

Bursovni zvyklosti.

Druhá studie k úvodu knihy »Bursovni obchody po stránce právní.«

Rudolf Dominik.

I. Bursovni zvyklosti jsou pravidla pro obchod s určitým druhem zboží na burse v technickém slova smyslu. K výměru srv. Nussbaum v Ehrenbergově Handbuch des Handelsrechtes IV, 544 a násl., Rehme tamtéž I, 278.

Jejich právní povaha je velmi sporná.

Panující nauka spatřuje v bursovni zvyklostech zvláštní druh zvyklostí obchodních ve smyslu čl. 279 obch. zák.: všichni návštěvníci bursy smlouvají pravidelně a stejně u právních jednání téhož druhu určitá vedlejší ustanovení a tak vytvoří se bursovni usance jako výraz obchodního mravu na burse (Laband, Z. f. H. R. 17, 482). Tento názor má velmi mnoho stoupenců. Písemnictví zaznamenává Stranský, Z. f. H. R. 75, 283 a násl., zejména 291 a násl.

Obtíž působí panující nauce zjev t. zv. konstitutivní kodifikace bursovni zvyklostí (Pisko v Ehrenbergově Handbuch des H. R. II, 528). Bursovni orgány totiž dílem sepisují a vyhlásují pravidla, která skutečně se vyvinula v obchodě bursovni, která jsou výrazem mravu ovládajícího obchod bursovni (»deklaratorní kodifikace«), dílem však na základě zákonného zmocnění (srv. na př. § 3 burs. org. zák.) vydávají v mezích zákona pravidla pro úpravu bursovniho styku, zejména pravidla pro uzavírání a vyřizování bursovni obchodů, která dosud nebyla zachována, nýbrž teprve od jistého okamžiku pro budoucnost mají platiti jako mrav obchodu na burse (kodifikace »konstitutivní«).

2. Aby unikla této obtíži, zdůrazňuje panující nauka hledisko smluvní, z něhož již obecný kupecký mrav hodnotila (viz článek můj »Prameny čsl. práva bursovniho« pod č. 15), a učí, že na právní povaze bursovni zvyklostí ničeho se nemění kodifikací konstitutivní: ani konstitutivní pravidla nenabývají závazné moci svým sepsáním a vyhlášením, nýbrž teprve tím, že smluvníci se jim podrobili při uzavírání bursovni obchodů. Arci není potřebí vždy zvláštního projevu vůle v tomto směru, podrobení se zvyklosti tvoří latentní součást úmluvy. Podle zásady o »cti a víře« lze o každém stálém návštěvníku bursy za to míti, že chtěl obchody

své uzavřítí za pravidel řádně stanovených i vyhlášených, opačnou vůli musil by projevití. Kupecká slušnost vyžaduje, aby obchodní podmínky vyhlášené bursovními orgány platily proti všem, kdož neprohlásili opaku: z tohoto obchodního mravu vyvíjí se stálým zachováváním mrav právní, že podmínky ony aplikovati jest jako *lex contractus*.

Myšlenka smluvní, vyjádřená požadavkem podrobení se bursovní usanci, objevuje se v nejrozmanitějších variantách, tu otevřeněji, tu skrytěji, u mnohých zástupců panujícího učení. Zvláště zřetelně vyslovuje ji na př. sám *Laband* n. u. m. 483, 486 a *passim*, *Randa*, *H. R.* 30, *Staub-Pisko* Kom. k čl. 1, § 10, z novějších *Pisko* u *Ehrenberga* n. u. m., *Schmidt*, *Das Reportgeschäft* 5 a m. j. Další stoupence uvádí *Stranisky* n. u. m. 297, pozn. 71, 305 a násl.

Také praxe holduje tomuto mínění. Celá řada, ne-li všechny sepsané zvyklosti našich burs obsahují ustanovení, že tyto zvyklosti platí pro všechny obchody uzavřené na oné burse nebo i mimo ni s odvoláním na její zvyklosti a že oba smluvníci jsou jim podrobeni, nebylo-li při uzavření obchodu výslovně jinak ujednáno. Některé usance ukládají pak výslovně — arci zbytečně — důkaz jinakého ujednání tomu, kdo na toto ujednání se odvolává (srv. na př. čl. I. všeobecných pravidel pro obchod řepovým cukrem a melasou na pražské burse pro zboží a cenné papíry). Rovněž judikatura nejvyššího soudu, a to bývalého rakouského i dnešního československého, pokládá bursovní zvyklosti za předpisy platné pro případy, v nichž smluvníci se jim podrobili; soud může k nim přihlížeti jen, prokáží-li se skutečnosti, z nichž vyplývá závaznost těchto předpisů pro určitý právní poměr. Za příklad stůj nejnovější rozhodnutí nejvyššího soudu československého z 3. ledna 1923, *Rv I 712/22* (*Soudcovské Listy 1923*, příloha č. 4, rozhodnutí č. 318).

Proti hodnocení bursovních zvyklostí jako *lex contractus* staví se zejména *Stranisky* n. u. m. str. 297 a násl. Uznává tuto jejich povahu sice nejen pro případ výslovného podrobení se usanci, nýbrž i pro případ podrobení se konkludentním činem, a to jak ve styku bursovním, tak mezi návštěvníky bursy i ve styku mimo bursovní, ba ve styku mimobursovním i mezi osobami, které svým povoláním, pravidelným a častým prováděním spekuláčních obchodů ocitají se v určitých vztazích k životu bursovnímu: zde všude lze předpokládati vědomost o existenci a obsahu bursovních zvyklostí, ne-li jinak, aspoň podle zásad o kupecké cti a víře a mravu slušných obchodníků. Přes to však nalézá *Stranisky* případy, v nichž úplně selhává hledisko smluvní, jichž okolnosti nedovolují usuzovati na podrobení se zvyklostem ani činem konkludentním: usanci nepodrobil se jistě, kdo o ní skutečně nevěděl, u koho vědomost nelze důvodně předpokládati, kdo uzavřel obchod v den, kdy počaly platiti nové nebo změněné usance, ničeho o tom nevěda. Mimo to obme-

