

KODIFIKACE ČESKÉHO SOUKROMÉHO PRÁVA, ZEJMÉNA VE VZTAHU K ÚPRAVĚ OBCHODNÍCH VZTAHŮ

IRENA PELIKÁNOVÁ

Od roku 1989 došlo k bouřlivému vývoji naší společnosti, k rozmetání starého totalitního režimu, na jehož troskách něco nového vzniká. Ještě to neumíme dost přesně popsat, vidíme řadu pozitivních prvků, vidíme však také znepokojivé propady v kulturní úrovni, v právním vědomí, v úrovni legislativy a rovněž v právní vědě. Namísto žádoucího rozkvětu přichází uspěchaná a špatná legislativa, na níž jsou cenné pouze základní záměry a principy, i ty však mnohdy zůstávají deformací původního vzoru. Namísto vědy hluché rozžvýkávání nedokonalých textů, opakování již řečeného, nepřesné překlady z cizích jazyků. Hlubších zamyšlení je pranepatrně. V souvislosti s tím vším klesá prestiž práva, pochopení jeho podstaty se ztrácí, rozpadá.

A v této situaci přichází politické rozhodnutí, aby v souladu s připravovaným novým občanským zákoníkem byl připraven i nový zákoník obchodní. Paradoxně je pověřen přípravou věcného záměru odpůrce samotné myšlenky takové kodifikace. Přesto byl text věcného záměru odevzdán a za minimální pozornosti odborné veřejnosti projednán a schválen.

Snad právě vzhledem k této podivné situaci je třeba se pokusit o zamyšlení nad nejobecnějšími otázkami kodifikace soukromého a obchodního práva v naší zemi. Pokusím se proto nejprve zabývat obecnými otázkami kodifikace (I), v prvním bodě odpovědět na otázku, co je obecně podstatou a funkcí kodifikace a obchodní kodifikace (1), jaké jsou zvláštnosti našeho vývoje a současné situace z hlediska potřeby kodifikace (2), zda je u nás potřebná kodifikace *obchodního* práva (3), jaká by měla být z hlediska svých principů a obsahové koncepce, odpovíme-li kladně (4). Ve druhé části (II.) se pokusím reagovat na publikovanou část návrhu nového obchodního zákoníku a v závěru podtrhnout rozhodující závěry svého zkoumání (III.).

I. OBECNÉ OTÁZKY KODIFIKACE

1. PODSTATA A FUNKCE KODIFIKACE A OBCHODNÍ KODIFIKACE

Snad se někomu bude zdát, že kladu zbytečně otázku, na níž je odpověď jasná – i když ovšem někomu bude jasná odpověď pozitivní a někomu jinému bude neméně jasná odpověď negativní. V poslední době se objevily i publikované názory,

kteřé ukazují, že nepanuje jednotna, a proto se pokusím téma co nejobektivněji prozkoumat.

Musím začít od otázek obecnějších: co to je kodifikace, co je jejím cílem a smyslem, v jaké situaci má být kodifikováno?

Kodifikací rozumím seskupení a systematické uspořádání normativního materiálu určitého úseku práva do jednoho zákonného aktu, případně doplnění, očištění nebo v určitých historických situacích dokonce vytvoření a formulaci normativního obsahu do zákonných ustanovení. Výsledkem by měl být zákon, který sice nemá vyšší právní sílu než jiné zákony, avšak v systému ostatních zákonů má výlučné postavení, postavení *základny*, jež má funkci *subsidiární úpravy* obsahující *pravidla* aplikovatelná ve všech případech, kde zvláštní úprava chybí, dále určující výslovně nebo nevýslovně (tzn. vyvoditelně z kontextu, systému, smyslu celého souboru) *principy* úpravy, její *systém* (formálně logickou strukturu) a základní *filozofii* právního uspořádání vztahů a v neposlední řadě dávající *pojmový základ*, jenž je rozvíjen zvláštními zákony. Kodifikace také umožní, aby určitá (kodifikovaná) právní oblast disponovala jednotným *pojmovým a terminologickým* aparátem využitelným ve všech navazujících zvláštních zákonech. Tím se sníží nezbytnost, aby zvláštní zákony zaváděly pojmy nové, aplikovatelné jenom v určité speciální oblasti. Kodifikace tak ovšem předpokládá ukázněnou legislativní aktivitu, při níž tvůrci zvláštních zákonů dostatečně ovládají a respektují tento základ a skutečně jej rozvíjejí. Nesmějí se uchýlovat k samostatným a izolovaným dílčím zákonným úpravám, které by strukturu založenou kodexem (a ve vyšším stupni ústavou) rozbíjely, jak se u nás leckdy děje. Jedním z nejhorsích jevů je z tohoto hlediska používání stejného názvu, jaký zavedl kodex, ve zvláštním zákoně v odchylném významu. Vadné však je i zavádění vlastní terminologie pro zvláštní zákon, není-li to s ohledem na zvláštnosti upravovaného předmětu nezbytné. Tak např. u nás daňové zákony vytvářejí jakýsi paralelní právní řád, který nenavazuje dostatečně na ostatní úseky právního řádu. Podobně se hloubí příkop mezi právem veřejným a soukromým, ačkoli to není vždy nevyhnutelné. Oborová specializace právníků činných v legislativě vede k tříštění právního řádu, ke ztrátě celistvého pohledu na právní řád.

Uvažují-li v obecné rovině o kodifikacích, hraje obchodní kodifikace oproti občanskému kodexu zvláštní úlohu, neboť se jedná o kodifikaci *zvláštní*. Vnáší do myšlenky kodifikace nový prvek, neboť připouští nejenom hierarchické uspořádání zákonů, v jejichž základně stojí kodex, ale navíc také hierarchické uspořádání samotných *kodexů*. Vede nás k úvahám o vzájemných vztazích kodexů. Toto pojetí se ani za deset let platnosti obchodního zákoníku nevžilo, judikatura svědčí o základním nepochopení uvedené konstrukce. Není to jenom otázka obchodního zákoníku. Je třeba uvažovat o *systému kodexů*, o postavení zákoníku práce, o postavení trestního zákoníku, případně o možnosti sestavení některých dalších zvláštních kodexů, jaké se objevují v jiných právních rádech, jako je např. kodex duševního vlastnictví. Právo je dnes natolik složitým a obsáhlým souborem ustanovení, že složitější struktura kodexů není ničím nepřijatelným, dokonce se stává nutností v moderním právním vývoji. V sestavování netradičních inkorporačních kodifikací lze vidět jakousi sebeobranu právního řádu před specializačním tříštěním, pokus zachovat přesné systematické uspořádání

a celistvost národního práva pro účely aplikační, ale také pedagogické a legislativní. Zvláště trestní zákoník je samostatným kodexem jen do jisté míry, protože navazuje na mnoho dalších zákonů zakotvením sankcí za porušení dispozic v nich formulovaných. Propojení trestního zákoníku se zbytkem právního řádu usnadňuje rozlišení zločinů a přečinů, které otevírá cestu k formulaci přesných a úzkých skutkových podstat méně závažných deliktů v zákonech upravujících dispozice povinných chování, zatímco zločiny mohou být koncentrovány v kodifikaci. Jednotné pojetí trestného činu podobný úkol komplikuje.

Obchodní zákoník má postavení zcela jasné a především – u nás nutno podtrhnout – zcela jiné než totalitní hospodářský zákoník. Je to kodex přímo a jasně *závislý* na občanském zákoníku, je to jeho *speciální* a nesamostatná odnož, možná ještě méně samostatná, než by byl případný zákoník duševního vlastnictví nebo zákoník práce. Otázka potřebnosti obchodního zákoníku je otázkou potřebnosti speciální úpravy právního postavení profesionálních podnikatelů (obchodníků) a jejich právních jednání. Nemá velký praktický význam, zda je takové úpravy dosaženo vydělením příslušných ustanovení do zvláštního obchodního zákoníku nebo např. do zvláštní knihy občanského zákoníku. Základní směrnici vyplývající s pochopení uvedené povahy obchodního kodexu však musí být odmítnutí představy jeho ucelenosti ve smyslu u nás tolik oblíbených „komplexních úprav“, a to v zájmu úspornosti a efektivity úpravy soukromého práva jako celku. Negativní důsledky nesprávné představy o potřebě ucelené úpravy v obchodním zákoníku ukazuje současná 2. část obchodního zákoníku, která je nepřiměřeně přebujelá ve srovnání s občanským zákoníkem. Četné duplicity nebo naopak neodůvodněné rozdíly nepřinášejí žádný užitek.

