

Diferenciačné kritériá dispozitívnosti v českom civilistickom prostredí – časť I.

Marián Rozbora*

Za súčasného legislatívneho stavu civilistických odvetví nie je dostatočne určiteľná povaha jednotlivých právnych noriem, čo je dané mlhavosťou zákonného kritéria (in concreto „povaha věci“), a to ani z hľadiska právnej teórie, ani z hľadiska právnej praxe. Nakoľko sa jedná o dôležitú a aktuálnu tému, bude vhodné, pokiaľ sa pokúsime načrtnúť základné faktory determinujúce triedenie noriem na normy, od ktorých je možné sa dohodou účastníkov právneho vzťahu odchyliť, alebo od ktorých toto možné nie je.

Práca je rozdelená do trojdielneho seriálu. V rámci tunajšej prvej časti nemám v úmysli rozoberať samotný pojem dispozitívnosti, ale skorej uskutočniť pokus o teoretické zhrnutie a klasifikáciu diferenciačných kritérií ius cogens dovodzovaných českou civilistickou judikaturou a relevantnou odbornou literatúrou. Východiskom práce je teda súbor rozhodnutí českých súdov v oblasti civilistiky, najmä občianskeho práva hmotného, ktorý je integrálnou časťou civilistiky, a teda bude možné jeho uchopenie použiť mutatis mutandis i pre iné civilistické odvetvia.

V naväzujúcej druhej časti sa pokúsim naznačiť úvahy a postup pri posudzovaní konkrétnych inštitútov občianskeho práva, obsiahnutých v občianskom zákonníku. V poslednej tretej časti budú vyjadrené poznámky k zvláštnym predpisom súkromného práva, mezinárodné a evropské podnety pre prístup k diferenciačným kritériám a poznámka k súčasnému českému rekodifikačnému úsiliu.

1. Niekoľko poznámok k pojmu dispozitívnosti

V teórii nie je venované veľa priestoru otázke vymedzeniu týchto pojmov, a to aj napriek recepcii rímskeho práva v podmienkach českého práva, ktoré taktiež poznalo normy dispozitívne.¹ Predmetné pojmy sa stali notoriou nutne nevyžadujúcou hlbšie teoretické analýzy, pričom hovoríme o „kategorických - kogentných normách (ius cogens) nepripúšťajúcich odchylný

* Marián Rozbora, študent 5. ročníka Právnickej fakulty MU v Brně. Autor vyjadruje poďakovanie prof. JUDr. Janu Hurdíkovi, DrSc. za podnetné rady a pripomienky pri zpracovávaní tématu.

¹ Kincl, J., Urfus, V., Skřejpek, M.: Římské právo. 2. vyd., Praha: C.H. Beck, 1995, s. 89.

prejav vôle či chovania subjektov, subjektom podmienene, alebo nepodmienené stanovujú práva a povinnosti, a to bez ohľadu na ich vôľu.”² Resp. o „dispozitívnych normách (ius dispositivum) umožňujúcich účastníkom právneho vzťahu určitú voľnosť voľného prejavu a chovania, aby si svoje práva a povinnosti upravili sami, vyjadrili svoju vôľu, v podstate ide o dohodnuté pravidlo majúce prednosť pred presným ustanovením normy.”³

Určité svetlo do problematiky vnáša V. Knapp⁴, ktorý rozlišuje jednak v jednej rovine pojmy ius cogens (právo donucujúce) a ius dispositivum (právo podporné), na druhej strane pojmy právo heteronómne (štátnou mocou oktrojované) a právo autonómne (v medziach zákona vytvorené účastníkmi vzťahov).

* * *

Zreteľu hodná poznámka je skutočnosť nutnosti rozlišovania práva kogentného a dispozitívneho aj v rámci tzv. medzier práva. V skutočnosti (z pohľadu de lege lata) sa nejedná o medzery práva, ale o medzery právnej úpravy. Akákoľvek aplikácia práva musí nutne znamenať aplikáciu existujúcej normy (chovanie reprobované alebo aprobované – tertium non datur), inak by bolo narušené legitímne očakávanie a právna istota. Existencia normy teda vždy nie je obejktívno-zpoznateľne vyjadrená, avšak nutne má niektorú z dvoch protikladných pováh: dispozitívnosť - kogentnosť. Niekedy je mylne dovodzované (nakoľko „údajne“ ide o oblasť výslovne zákonom neregulovanú, a súčasne platí „Všet, čo není zakázáno, je dovoleno“) akoby na dispozitívnosť. Pravdou však je existencia „ius cogens“ v rámci medzier právnej úpravy, dosvedčená skutočnosťou postihnutelnosti jednaní obchádzajúceho zákon sankciou neplatnosti. Obchádzanie zákona totižto mimo iné zahŕňa prípad, kedy daná právna otázka nie je zákonom vôbec riešená (nie je teda možné naplniť hypotézu normy konkrétneho ustanovenia právneho predpisu), ale svojimi dôsledkami smeruje proti dispozícii konkrétnej kogentnej normy existujúceho ustanovenia. Pokiaľ subjekt vystupuje proti kogentným ustanoveniam (výslovnej úprave), tak koná contra legem. Pokiaľ však koná v medzerách právnej úpravy nemohli by sme jeho konanie klasifikovať inak ako dovolené, ledaže pripustíme existenciu kogentných noriem aj v priestore právnym predpisom neupraveným. Subjekt tak jedná proti účelu zákona (ktorý síce nie je lexikálne vyja-

drený), ktorý má normatívny charakter (inak by nemohol byť kritériom právneho hodnotenia spoločenských vzťahov).

* * *

Oproti občianskemu zákoníku, v zákoníku obchodnom v tretej časti (záväzkové vzťahy) je poskytnutý taxatívny výčet kogentných ustanovení (ust. § 263), ale takisto je predmetná otázka riešená v ust. § 660 odst. 4, resp. § 662 odst. 3. V ostatných častiach obch.z. je nutné riešiť otázku dispozitívnosti podľa kritérií ust. § 2 odst. 3 obč.z., nakoľko kodexy sú vo vzťahu špeciality, resp. subsidiarity (ako párovej charakteristiky). Taktiež akýkoľvek iný právny predpis, resp. normy právnych predpisov charakterizovaných vo vzťahu k obč.z. ako lex specialis, je nutné posudzovať v zmysle chápania dispozitívnosti v občianskom zákoníku. Tento názor je takisto uznávaný aj súdnou praxou.⁵ Tejto problematike a vôbec otázke dispozitívnosti významných (frekvenciou bežného používania) predpisov je venovaná samostatná časť.