zuje učení o smluvním podrobení se usanci — vyžadujíc příliš rozsáhlou presumpci podrobení mlčecího — praktické užití zvyklostí měrou mnohem větší než pojetí jich jako obchodního mravu. Jejich aplikaci vylučuje důkaz, že jeden smluvník o usanci buď nevěděl, nebo neznámé usanci podrobiti se nechtěl, kdežto obchodní mrav, aspoň ve své funkci interpretační, jako výkladný prostředek projevu, platiti bude vždy, když ho smluvníci přímo nevyloučili negativním projevem vůle. Viz Stransky n. u. m. 301, pozn. 88, s odkazem na Lehmana a Lehrbuch, 2. vyd., 52 a násl., a Rehmana u. m. 271 a násl. K otázce podrobení se usanci a o mlčecím podrobení srv. též mínění Piskova v Kom. k čl. 1, § 9, pozn. 7., s odkazem na Danze, Dogm. Jahrb. 38, 379 a násl., a Ehrlicha, Die stillschweigende Willenserklärung, 286 a násl.

3. Jiná skupina spisovatelů pokládá bursovní zvyklosti za bursovní obyčejové právo. To je stanovisko jednak doktriny starší, která pod výraz »obchodní obyčej« čl. 1. obch. zák. zahrnuje jak obyčej právní, tak obyčej faktické, a tím do jisté míry oba pojmy identifikuje, jednak některých spisovatelů novějších, neuznávajících pojmové formulace obyčejového práva, jak provedla ji panující nauka. Jako zástupce starších budiž uveden příkladem Kope, Z. f. H. R. 8, 356 a násl., z novějších na př. Danz, Dogm. Jahrb. 38, 410, 416.

Panující nauka potírá učení o bursovní zvyklosti jako obyčejovém právu dvěma důvody (srv. Stransky n. u. m. 294 s doklady): že nemůže býti obyčejovým právem nově kodifikované pravidlo, které teprve užíváním má se vžítí, a že obyčejové právo nemůže způsobiti takových změn, jaké vyvolávají nové nebo změněné zvyklosti. Smysl této polemiky jest patrně ten, že v prvném případě poukazuje se buď na nedostatek trvalého a delšího zachování nebo na nedostatek přesvědčení o právní závaznosti usančního pravidla; a v druhém případě zdůrazňuje se požadavek, aby pravidlo obyčejového práva neodporovalo zákonu (»praeter, nikoliv contra legem«). Avšak polemiku panující nauky ztěžuje nemálo skutečnost, že nepodala ani noeticky ani geneticky přesného lišení práva obyčejového a skutečných obchodních zvyklostí: dosud sama není jednotna v názoru, které jsou podstatné pojmové znaky obyčejového práva a contr. faktického obyčeje (srv. článek můj »Prameny čsl. práva bursovního« pod č. 15) a připouští možnost vývoje pouhých obyčejů v obyčej právní, přibude-li k trvalému zachování určitého pravidla přesvědčení o jeho právní nutnosti (srv. Randa, H. R. 32, a cit. v pozn. 59, Staub-Pisko, Kom. k čl. 1, § 10, Rehmen u. m. 270 a m. j.).

Za tohoto stavu věci lze námitky panujícího učení vyvrátiti imanentní kritikou: nevdá, schází-li přesvědčení o právní závaznosti obyčejového pravidla, poněvadž nutnost této náležitosti není

communis opinio panující nauky; nevadí, nebylo-li obyčejové pravidlo trvale a déle zachováváno, poněvadž i pravidlo nově zavedené může se ve smyslu panujících názorů později státi obyčejovým právem, bude-li se jen zachovávat trvale a stejně po určitou dobu a přibudou-li ostatní podmínky vyžadované panující naukou; není podstatným požadavek, aby obyčejové právo neměnilo zákona, neboť pravý opak plyne z obou premis panující nauky »obchodní mrav může měniti zákon« (třeba s obmezením na předpisy dispositivní) a »mrav obchodní může sesliti v právo obyčejové«.

4. Opět jiná literární skupina vidí v bursovních zvyklostech — zvláště kodifikovaných — objektivní právo vydané na základě autonomie, kterou bursám přiznávají organizační zákony bursovní.

Ze staršího písemnictví uvádí L a b a n d n. u. m. 482, pozn. 29, příkladem V ö l d e r n d o r f ů v komentář I, 18 a pamětní spis vratislavské obchodní komory z r. 1860 (srv. též K o m p e, Z. f. H. R. 8, 346 a násl.).

Z novějších na př. C o s a c k (H. R. 1920, 13 a násl.) klade obchodní podmínky bursovní přímo na roveň samotnému zákonu obchodnímu a vedlejším zákonům obchodního práva. Uvádíme doslovně: »Als dritte Gruppe Handelsgesetze kommen sog. autonome Satzungen in Betracht, vor allem die Geschäftsbedingungen der Börsen... Dass sie zu solcher autonomen Gesetzgebung befugt sind, kann man aus Börsengesetz... auslesen«.

Stejně prohlašuje N u s s b a u m (v Ehrenbergově Handbuch IV/2, 547) kodifikované zvyklosti za nejvydatnější pramen bursovního práva.

Rovněž S c h r e i b e r (Handelsbräuche 1922, 36) míní, že kodifikací mění se obchodní obyčej ve své podstatě, neboť mění se zároveň vnitřní vztah zúčastněných k němu: sepsaného obyčeje dovolává se ten, jemuž jest na prospěch, jakoby zákona, nechtěje připustiti otázku, je-li skutečně tak obyčejem. Kodifikované obyčeje neplatí už jako obyčeje, nýbrž pod autoritou psaného slova — jako paragrafy zákona.