Z uvedených úvah vyplývá, že v evropském kontinentálním právním systému hraje kodifikace nezastupitelnou roli myšlenkového sjednocení a propojení určité právní oblasti a zasazení takové oblasti do kontextu celého právního řádu. Kodifikace nemusí a dokonce by pokud možno ani neměla hrát ve větší míře roli *tvorby nových* právních norem.

Je jisté v obecné rovině představitelné, že popsaná role kodexu může být někde nahrazena jiným pramenem, např. obyčeji, náboženskými texty apod. I v precedenčním a obyčejovém právním systému je zabezpečena stabilita a jednota právního řádu bez kodifikace a není pochyb o tom, že to je zabezpečení účinnější a trvalejší. Právě psané právo je křehčí z hlediska své jednoty a stability. O to více je potřebné postupně postavit legislativní texty na pevnější základ soustavy právních principů, s nimiž musí být všechny zákonné texty v souladu. V každém případě je třeba vůdčí myšlenky, principy a základní pojmy a jejich uspořádání do logických struktur vyvozovat abstraktní myšlenkovou operací, interpretací.

Nekodifikovaný základ právního řádu spolehlivě a trvale působící je však reálný jenom ve stabilních společnostech, jejichž *vývoj nebyl násilně přerušen*, jako se to stalo v naší zemi. Pro naši zem se může jednat jenom o vzdálený kulturní a politický cíl. Právě kodifikacemi by bylo třeba realizaci popsaného cíle přiblížit.

Jinou variantou, jež se pravděpodobně některým právníkům u nás zdála být přitažlivou, je vytvořit pouze *soubor zákonů nesjednocený kodifikací*. Jistě i takovéto řešení teoreticky přichází v úvahu, avšak jenom za stejného předpokladu, jaký byl zmíněn

v souvislosti s precedenty. Z uvedeného důvodu nutno konstatovat, že u nás není vhodné prostředí pro podobné řešení. Pokračující proces dekodifikace se zdá k podobným námětům vybízet. Muselo by to však znamenat, že by ukázněná legislativa byla schopna svazovat všechny postupně schvalované dílčí zákony pevným předivem principů, jednotných pojmů a souvislostí a nedovolila by jejich roztrfštěnost a kontradiktornost. V naší současné situaci považují podobnou představu za zcela *utopickou*. Je zřejmé považována za utopickou i v mnohých vyspělých státech, kde v posledních letech můžeme pozorovat rozsáhlou kodifikační vlnu (Belgie – kodex společností, Francie – nový obchodní zákoník a řada dalších inkorporačních kodexů, Polsko – kodex obchodních společností, EU – kodifikační směrnice atd.).

2. ZVLÁŠTNOSTI NAŠEHO VÝVOJE A ZVLÁŠTNOSTI SOUČASNÉ SITUACE Z HLEDISKA POTŘEBY KODIFIKACE

Také v období *totalitního režimu* bylo naše právo postaveno na kodifikacích a z hlediska úrovně legislativně technické, ba dokonce i z hlediska formálně logického uspořádání, pojmové dokonalosti, promyšlenosti a důslednosti nutno hodnotit tehdejší systém zákonodárství jako podstatně dokonalejší ve srovnání s nyní vznikajícími zákonodárnými akty. Při tomto hodnocení nechávám ovšem stranou obsahovou stránku tohoto systému pravidel, která byla plně služebná potřebám totalitní moci. Jednou z příčin technické dokonalosti bylo i to, že odborně připravené zákonodárné návrhy nebyly narušovány nekvalifikovaným poslaneckými zásahy. Kodifikace z roku 1963 až 1965 však trpěly mj. jednou zásadní vadou: byly *navzájem izolované*. Ponechávám stranou otázku, že bylo hluboce nemoudré provádět takto komplexní kodifikaci po tak krátké době, protože nahrazované kodexy byly přijaty kolem roku 1950 a pouze 10–15letá existence kodexu je bezprecedentně krátká; samo rozhodnutí tak je varující výpovědí nejen o totalitní, ale zejména o *české* představě stability právního řádu.

Neznamená to, že by si obsahově odporovaly, že by jeden kodex byl připravován bez znalosti druhého. Naopak – vycházely z jednotného pojetí a terminologie a nepopíraly se navzájem. Několikanásobné úpravy téhož předmětu však měly za následek kvantitativní redukci každé jednotlivé takové úpravy a tudíž mezery. Především však *neplatil mezi zákoníky žádný vztah subsidiarity a speciality*. Na kodexy navázala judikatura, která se rozvíjela pro každý kodex zvlášť (v důsledku existence hospodářské arbitráže byla rozhodovací praxe rozštěpena i institucionálně a procesně), a rovněž doktrína stejně rozpolcená, a to vše vedlo k postupnému tříštění právního řádu na právní odvětví na sobě navzájem nezávislá, velmi úzce a uměle koncipovaná.

Vzniklo hospodářské, pracovní, občanské právo, právo mezinárodního obchodu, ba dokonce i zemědělsko-družstevní právo. Všechny disciplíny se postupně obalovaly jakousi neprostupnou skořápkou v podobě literatury, pedagogických oborů, vědních specializací atd. Jednota práva mizela, do popředí vystupovala jenom jednotlivá odvětví. Pozitivistické právní myšlení abstrahující od jakéhokoli hodnocení umožňovalo sloučit úsilí o formální právní dokonalost souborů norem s jejich předem determinovanou antidemokratickou funkcí.

Návrat k dualismu soukromého a veřejného práva *po roce 1989* měl a mohl přispět k opětovnému sjednocení práva. Stalo se to však jenom zčásti a možná spíše z menší části, neboť v hlavách právníků atomizace zůstala, a to dokonce nepoznamenaná žádným negativním hodnocením. Nově založená subsidiarita občanského zákoníku vůči obchodnímu se prosazovala obtížně a dodnes se zcela neprosadila, zčásti dokonce proti jasnému textu zákona (srov. § 1 ObchZ). Rozšířila se u nás doktrína tzv. „*komplexních úprav*“ některých závazkových institutů a smluvních typů v obchodním zákoníku, jež se neopírá o nic jiného, než o značný rozsah zákonné úpravy v tomto kodexu a její zdánlivou ucelenost. Izolovanost zákoníku práce se rovněž houževnatě udržuje. Všimněme si, jak pevně se drží i roztržičnost habilitačních oborů, za níž se ovšem skrývá i z toho plynoucí menší náročnost ve srovnání s širší koncepcí oborů nutící zvládnout rozsáhlejší oblast reglementace, nebo roztržičnost kateder a ústavů na právnických fakultách. Dokonce oproti prvému období nejistoty a nedostatku odvahy se dnes mnohé myšlenky kořenící v totalitním období prezentují s rostoucí rasancí, neboť jejich původ se pomalu ztrácí v zapomnění.

Z uvedené úvahy o funkci kodifikace také vyplývá, za jaké situace je třeba kodifikovat. Z výše řečeného vyplývá, že to je nutné tehdy, *chybí-li právnímu řádu ona sjednocující základna*. Již výše jsem naznačila pozitivní odpověď. Přesto se podíváme na tento problém ještě z dalších hledisek, zmapujme podrobněji naši současnou situaci.

Historie přináší zvraty, jež vyvracejí národy, jejich myšlení a kulturu z kořenů. I my jsme žili řadu desítek let takové vyvrácení, které bylo mimořádně důsledným přerváním všech tradic, a pro mnohé příslušníky generace narozené v tomto období získal totalitní systém pečeť věčnosti a nezměnitelnosti. Toto vyvrácení bylo hlubší tím, že k němu došlo krátce po bolestné historické etapě v podobě světové války a německé okupace.