Určitém protikladom subsidiarity je vzťah predpisov založený na delegácii a podobných odkazoch. Delegačná a blanketná norma v zmysle naväzujúcich úvah je kogentná, pokiaľ nie je zákonom výslovne uvedené inak. Potom je ale otázkou, či si môže delegovaná norma „zachovať“ svoju dispozitívnu povahu, pre prípad, že na ňu odkazuje norma kogentná. Pravdepodobne si svoju dispozitívnu povahu delegovaná norma so sebou „neprináša“, ale bude nutné ju pod novým zorným uhlom (zorným uhlom prostredia toho právneho inštitútu, kam sa delegovaná norma „preberá“ – deleguje) posúdiť autonómne. V tomto svetle azda nebude mať ani význam rozlišovania delegácie (popríklad blanketného odkazu) slovami „obdobne“ oproti „primerane“.

* * *

Od dispozitívnosti, tj. možnosť subjektu tvorby vlastného modelu chovania je nutné odlišiť možnosť subjektu chovať sa v medziach zákonom dovoleného, resp. nezakázaného, tzn. najmä uskutočniť zákonom prepokladaný právny úkon. V tomto prípade spočíva podstata vo výkone zákonom predpokladaného práva, nie však tvorba normy – tj. samotného pravidla chovania účastníkov vzťahu. Som si vedomý ťažko identifikovateľnej hranice medzi ius dispositivum – modifiká-

² Harvánek, J. a kol.: Teorie práva, Masarykova univerzita v Brně, Brno, 2004, s. 163;

³ Ibidem, s. 163;

⁴ Knapp, V.: O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronómním a autnomním) in Právník, 1995, č. 1, str. 1 a násl.

⁵ Rozsudok NS ČR sp. zn. 32 Odo 229/2004 zo dňa 15. 11. 2005: “Podle ustanovení § 2 odst. 3 občanského zákoníku, jež je obecným ustanovením pro oblast soukromoprávních vztahů (s výjimkou třetí části ObchZ), účastníci občanskoprávních vztahů 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.”

ciou dispozície normy, oproti *ius disponendi* – výkonom práva. Takisto priznávam malú významnosť rozlišovania tohto pre potreby praxe. No nemôžeme bez povšimnutia opustiť prípady z odbornej literatúry, ktorá tieto pojmy dôsledne nerozlišuje, a s ktorými sa preto naplno nestotožňujem.⁶ Podstatu tohto problému vystihol J. Bejček za demonštrácie na ust. § 444 obch.z.⁷ Oba javy totižto úzko súvisia s určením obsahu práv a povinností subjektov, kdežto *ius dispositivum* tým, že účastníci vytvoria vlastné pravidlo – tvoria nový model chovania – stanovujú nové práva a povinnosti; kdežto *ius disponendi stricto sensu* súvisí so slobodou konať právne úkony, ktorými vstupuje do právnych vzťahov, pochopiteľne obsahujúcich práva a povinnosti účastníkov.

Naopak úzke spätie slobody uskutočniť právny úkon so slobodou stanovenia obsahu právneho úkonu je zreteľná najmä pri pohľade na inomínatne zmluvy (ust. §§ 51, 491 obč.z., 269 odst. 2 obch.z., 18 zák. práce), a teda pri skúmaní nepomenovaných záväzkov pravdepodobne nebude vhodné tieto dve slobody odtrhnúť.

* * *

Predložený koncept dozaista svojou netradičnosťou vzbudzuje mnohé otázky a pozorný čitateľ naisto objaví trecie plochy spochybňujúce tieto úvahy. Zmyslom vymedzenia tohto pojmového aparátu nie je vytvárať „nové“ teórie, ale zamyslieť sa nad stavom právno-teoretickým a právno-pozitivistickým. Dualizmus (možno latentný, možno nie?) je možné charakterizovať napr.

⁶ Op. cit. sub 4, V. Knapp hovorí o dispozitívnosti civilného deliktneho práva, kedy „Zákon nenutí poškodeného a škúdce, aby chodili k soudu, nýbrž jim ponechá na vůli, aby se vyrovnali po dobrém.“ Tu s ohľadom na vyššie uvedené však neide o autonómne tvorenie normy - pravidla chovania sa účastníkov vzťahu. Podľa nášho názoru sa tu skôr jedná o možnosť uskutočniť úkon. Ide v podstate o „*ius disponendi*“, teda či svoje právo subjekt (účastník) vykoná - poškodený sa so škodcom dohodne, alebo podá žalobu atď.

Podobne ust. § 135b odst. 2 zakotvujúce normu umožňujúcu vlastníčkovi veci žiadať o jej vydanie a navrátenie do predošlého stavu, pre prípad neuzatvorenia dohody spadá skorej do kategórie slobody uskutočniť právny úkon. Porov. Gregušová, D., Dilak, A., Chlípala, M., Susko, B.: Právo Informačných a komunikačných technológií. STU v Bratislave, 2005, s. 16.

Taktiež zmlúvna dohoda o konkrétnej forme istoty v zmysle ust. § 555 obč.z. je vzhľadom na demonštratívny výčet (zejména) pravdepodobne prejav slobody uskutočniť právny úkon, než prejav vylúčenia a plikácie dispozície v danom ustanovení obsiahnutej normy. Porov. Škárová in Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák a kol. Občanský zákoník II. § 460-880. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2008, str. 1474. Demonštratívny výčet nie je možné automaticky subsumovať pod otázku dispozitívnosti. (K tomu napr. Knapp, V.: Teorie práva, Praha, C.H.Beck, 1995, s. 124.)

