

## **ZÁKON A ROZHODNUTÍ (K PROBLEMATICE TVORBY PRÁVA V MEZIVÁLEČNÉ PRÁVNÍ VĚDĚ)**

ONDŘEJ HORÁK

Katedra teorie práva a právních dějin  
Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

### **Abstract in original language**

Príspevok bude pojednávať o názorech meziválečné právní vědy (Krčmář, Kubeš a Sedláček) na tvorbu práva, především na vztah zákona a rozhodnutí, na roli judikatury a na právní interpretaci (resp. na § 6 a 7 ABGB).

### **Key words in original language**

Tvorba práva; Právní interpretace; Zákon; Rozhodnutí; Judikatura; Obyčej; Meziválečná právní věda; Krčmář; Kubeš; Sedláček.

### **Abstract**

The article deals with opinions of interwar jurisprudence on law creating (Krčmář, Kubeš, Sedláček), especially on act and decision, role of judicature and law interpretation (§ 6 a 7 ABGB).

### **Key words**

Law creating; Law interpretation; Act; Decision; Judicature; Custom; Interwar jurisprudence; Krčmář; Kubeš; Sedláček.

### Úvod

Na počátku nového milénia se na stránkách Českého časopisu historického vedla zajímavá polemika dvou historiků o pojetí národa v meziválečném Československu. Odrážela nejen odlišné názory na meziválečnou éru, ale i dva protichůdné argumentační přístupy: ze strany Evy Broklové nejen příkladně idealizující a dogmatický, ale i zbytečně osobně vyhocený.<sup>1</sup> S odstupem tyto příspěvky komentoval i Václav Pavlíček a na adresu obou historiků tehdy zazněla výtky, že nevěnovali pozornost problematice „s dostatečnými hledisky právními, tj. s ohledem na to, že soud může jen

---

<sup>1</sup> Srov. KUČERA, Jaroslav. Politický či přirozený národ? K pojetí národa v československém právním řádu meziválečného období. *ČČH*, 2001, roč. 99, č. 3, s. 548-568, a BROKLOVÁ, Eva. Politický nebo etnický národ? *ČČH*, 2002, roč. 100, č. 2, s. 379-394.). Polemika mimoděk odráží i jeden z příkladů soudobé cenzury, kdy dr. Broklová z pozice tehdejší ředitelky Masarykova ústavu již dříve odmítla publikovat jeden z Kučerových konferenčních příspěvků, který nekonvenoval s jejím názorem na to, jakou představu by si čtenáři měli udělat o první republice - Ústav by měl být přitom garantem vytváření podmínek pro objektivní bádání o meziválečné éře a pro vedení dialogu.

interpretovat platné předpisy, nikoliv je vytvářet“.<sup>2</sup> Obdobné tvrzení o roli soudů najdeme i v jiných jeho příspěvcích, např. že soud „právo nevytvářel, ale na základě platných právních norem svými nálezy právo nalézal“.<sup>3</sup> Zatímco z hlediska právně-teoretického to může být otázka diskutabilní, tak z právně-historického to je tvrzení chybné. Na následujících stranách se pokusím alespoň výběrově představit jak názory meziválečné právní vědy, tak i několik takřka „učebnicových“ příkladů toho, jak meziválečná judikatura dotvářela či vytvářela právo.

#### Meziválečné polemiky (Kubeš vs. Krčmář)

K představení názorů meziválečné právní vědy využiji další polemiku, tentokrát meziválečnou, publikovanou pod stejnojmennými články „Zákon a rozhodnutí“.<sup>4</sup> Rád bych ji však uvedl ještě jednou historiografickou poznámkou: když přijel Viktor Knapp v roce 1990 do Brna na konferenci o Františku Weyrova, zmínil ve své příspěvku, který věnoval otázkám právní interpretace, také jeden separát o vztahu zákona a rozhodnutí (kde byl otištěn nezjišťoval), který dostal od svého učitele Jana Krčmáře.<sup>5</sup> Krčmář přímo a Weyr zprostředkovaně (svým dílem) pro něj sice byli „velcí učitelé“ (což se nevyklučuje s tím, že s řadou názorů normativistů nesouhlasil), ve vlastním příspěvku mu však meziválečná právní věda vytvářela spíše „entree“ k představení jeho vlastních názorů na právní interpretaci. Na tomto případě je možné dobře demonstrovat, jak subjektivně může být vnímána hranice minulosti: nejen příslušnost k určité generaci, ale někdy jen pár let věkového rozdílu (Kubeš-Knapp) stačí k tomu, aby autorovi uniklo poměrně zajímavé pozadí celého sporu, což se (zřejmě) stalo právě v tomto případě. Zmiňovaný separát, resp. Krčmářův článek „Zákon a rozhodnutí“ totiž vyvolal velmi zajímavou a dobově příznačnou odpověď, která přinesla opětovně zhoršení vztahů mezi pražskou právní fakultou a brněnskými normativisty.<sup>6</sup> Na Krčmářův článek zareagoval nadějný brněnský absolvent

---

<sup>2</sup> PAVLÍČEK, Václav. Vliv rakouských ústavních tradic na československou ústavnost. In MALÝ, Karel, SOUKUP, Ladislav (edd.). *Vývoj české ústavnosti v letech 1618-1918*. Praha : Karolinum, 2006, s. 765-781, cit. s. 769.

