veřejná správa a právo*. Pocta prof. JUDr. Dušanu Hendrychovi. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 1997.
- HURDÍK, J.; LAVICKÝ, P.: *Systém zásad soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2010.
- KNAPP, V.: O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronomním a autonomním). *Právník*. 1995, č. 1
- MELZER, F.: Kogentní a dispozitivní právní normy. In HAVEL Bohumil, PIHERA Vlastimil (eds). *Soukromé právo na cestě : eseje a jiné texty k jubileu Karla Eliáše*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010.
- Návrh obecné části občanského zákoníku. Justiční praxe. Příloha. L, 2002.
- PELIKÁNOVÁ, I.: *Komentář k obchodnímu zákoníku*. 3. díl. 2. vydání. Praha: Linde, 1998.
- ROUČEK, F.; SEDLÁČEK, J. et al. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému*. Praha : Linhart, 1935
- STORME, M. E.: Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules. In *European Contract Law, European Review of Private Law* 2-2007.

VESELÝ, F.X., *Všeobecný slovník právní: Příruční sborník práva soukromého i veřejného zemí na radě říšské zastoupených se zvláštním zřetelem na nejnovější zákonodárství a poměry právní zemí koruny české*. Praha: F.X. Veselý, 1898

Normativní právní akty:

Nařízení vlády č. 142/1994 Sb.

Zákon č.40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č.370/2000 Sb.

Zákon č.89/2012 Sb., občanský zákoník

Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku ČR, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb.

Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky

Judikatura:

Nález Pl.ÚS 83/06

Rozhodnutí NS sp.zn. 32 Odo 229/2004

Rozhodnutí NS sp.zn. 33 Odo 1117/2003

Rozhodnutí NSS sp.zn. 8 As 35/2005

Internetové zdroje:

<http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/navrh-zakona.html> Dostupné k 1.4.2012

<http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce->

[storage/files/2011/Vladni_navrh_obcanskeho_zakoniku_2011_DZ.pdf](http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/2011/Vladni_navrh_obcanskeho_zakoniku_2011_DZ.pdf) Dostupné k 1.4.2012