Po roce 1948 vzniklo nové právo, jednoúčelový nástroj totalitní komunistické diktatury. Onomu účelu sloužilo dobře a mnozí se s ním nechtěli loučit ani po návratu demokracie. Kromě několika menších právních oblastí (např. právo nekalé soutěže) jsme již po roce 1989 nedokázali navázat na nit předkomunistické právní kultury. Jasně a brzy se ukázalo, že socialistické právo není schopno sloužit demokratickému systému. Přestože hlasy volající po recepci a diskontinuitě se socialistickým právem nedošly sluchu, legislativní praxe postupně začala nahrazovat staré právo právem novým a většinou zásadně odlišným. Rozhodující zlom v tomto směru však znamená až harmonizace s komunitárním právem, která rasantně vnesla nové principy do právního řádu, jež dnes proto obsahuje některé prvky ne tak docela navzájem slučitelné. Harmonizační proud v legislativě právě tím, jak narážel na odpor a nepochopení, odhalil, nakolik jsme ještě neschopni porozumět všem detailům nové koncepce práva. Tento vývoj přispěl k *rozkladu zděděné kodifikační základny*, neboť modifikovaný socialistický občanský zákoník opakovanými novelami stále více ztrácí jakékoli prvky koncepčnosti a stává se bezvarou nakupeninou rozdílných ustanovení. Obchodní zákoník trpí sice podstatně méně, protože jde o text přijatý až po roce 1989, avšak i ten je zatížen jednak počátečními nedostatky, jednak nesourodými a nepřilíživě dokonalými novelami.

Důsledkem toho i dalších příčin je pokračující rozklad zákonodárství, které se mění v *nesladěnou tříšť nedokonalých zákonů* neustále novelizovaných a čas od času pod-

statně měněných. Bez zábran se jedny zákony nahrazují novými nepříliš rozdílnými i tam, kde by stačila pouhá novelizace. Jakýkoli respekt k zachování kontinuity a stability se ztratil. Interpretace se nestačí ustálit, špatná situace vysokých škol a další okolnosti snižují úroveň výuky nových právníků, to vše v souhrnu vede k dezorientaci veřejnosti včetně odborné, ke ztrátě jasné představy o pojmu a významu práva, ke *ztrátě prestiže práva*, k jeho nahrazování mimoprávními svémocnými mechanismy.

To vše jsou ovšem rysy úpadku společnosti, jež nejsou slučitelné s nastoupenou cestou k otevřené společnosti a s podstatně optimističtějším hospodářským rozvojem. Hospodářský rozvoj, začlenění do integračních seskupení a další mezinárodní vlivy by měly vyvinout tlak na opuštění této sestupné trajektorie, která je ohrožující.

Jedním z důležitých předpokladů obnovy stabilního právního systému, možným východiskem navazujících pozitivních změn je nové uspořádání normativního materiálu, *kodifikace*, jež vytvoří chybějící základnu plnící výše popsané funkce. Důvěra v právo může vyplynout jenom z právní jistoty. Právní jistota je závislá na přehlednosti právního řádu, na možnosti orientovat se v něm a na možnosti zjistit v každém okamžiku, jaká jsou práva a povinnosti konkrétního subjektu. To je předpokladem dobré aplikace, realizace práva. Kvalitní normativní materiál je předpokladem výchovy nových dobrých právníků atd. Je to tedy základ, bez něhož nelze doufat v nápravu současného neutěšeného stavu.

3. POTŘEBUJEME KODIFIKACI OBCHODNÍHO PRÁVA?

Zatím jsem ovšem odhlížela od otázky, *které kodexy vlastně potřebujeme*, odpověděla jsem však rozhodně pozitivně na otázku, zda kodifikovat či nikoli. Je tedy třeba přijmout i obchodní zákoník?

Uznání rozdílu mezi veřejnoprávní a soukromoprávní částí právního řádu neznamená, že je hranice zcela jasně a přesně narysována, že tato hranice zcela souhlasí s rozlišením jednotlivých zákonů a zákoníků a že se můžeme ubránit smývání hranice, které přichází ze zahraničí a které přináší naše praktické potřeby. Uznání rozdílu neříká nic o jeho praktickém významu a neříká nic o potřebě oddělit obě části v legislativních textech. Naopak zahraniční zkušenost ukazuje spíše na praktický požadavek propojování veřejnoprávních a soukromoprávních stránek právní úpravy. Typickou ukázkou může být soutěžní právo, právo na ochranu spotřebitele, živnostenské právo, právo kapitálového trhu a cenných papírů, právo duševního vlastnictví atd.

Přesto není pochyb o tom, že kodifikaci podléhá spíše materie soukromého práva a že veřejné právo je pro kodifikaci méně způsobilé. Přitom ponechávám stranou problém zařazení trestního práva, jež nepovažuji ze nesporně veřejnoprávní disciplinu. Postojem odmítajícím pronikání veřejnoprávních prvků do soukromoprávních kodexů bychom se vydávali opačným směrem, než jakým jde světový právní vývoj.

Občanské zákoníky v současné společnosti již neplní funkci ústavy. Tuto skutečnost musíme vzít v úvahu. Plnění občanského zákoníku ustanoveními, která přesahují hranici soukromého práva směrem k ústavě, je nerozumné. Na druhé straně je pravda, že některá pravidla zařazená do občanského zákoníku najdou uplatnění i ve sféře práva veřejného, zejména tehdy, jestliže veřejné právo vlastní pravidla neformuluje.

To je akceptovatelný a přirozený důsledek celkové jednoty právního řádu. Vybalancovat vhodně koncepci obecné části občanského zákoníku je z uvedeného důvodu úkol mimořádně náročný. Dodávám, že prvních 101 paragrafů uveřejněných v příloze časopisu Právní rozhledy v tomto směru vyslalo varování a jenom podtrhlo, jak obtížný je to úkol.¹⁾ Další tři stovky ustanovení publikované v následující etapě obavy nerozptýlily.

To je ovšem spíše hlas proti obchodnímu zákoníku, neboť vede k závěru, že např. ani úprava obchodního rejstříku nebo účetnictví či trestních sankcí v občanském zákoníku není nepřijatelná.

Víme přitom, že původní záměr, formulovaný a publikovaný v roce 1996, byl uskutěnit jednotnou kodifikaci. Počáteční okouzlení nizozemským příkladem (jehož hlubší rozbor ovšem ukazuje i některé stinné stránky) vyústilo v poznání, že naše cesta nemůže být stejná – už proto, že máme nepoměrně méně času na přípravu. Myšlenka jednotné kodifikace soukromého práva je sice přitažlivá, avšak právě pohled na rozsah holandský občanský zákoník a jeho složitý vývoj, trvajícím mnoho desetiletí a stále nedosahující závěrečného stadia, ukazuje, že obsah skutečně komplexní kodifikace by se rozrostl do neovládnutelných rozměrů. Kodifikace, která by vytrhávala ze zvláštních zákonů jenom jakási úvodní (střešní) ustanovení, by na druhé straně asi neměla valný smysl. *Nezbytnost ponechat zvlášť upravené celé rozsáhlé partie soukromého práva vedla vcelku přirozeně k nápadu, aby i tyto odštěpené části byly nějakým způsobem uspořádány.* Tak zcela živelně vyústily diskuse v připuštění omezené kodifikace obchodního práva. Nezdá se ovšem, že toto vyústění bude směřovat k obchodnímu zákoníku koncipovanému stejným způsobem jako obchodní zákoníky 19. století.

Jestliže se objevila myšlenka omezeného obchodního zákoníku, nemusí to ještě znamenat, že je objektivně potřebný. O co můžeme opřít opačný závěr o jeho potřebnosti?

Domnívám se, že v právním vývoji ve vyspělém zahraničí poslední doby jsou patrné jevy, které musíme evidovat a z nichž musíme vyvozovat důsledky. Stěží se můžeme rozhodnout pro opačný směr.

Rostoucí počet veřejnoprávních zásahů do úpravy soukromoprávních vztahů a celkový absolutní kvantitativní nárůst legislativního materiálu je nepopiratelnou realitou. Setkáváme se s tímto jevem v celém vyspělém světě a není tu přímá spojitost s levicovými politickými orientacemi. Veřejnoprávní intervencionismus nemá povahu řízení ekonomiky státem, je rozvinutím jiné funkce státu, jakou hraje v demokracii a tržní ekonomice již relativně dlouhou dobu, a to *funkce dozorové* vymezující pevný rámec soukromé podnikatelské iniciativě a *funkce ochranné* vůči stranám z nějakého důvodu znevýhodněným. Nárůst počtu donucujících pravidel považují zejména za důsledek nových *technologií* ovládajících ekonomiku a také růst složitosti a počtu obligačních a jiných *vazeb* v ekonomice odpovídající její globalizaci, rostoucí otevřenosti. V souvislosti s oběma roste také počet kooperujících *subjektů*, vznikají složité koncernové struktury nedostatečně transparentní, které omezují hospodářskou soutěž a deformují ji.