<sup>3</sup> Týž. K ústavním aspektům práv menšin po vzniku Československa. In HARNA, J. a kol. (edd.). *Československo 1918-1938. Osudy demokracie ve střední Evropě*. Díl II. Praha : CeFREŠ; Historický ústav AV ČR, 1999, s. 594-601, cit. s. 596.

<sup>4</sup> KRČMÁŘ, Jan. Zákon a rozhodnutí. *Sborník věd právních a státních*, 1932, roč. 32, s. 89-110, a KUBEŠ, Vladimír. Zákon a rozhodnutí. *Časopis pro právní a státní vědu*, 1933, roč. 16, s. 56-78.

<sup>5</sup> KNAPP, Viktor. Miniatura k poctě Františka Weyra (a také trochu jeho odpůrce Jana Krčmáře). In DOSTÁLOVÁ, Jana (ed.). *K odkazu prof. JUDr. Františka Weyra*. Sborník příspěvků z mezinárodní konference. Brno : Masarykova univerzita, 1992, s. 57-60.

<sup>6</sup> K okolnostem vzniku a k významu těchto pojednání srov. KUBEŠ, Vladimír. *Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu*. Díl I. Brno : Masarykova univerzita, 1995, s. 241nn.

(tehdy ještě docent in spe) Vladimír Kubeš, pozdější významný civilista a právní filosof. I samo pozadí vzniku Kubešova příspěvku je poučné a ilustrativně odráží, jak učitelé výrazně a přitom nenásilně směřovali své žáky (v tomto konkrétním případě prof. Jaromír Sedláček, který ve svém semináři vychoval řadu skvělých právních vědců). Nechme však mluvit samotného Sedláčka prostřednictvím Kubešovy vzpomínky, která se váže k jednomu jejich letnému setkání po Kubešově studijním pobytu v Berlíně, kdy měl Sedláček prohlásit: „Podívejte se na právě vyšlé Krčmářovo pojednání ‚Zákon a rozhodnutí‘ a sežeňte si objemnou knihu švédského [dánského, O.H.] právního teoretika Alfa Rossa ‚Theorie der Rechtsquellen‘ z roku 1928 [1929, O. H.]. Budete-li mít chuť, tak o tom něco napište.“<sup>7</sup> V jiné práci potom Kubeš vzpomíná, že ho k tomu Sedláček vyzval v semináři.<sup>8</sup>

Krčmář ve svém článku (ovlivněném Rossovou prací) došel k závěru, že ustálená soudní praxe může derogovat zákon,<sup>9</sup> který podle Kubeše „jaksi nezapadal do celého jeho učení“. Kubeš ve svém pojednání podrobil ostré kritice pojetí Rossovo a tím i Krčmářovo a současně vyložil problematiku z hlediska normativní teorie. Ukázal, že v pojetí normativistů soudce právo pouze nenalézá (nejde o sylogismus, jak uváděl Krčmář), ale naopak dotváří, není pouze „ústý zákona“ (bouches de la loi), ale jde o tvůrčí proces: aplikace práva se neděje analytickými, nýbrž syntetickými soudy (odkazoval zvláště na Sedláčkovy práce). Podle Kubeše pak normativní teorie poprvé vědecky zdůvodnila teorii o svobodném nalézání práva. V rámci svého článku se dotknul i slavného § 7 ABGB pojednávajícího o rozhodování podle přirozených zásad právních. Na rozdíl od Krčmáře ho považoval za jedno z ústředních ustanovení celého občanského zákoníku, které by mělo být v „modernější“ podobě (tedy s vypuštěním odkazu na

---

<sup>7</sup> Týž. „... a chtěl bych to všechno znovu“. [Paměti.] Brno : Masarykova univerzita, 1994, s. 31.

<sup>8</sup> Týž. *Dějiny myšlení o státu a právu...*, s. 241.