⁷ Bejček, J.: Nad přípustností smluvních odchylek od zákona, Právní praxe v podnikání, 1994, č. 9, s. 10.

ako „dispozitívnosť“ plynúcu zo samotnej povahy normy (splňa kritéria pre dispozitívnosť a je prípustné, aby si účastníci svojou dohodou upravili vzájomné práva a povinnosti); ďalej „dispozitívnosť“ plynúcu z naplnenia hypotézy normy, ktorá výslovne stanovuje možnosť odchylnej autonómnej úpravy; a konečne „dispozitívnosť“ plynúcu z faktu nemožnosti paralelného naplnenia hypotéz, kedy si samotný účastníci nevytvárajú vlastné autonómne pravidlo, ale len konkretizujú abstraktné pravidlo existentné v presne vymedzených zákonných konjunktiách, pričom aplikácia tohoto vylučuje iné (spísaním závetu nevytvárame nové pravidlo, len využívame pravidlo už existujúce). Potom ale v skutočnosti pravdepodobne nejde na mieste posledne uvedenom o „dispozitívnosť“, nakoľko si účastníci nevytvárajú autonómne - vlastné pravidlo, ale uplatňujú zákonné pravidlo, ktoré súčasne vylučuje aplikáciu iného zákonného pravidla. V takomto prípade sa asi nejedná o dispozitívnosť v doterajšom chápaní, ale skorej o prejav autonómie vôle spočívajúci vo stanovení obsahu právneho vzťahu, ale prostredníctvom slobody uskutočnenia právneho úkonu! Inak by neostávalo nič iné, ako charakterizovať napr. uzatvorenie nájomnej zmluvy ako uplatnenie „dispozitívnosti“ ustanovenia § 123 obč.z., nakoľko tým nie je nič iné ako stanovenie obsahu odlišne od zákonej normy (ale na druhej strane v súlade s inou), čo v súlade s cit. názorom V. Knappa svedčí o dispozitívnosti. Ten pravdepodobne chápal dispozitívnosť širšie – nielen ako možnosť tvorby vlastného pravidla, ale ako aj možnosť „vylúčenia“ zákonného pravidla, a to bez ohľadu na základe čoho sa tak deje, resp. „dsipozitívnosť“ (pravdepodobne) chápal ako autonómne stanovenie obsahu právneho vzťahu nielen modifikáciou dispozície normy, ale aj naplnením hypotézy. Azda je možné toto charakterizovať ako autonómne, cielené (v zmysle zámerne k takému dôsledku určené) vylúčenie dispozície zákonného ustanovenia. Ostatne asi práve preto vo svojich prácach hovorí na rozdiel od iných autorov o možnosti odlišného stanovenia „skutkovej podstaty“. V náväznosti na toto je však veľmi obtiažne stanoviť, od ktorej zákonnej skutkovej podstaty sa vlastne odchyľujeme, pokiaľ sú obe stanovené zákonom, a najmä ak práve v civilnej oblasti sa uplatňuje autonómia vôle tak široko, že reálne „dispozitívna norma“ vylučuje inú „dispozitívnu normu“.

Ostatne komplikovanosť predloženej otázky a jej pojmové vymedzenie nie je týmto vôbec vyčerpaná. Otázne napr. zostáva či je dispozitívnosť možné chápať aj ako stanovenie podmienky (hypotézy) po splnení ktorej nastane dispozícia – pravidlo – hoci aj zákonné, alebo výlučne len ako tvorbu samotného pravidla-dispozície. Toto je možné demonštrovať napr. na ustanovení § 344 Obch. zákoníku. V zmysle ustanovenia § 263 odst. 1 Obch. zákoníku je bez akýchkoľvek pochybností možné hovoriť o kogentnosti, na druhej strane výslovne znenie ust. § 344 Obch. zákoníka evidentne ponecháva značný priestor autonómii vôle účast-

nikov právneho vzťahu (...v prípadoch, ktoré stanoví smlouva), pričom je ale zrejme, že ak by si účastníci zmluvne nestanovili prípady (okolnosti, podmienky – súhrne hypotézu) kedy sa uplatní práve toto zákonné pravidlo vyjadrené v ust. § 344 a násl., tak by sa na tieto zmluvne stanovené prípady vzťahovalo pravidlo iné, možno aj iné zákonné, ktorého použitie je uplatnením autonómneho priestoru výslovne priznaného vylúčené.

* * *

Pojem dispozitívnosti je teda teóriou používaný ako notorieta, žiaľ jeho vymedzenie nezodpovedá všetky vyvstávajúce otázky. Plne si uvedomujem nedostatky v pojmovom vymedzení (ktoré sa prima facie javí podľa súčasného stavu teórie za uspokojivé) v uvedených prístupoch, a nakoľko ťažisko práce je orientované skôr na problematiku stanovenia najčastejších kritérií diferencujúcich medzi normami, od ktorých použitie sa je možné dohodou účastníkov vzťahu odchyliť - alebo nie, je len na voľbe čitateľa, ktoré z uvedeného považuje za prijateľnejšie.

Každopádne – rekapitulované – z rýdzo teoretického hľadiska sú znakmi fenoménu dispozitívnosti tvorba pravidla, a to záväzného, primárne použiteľného, resp. aplikovateľného. Tvorbu pravidla je pochopiteľne aj derogácia niektorých inštitútov bez náhrady. Potom možno hovoriť o tvorbe vlastného - autonómneho pravidla s výslovnou (explicitnou) derogáciou, alebo tacitnou (resp. implicitnou). Pravdepodobne nebude možná konkludentná tvorba pravidla chovania v zmysle tvorby pravidla samotným faktickým výkonom práva (z určitého pohľadu sa týmto dostávame až k inštitútu praxe zavedenej medzi stranami), ale toto pravidlo musí byť formulované a priori.