Nové technologie zcela *rozkolísaly přirozenou a právně zabezpečenou rovnost smluvních stran*, zrelativizovaly dosah principu, že každý si má střežit svá vlastní

¹⁾ Eliáš, K.: Prvních sto jedna, K návrhu občanského zákoníku, Právní rozhledy, 10, 2001, mimořádná příloha.

práva. Tento princip se stále více omezuje na profesionály v jejich vzájemných vztazích a do jisté míry je i zde prolamován (srov. úvahy o širší pojmu *spotřebitel*). Výrobky jsou složité a výroba je složitá. Výrobcem může být jenom dostatečně silný a technicky vyspělý subjekt, jehož tržní síla je značná. Obchod přijímá zcela nové formy – nakupování v hypermarketech je zcela odlišné od kupování zboží dříve běžným pulťovým prodejem. Masa prodaných výrobků roste, prodej probíhá v uzavřených obalech, aniž by bylo možno říci, že by se vadnost zboží, zneužívání práv a porušování povinností stávalo čímsi nepraktickým. Spotřebitelská smluvní strana je naopak stále více neschopna včas rozpoznat vlastnosti smluvního plnění, je neschopna ochránit své zájmy v adhezni smlouvě atd. Také peněžní a platební styk se stává složitým a každý plátce i příjemce platby je v rukou profesionála. Emise akcií, jejich prodej i koupě se takřka neobejde bez vstupu profesionálního zprostředkovatele atd. Některé výrobky jsou nebezpečné a spotřebitel (často ani obchodník) není schopen uvědomovat si všechna rizika a čelit jim.

Právní řád se proto plní kasuistickými donucujícími ustanoveními dotýkajícími se obchodních vztahů. Zákodárce reaguje na praktické případy, aniž se zabývá teoretickými otázkami, zda jde o regulaci veřejnoprávní nebo soukromoprávní, zda by měla být konstruována tak či onak. Bylo by možno mluvit o živelné normotvorbě, přestože je zpravidla produktem zákonodárných sborů. Prolínání veřejnoprávních ustanovení se soukromoprávními se rozrůstá a snahy zákonodárců o systemizaci a uspořádání zákonodárství bez zábran přestávají respektovat tradiční struktury a rozlišování.

Výsledný stav poněkud připomíná stav našeho současného práva, i když ve vyspělých státech jde spíše o *novou vrstvu* položenou na původní tradičně se vyvinuvší a zachovanou vrstvu práva, zatímco u nás se jedná o příliv materie neorganicky promíchané se starší reglementací nebo s restituovanou úpravou doplňující do právního řádu, co z něj za totalitního režimu bylo vyvrženo.

Právě s ohledem na podobné rysy aktuálního stavu dospěl i rozvinutý svět k potřebě kodifikace, systemizace, i když většinou – jak říkají Francouzi – „à l'état constant“, tzn. cestou pouhého inkorporačního shromáždění a nového sestavení již existujících zákonných pravidel. Je zřejmé, že tato potřeba je dokonce pociťována jako velmi naléhavá. S ohledem na absolutní nárůst legislativního materiálu se stalo požadavkem přehlednosti jeho rozdělení do určitých dílčích kodifikací. Ze stejného důvodu vyvstává potřeba poskytnout uceleným skupinám adresátů – a mezi nimi také obchodníkům jako skupině mimořádně významné – soubor ustanovení určujících jejich právní postavení. *Právo obchodníků* tak není věcí historie, ale dokonce novým požadavkem dneška.

Velmi charakteristickým příkladem dokumentujícíím správnost právě formulovaného závěru může být úřednický²⁾ *obchodní zákoník francouzský*, který byl přijat již na konci roku 2000. Tento kodex totiž naprosto nerespektuje tradiční strukturu obchodních zákoníků, ale nerespektuje ani rozlišení veřejného a soukromého práva. Vznikl tak kodex, který by ztěžil byl u nás ochoten kterýkoli právník akceptovat. Spravedlivě

²⁾ Francouzský parlament přijal zákon, který umožnil provést inkorporační kodifikace nikoliv cestou zákona, ale pouze nařizovací cestou.

je ovšem třeba dodat, že ani francouzská právní veřejnost novou kodifikaci nepřivítala pozitivně.

Přesto je možno uzavřít, že potřeba kodifikace obchodněprávní materie v současné době existuje, je objektivně podmíněná a dokonce není omezena jenom na Českou republiku a její specifické podmínky.

Stále ještě totiž prožíváme v jistém smyslu jakési pokračování sociálního experimentu. Po roce 1948 bylo politickou diktaturou společnosti vnuceno praktické provedení ideologické a ekonomické konstrukce vzniklé ryze spekulativně v hlavách několika filozofů, resp. politiků. Odmítnutím komunismu v roce 1989 bylo nutno řešit problém zpětného pohybu, návratu společnosti k předchozímu demokratickému systému. Tento návrat je ovšem neméně obtížný a koneckonců je také uskutečňován umělým zaváděním nových pravidel nevybudovaných na předchozí praktické zkušenosti. Produktem jednoho nepodařeného experimentu tak nevyhnutelně je další obtížný sociální experiment.

Nedojde-li k úspěšné kodifikaci (tedy i v případě, že kodifikace svou úroveň nepřevyšší úroveň současných zákonů), bude se nový právní systém vyvíjet zřejmě živelně a jinými cestami, než cílevědomě předem určenými. Rozvoj, který nedospěje jinam, bude nutně výrazně pomalejší a méně kultivovaný. Významnou roli může sehrát Ústavní soud, avšak při kolísavé úrovni jeho rozhodování to může být až společenská praxe, která si určitá pravidla nějakým způsobem vynutí. Vůdčí úlohu by zřejmě převzala ekonomika, jež pro takové působení má špatné předpoklady a naopak se může stát obětí brzdícího působení špatného práva. Všechny tyto skutečnosti tedy vedou k pozitivní odpovědi na položenou otázkou, která je v tomto směru shodná s politickým rozhodnutím vlády schvalujícím věcný záměr obchodního zákoníku.

4. JAKÉ BY MĚLY BÝT PRINCIPY A OBSAH NOVÉHO OBCHODNÍHO ZÁKONÍKU?

Nejprve se pokusím uvažovat o koncepci nového českého obchodního zákoníku bez ohledu na schválený věcný záměr. Domnívám se, že máme volbu mezi dvěma možnostmi: buď přijmout kodex navazující na tradiční obchodní kodifikace od francouzského zákoníku z roku 1807 až k německému z roku 1896, nebo akceptujeme popsané moderní trendy bořící všechny tradice a přistupující k utilitaristickým kompilacím.

Při úvahách o prvé naznačené cestě je nejprve nutno zhodnotit povahu naší současné kodifikace a v souvislosti s tím současnou hloubku pochopení myšlenky obchodního práva v její tradičnější podobě.

Rozhodujícími prvky konstrukce obchodního zákoníku u nás jsou dvě ustanovení – § 2 a § 261 ObchZ. Obě tato ustanovení dodnes zřetelně ukazují stopy přerušení právního vývoje, odhalují propastnou míru zapomenutí kořene koncepce obchodního práva. Obchodní právo se rozvíjí na pokřiveném základu, který si jen málokdo uvědomuje. Pojem podnikatele je v § 2 ObchZ stále postaven na *veřejnoprávním prvku*, nikoli pouze na tom, jakou činností se určitá osoba fakticky zabývá. Ustanovení § 261 vymezuje tzv. *obchodní závazkové vztahy* rovněž odlišně od obchodů v pojetí obchodních kodifikací, protože je omezuje jenom na *vztahy*, které mají určité znaky.