Také H e l l e r (Der Getreideterminhandel und seine Technik, 36) pokládá bursovní zvyklosti v celku za sbírku právních norem vydaných bursovní komorou, třeba že rozlišuje dvě skupiny usaných předpisů podle toho, upravují-li právní stránku bursovního obchodu, nebo jeho stránku t e c h n i c k o u, a dělí dále zase předpisy obchodně-technické na dvě skupiny podle toho, jsou-li pouhým formulováním stavu skutečně již existujícího, vyvinuvše se z denního obchodního styku, anebo mají-li teprve dáti bursovnímu obchodu určitý směr. Arci uznává spisovatel sám, že ohraničení jednotlivých druhů těchto předpisů jest vratké, takže pevné seskupení jich s naznačených hledisek ztěžjí dá se provésti a vskutku vůbec se neprovádí.

Proti zástupcům tohoto učení o právní povaze zvyklostí zdůraznil správně již *L a b a n d n. u. m.* 482 a násl., že usance nejsou právním pramenem v tom smyslu, jak míní spisovatelé právě uvedení: t. zv. kodifikace zvyklostí, a to i ustanovení zcela nových, v obchodě dosud neobvyklých, nevyplývá z autonomie kupeckých korporací; takovéto zákonodárné moci v oboru práva obchodního není. Soupis užívaných nebo stanovení nových zvyklostí jest pouze sbírkou nebo návrhem »normativních podmínek« pro určité smlouvy; podle kupeckých názorů jest lhostejno, formulují-li se stereotypní, a proto mlčky sjednávaná vedlejší ustanovení, když už skutečně se jich užívalo, nebo užívá-li se jich skutečně teprve, když k tomu cíli předem byla formulována.

Rovněž *R a n d a* (*H. R.* 30 a násl.) a *P i s k o* (v kom. k čl. 1, § 10, a v *Ehrenbergově Handbuch II*, 529) prohlašují, že obchodní podmínky stanovené a vyhlášené bursovními správami nelze o sobě — bez užívání jich — pokládati za usance, že tyto zvyklosti nejsou pramenem právním, třeba byly schváleny příslušnými státními úřady, a že svou závaznou moc nečerpají ani z t. zv. konstitutivní kodifikace, ani ze státního schválení, nýbrž jen z vůle smluvníků, kteří se jim podrobili. Téhož mínění jsou *S t a u b-K o e n i g e* (všeob. úvod komentáře, pozn. 37), *L e h m a n n* (*Lehrbuch*, 3. vyd., 34), *R e h m* (*Centralverbandskommentar zum Börsengesetz*, 45, pozn. 14), kteří ovšem vesměs také pokládají zvyklosti za mrav obchodu, resp. mlčecí *lex contractus*.

P i s k o (*Kom.* 9 a násl.) odmítá zejména poukaz na § 3 burs. org. zák. a §§ 8 a 9 novely, v nichž mohl by naléztí zdánlivé opory názor jím potíráný. § 3 praví, že »bursovní správě přísluší vydávati v mezích zákona pravidla pro úpravu styku bursovního, ustanovovati zvláště čas bursovní, spravovati hospodářské věci bursovní...« a z §§ 8 a 9 [i jejich motivů, srv. odůvodnění vládní osnovy k těmto paragrafům v příl. 1057 těsn. protokolů poslancecké sněmovny, XVIII. zasedání] je zřejmě patrný názor zákonodárcův, že bursovní zvyklosti kodifikované bursovními komorami tvoří objektivní autonomní právo. Avšak z kontextu § 3, zejména ze slov »ustanovovati zvláště čas bursovní« vyzovuje *P i s k o*, že pravidly pro úpravu bursovního styku mnil zákonodárce pouze předpisy rázu správního. Toto své mínění vidí *P i s k o* potvrzeno i motivy k vládní osnově bursovního organizačního zákona (příl. 90 těsn. prot. posl. sněmovny, VIII. zasedání, § 4, odpovídající dnešnímu § 3 org. zákona), které předně výslovně prohlašují, že toto ustanovení zákona nemyslí na legislativní činnost bursovních správ, nýbrž jen na udržení vnitřního pořádku ve styku bursovním, dále poukazují na § 68 zákona o vídeňské peněžní bursě z 11. července 1854, č. 200 ř. z., z něhož — v souvislosti s §§ 66 a 67 cit. zák. — zřejmě plyne, že má tu jíti o předpisy administrativní povahy, a konečně uvádějí příklady oněch před-

pisů, jichž vydávání příslušetí má správám bursovním. V § 3 nelze tedy podle Piska spatřovati zmocnění bursovních správ k činnosti legislativní, k vydávání předpisů hmotně-právních, které jsou podstatným obsahem zvyklostí bursovních. §§ 8 a 9 novely nelze pak pokládati za zákonnou interpretaci §u 3 org. zák. v tom smyslu, že se jimi zásadně uznává, leč značně omezuje, právo bursovní správy vydávati autonomní předpisy. Neboť názor zákonodárcův, že bursovní správy kodifikovanými zvyklostmi tvoří objektivní právo, je mylný a pro vykladače nezávazný. Smysl §§ 8 a 9 je pouze ten, že zvyklosti zemědělských burs, jež nebyly buď příslušnými ministerstvy schváleny, buď řádně vyhlášeny, anebo jimž schválení bylo odňato, nemají moci závazné.