2. Diferenciačné kritériá *ius cogens* a *ius dispositivum*

Ústavnoprávny základ *ius dispositivum* je daný čl. 2 odst. 4 Ústavy ČR a čl. 2 odst. 3 Listiny základných práv a slobôd v spojení s čl. 3 Ústavy ČR.⁸ V rovine

⁸ Samozrejme princípy základných práv a slobôd sa v zmysle ust. čl. 87 odst. 1 písm. d) Ústavy ČR uplatňujú vo vertikálnej rovine; no teóriou i samotným Ústavným súdom ČR je pripúšťané „prozaňovanie“ do oblastí súkromného práva. Teda ako prostriedok k výkladu generálnych klauzúl súkromného práva (k tomu Filip, J.: Vybrané kapitoly ke štúdiu ústavného práva. 2. vyd., Brno: Masarykova univerzita, 2001, s. 69);

„Orgány štátni moci jsou proto při aplikaci jednoduchého práva současně povinny normy tohoto práva, v nichž se odráží čl. 2 odst. 3 Listiny a čl. 2 odst. 4 Ústavy ČR jako objektivní ústavní princip, interpretovat rovněž tak, aby nezasáhly do subjektivního práva jednotlivce na autonomii vůle, jež garan-

občianskeho práva hmotného potom § 2 odst. 3 obč. zákoníka stanovuje možnosť účastníkov právneho vzťahu dohodou si vzájomné práva a povinnosti upraviť odchylné od zákona, pokiaľ to zákon výslovne nezakazuje a pokiaľ z povahy ustanovenia zákona nepvyplýva, že sa od neho nemožno odchyliť.

Prvý limit plynie už zo samotného ustanovenia, a je ním výslovný zákonný zákaz. Ostatné je treba dovodiť zo všeobecného, abstraktného (nie však neurčitého) pojmu povahy veci, a to na základe teoretických úvah a poznatkov, materiálnych prameňov práva a pochopiteľne funkcionálnych prameňov práva - typicky judikatury a i.⁹

Diferenciačné kritériá sú vyjadrené najmä nasledujúcimi kategóriami:

1) **výslovný zákonný zákaz:** kategória výslovne uvádzaná v ust. 2 odst. 3 o.z., a práve preto si zaslúži uviesť na prvom mieste. Súčasne je uvádzaný výslovne naproti zbernej kategórii (povaha veci) označený ako jediný, a taktiež ako prvý. Z tohto plynie akákoľvek nerozporovateľnosť tohto kritéria a bezvýhradná platnosť. Samotný občiansky zákoník obsahuje veľmi malé množstvo zákazov *expresiss verbis*. Napr. ust. § 433 odst. 3 zakazuje oprostene sa odpovednosti za škodu spôsobenú na vnesených alebo odložených veciach podľa § 433 odst. 1a 2, a teda ust. § 433 odst. 1, 2 a 3 sú v tomto smere *ius cogens*.

Pravdepodobne by bolo možné za výslovný zákaz považovať aj ust. § 263 odst. 1 obč.z., hoci sa to takto na prvý pohľad z gramatického hľadiska nejaví.

2) výslovný zákonný príkaz - **kategorický príkaz:** na základe gramatickej interpretácie zákonného ustanovenia obsahujúceho bezpodmienečný, kategorický príkaz klasifikujeme normu ako *ius cogens*. Nie je však možné toto kritérium ztotožňovať s klasifikáciou noriem na prikazujúce, zakazujúce a dovoľujúce, ktoré všetky hypoteticky môžu byť normami *ius dispositivum*. Jedná sa typicky o slovné obraty „musí, nesmí, vyžaduje“ a pod.¹⁰

Význam tohto kritéria však v žiadnom prípade nemôžeme precenovať, nakoľko legislatívna technika zvolená zákonodarcom nutne vždy nevyjadruje jeho pravý úmysel - „ducha zákona“, či účel normy. Ko-

tuje také čl. 2 odst. 3 Listiny ve své druhé dimenzi.“ (I. ÚS 43/04 apod).

⁹ S celkom odlišnou klasifikáciou „kategórií obmedzujúcich nástrojov slobody stanovit' obsah zmlúvneho vzťahu“ je možné sa stretnúť v rámci diskusií o evropskom zmluvnom práve. Matthias E. Storme: Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law in European legal harmony: goals and milestones, 10th anniversary Juridica international, Tartu, 2005. Nakoľko však tam uvedené delenie je východiskom k celkom odlišným potrebám, je pre naše potreby nepoužiteľná.

¹⁰ K tomu napr. Alexander, J.: Ke smluvní volnosti v otázce úroků z prodlení. Právní rozhledy, 2006, č. 2, s. 69 a násl.

nečne, ak by sme vystačili s gramatickými kritériami a gramatickým výkladom, nebolo by potrebné používať výklady iné, napr. teleologické. Ostatne neúplnosť gramatického kritéria, nutného doplniť ďalším, vyjadril aj samotný Ústavný súd v náleze sp.zn. II. ÚS 87/04 zo dňa 11. 5. 2005: „Záver, že určitý právny úkon je neplatný pro rozpor se zákonem nebo proto, že zákon obchází, se musí opírat o rozumný výklad dotčeného zákonného ustanovení. Nelze vystačit pouze s gramatickým výkladem. Významnou roli zde hraje především výklad teleologický. Je proto nutné se vždy ptát po účelu zákonného příkazu či zákazu. ... V soukromoprávní sféře platí zásada, že co není zakázáno, je dovoleno. Proto každý zákonný zásah do této sféry je třeba vnímat jako omezení lidské svobody a proto je nutno vykládat ustanovení o neplatnosti právních úkonů pro rozpor se zákonem restriktivně a nikoli extenzivně. Opačný výklad by byl v rozporu s čl. 4 odst. 4 Listiny, podle kterého při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod (v tomto případě smluvní volnosti stran) musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu a taková omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena.“

Do tejto skupiny zaraďujem aj tzv. delegačné a blanketné normy (napr. § 27/1, 517/2¹¹), ktoré bezpodmienečne prikazujú použitie inej normy, nakoľko cielene budujú systém práva, pregnatnejšie: azda štruktúru zákona, ktorá by ich prípadnou dispozitívnosťou bola očividne narušená. Tým však automaticky nevylučujem možnú povahu delegovanej normy ako *ius dispositivum*. Pravdepodobne by bolo možné do tejto kategórie zaradiť aj využitie legislatívnych techník, akými sú taxatívne výčty, právne domnienky a fikcie. Z ich gramatického výkladu nutne nemusi vyplývať zákonodarcov príkaz, no vymedziť presný okruh právnych otázok, alebo postaviť naisto právne relevantné otázky, a týmto budovať právnu istotu subjektov práva; a práve gramaticky-dovoditeľný, kategorický zákonný imperatív je vhodným nástrojom budovania právnej istoty (napr. ochrany dobrej viery).