Míru pokřivení může ukázat srovnání se současnou podobou *německého obchodního zákoníku (HGB)*. Tento kodex stojí na dvou pojmech – obchodník a obchody. *Obchodníkem* podle § 1 HGB je ten, kdo provozuje obchodní živnost. Obchodní živností se podle současného znění³⁾ odstavce druhého téhož paragrafu, jenž nahradil dřívější výčet obchodních živností odpovídající ještě staršímu výčtu obchodů, rozumí *každý živnostenský podnik, ledaže podle jeho povahy nebo rozsahu obchodní způsob vedení jako obchodní živnosti není potřebný*. Provozování živnosti ve smyslu § 1 HGB nelze směřovat s tím, zda má nebo nemá obchodník živnostenské oprávnění. Pohled obchodního zákoníku je soukromoprávní, důležité tedy je, zda určitá osoba skutečně podniká. Obchodníkem je také ten, kdo je zapsán do obchodního rejstříku a právo nechat zapsat svou firmu do rejstříku má i provozovatel podniku nesplňujícího znaky § 1 odst. 2 HGB.

Podobně jednoduché je i nadále ustanovení o *obchodech* v § 343 současného znění HGB.⁴⁾ Podle tohoto ustanovení je *obchodem každé jednání obchodníka, které přísluší k provozu jeho podniku*. Ustanovení § 344 rozšiřuje dopad regulace HGB tak, že právní úkony uskutečněné obchodníkem se v případě pochybností považují za obchody. Další rozšíření plyne z § 345 HGB, podle kterého se na vztahy, v nichž jedna část je o obchodem, vztahují předpisy o obchodech i na druhou část, pokud není stanoveno zákonem něco jiného.

Vidíme, že oproti našemu obchodnímu zákoníku *pokrývá německé pojetí bezvýjimečně celou sféru právních jednání, která obchodník uskutečňuje*. Naproti tomu český obchodní zákoník právní režim jednání uskutečňovaných podnikatelem *štěpí podle toho, zda povaha vztahu (nazíraného jako celek a nikoli z hlediska právního jednání) odpovídá vymezení v § 261 nebo 262 ObchZ či nikoli* a značná část úkonů uskutečňovaných obchodníkem tak zůstává v režimu občanského zákoníku. Zdálo by se, že odchylkou je § 261 odst. 3, který umožňuje určení režimu vztahu podle povahy právního jednání (podle typu smlouvy např.). Avšak i v tomto odstavci se setkáme s případy vymezení podle *vztahů* (písm. a), b), f), g)). To platí i přes změnu § 261 odst. 6. Doplnění sedmého odstavce je možno považovat za jakýsi vykrčičník v celém tomto vývoji.

Důsledkem je úplná ztráta základní myšlenky výše naznačené. Režim obchodního zákoníku přestal být režimem veškerých právních jednání obchodníka, jak je stále čistěji v koncepci HGB, ale stal se speciálním režimem pro neucelenou a nejasně ohraničenou skupinu právních vztahů, ve kterých vystupují jak podnikatelé, tak nepodnikatelé, zatímco současně existuje stejně nejasné a často ne dost odůvodněně ohraničená další skupina vztahů, na jejichž stranách vystupují rovněž jak podnikatelé, tak nepodnikatelé a která nemá režim obchodního zákoníku, ale výlučně zákoníku občanského. V tomto vývoji vedle nedokonalé legislativní podoby zákona sehrála výjimečně významnou roli interpretační činnost soudů, která se stále více vzdaluje od původní myšlenky obchodního práva, již, zdá se, zcela a nenávratně ztratila, resp. nikdy nenalezla.

³⁾ Ustanovení § 1 HGB zní: „(1) Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. (2) Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, daß das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert“.

⁴⁾ Ustanovení § 343 HGB zní: „Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören“.

Nespadají tedy pod kategorii obchodních závazkových vztahů *veškerá právní jednání obchodníků při provozu jejich podniků* (srov. § 343 HGB), přestože jediné taková konstrukce odpovídá nikdy nemodifikovanému a vcelku jasnému § 1 ObchZ, podle něhož obchodní zákoník upravuje *právní postavení podnikatele*. Součástí právního postavení podnikatele v pojetí subjektivně konstruovaného obchodního práva totiž je, že obchodním zákoníkem se řídí *veškeré právní úkony, které obchodník uskutečňuje při podnikání bez ohledu na to, s kým momentálně vstupuje do právního vztahu*. Tím také není možné, aby právní režim byl rozštěpený v tom smyslu, že v některých případech by podnikatel vůbec nepodléhal obchodnímu zákoníku, ale jeho vztah by se řídil jenom zákoníkem občanským. Restriktivní výklad § 261, který jde ještě značně za rámec jeho doslovného znění, ukazuje, nakolik české soudy nepochopily podstatu vymezení předmětu obchodního zákoníku.

Zřetelným potvrzením popsané skutečnosti je judikatura ve věci režimu *odpovědnostních vztahů*. Soudy totiž opakovaně docházejí k absurdním závěrům o tom, že může vzniknout vztah z odpovědnosti za škodu, na jehož obou stranách stojí podnikatelé a který se přesto má řídit jenom občanským zákoníkem. Takový závěr je v přímém rozporu s § 261 odst. 1 ObchZ, jenž odpovědnostní vztahy nevyklučuje. O závazkové povaze odpovědnostních vztahů nelze pochybovat.

Není však přijatelná ani méně křiklavá situace, totiž aby právní jednání podnikatele, který uzavřel smlouvu s nepodnikatelem, nepodléhalo – přinejmenším pokud jde o podnikatele – obchodnímu zákoníku. Nemám ovšem na mysli vyloučení aplikace ochranných ustanovení vůči spotřebiteli, na což však dnes pamatuje § 262 ObchZ. Všeobecný obchodní zákoník stejně jako výše zmíněný HGB řešily problém zcela opačně a francouzská kodifikace vychází ze smíšeného režimu, kde obchodník přirozeně musí podléhat režimu obchodnímu. Do určité míry otvírá stejný přístup § 262 ObchZ v současném znění. To vše je však snadno pochopitelné jenom za předpokladu, že bude akceptována základní a výchozí myšlenka konstrukce obchodního práva: obchodní právo poskytuje zvláštní právní režim podnikatelům, jejich právní jednání tomuto režimu vždy podléhají. Jakési rozpětí toho jasného východiska ústící ve vytvoření dvou mlhavých množin vztahů rozdílného právního režimu, kde kritérium jejich rozlišení je neodůvodněné a libovolné, působí spíše jako karikatura obchodního práva.

Obchodní režim tedy nebyl ani po 11 letech u nás správně pochopen. Omezená formulace § 261 odst. 1 a rostoucí počet odstavců a písmen tohoto ustanovení spojený s podivnou interpretací odhalující namísto hlubokých věcných důvodů jenom vyšší míru obliby občanského zákoníku na straně soudců je ovšem kořenem tohoto zla.

Obávám se, že je pozdě na to, abychom dnes omyl z roku 1991 odstraňovali. To mě vede k závěru, že je rozumnější *nevytvářet dnes kodifikaci německého typu*. Na druhé straně subjektivní pojetí zvláštního režimu podnikatelů je do jisté míry potřebné bez ohledu na to, zda bude zakotveno v té či oné kodifikaci. Problému hlubšího pochopení potřeb v regulaci podnikání se tak nemůžeme zcela zbavit. Bez určité zralosti nejenom v tomto směru ovšem nemáme velkou naději na úspěch jakékoli kodifikační práce.

Schválená podoba omezeného obchodního zákoníku je ovšem netradiční. Dojde-li k naplnění záměru autora předlohy občanského zákoníku, který usiluje o vymezení pojmu podnikatele v občanském zákoníku, bude to ještě větší anomálie. Budeme mít

obchodní právo nejenom roztrženo mezi oba kodexy, ale budeme mít základní a výchozí ustanovení obchodního zákoníku obsaženo mimo obchodní zákoník. To je řešení, jež musíme odmítnout, protože je popřením jakékoli koncepce. Vytvářet obchodní zákoník jako kodex upravující postavení subjektu definovaného v jiném kodexu znamená popřít základní myšlenku. Subjektivní princip obchodního práva, který v moderním evropském právu převládl, je založen na myšlence, že to je právě pojem obchodníka nebo podnikatele, který je těžištěm kodifikace. Umístit legální definici tohoto těžiškového pojmu do jiného kodexu znamená popřít jakýkoli koncepční přístup. Nejedná se tedy jenom o formalistickou kapriciosnost, ale o myšlenkovou ucelenost, kterou by kodifikace měla mít.