Výklad Piskův vyvrací Stranský n. u. m. 311 a násl. Podle jeho mínění nelze zmocnění bursovních správ k legislativní činnosti spatřovati v § 3 org. zák., neboť jeho znění i dějiny redakce skutečně svědčí tomu, že právem a povinností bursovní správy mělo býti jen »udržení vnitřního pořádku v bursovním styku«, a to předem na základě administrativním. Za to však nutno spatřovati takovéto zákonné zmocnění bursovních správ, aby upravovaly určitou, třeba omezenou část bursovního styku normami, které mohou odporovati zákonným předpisům, v ustanovení čl. 331 obch. zák. a v §§ 10 a 16 burs. org. zák. Legislativní autonomie burs je zcela nepochybná, jde-li o změny v počítání doby podle čl. 328—330 obch. zák., pokud týkají se lhůt likvidačních při obchodech bursovních (čl. 321 a § 10), jde-li o likvidaci bursovních obchodů (§ 10) a provedení koupí nebo prodejů dle čl. 311 a čl. 354—357 obch. zák. prostřednictvím obchodních dohodců pro nesplnění závazku neb prokázanou insolvenční smluvníka (§ 16). Na tom nutno podle mínění autora setrvati i pro bursy zemědělské, které podléhají zákonu z r. 1903. Přes značná omezení, obsažená v §§ 8 a 9 tohoto zákona, zůstala autonomie bursovních správ v rozsahu shora naznačeném i nadále. Stranský poukazuje (n. u. m. 315, pozn. 133) na stylisaci úvodní věty § 8 (»předpisy, které bursovní správa vydá za příčinou úpravy obchodních podmínek a vyřizování bursovních obchodů...«) i na dějiny redakce tohoto zákona (n. u. m. str. 313 i násl.), z nichž nelze vyčísti úmyslu, že autonomie zemědělských burs úplně měla býti zrušena, nýbrž naopak plyne, že ve veřejném zájmu měla pouze býti omezena.

Názor Stranského projevený na tomto místě jeho práce (jinak zase vyslovuje se na u. m. str. 329, srv. dole pod č. 6) jest tedy ten, že bursovní správy jsou právním řádem zmocněny, aby v jistých případech vnitřního bursovního styku vystupovaly jako zákonodárce a vydávaly předpisy i proti samému zákonu. Tomuto mínění Stranského nelze přisvědčiti a bude podrobeno příslušné kritice v souvislosti s ostatními názory jmenovaného spisovatele.

5. Uvažujíc o uvedených teoretických rozporech došla řada spisovatelů k přesvědčení, že právní povahu bursovních usancí nelze určití jednotně pro zvyklosti v celku: zvyklosti ty obsahují rozličné prvky různé právní povahy. Avšak stoupenci tohoto učení značně se rozcházejí v názoru, ze kterýchto součástí tyto zvyklosti se skládají.

H. R e h m (Centralverbandskommentar zum Börsengesetz, pozn. 14 k § 4) má za to, že obchodní podmínky stanovené bursovními orgány pro uzávěrky smluv (usance) jsou pouhými osnovami vzorů smluvních, jichž každému návštěvníku bursy jest použití, ač-li arci již před tím, než bursovní komora je sepsala, nebyly obchodními právem obyčejovým. Rovněž P. R e h m e (n. u. m. 278) a mnozí jiní míní, že bursovní zvyklosti jsou dílem předpisy práva obyčejového, dílem jen návrhy normálního smluvního obsahu, výslovně či mlčky chtěná součást každé dohody na burse.

P o l l i t z e r (H. R. 409) zase prohlašuje valnou většinu předpisů usancních za obchodní obyčej ve smyslu čl. 279 obch. zák., mizivou menšinu za obchodní obyčejové právo.

Naproti tomu pokládá P f l e g e r (čl. »Börsenrecht«, Conrad-Lexis Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. vyd., sv. III.) bursovní zvyklosti z části za pouhý obchodní obyčej, z části za obchodní obyčejové právo, a největší i nejdůležitější část zvyklostí za právo autonomní ve smyslu názoru C o s a c k o v a.

Učení P f l e g e r o v o doslovně převzal S t r a n s k y (n. u. m. 328 a násl.); pokusil se však doplniti a podepřiti je tím, že pátrá po základech legislativní autonomie burs. Jako P f l e g e r pokládá i S t r a n s k y některá ustanovení usancní za výraz obchodního mravu na burse ve smyslu čl. 279 obch. zák., některá za kodifikované obchodní obyčejové právo ve smyslu čl. 1 obch. zák., a zbytek zvyklostí bursovní správou stanovených a vyhlášených za právní předpisy autonomní. K vydávání takovýchto norem soukromoprávních z vlastní síly jsou bursovní správy podle mínění tohoto autora zmocněny jednak zákonem, jednak ale také obyčejovým právem. Zmocnění zákonné plyne z čl. 331 obch. zák. a §§ 10 a 16 burs. org. zák. (viz nahoře pod č. 4), na zmocnění právním obyčejem souditi lze z faktického výkonu této autonomie na základě právního přesvědčení, že tomu tak býti má. Faktický výkon autonomie nepotřebuje podle S t r a n s k é h o důkazu, opinio necessitatis bursovní správy je mu zcela jistá, a totéž možno podle něho s velkou pravděpodobností tvrditi také o většině návštěvníků bursy, pro něž a proti nimž mají platiti tyto normy.

Autonomní předpisy vydané bursovní správou, ať na základě zmocnění zákonného, ať na základě zmocnění právem obyčejovým, mohou jíti, jak míní S t r a n s k y, přes zákon a odporovati jeho předpisům dispositivním. Vždyť předpisy takové ustupují i ustanovením smluvním a obchodní zákoník sám na různých místech dává

přednost úmluve, místnímu zvyku nebo místním nařízením: nebylo by důsledné pokládati nařízení autonomní za slabší, když přece možno je lehce postavit na roveň nařízením místním.