3) **sankcia neplatnosti**: je pochopiteľné, pokiaľ zákonodárca sankcionuje určitý právny úkon neplatnosťou, považuje určitý zájem chránený takouto sankčnou normou za zjavne dôležitý, a pokiaľ si má právo - zákon zachovať svoju preventívnu a represívnu funkciu, potom by strácalo zmysel dať účastníkom právneho vzťahu na uváženie viazanosť právnu normou. Toto by

¹¹ Podobný názor zaujal Nejvyšší soud v rozsudku ze dne 17.3.2005 sp. zn.: 33Odo 1117/2003: „...nenechává gramatický výklad tohoto ustanovení prostor pro úvahy, zda lze výši úroku z prodlení či poplatku z prodlení stanovit jinak, tedy ani dohodou účastníků.“ Gramatickou interpretáciu NS ČR doplnil v tomto prípade aj o systematickú (tak trochu násilnú) interpretáciu. K samotnej povahe normy stanovujúcej výšku úrokov z oneskrenia (prodlení) zaujímam stanovisko v naväzujúcej časti (in concreto 3.15).

nebolo koncepčné, zákon by strácal logiku, nakoľko by ipso iure nebol chránený spoločenský zájem a právo by sa stalo značne obmedzeným, neefektívnym, nevynúiteľným a azda aj zbytočným normatívnym systémom. Sankciu neplatnosti považuje za indikátor kogentnosti napr. aj nemecká právna teória (napr. ust. § 134 a 138 BGB).

Tento záver sa podľa môjho názoru plne uplatní v prípade absolútnej i relatívnej neplatnosti. V prvom prípade je zrejme vylúčenie možnosti účastníka právneho vzťahu vytvoriť si vlastný model žiadaného chovania, čo vyplýva napr. i z práva a povinnosti súdu *ex offio* absolútnu neplatnosť prehlásiť. V prípade relatívnej neplatnosti je síce pravdou, že vyslovenie súdu je viazané *conditio sine qua non* na návrh dotknutého subjektu, ale tento návrh nie je tvorbou normy - modelu chovania, ale samotným výkonom práva, ktorý je už určitou normou prepokladaný, ide teda o *ius disponendi*.

Sankciu neplatnosti ako indikátor *ius cogens* chápe aj Ústavný súd vo svojom náleze II. ÚS 236/97 zo dňa 4.11.1998. Dôležitá je nielen nemožnosť vylúčenia týchto ustanovení, ale aj nemožnosť dohodnúť ďalšie takéto (k tomu rozh. sp.zn. 33 Ca 24/95).

4) normy vyžadujúce **písomnú formu** právneho úkonu: občiansky zákoník stojí na zásade bezformálnosti právnych úkonov, čo je logicky dovoditeľné z potreby dynamickej zmeny hodnôt pre efektívne uspokojovanie jednotlivých záujmov. Napriek tomu je výslovne zákonom v nutných prípadoch vyžadované uskutočniť právny úkon v písomnej forme, a toto nedodržanie je zákonom sankciované neplatnosťou. Odôvodnenie je pomerne zjavné, a síce požadavok právnej istoty a preukázateľnosti existencie právneho úkonu. Pokiaľ zákonodárca v tomto duchu špecifikuje konkrétne situácie vyžadujúce písomnú formu (často navyiac využitím kategorických príkazov typu „musí“, „vyžaduje“ apod.), má evidentne záujem na bezvýhradnom dodržaní predpísanej formy. Z tohto je dovoditeľný parciálny záver o prednosti uplatnenia zásady právnej istoty pred zásadou dispozitívnosti. Podobne je možné rozumne očakávať, že zásah do niektorých zo zásad občianskeho práva bude stanovení prostredníctvom noriem kogentných, pretože ide predsa len o niečo netypické – nadštandardné. Jedná sa typicky o zásadu dobrej viery, ktorej zákonné užitie je v hojnej miere teóriou považované za kogentné. Tento myšlienkový prúd je v súčasnej dobe zjavný najmä v rámci kodifikačných úsílí európskeho zmluvného práva. Napr. v „Lando-vých“ princípoch ESP je výslovne zakotvená kogentnosť ustanovení o povinnosti každej strany zmluvy konať v súlade so zásadou dobrej viery a poctivého styku (čl. 1:201)¹² V českom právnom poriadku je sa

¹² Lando O., Beale H. (eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II.*, Kluwer Law International, 2000.

s kogentnou ochranou dobrej viery možné stretnúť napr. v ust. § 446 obch.z. (arg. § 263 obch.z.)¹³ Podobne na kogentnom charaktere zásady dobrej viery stojí aj nemecká civilistická teória.¹⁴

5) **viazanosť pojmovými znakmi právneho inštitútu**: pričom pojmový znak je práve podstatnou a nevyhnutnou štruktúrnou súčasťou inštitútu. Účastník právneho vzťahu je viazaný v tom zmysle, že zavádzaním nových inštitútov, alebo uplatnením zákonom predvídaných za súčasného sa odchýlenia od pojmového znaku nesmie narušiť podstatu právneho vzťahu. In concreto „vecné právo“ je „právom k veci“, teda účastník nemôže vzťahnúť typicky vecnoprávne účinky na iné predmety občianskoprávneho vzťahu, poprípade nutné (typické a smerodajné) vecnoprávne účinky vylúčiť.

V rovine záväzkového práva ex contractu hovoríme predovšetkým o tzv. essentialia negotii právneho úkonu, ktoré nesmú byť z ustanovení zákona dohodou vylúčené v smere odstránenia essentialia negotii de facto, alebo dohodou stanovené modely chovania definujúce de facto iný zmlúvny typ. V takomto prípade by sa vlastne jednalo o obchádzanie zákona (§ 39 OZ), v lepšom prípade konverziu právneho úkonu (§ 41a, popr. § 41 OZ).