Věcný záměr schválený vládou právě tímto postojem prozrazuje negativní vztah svých tvůrců k obchodní kodifikaci. Navazuje však také na předchozí úvahy o jednotné kodifikaci, které se v naší komercialistce objevily. Snad právě proto, že se jednalo o přehodnocení původního záměru jednotné kodifikace, byla ve věcném záměru deklarována představa úzkého a redukováného obchodního zákoníku, představa, jež není tolik koncepcí, jako spíše jenom *vynuceným ústupkem*.

Do autory nechtěného a nemilovaného obchodního zákoníku by měla být vyčleněna materie obchodních společností společně s úpravou smluv umožňujících dispozice podnikem doplněná o tradiční součásti obchodních kodifikací, které naše civilistika nechtěla vpustit na půdu zákoníku občanského, jako jsou ustanovení o obchodním rejstříku a k nim přistoupivší ustanovení o firmě, popř. úprava účetnictví. Dokonce i ustanovení o obchodních plných mocích má být součástí občanského zákoníku.

Ve světle výše uvedených úvah se však otevírá otázka, zda by obchodní kodifikace neměla v uspořádávání zákonodárné materie jít podstatně dál. Zda by rozhodnutí o obchodním zákoníku nemělo být naopak přijato jako příležitost k modernímu kodifikačnímu kroku. Třebaže z hlediska praktického neočekávám přijetí takového námětu vzhledem k podivnému klimatu ve vztahu k celé kodifikaci, ke klimatu jenž je směsí nezájmu, povrchnosti a uspěchanosti, domnívám se, že je mou povinností danou vědeckým svědomím takové myšlenky alespoň formulovat.

Proces dekodifikace přináší mimořádně velký objem právní úpravy např. bankovního, pojišťovacího práva, práva kapitálového trhu, dluhopisů apod., tedy oblastí bezprostředně navazujících na právo obchodních společností. Představa obchodního zákoníku pokrývajících všechny tyto oblasti se mi proto jeví jako přitažlivá.

Domnívám se, že by bylo možno vytvořit *moderní inkorporační kodifikaci*, která by shromáždila všechny významné zákonné úpravy týkající se podnikání, i když by zřejmě bylo lépe nepojmout do kodifikace živnostenské právo nebo úpravu svobodných povolání. Centrem kodexu by vedle obecných ustanovení (vymezení pojmů, obchodní rejstřík, obchodní tajemství, firma, účetnictví, jednání obchodníků) byla úprava obchodních společností a dalších podnikatelských právnických osob (družstev, evropských zájmových sdružení, evropské akciové společnosti a pravděpodobně i tuzemské verze zájmového sdružení). Na tuto část by mohla navázat speciální úprava některých subjektů, zejména bank, pojišťoven, investičních společností a podílových fondů, veřejných skladišť. Dále by mohl obchodní zákoník obsahovat i některá zvláštní ustanovení o smlouvách a závazcích, ukázala-li by se taková potřeba. Bylo by však

užitečné inkorporovat také zákony o cenných papírech včetně směnečného a šekového zákona a zákony o průmyslovém vlastnictví.

Přestože by z obecného hlediska bylo vhodné uvažovat i o zařazení konkursního práva, nelze to v současné době doporučit, protože náš zákon o konkursu a vyrovnání je univerzální a vztahuje se i na nepodnikatele. Také soutěžní právo překračuje rozměr práva podnikatelského.

Vidíme tedy, že na jedné straně by byla popsána koncepcí do jisté míry zachována kontinuita s tradičním obsahem obchodních zákoníků, na druhé straně by šla dál až k překonání zjednodušujícího rozštěpení na veřejné a soukromé právo.

Předpokladem takto koncipované kodifikace by bylo respektování její výlučně odborné povahy, tzn. shromáždění příslušných ustanovení, nové jejich uspořádání a uchýlení se jenom ke zcela nezbytným drobným změnám, jež by si vyžádalo nové řazení.

Avšak náš legislativní proces dnes nedává záruku, že nedojde k rušícím neodborným zásahům do materie. Je tudíž obtížné dostatečně energicky podobnou koncepcí, jež by jistě z hlediska úrovně českého práva byla pozitivním přínosem, prosazovat.

Vzhledem k tomu, že zmíněný návrh se zřejmě značně vzdálil možnostem obecného konsensu, pokusím se vrátit blíž k současnému stavu kodifikačních prací alespoň několika poznámkami k uveřejněné obecné části připravovaného návrhu občanského zákoníku.

II. ZVEŘEJNĚNÁ ČÁST NÁVRHU NOVÉHO OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU

I. JAZYK A TERMINOLOGIE

Věcný záměr občanského zákoníku obsahoval příslib péče o vysokou jazykovou úroveň návrhu.⁵⁾ Jestliže však pohlédneme do textu, jenž má být realizací uvedeného závěru, zjistíme, že cíle dosaženo nebylo. Dokonce právě nebezpečí, jemuž se autor chtěl vyhnout a které spočívá v oné „umělé patině“, neunikl.⁶⁾

Především však již ve věcném záměru postrádám formulaci některých základních metodologických principů, jimiž je třeba, aby se tvůrce předlohy kodexu řídil, má-li výsledek jeho práce obstát ve zkoušce praxí a životem.

Základním *principem* musí být cit pro kontinuitu, tradici a jazykovou vhodnost. To vše je nutno vybalancovat s požadavky terminologické jednoty, přesnosti a důslednosti.

⁵⁾ Např. na s. 12: „Respektováno bude, že řeč zákona má být prostá, nehledaná a jasná, že se má vyhýbat strojenosti a vytváření umělé patiny a že zákon, a v první řadě zákoník občanský, není určen pro právníky a filology, ale pro občanstvo“ Na téže straně: „Stejně tak bude důležitá snaha o jasné vyjadřování. Bude se dbát, aby byla pro stejné pojmy používána stejná slova a pro různé pojmy slova různá... Zároveň se bude dbát o vyjadřování jednoznačné. Položí se důraz, aby se nový kodex vyvaroval nejasnosti a dvojsmyslu“.

⁶⁾ Např. v § 149 odst. 4: „...zvláštní kontrolní orgán činný ve sboru nebo jednotlivcem“ Formulace nejenže jazykově působí nepřírozně, ale vyvolává – a to je nejhorší – pochybnosti o svém významu: má jenom vyjádřit, že takový orgán může být monokratický či kolegiální, anebo jí mám být řečeno, že vždy kolegiální orgán může rozhodovat ve sboru nebo svým členem?

Znamená to, že v některých případech bude nutno z jedné pozice ustoupit, abychom vyhověli požadavku protikladnému, a to není možno jinak než pečlivým zvažováním všech pro a proti. Tak např. nemá smysl měnit zažité pojmy a formulace, jejichž přesný význam je jasný a argumentovaný, přestože třeba trpí určitou drobnou nepřesností. Svěvolné upravování terminologie většinou působí spíše směšně, ale také vyvolává závažný problém terminologie navazujících zákonů a případné potřeby modifikace terminologie celého právního řádu, k čemuž lze přistoupit jenom v největší nutnosti.

V návrhu spatřuji některé projevy zvláště necitlivého přístupu. Jedním z nich je snaha o nahrazení pojmu „fyzická osoba“ termínem „člověk“.⁷⁾ Určité formulace skutečně mohou vyznít směšně, sám autor musí kapitulovat, čímž se celá operace stává zbytečnou.

Pojem fyzické osoby je všeobecně (i mezinárodně) přijat, je jasně srozumitelný a vžitý. Naopak termín „člověk“ ve většině formulací působí nevhodně. Tak např. v § 131 odst. 1 i autor musel uznat, že nahradit fyzickou osobou člověkem nelze. V druhém odstavci však již k tomuto kroku přistoupil. Posuďme však, zda to byl moudrý čin.⁸⁾ Nezapomínejme na neblahé zkušenosti téhož druhu – kdy např. název „organizace“ nahrazoval pojem „právnícké osoby“. Jiným příkladem jazykové svévole je novotvar „fundace“, který není ani pěkný, ani potřebný.