Derogaci zákonných předpisů dispositivních provádějí autonomní nařízení bursovní, vydaná jak na základě zmocnění zákonného, tak zmocnění právem obyčejovým. Neboť ani v posledním případě nejde o přímou změnu zákona právem obyčejovým (připustnost této derogace byla by sporná), nýbrž o změnu způsobenou předpisem autonomním, vydaným na základě zmocnění obyčejově-právního (S t r a n s k y n. u. m., pozn. 175).

Spisovatel je o správnosti svého právního hodnocení bursovních zvyklostí tak přesvědčen, že za vyloučení pokládá každou námitku (n. u. m., pozn. 169). Rozebrání těchto usancí na jednotlivé různé součástky odpovídá podle jeho mínění úplně »povaze věci«, analogie tohoto postupu vyskytuje se v obchodním právu častěji (srv. na př. posuzování právní povahy železničního dopravního řádu), takže pokusy, vtěsnati do jednotného právního rámce bursovní zvyklosti jako celek, nutně činí dojem šablonovitého řešení naší otázky.

6. Leč tomu není tak. Rozbor bursovních zvyklostí, který podle P f l e g e r a do důsledku provedl S t r a n s k y, je vadný s hlediska právně-noetického (právního poznávání) a neupotřebitelný s hlediska právní aplikace (praxe).

Jde o stanovení právní povahy bursovních usancí. Stanoviti právní povahu zvyklostí znamená uvést je v náležitý vztah k právnímu řádu a v rámci právního řádu určit jejich význam. P r o b l e m e m je tedy: čím jsou usance v rámci právního řádu, odkud berou svou relevanci právní a závaznost. Na tuto otázku nelze odpověděti s panující naukou, ani že zvyklosti jsou obchodním mravem, jemuž smluvníci se podrobili buď výslovně, nebo mlčky, že tedy děkují za svůj právní význam vůli stran, ani že jsou obchodním právem obyčejovým, čerpajíce svou závaznost z vůle národa nebo určitých jeho vrstev, jež jest »vlastním činitelem pravotvorným«, přímým pramenem objektivního práva, ani že jsou předpisy autonomními, jimž závazné síly dodává vůle a moc správních orgánů bursovních. Neboť takto odpovídajíc zjišťuje panující nauka vznik a původce zvyklostí, oznamuje, odkud přišly do platného právního řádu a kdo chtěl jejich vzniku, chápe zvyklosti jako něco jsoucího, jako účinky jistých příčin, a spatřuje působící příčinu ve vůli, ve chtění určitých subjektů. Jinak řečeno, zaměňuje příčinu přirozenou (causa fiendi) s příčinou účelovou (causa finalis), plete kausalitu přirozenou s kausalitou teleologickou a — vnášeje současně obojí způsob nazírání do poznávání právního — hřeší na základní zásadě vědeckého myšlení, jednotné poznávací metodě. A zároveň povyšuje svou konstrukci určitě

vrstvy národa, určité společenské třídy (obchodníky, návštěvníky bursy), ba dokonce pouhé správní orgány (bursovní komory) na zákonodárce, jejich projevy na pramen práva — důsledek, který jistě by se přičil i tradiční nauce historicko-právní, převzaté z pravovědy římské (srv. D 1, 1, 32, 1), podle níž v úle lidu, tedy jen celého státního národa, jest základem všeho práva, má moc závaznou, ať projevuje se zákonem nebo právním obyčejem.

Máme-li posouditi právní povahu usancí, jest nám uvažovati o nich jako předpisech hotových v jejich vztahu k právnímu řádu. Tento vztah je nutně stejný pro všechny usanční předpisy, ať byl jejich původ jakýkoliv. Pozorujeme-li tedy takto, jak pravíme, staticky, pravidla usanční, musíme na otázku po jejich právní relevanci a závaznosti odpovídati jen poukazem na normu, která zvyklostem propůjčuje právní význam. Proč má býti to, co stanoví obchodní zvyklost? Poněvadž tak podle určité normy má býti. Tato jiná norma, na niž poukazujeme, jest důvodem poznání (důvodem logickým, causa cognoscendi) pro povinnosti stanovené zvyklostmi. Normativně správná odpověď na otázku naši bude tedy zníti: zvyklost platí, poněvadž dopouští tak právní norma, která na zvyklost se odvolává. Ale také tato norma — nepředstavuje-li arci sama již nejvyšší normu určitého právního řádu, která jest důvodem všech norem ostatních, z níž všechny ostatní svou relevanci čerpají — jest nutně v logickém vztahu k jiné normě »vyšší«, u níž nelze již na otázku po právní relevanci odpověděti poukazem na normu jinou. Souhrn těchto svrchovaných, normativně dále neodvoditelných norem, tvoří právní řád určitého státu, který jest jediným samostatným pramenem právním, jediným samostatným zdrojem všech subjektivních povinností a práv. Vzhledem k těmto normám katexochen jeví se normy z nich odvozené jako normy druhotné a nemají bez normy svrchované vůbec právního významu, to jest, nelze z nich odvozovati ani právních povinností, ani subjektivních práv.