Nejedná sa výlučne len o essentialia negotii, ale aj iné. Eliáš¹⁵ napríklad uvádza pojmový znak tichého spoločenstva právo tichého spoločníka nahliadnúť do dokladov týkajúcich sa podnikania, na ktorom sa účastní. Z tohto dôvodu sa javí dispozitívnosť ust. § 675 obch.z. (arg. § 263 obch.z. a contrario) problematická.

Som si vedomí širokého záberu tohto kritéria, a to najmä u inominálnych zmlúv, a preto v snahe o materiálne dodržanie zásady autonómie vôle som názoru skôr o jej reštriktívne použitie.¹⁶

¹³ V tomto prípade navyše dochádza k prelomení ďalšej zásady, a síce „Nemo ad alien plus iuris transfere potest quam ipsa habet“. Ďalej je nutné uviesť aj vecno-právnu povahu ako správne zdôrazňuje Melzer, F.: Volba obchodného zákoníku a nabytí vlastníckeho práva od neoprávneného. Právni rozhledy, 2006, č. 7, s. 261-264.

¹⁴ „Ku kogentným pravidlám patrí taktiež celé záväzkové právo ovládajúca zásada ust. § 242 BGB.“ Larenz, K.: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen rechts, 7., neuarbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 1989, s. 428.

¹⁵ Eliáš, K. in Bejček, Eliáš, Raban: Kurs obchodného práva. Obchodní závazky, 4. vyd., Praha: C.H.Beck, 2007, s. 14; rovnako Bejček, J.: Nad přípustností smluvních odchylek od zákona, právní praxe v podnikání, 1994, č. 9, s. 10 a násl.;

¹⁶ Krásnym príkladom je zjednávanie nájomných a kúpnopredajných zmlúv so symbolickým plnením - typicky 1 koruna, ktorým sa vlastne účastníci vymaňujú z režimu pôžičok a darovacích zmlúv. Bejček k ekvivalenci protiplnení uvádza: „Rovněž naše právo zásadně preferuje subjektivní ekvivalenci (s pojistkou dobrých mravů a ev. zásad poctivého obchodního styku). (Bejček, J.: Existuje smluvní svoboda, Právni rozhledy, 1998, č. 12, s. 1017).

6) **systémové požiadavky**: chápem ako povahu veci v užšom zmysle. Mám tým na mysli „charakter práva“, a potom rozlišujem medzi základnými systémovými jednotkami občianskeho práva, resp. občianskeho zákoníka. Povaha veci je evidentná pre oblasť vecných práv, ktorá pôsobí svojou podstatou erga omnes, a teda zasahuje do práv tretích osôb. Nie je tak dobre možná tvorba odchýlného modelu chovania, pričom ius dispositivum sa uplatní len v prípade výslovného zákonného dovolenia (hoci aj mlčaním zákona, nie však obchádzaním). Naopak v prípade zmlúvneho záväzkového práva pôsobiaceho inter partes odpovedá rozumnému usporiadaniu vzťahov umožniť účastníkom ius dispositivum v podstatne širšom zábere.

„Jiné formy regulace budou nepochybně vyžadovat vztahy vlastnické, charakteristické tendencí po určité stabilitě dosaženého stavu, naopak při právní regulaci vztahů společenské směny bude třeba respektovat požadavek pružnosti a dynamiky realizace individuálních ekonomických zájmů subjektů.“¹⁷ „Věcná práva vyjadřují jakousi „statickou“ stránku občianskoprávních vztahů a tendence v nich obsažená je tendencí zachovávat ekonomicko-právní status quo.“¹⁸

Z hľadiska štruktúry občianskeho zákoníka ako normatívneho právneho aktu bude žiaduce považovať všeobecné ustanovenia považovať za ius cogens, nakoľko sa nimi stanovuje napr. stavba civilistiky ako celku, stanovujú sa základné fundamentálne a nosné princípy, stanovujú sa otázky statusu subjektivity osôb - teda vôbec právnej existencie individua.

V prípade ustanovení o deliktach a kvazideliktach sa subjekt stáva účastníkom právneho vzťahu proti svojej vôli, pričom teda v podstate nemá zmysel uvažovať o dispozitívnosti predmetných noriem, a pravdepodobne aj tieto normy sú ladené skôr kogentne. Otázka dispozitívnosti spočívajúcej v možnosti zmluvnej limitácii náhrady škody je skorej otázkou obchodnoprávna a s ohľadom na iné dimenzie sa ňou nebudem ďalej zaoberať.

Pre oblasť noriem právneho nástupníctva bude takisto charakteristické využitie ius cogens, nakoľko právne nástupníctvo je prechodom práv a povinností ex lege v prípade naplnenia objektívnej poprípade subjektívnej právnej skutočnosti. Z toho logicky vyplýva snaha zákonodárcu za naplnenia hypotézy normy jednoznačne stanoviť spoločenské pomery. Konečne s ohľadom na charakter ustanovení zákona tohto inštitútu - ako jednostranného, adresovaného právneho úkonu mortis causa - je „dohoda účastníkov“ (§ 2 odst. 3 O.Z.) prakticky vylúčená. Iná situácia nastáva v prípade právneho nástupníctva založeného subjektívnou práv-

¹⁷ Hurdík, J. in Fiala, J. a kol.: Občianske právo hmotné, 3. vyd., Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2002, s. 192;

¹⁸ Ibidem, s. 194;

nou skutočnosťou. Tu bude odpovedať rozumnému usporiadaniu vzťahov určitá dávka *ius dispositivum*, keďže ide o právny úkon *inter partes*. Na druhej strane je evidentná vôľa zákonodarcu aj túto otázku právne riešiť jednoznačne použitím veľkého množstva *ius cogens* (§ 476 a násl. v spojení s § 263 obch.z.).

S ohľadom na charakter záverečných a prechodných ustanovení je nutné aj tieto považovať za *ius cogens*, a jedine v prípade výslovného dovolenia za *ius dispositivum*.

Značne o dispozitívnosti noriem zreteľne vypovedá ich zaradenie do subsystemu právneho odvetvia, alebo štruktúry normatívneho právneho aktu, a komparácia týchto subsystemov. To platí rozhodne aj pre iné civilistické odvetvia, napr. právo obchodné.