Stejně tak nevidím důvod pro opuštění názvu „právní úkon“ nebo (subjektivní) „právo“. Ztěžší lze považovat za nebezpečí možnost záměny práva objektivního a subjektivního. Důsledně užívaný termín „oprávněná“ nahrazující „právo“ opět vede k nezvyklým formulacím (např. § 415 odst. 1: „oprávnění na výživné“), které neznamenají žádný přínos a z jazykového hlediska působí nevhodně. Ještě horší je nahrazení soudu „veřejným úřadem“. Současně přebujelá móda legislativních zkratků by kodifikace jistě neměla ustupovat. Zdá se, že autoři podlehli podobné touze, jako socialistický zákonodárce v šedesátých letech, kdy opustil pojem závazků i další tradiční pojmy. Paradoxně se tak autor předlohy, která by měl vést zpět ke kořenům naší právní kultury, dopouští zcela stejné necitlivosti, jako totalitní normotvůrce.

Jiný problém vzniká, jestliže dochází k posunu ve formulačních zvyklostech zřejmě bez záměru, tedy objevují-li se v návrhu případy, jež mají zřejmě povahu chybných vyjádření.⁹⁾

Chybou metodou je snaha *přeformulovávat* ustanovení, jež se přebírají v obsahově nezměněné podobě, není-li to nevyhnutelné. Návrh je plný takovýchto příkladů zejména ve vztahu k obchodnímu zákoníku, který je sice základním pramenem jeho úpravy právnických osob, ale kde z původních formulací mnoho nezůstalo.¹⁰⁾

⁷⁾ Z formulace na s. 19 věcného záměru přitom podobný záměr nevyzníval tak hrozivě, jak byl nakonec naplněn: „Český zákoník se přidrží i nadále pojmu „fyzická osoba“. Bude jej však používat střídavě, zejména s využitím toho, že v základním ustanovení o fyzických osobách bude fyzická osoba definována jako člověk“. Není snadné odhalit v této formulaci úmysl nahradit fyzickou osobu termínem „člověk“.

⁸⁾ Prvé dva odstavce § 131 znějí: „(1) Likvidátorem může být jen osoba fyzická. (2) Může-li být podle zvláštních ustanovení likvidátorem právnická osoba, musí určit člověka, který bude funkci likvidátora vykonávat v jejím zastoupení“.

⁹⁾ Ustanovení § 383 odst. 1 návrhu zní: „V pochybnostech platí, že právní jednání je platné“. Vzhledem k tomu, že slovo „platí“ označuje fikce a nevyvratitelné právní domněnky, mělo to být „má se za to“. Na jiných místech zřejmě části textu chybí – např. § 427, první věta: „Oprávnění požadovat vydání bezdůvodného obohacení se promlčuje ode dne, kdy k bezdůvodnému obohacení došlo“.

¹⁰⁾ Jako příklad si srovnáme § 66 odst. 1, věta první ObchZ: „Osoba, která je statutárním orgánem nebo jeho členem anebo členem jiného orgánu společnosti, může ze své funkce odstoupit“. Ji odpovídá § 108 odst. 1,

V § 10 odst. 4 návrh formuluje pravidlo, podle něhož „*Není-li možné postupovat podle odstavců 1 a 2, či trvají-li i při postupu podle nich pochybnosti i nadále, posoudí se případ podle normy, jakou by pro tento případ s přihlédnutím k závěrům doktríny a k ustálené soudní praxi vytvořil sám soudce, pokud by byl zákonodárcem*“ Inspirací autora tu byl slavný čl. 1 odst. 2 švýcarského občanského zákoníku: „*A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, a défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*“ („Jestliže chybí aplikovatelné zákonné ustanovení, soudce rozhodne podle obyčejového práva a jestliže chybí obyčej, podle pravidel, která by stanovil, kdyby byl zákonodárcem“ – přel. I. P.). Následující odstavec originálu pak říká, že se soudce inspiruje řešeními případu v doktríně a rozhodovací praxi („*Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence*“).

Přetvoření filozofického základu švýcarské kodifikace znamená vypuštění obyčejového práva jako subsidiárního zdroje soudcovského rozhodnutí a na jeho místo povýšení doktríny a judikatury ještě k tomu formulací, která vyvolává dojem, že soudce je doktrínou a judikaturou obligatorně vázán. Je tato modifikace zlepšením?

Naše doktrína po roce 1989 zchudla až neuvěřitelně. Skutečně hlubokých teoretických prací v produkci právnických nakladatelství mnoho nenalezneme. Také judikatura není dostatečně spolehlivým základem zaplňování mezer legislativy. Vzhledem k celkovému nedostatku teoretické literatury existuje k mnoha otázkám jeden titul nebo ani ten ne. Ten jediný pak získává monopolní postavení, aniž je prověřena úroveň takového pramenu. Skutečně máme dát těmto zdrojům právní závaznost?

Další otázkou je, odkud tedy plyne taková nedůvěra k obyčejovému právu? Vždyť obyčejové právo v jeho pravém slova smyslu je vázáno na podmínku dlouhodobého dodržování a přesvědčení o nutnosti respektování vžitého pravidla. Jistě se lze ptát, nakolik a ve kterých oblastech se mohou u nás obyčejy vytvářet. Není však důvodu se domnívat, že to je cosi nemožného a nepředstavitelného nebo že odkaz na obyčej přináší nebezpečí. Praktiky zneužívající a protizákonné přirozeně nemohou být považovány za obyčejy, máme-li určitou úroveň právního vědomí a právní řád vyrůstající z právních principů.

Zcela jistě však nepřináší větší klid do našich myslí představa autorem předlohy vyjádřené váhy doktrínálních a judikovaných řešení. Jak ale porozumět uvedenému § 10 odst. 4, jestliže jen docela blízko za ním stanoví návrh v § 11 odst. 2: „*Rozhodnutí vynesena o jednotlivých právních případech nemohou být vztahována na jiné případy nebo na jiné osoby, ledaže zákon výslovně stanoví opak*“. Zákon však stanoví opak v § 10 odst. 4. Stanoví opak natolik široce, že je platnost pravidla uvedeného v § 11 odst. 2 značně zpochybněna.

věta první návrhu: „Člen orgánu může ze své funkce prohlášením vůči právnické osobě odstoupit“. Druhá věta téhož § 66 odst. 1 ObchZ znějící „Je však povinna oznámit to orgánu, jehož je členem, nebo orgánu, který ji zvolil nebo jmenoval“ má být nahrazena slovy „prohlášením vůči právnické osobě“. Takto by bylo možno rozebírat většinu navrhaného textu. Teprve hluboká analýza by ukázala všechna rizika podobným úprav (např. komu má být prohlášení předáno v rámci právnické osoby...).

3. ROZSAH KOAGENTNOSTI

Také vymezení principu *dispozitivnosti* v druhém odstavci § 1 se nezdá být vyhovující, jestliže připouští kogentnost ve vazbě na povahu ustanovení jenom „s ohledem na veřejný pořádek, zejména při úpravě osobního statusu a věcných práv“. Otázka pojmu veřejný pořádek u nás není zdaleka jasná (na rozdíl od zahraničních právních řádů) a především zřejmě nutno připustit i kogentní ustanovení, která nebudou mít vazbu na veřejný pořádek. Je běžným jevem v soukromém právu, jestliže zákonodárce chrání kogentním ustanovením *slabší smluvní stranu*. Ochranu spotřebitele, věřitele, dlužníka nebo ochranu menšinového akcionáře však nemohu považovat za ochranu veřejného pořádku. Nejde také o úpravu osobního statutu nebo o úpravu věcných práv.

4. SVÉMOC

Problematika svémoci (v návrhu se mluví o „svěpomoci“, což nevyjadřuje podstatu věci) je významná a hluboká. Její řešení v návrhu považuji za alarmující. Může sloužit jako ukázka nebezpečnosti nedomyšlených volných formulací, jejichž praktické důsledky je obtížné dohlédnout. Funkcí práva, jak se zpravidla přijímá, je právě nahrazení svémoci v lidské společnosti. Mechanismus práva by měl svým působením umožnit, aby si jednotlivec nemusel zjednávat spravedlnost svými silami, ale aby se za tím účelem mohl obrátit na státní autoritu. Jednotlivec se tedy ve státě ovládaném právem *vzdává možnosti* vynucovat si svá domnělá práva vlastní silou a namísto toho se *podřizuje autoritě*, která bude vynucovat respektování právních pravidel. *Právo nastupuje místo svémoci*. V právním státě v důsledku toho je svémoc připuštěna ve velmi omezené míře jenom jako zcela výjimečné řešení situace neřešitelné v daném okamžiku právními prostředky.