Pro platnost podružné normy jest lhostejno, jakým způsobem ji autorisuje norma prvotní. Tato buď může prohlásiti za svůj obsah, tedy za právní povinnost, to, co jest, co ve státě, v určitých kruzích společenských, v určitých třídách obyvatelstva skutečně se zachovává (obyčeje, zvyklosti); anebo může dovoliti určitým svazkům státních občanů, orgánům správním anebo i jednotlivcům, aby vydávali normativní pravidla v oboru své působnosti normou rozmanitě ohraničené a pod. Vždy však odvozuje norma druhotná svou platnost, to jest své právní bytí, z dopuštění normy svrchované, ne již z pouhé skutečnosti, že se obsah podružné normy zachovává u mínění, že tak právem býti má, anebo že tak jest účelné a vhodné, ani ze skutečnosti, že druhotnou normu vydal orgán veřejné správy, ani z kteréhokoliv fakta jiného: neboť povýšením těchto skutečností

na pramen práva rovnocenný normám prvotním rozpadl by se právní řád na řadu samostatných normových souborů, mezi nimiž nebylo by logické souvislosti. Pozorujeme-li pak tyto druhotné normy s hlediska normy svrchované, jeví se v poměru k ní všechny jako podmínky její aplikace, jako skutečnosti, na které norma katexochen, součást právního řádu, víže určité povinnosti a práva. Čili jinak: v rámci jednotného, logicky uzavřeného a svrchovaného právního řádu nemůžeme rozlišovati jednotlivých norem druhotných, ani jejich souborů (na př. obyčejů právních od obyčejů faktických), poněvadž všechny vůči normám prvotním, součástí právního řádu, mají stejnou relaci, všechny z nich čerpají svůj právní význam a závaznost.

Přes toto těsné spojení norem prvotních a druhotných lze při výkladu kterýkoliv soubor podružných norem (na př. obchodní zvyklosti, usance určité bursy) izolovati a samostatně (to jest bez zřetele na normy katexochen) zpracovati; jen za samostatný pramen právní, za samostatný zdroj práv a povinností subjektivních, není možno ho pokládati, má-li zůstat zachován metodologický předpoklad jednotnosti právního řádu.

Je skutečným potěšením, můžeme-li zaznamenati, že teorii zde rozvinutou již před námi p r o o b o r o b c h o d n í h o p r á v a stručně vyslovil vynikající český učitel práv Tilsch ve svém Občanském právu, část všeobecná, str. 41: »V oboru práva obchodního uhájilo právo obyčejové (ovšem jen z dopuštění zákona) místo druhé po zákonníku obchodním (čl. 1 obch. zák.). Jest však velice pochybné, existuje-li skutečně nějaké obyčejové právo obchodní, odlišné od zvyklosti...«

Zmíněná hierarchie právních předpisů a stejná relace druhotných norem k normě svrchované neušla zcela ani S t r a n s k é m u; avšak běžné představy dnešní teorie nedovolily mu, aby dospěl správných důsledků.

Konstatuje-li, že bursovní správy vydávají »autonomní usance« na základě zmocnění zákonného (str. 312, 329) nebo právně-obyčejového (str. 333), dobře postřehl, že autonomní předpis čerpá svou závaznost z jiné (vyšší) právní normy, třeba normy práva obyčejového — a ta ovšem zase z jiné normy, že tedy mezi normami je určité pořadí. Tvrdí-li však zároveň (str. 329), že bursovní správy vydávají autonomní usance »z vlastní moci«, »z vlastní síly«, dopustil se zřejmé kontradikce in adjecto, poněvadž toto »z vlastní moci« nelze chápati jinak než »m i m o p r á v n í ř á d«, t. j., aniž čerpají oprávnění k tomu z právního řádu. Konstatuje-li dále, že autonomní ustanovení mohou odporovati předpisům zákonným (str. 312), chybuje, poněvadž byl by nesmyslným zákon dovolující správním orgánům měniti svůj obsah v kterémkoli směru; prohlašuje-li však jinde (str. 329 a 334) opatrněji, že autonomním ustano-

vením lze měniti dispositivní zákonné předpisy jako úmluvou stran, místním zvykem nebo místním nařízením, ježto autonomní ustanovení dalo by se lehce koordinovati místním nařízením, postřehl opět správně, že vzhledem k zákonu jsou autonomní předpisy úplně rovny místním nařízením — ale ovšem také místním zvykům a úmluvě stran. Avšak stylistický obrat »d a l o b y s e« a výslovné ohrazení spisovatelovo, že nezamýšlí autonomní předpisy srovnávati s ostatními uvedenými skutečnostmi, dosvědčuje jasně mylný jeho názor, že pokládá obchodní pravidla vydaná bursovní správou za normy rovné normám zákonným (státním) a bursovní správu za zákonodárce, za subjekt normotvorný, rovný onomu, který vydává normy s neodvozenou relevancí právní, totiž státu.

7. Zbývá prozkoumati kritisované učení s hlediska právní aplikace. Jsou-li zvyklosti z části obchodním mravem, z části obyčejovým právem, z části ustanovením autonomním, bude nutno v každém konkrétním případě předem zjistiti právní povahu jednotlivého usančního předpisu a aplikovati ho podle této právní povahy. To proto, že panující nauka (formulovaná na př. ve Staub-Piskově Kom. k čl. 1, §§ 7—9) v tomto směru přesně rozlišuje: kdežto právu obyčejovému jsou návštěvníci bursy podrobeni, jako každé objektivní právní normě bez ohledu na svou vůli, lze obchodního mravu užití proti nim jen, když se mu — třeba mlčky — podrobili; kdežto obchodní mrav předchází nezávazným předpisům zákona jako každá jiná dispoice stran, jest obchodní právo obyčejové právní normou pouze podpůrnou; kdežto s právními obyčejí jest v procesu při důkazu nakládati jako s předpisy objektivního práva a nesprávné jich užití je důvodem k revisi podle § 504, č. 4 c. ř. s., neplatí totéž o obyčejích faktických. Obyčejovému právu rovnati se bude podle názorů panujících předpis autonomní, arci ve smyslu vývodů S t r a n s k é h o (n. u. m. 334, 329) s tím závažným rozdílem, že ustanovení autonomní mohou měniti nezávazné (dispositivní) předpisy zákona.