7) **systematické požiadavky**: založené na komparácii právnych otázok - inštitútov s ohľadom na ich zaradenie do subsystemu právneho odvetvia alebo štruktúry zákona (intraodvetvovej). Ďalej na komparácii interodvetvovej, komparácii z hľadiska historického (predstavujúcej fylogénu právneho inštitútu), a konečne z hľadiska geograficko-právneho. Tento požiadavok je úzko spätý s predchádzajúcim, obstoí však sám, tak ho uvádzam samostatne.¹⁹

Prejavuje sa najmä v súvislosti s vyplňovaním medzier zákonnej úpravy. Napr. v úprave verejnej obchodnej spoločnosti v obchodnom zákoníku sa výslovné neupravuje prevoditeľnosť obchodného podielu. V literatúre sa objavujú názory odôvodňované čl. 2 Ústavy ČR prezentujúce realizáciu autonómie vôle²⁰. Som však názoru opačného, nakoľko zákonodarca toto neupravil u tohto typu obchodnej spoločnosti, ale u iného áno, z čoho logicky v spojení s argumentom zaradenia v.o.s. do kategórie spoločnosti osobných (požadavok systémovosti), vyplýva nutnosť priestor pre autonómiu vôle odmietnuť. Z tohto plynie, že aj medzera právnej úpravy má svoje *ius cogens*.

8) **sociálne právo**: V občianskom práve bývajú za hlavné zásady považované zásada autonómie vôle, alebo zásada rovnosti účastníkov vzťahov²¹. Je zrejme,

že ku skutočne rovnému (chápané predovšetkým rovnosťou ekonomického potenciálu pri realizácii vôle účastníka vzťahu) postaveniu nedochádza vždy. V odbornej literatúre sa dokonca z tohto hľadiska hovorí o trializmu práva, kde spolu s verejným a súkromným koexistuje tzv. právo sociálne (Pawlovski). „Pod týmto právom rozumi ... tu oblasť súkromného práva, ktorá není ovládaná v plném rozsahu principem autonomie soukromé vůle, nýbrž svobodné rozhodování subjektu je v ní potlačeno a determinováno vnější donucující mocí.“²² Naproti tomu teda stojí snaha zákonodarcu ekonomickú nerovnosť účastníkov premietajúcu sa do nerovnosti vôle v značnej miere kompenzovať. Je potom pochopiteľné, že práve v tejto oblasti je možné očakávať zvýšenie počtu noriem povahy *ius cogens*, a to z dôvodu ochrany slabšieho účastníka, hoci sa stále jedná o oblasť súkromnoprávnu. In concreto oblasť ustanovenia na ochranu spotrebiteľov, chránený nájom bytu, spoločný nájom bytu, neopomenuteľní dedičovia, ale aj v iných súkromnoprávných odvetviach minoritní akcionári²³, zamestnanci, nezletilý, nesvojprávny, pacient, klient, pôvodca výtvoru. Značné zúženie priestoru uplatnenia *ius dispositivum* v oblastiach sociálneho práva je pochopiteľný zo zvýšeného záujmu ochrany týchto vzťahov, pričom záujem zvýšenej ochrany je bezesporu dovoditeľný aj z iných právnych odvetví. Pokiaľ nachádzame v trestnom práve ochranu spotrebiteľa pred neprimeraným pôsobením poskytovateľa (profesionála - podnikateľa), je to zjavný zámer zákonodarcu vyrovnat' metajuristické nerovnosti (najmä ekonomické, ale podobne akúkoľvek nerovnosť danú vzťahom závislosti – zneužitie závislého postavenia inej osoby je priťažujúca okolnosť pre páchatel'a), kompenzovať „zvýhodnením“ slabšej strany zabezpečením určitého okruhu subjektívnych práv, ktoré pochopiteľne nemôže silnejšia strana jednostranným vtlačením zmluvných (apod.) podmienok derogovať, lebo inak by táto zákonodarcom zamýšľaná kompenzácia nemala zmysel. V tradičnom duchu európskeho ochranárskeho štandardu slabšej strany sa k tejto problematike stavia podobne aj Európsky súdny dvor (Súdny dvor Európskych spo-

¹⁹ Ostatne Ústavný súd ČR vo svojej praxi toto kritérium umiestňuje spolu s kritériom pojmových znakov a z čiasti i systémovým. K tomu náleží II. ÚS 236/97 zo 4.11.1998: „Na povahu ustanovení (kogentnost-dispozitivnost) je třeba usuzovat s ohledem na související ustanovení právního předpisu, popř. právního řádu, pokud není v takovém ustanovení zákaz vyjádřen výslovně ve spojení se sankcí neplatnosti (lex perfecta) nebo není v právním předpise obsažen výčet kogentních ustanovení.“

²⁰ Eliáš, K. Kurs obchodního práva. Právnícké osoby jako podnikatelé. 2 vyd. Praha: C.H.Beck, 1998, s. 64

²¹ K tomuto Důvodová zpráva k návrhu nového občanského zákoníku, ktorej autor sa výslovné týmto zaoberá, pričom dáva zreteľne najavo uprednostnenie zásady autonómie vôle.

²² Hurdík, J. in Úvod do soukromého práva, 3. vyd., Masarykova univerzita, Brno 2006, str. 17

²³ Aj túto skupinu subjektov (byť sa jedná o subjekty obchodného práva, v ktorom sa uplatňuje zásada profesionality apod.) je nutné vzhľadom na ich ekonomicky nerovné postavenie považovať za subjekty hodné ochrany prostredníctvom kogentných noriem. V tejto súvislosti uvádza Pelikánová k návrhu nového občianskeho zákoníku „Také vymezení principu dispozitivnosti ... se nezdá být vyhovující, jestliže připouští kogentnost ve vazbě na povahu ustanovení jenom s ohledem na veřejný pořádek. ... Otázka pojmu veřejný pořádek u nás není zdaleka jasná ... Ochrana menšinového akcionáře však nemohu považovat za ochranu veřejného pořádku.“ Pelikánová, I.: Kodifikace českého soukromého práva, zejména ve vztahu k úpravě obchodních vztahů in Bulletin advokacie, č. 3, ročník 2003, strana 50.