Obecný občanský zákoník k tomu v § 19 říkal: „*Každému, kdo se cítí zkrácen ve svém právu, je volno vznést svoji stížnost na úřad, určený zákony. Kdo však jeho opomíjeje, počíná si svémocně, nebo kdo překročí hranice nutné obrany, je za to zodpověden*“. Místo svémoci tak bylo jasně určeno.

Předložený návrh obecné části nového občanského zákoníku však naopak vychází z široké připustnosti svémoci, která – domyšleno do důsledků – by byla vážným ohrožením nejenom právní bezpečnosti, ale dokonce bezpečnosti vůbec. Podle § 14 návrhu v jeho dnešní podobě:

„(1) Každý si může pomoci k svému oprávnění sám, je-li zřejmé, že by státní pomoc přišla pozdě.

(2) Hrozí-li neoprávněný zásah do oprávnění bezprostředně, je každý, kdo je tak ohrožen, oprávněn odvrátit jej úsilím a prostředky, jež se osobě v jeho postavení musí vzhledem k okolnostem jevit jako přiměřené. Tím není dotčen § 4 odst. 1.

(3) Jestliže svěpomoc směřuje jen k zajištění nároku, který by jinak byl zmařen, musí se ten, kdo k ní přikročil, obrátit bez zbytečného odkladu na úřad příslušný podle § 13“.

Prvý odstavec je tak široký, že to skoro znamená zbytečnost jakékoli právní úpravy čehokoli. Zejména u nás přece státní pomoc jen zřídka kdy přijde včas! Dveře svémoci by byly otevřeny dokořán. Vztah druhého odstavce, jenž přináší omezení, i když jenom subjektivní a tedy problematické, k prvnímu je nejasný. Není však pochyb o tom, že první odstavec je mnohem širší. Kritérium přiměřenosti by se tudíž použilo jenom na podmnožinu případů neuspokojených oprávnění – jenom na bezprostředně hrozící neoprávněné zásahy. Druhý odstavec není použitelný na zásahy již *nastalé* nebo na zásahy, které *hrozí nikoli bezprostředně*. Také vazba na pomoc úřadu ve třetím odstavci je jenom omezená. Jenom podle druhého odstavce se díky odkazu na § 4 odst. 1 zapovídá krutost nebo bezohlednost. Podle prvního zřejmě je možno zakročovat libovolně.

Předpokládám, že autor nezamýšlel uvolnit hráze svémoci. Přesto však od první etapy uveřejnění (tehdy v § 15) formulaci nezměnil, což je dalším varujícím signálem.¹¹⁾

III. ZÁVĚR

Cílem této stati nebylo a ani nemohlo být provedení kompletního rozboru uveřejněné obecné části návrhu nového občanského zákoníku. Nebylo možno ani polemizovat s návrhem obchodního zákoníku, neboť zatím byl veřejnosti předložen jenom jeho věcný záměr. Pokusila jsem se vyjít z takto omezených dostupných informací a rozebrat jednak otázky *zásad*, jimiž by se autor kodifikace obecně měl nechat vést, a dále dospět k závěru, zda je *potřebná* v našich podmínkách jak kodifikace obecně, tak kodifikace obchodní, a konečně zaujmout alespoň na okraj *stanovisko* k publikované obecné části návrhu občanského zákoníku. Varováním by měla být novela občanského zákoníku a obchodní zákoník z roku 1991, kdy doktrinální výhrady byly opomenuty. Důsledky jsou dodnes značně tíživé. Neposkytnutí sluchu námitkám může znovu přinést hořké plody. Již dnes vidím reálnou hrozbu v neexistenci diskuse o kodifikaci, v nedostatku zájmu věnovaného probíhajícím pracím právníkou veřejností a v úplné nevědomosti veřejnosti nepravnické. To vše znamená, že stojíme před možností náhlého právního rozvratu, k němuž dojde prakticky nepozorovaně.

Provedený rozbor mě dovedl k závěru, že kodifikace soukromého práva je sice nanejvýš potřebná, avšak *nedostatečně koncepčně připravená*. Věcný záměr občanského zákoníku byl plný kompromisů a nedomyšleností. Přesto v té době nebylo zcela vyloučeno, že další práce vyjasní, dopracují a prohloubí koncepci, dají návrhu pevný tvar a že dospějeme k použitelné předloze.

Věcný záměr obchodního zákoníku byl poznamenám rozpory již ve stadiu schvalování, kritická hodnocení byla jenom evidována. Návrh obecné části občanského zákoníku ukazuje (např. zahrnutím ustanovení o podnikatelích do občanského zákoníku), že k dopracování koncepce obchodního zákoníku autoři nedospěli.

¹¹⁾ Další výhrady k textu obecné části předlohy srov. v mém příspěvku na konferenci, která se konala v Plzni; viz „Několik poznámek k prvním paragrafům návrhu občanského zákoníku“, Justiční praxe č. 8/2002, str. 513–528.

Základní vadou koncepce publikované části paragrafovaného znění *občanského zákoníku* je lavírování mezi recepční tendencí a snahou pojmout do kodexu naprosto nesourodé a mnohdy zcela nevhodné vlivy (zejména úpravu obchodních společností obchodního zákoníku ovlivněnou evropskými směrnici a řada dalších cizorodých prvků nashromážděných v předloze).

Koncepce *obchodního zákoníku* je zásadně ovlivněna nechutí zpracovatelů vůbec přijmout myšlenku obchodní kodifikace, což je dovádí k vytvoření pouze jakéhosi odpadkového koše zbaveného sjednocujícího myšlenkového rámce.

Paragrafované znění obecné části občanského zákoníku je formulačně uvolněné ve vztahu ke všem použitým vzorům, což vede k nedomyšleným, nepřesným, nejasným formulacím, jejichž výkladové problémy by byly nekonečné. Tato vlastnost textu spojená s terminologickými a pojmovými dobrodružstvími by znamenala jednak rozpad slovníku celého právního řádu, jednak nepoužitelnost podstatné části dosavadní, ale i jakékoli jiné literatury a judikatury. České právo by po schválení předložených návrhů začínalo v roce nula.

CODIFICATION OF CZECH PRIVATE LAW IN THE LIGHT OF BUSINESS RELATIONS REGULATION

Summary

The Civil Law codification certainly is of utmost importance, however, its conception has been insufficiently prepared. It was the intended subject-matter of the Civil Code that was full of compromises and hasty ideas. Yet at the time of its publication, the possibility still existed that further work might clarify, elaborate and strengthen the conception, giving thus the proposal a firm shape and, consequently, a material fit for further use could have been accomplished.

The general part of the Civil Code as arranged according to sections is, in its wording, in a loose relation to all models employed. This results in inconsiderate, inaccurate, and unclear formulations, which might produce never ending problems of interpretation. This aspect of the text combined with terminological and conceptual adventures would result in desintegration of terminology of the whole of the system of law on one hand, and uselessness of a substantial part of the available sources and reports on court decisions on the other hand. The fundamental defect of the conception of the published part of the Civil Code as arranged according to sections is equivocating over the tendency to take over ideas and the endeavour to include in the Code absolutely incoherent and frequently entirely unsuitable influences (especially the regulation of companies in the Commercial Code influenced by European directives and a number of quite foreign elements).

The intended subject-matter of the Commercial Code has been affected by controversies as early as in the stage of its adoption while critical reflections were merely registered. As the proposal for the general part of the Civil Code shows (e.g. the provision on entrepreneurs included in the Civil Code), the authors have not accomplished the completion of the conception of the Commercial Code. What is obvious is their unwillingness to accept the idea of commercial codification, which brings them to the creation of merely a kind of waste basket deprived of any unifying conceptual framework.

After the adoption of the submitted proposals, the Czech law would begin in the year zero.