A tu objeví se neudržitelnost kritisovaného učení v pravém světle: v konkrétním případě bude sice možno zjistiti, které pravidlo usanční je ustanovením autonomním (o tom informují nás jednací protokoly bursovní správy), ale jak určí se — zvláště při tak zvané deklaratorní kodifikaci obchodních podmínek — že zvyklostní pravidlo má v určitém případě povahu obchodního mravu nebo obyčejového práva? Jest přece hranice obou podle nauky dnes běžné tak vratká a změna obyčeje faktického v obyčej právní kdykoliv možná. Vždyť sami zástupcové panujícího učení (srv. na př. P i s k o v Kom. k čl. 1, pozn. 7, s poukazem na P f e r s c h ů v Problem des Gewohnheitsrechtes, str. 14) pochybují o tom, že pojmové znaky, stanovené pro obyčej právní a faktický, poskytují praxi dostatečnou oporu pro zařazení obchodních zvyků do té či oné skupiny.

Podarí-li se přes to zjistiti domněle různou právní povahu jednotlivých usančních pravidel, nastanou další obtíže. Toto pravidlo — jsouc ustanovením autonomním nebo obyčejem právním — platí podle nauky panující jako právní předpis bez ohledu na vůli smluvníků, ono — jsouc obyčejem faktickým, výrazem obchodního mravu — platí jen, byla-li tu vůle jemu se podrobiti. Podrobovací vůli nutno pak ve smyslu panujících názorů projevit různým způsobem podle toho, má-li obchodní mrav d o p l ň o v a t i nebo v y k l á d a t i vůli smluvníků. Platnost obchodního mravu ve funkci doplňující jest podmíněna pozitivním projevem vůle, jeho platnost ve funkci výkladné předpokládá, že není tu negativního projevu. Záporný projev vůle musí zřejmě býti patrný. Nedošlo-li k němu zcela zřejmě, anebo je-li pochybna tato skutečnost, má soudce rozhodnouti podle obchodního mravu (srv. R e h m e v Ehrenbergově Handbuch I, 273 a násl., a literaturu tam seznámenou).

Tato klasifikace podmínek, za kterých lze užití jednotlivých zvyklostních pravidel, jest naprosto nepřijatelnou, zejména pro obchod bursovní. Bursovní zvyklosti tvoří jednotný, organický celek, jejich jednotlivá pravidla do sebe účelně zapadají a k jedinému cíli směřují: tím jest, vytvořiti prosté, jasné, lehce přehledné právní poměry a vyloučiti všechny komplikace, které by mohly překážeti hladkému sjednání a vyřízení obchodů bursovních. Nemají-li bursovní zvyklosti minouti se tímto cílem a pozbyti své organické celistvosti, nelze jednotlivých jejich ustanovení posuzovati samostatně a rozdílně podle toho, jak vznikala, nýbrž nutno vázati aplikaci všech usančních předpisů na podmínky stejné.

Tak děje se v praxi — přes všechny pochyby a námitky teoretické. Proto obsahují kodifikované usance našich i cizozemských burs zcela prostý předpis o užití zvyklostí: zvyklosti platí pro všechny obchody se zbožím, kterým se obchoduje na oné burse, ať obchod ujednan byl přímo na burse, nebo i mimo ni s odvoláním na její zvyklosti, ač-li smluvníci jinak neustanovili při sjednání obchodu. A třeba P i s k o (Kom. k čl. 1, § 9, pozn. 7, s odvoláním na D a n z e, Dogm. Jahrb. 38, 379 a násl., a E h r l i c h a, Die stillschweigende Willenserklärung, 286 a násl.) prohlásil, že zjištění podrobovací vůle v praxi vážně se neběře a ani bráti nemůže a že poukaz na podrobení se mlčky není než pouhou fikcí, jest schváliti názor nejvyššího soudu, vyslovený v jeho nejnovějším nálezu (viz nahoře pod č. 2), že usance bursy platí jen pro případy, v nichž smluvníci se jim podrobili a že soud nemůže bráti na ně zřetele, nejsou-li tvrzeny a prokázány skutečnosti, ze kterých vyplývá závaznost těchto usancí pro určitý právní poměr.

8. Otázka, o jejíž řešení jde, přesahuje svým zásadním významem značně rámec našeho pojednání i práva bursovního. Podstata práva obyčejového a obecných zvyků a jejich umístění v právním

řádě jest jedním ze základních problémů vědy práva obchodního i občanského a právní vědy vůbec. Ač zviklány jsou samy její základy, nechce nauka dnes běžná upustiti od stradičního lišení mezi obyčejem právním a faktickým, pokládajíc prvý za právní normu, ba pramen a důvod vzniku objektivního práva, druhý za pouhou předpokládanou vůli stran nebo cos jiného, nikoli však za právní pravidlo. —

Tento rozdíl uplatňuje panující nauka zvláště také při výkladu obchodního zákoníka, který v čl. 1. poukazuje na obchodní zvyky jako podpůrný pramen obchodního práva. Obchodní zákoník svou dikcí nerozlišuje obyčejů právních a obyčejů faktických. Zmiňuje obchodních zvyků v čl. 1, 326, 327, 334, 342, 349, 352, 369, 370, obchodních obyčejů a zvyků v čl. 279, místních zvyků v čl. 82, 83, 285, 339, 346, 351, 371, 394, toho, co jest obvyklé v čl. 290, 376, 383, 385 a j.

Již Laband uvedl ve svém často citovaném a pro otázku obchodních zvyků základním článku (Z. f. H. R. 17, 467, 500 a násl.), že norimberská konference neuvědomila si vždy s žádoucí přesností pojmového rozdílu mezi právem obyčejovým a faktickým zvykem, že zejména při stylisaci čl. 1. obch. zák. byl tu dílem skutečný rozpor mínění redaktorův, dílem nejasná představa příslušných pojmů, a že výraz »obchodní zvyky« bez dalšího dodatku proto došel souhlasu většiny, že každý mohl mu podložit ten smysl, který právě odpovídal jeho mínění. Odtud pochodí, že obchodní zákoník užívá výrazu »obchodní zvyk« a obrátů analogických na různých místech ve smyslu různém, a proto vznikají při výkladu jednotlivých článků pochybnosti, jaký vlastně byl úmysl zákonodárcův.