čestiev).²⁴ Dokonalým zdrojom nám môže byť najmä nemecká odborná literatúra stanoviaci: „Predpisy na ochranu nájemníkov a ich rodinných príslušníkov nemôžu byť prostredníctvom nájomnej zmluvy, alebo iného ujednaní zmenené v neprospech. Potiaľto sú kogentnými.“²⁵

* * *

V súvislosti s diferenciáciou *ius cogens* a *ius dispositivum* je potrebné upozorniť aj na špecifickú vlastnosť niektorých noriem – *jednosmernú dispozitívnosť*, resp. jednosmernú kogentnosť. Klasicky ide o situáciu, kedy zákonodarca v ustanovení zákona výslovne zmocňuje účastníkov vzťahu ku kvantitatívnej alebo kvalitatívnej zmene – tvorbe vlastného pravidla. Zákonodarca tým presne vymedzuje priestor *ius dispositivum*. Potom z tohto plynie logickým argumentom a *contrario*, že priestor práve opačne k priestoru *ius dispositivum*, musí byť *ius cogens*.²⁶ Zo slušnosti sa patrí pripomenúť prepracovanú nemeckú teóriu „Halbzwengende recht“, ktorá však pre potreby tohto príspevku nemá až taký zásadný význam, a preto nebudem čitateľa zbytočne unavovať.

* * *

V odbronej literatúre je možné sa stretnúť i s názorom o tzv. sprostredkovanvej kogentnosti noriem²⁷, demonštrovaného na dispozitívnom ustanovení § 554 odst. 5 obch.z., ktorý odkazuje mj. na kogentné ustanovenie § 444 obch.z. Podľa môjho názoru však logickým argumentom a *fortiori* – a *maior ad minus*, pokiaľ je možné dohodou účastníkov vylúčiť pôsobenie dispozitívneho ustanovenia v celom jeho rozsahu – a tým sa vymaniť z pôsobenia odkazovanej normy, odpovedá rozumnému usporiadaniu vzťahov vylúčenie tejto normy (*ius cogens*) v čiastočnom rozsahu. Výsledkom je teda naopak *sprostredkovaná dispozitívnosť* noriem. Samozrejme, tento názor značne nabúrava koncepcnosť zákona, príčinou však je nie veľmi šťastná legislatívna technika. V záujme prevencie takýchto negatívnych pôsobení by bola systematizácia odkazov noriem dispozitívnych výlučne na normy dispozitívne. Najvhodnejšie sa však javí stanoviť kogentný odkaz na predmetné

kogentné ustanovenia, nakoľko tie svojou povahou kogentnosť nekompromisne vyžadujú.

* * *

Od problematiky diferenciácie *ius cogens* a *ius dispositivum* je nutné odlišiť problematiku *konfliktu potenciálnej dispozitívnosti noriem*, kedy primárna dispozitívna norma je materiálne obmedzená koexistenčnými kogentnými normami, ktoré môžu byť jednak v súkromnoprávných oblastiach a jednak vo verejnoprávných. Táto primárna norma zostáva i naďalej formálne normou *ius dispositivum*, takže k obmedzeniu autonómie vôle účastníkov dochádza len v materiálnej rovine. Odchýlenie sa od primárnej normy je plne v súlade s právom, samotný rozpor so zákonným ustanovením je daný až v posudzovaní otázky súladnosti dohody účastníkov so sekundárnou - kogentnou normou.

To je badateľné napr. v súvislosti s uzatváraním obchodnoprávnej zmlúvy ak by v zmysle *ius dispositivum* § 379 obch.z. strany škodu predstavuje len jedna zo zložiek (skutočná škoda alebo ušlý zisk), totižto potom by sa nutne uplatnilo *ius cogens* § 386 odst. 1 obch.z. zakazujúci vzdať sa nároku na náhradu škody už pred samotným porušením povinnosti vedúcej ku vzniku škody.

Ostatne je známa široká dispozitívnosť ustanovení stanoviacich príslušenstvo plnenia v obchodnoprávných vzťahoch, ktorá však v konkrétnych prípadoch môže vyústiť v rozpor s dobrými mravmi, alebo dokonca verejnoprávnou normou - trestný čin úžerníctva (lichvy), čo pochopiteľne obmedzuje *ius dispositivum*.

Z uvedeného je zrejmé, že sa jedná o obmedzenie *ius dispositivum* len v konkrétnych prípadoch, čo teda nemá dôsledok na zmenu povahy samotnej primárnej dispozitívnej normy, ktorá formálne je *ius dispositivum* stále. Konečne legislatívna zmena sekundárnej kogentnej normy, by len znamenala naplnenie formy matérieu.

Summary

The work is divided into three parts. This 1st part is the attempt to find distinctive criteria of mandatory and non-mandatory rules. Author deals especially with civil (property and contracts) law, but not only. Criteria are usable also e. g. in commercial law or labour law. In the first chapter, however article doesn't describe itself non-mandatory rule, it was necessary to make some marks about this.

A ground of work is in the second chapter, which is called distinctive criteria between *ius cogens* and *ius dispositivum*. Author takes judicature of Czech's courts and relevant literature into accounts. Starting point for determination individual criteria is explanation of le-

²⁴ Týč, V: Základy práva EU pro ekonomy, 5. vyd., Linde Praha, 2006, s. 232;

²⁵ Larenz, K.: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen rechts, 7., neuarbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 1989, s. 58.

²⁶ Toto dovodila aj judikatura ohľadom § 801 o.z. v znení účinnom do 1.1.2005. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 25.2.2003, sp. zn. 32 Odo 180/2003.

²⁷ Marek, K.: Smluvní obchodní právo, kontrakty. Brno: Masarykova univerzita, 3. aktualizované a rozšírené vydání, 2007, s. 276 a násl.;

gal rule. Express prohibition and express (categorically) order follow from lingual explanation. Sanction of invalidity, request of written form, conceptual – characteristic feature and protectionist – „social“ law follow especially from teleological explanation. Systemic and

systematic criterions follow from systemic explanation. Given criterions on many occasions mediate the most important principles of private law, such as good faith, fair dealing etc.