Přes to však chce Laband z obchodního zákoníka vyčísti běžné učení o rozdílu mezi obyčejem právním a obyčejem faktickým. Tento rozdíl plyne Labandovi z rozličné jakosti předpisů, které poukazují na obchodní zvyk. Takový poukaz může podle něho míti dvojitý smysl. Obchodní zákoník chce tím buď kvalifikovati určité své ustanovení jako předpis pouze subsidiární, resp. nemíni dáti obecného předpisu, chce tedy v prvé řadě přiznati platnost předpisům partikulárním nebo lokálním; anebo chce tímto poukazem kvalifikovati svůj předpis jako pouze dispositivní, tedy přiznati v prvé řadě platnost ujednáním smluvním. Poukazuje-li obchodní zákoník na obchodní zvyk ve smyslu prvém, znamená mu obchodní zvyk obyčejové právo: jen obyčejové právo může tvořiti právní předpisy, pouhá faktická zvyklost nemůže nikdy zastupovati skutečný předpis právní. Poukazuje-li však zákoník na obchodní zvyk ve smyslu druhém, znamená mu tento zvyk obyčej toliko faktický, usanci: neboť jen tato přichází v úvahu jako *pars contractus* nebo prostředek výkladný proti zákonnému předpisu dispositivnímu. Podobně formuluje Randa (Obchodní právo

35, pozn. 58, H. R. 32, pozn. 59): »Kdykoliv zákon obsahuje předpis dispositivní, subsidiární [obou přídatných jmen užívá R a n d a jako totožných, tedy poněkud jinak než L a b a n d], kdekoliv poukazuje předem k úmluvě stran, tam má usanci (zvyklost) na mysli. Kdykoliv ale zákon »obchodní obyčej« jmenuje vedle partikulárních (zemských) zákonů, má na mysli právní obyčej.«

Do první skupiny patří podle L a b a n d a i R a n d y na př. čl. 326, 334, 339, 342, 346, 352, 369, 370, 394, do druhé na př. čl. 82, 83, 349.

Pro výklad čl. 1. obch. zák. zvláště trvá L a b a n d (str. 507 a násl.) na tom, že výrazem »obchodní obyčej« míní se p o u z e o b y č e j o v é p r á v o, poněvadž čl. 1 nařizuje užití jich bezpodmínečně, nečině jich závislymi na vůli smluvníků, nýbrž toliko na skutečnosti, že není tu zákonného, ani dispositivního, předpisu.

Proti L a b a n d o v i dokazuje Z o l l, Dogm. Jahrb. 13, 358 z konferenčních protokolů, že výraz »obchodní obyčej« v čl. 1 měl označovati jak obyčej právní tak faktické. Srov. k tomu L u t z, Protokolle, 10—13. Novější popírají pak L a b a n d ů v názor, že výrazem »místní zvyk« míní obchodní zákoník — podle L a b a n d o v a schematu — v některých člancích místní obyčejové právo, v jiných zase pouhý faktický místní obyčej (srv. jednak na př. čl. 82, jednak na př. čl. 351), a učí, že místní zvyk je vždy zvykem faktickým, který však nemusí býti právě mravem obecným: proto právě neužil zákon výrazu »zvyk obchodní«. Tak R e h m e n. n. m. 276 a násl. a cit. tam v pozn. 63.

L a b a n d o v o a R a n d o v o výkladné pravidlo je vskutku neudržitelné: vždyť i čl. 82 i čl. 349, které oba spisovatelé uvádějí jako příklad předpisu (podle L a b a n d o v y terminologie) subsidiárního, jsou předpisy dispositivními ve smyslu panující nauky. To o čl. 82 obch. zák. částečně připouští sám L a b a n d n. n. m. 506, a R a n d a (Obch. právo 35, pozn. 60) výslovně podotýká, že ani tam, kde zákon myslí na právní obyčej, není vyloučena platnost usance. Takto ovšem selhává vodítko, které měla tvořiti rozličná jakost jednotlivých předpisů poukazujících na obchodní zvyk, a zůstává panující nauce pro většinu případů nadále nejasno, kdy jest při aplikaci obchodního zákoníka bráti zřetel na obyčejové právo a kdy na pouhou zvyklost obchodní.

Je-li správným teoretický poznatek, k němuž nahoře jsme dospěli, že v rámci jednotného, logicky uzavřeného a svrchovaného právního řádu není rozdílu mezi t. zv. obyčejem právním a obyčejem faktickým, poněvadž obojí vůči součástkám právního řádu, normám katexochen má relaci úplně stejnou, jest nutno uplatniti ho i při výkladu obchodního zákoníka: za obchodní zvyky a obyčeje jest pokládati všechen obvyklý způsob jednání, v němž si libují obchodnické kruhy, který po určitou dobu jednotně zachovávají, a

to bez rozdílu, ovládá-li je představa, že jednání to jest právně nutné či jen rozumné, přiměřené a vhodné. Neboť obyčejně neodvozuji své platnosti ani z trvalého zachování, ani z představ a vůle zúčastněných subjektů, nýbrž z normy, která je povolává za svůj pramen podpůrný. Za podpůrný pramen v tom jediném smyslu, že obsah zvyklosti třeba zjistiti před aplikací předpisu, který obyčejně se dovolává, a tímto obsahem doplniti obsah normy zákonné.

Správný teoretický poznatek musí platiti jako správný i v praxi. Vždyť už Kant (Populäre Schriften, 46 a násl.) prokázal snad dostatečně nepravdivost věty »das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis« — aspoň pro teorii založenou na pojmu povinnosti, tedy i teorii právní.