<sup>9</sup> „Po tom všem, co bylo právě pověděno, nerozpakují se, vracím-li se k otázce položené výše pod č. 9, říci, že "platí" právo, které je dáno ustálenou judikaturou, i když se odchyluje od smyslu zákonných textů zjištěného interpretačními metodami filologickou a logickou. Dokud judikatura o určité právní větě se neustálila, sub judice lis est. Právní věta vyslovená soudcem, která se setká s jednomyslným odporem nauky (zjev asi řídký, hledíc k tomu, že významnější representanti nauky bývají individuality příliš vyhrocené) nebo aspoň s odporem "publicistů zvláště kvalifikovaných" nebo zase s prudkým odporem významných činitelů politických, ještě "neplatí". Když soudy přes to na oné právní větě se ustáli, pak lze říci, že "platí". Z toho je pak arci patrné, že (platné právo je kategorií stále pohyblivou a že se mění nejen akty zákonodárnými, nýbrž i změnou judikatury). V judikatuře ustálená právní věta již "neplatí", když se vyskytne rozhodnutí odchýlné a nová právní věta "platí" buď ihned (je-li např. ve shodě s postuláty nauky důrazně hlásanými) nebo až se ustálí.“ KRČMÁŘ, Jan. Zákon a rozhodnutí. *Sborník věd právních a státních*, 1932, roč. 32, s. 109-110.

přirozené právo, např. obdoba čl. 1 odst. 2 švýcarského ZGB z roku 1907) zachováno i v připravované osnově občanského zákoníku.<sup>10</sup>

Pro Kubešovu odbornou dráhu byla tato polemika (resp. v ní řešené otázky) v jistém smyslu určující, protože stála na počátku dlouhé řady jeho prací pojednávajících o problematice tzv. mezer v právu, interpretace, tvorby práva a myšlenkové stavby ABGB vůbec,<sup>11</sup> zejména pak ovlivnila téma jeho habilitační přednášky o významu § 7 a chápání přirozených zásad právních jako „pozitivního práva sekundárního“, která také byla následně publikována a stala se jednou z jeho nejznámějších prací.<sup>12</sup> Kubeš se k zmíněným tématům vracel celý život, významný prostor jim věnoval i v rámci své poslední knihy o teorii a dějinách zákonodárství.<sup>13</sup>

Krčmářův článek však byl významný i pro další vývoj domácí právní vědy, a to paradoxně i po roce 1948, ovšem pouze zprostředkovaně pracemi Viktora Knappa.<sup>14</sup> Ten sice (dobově pochopitelně) článek svého učitele neuváděl, ale jeho teze o „faktické“ závaznosti judikatury<sup>15</sup> má svůj původ nepochybně u Krčmáře.

Úvahy o vztahu zákona a rozhodnutí byly v meziválečné literatuře poměrně časté, ještě před uvedenou polemikou látku velmi zdařile

---

<sup>10</sup> KUBEŠ, Vladimír. Zákon a rozhodnutí. *Časopis pro právní a státní vědu*, 1933, roč. 16, s. 56-78.

<sup>11</sup> KUBEŠ, Vladimír. Několik poznámek k superrevizní osnově všeobecného zákoníka občanského. (Příspěvek k studiu přirozených zásad právních ve smyslu § 7 obč. zák. z r. 1811.) *Časopis pro právní a státní vědu*, 1932, roč. 15, s. 210-231; Týž. „Positivní“ právo sekundární v občanských zákonících moderních států se zřetelem k osnově československého obč. zákoníka. *Časopis ...*, 1934, roč. 17, s. 314-323; Týž. „Přirozené zásady právní“ a „dobré mravy“ v obecném zákoníku občanském. In KRČMÁŘ, Jan (ed.). *Randův jubilejní památník*. K stému výročí narození Antonína Randy vydala Právnická fakulta Univerzity Karlovy. Praha : PF UK, 1934, s. 395-422, a Týž. Filosofický základ a celková výstavba o. z. o. z r. 1811 a vládního návrhu o. z. (Současně příspěvek k problému interpretačních a aplikačních předpisů.) In *Vědecká ročenka právnické fakulty Masarykovy university v Brně*, 1936-37, roč. 14, s. 37-64.

<sup>12</sup> Toto Kubešovo řešení opakovaně vyzdvihoval zvláště prof. Ernst Swoboda (srov. KUBEŠ, „... a chtěl bych to všechno znovu“, s. 39-40) a překvapivě se zmínka o něm objevuje, i když bez uvedení autora, i v literatuře vzniklé po roce 1948 (např. VAŠEČKA, Jan. *Věc v právním smyslu v historickém pohledu*. Brno : UJEP, 1979, s. 64).

<sup>13</sup> KUBEŠ, Vladimír. *Theorie der Gesetzgebung. Materiale und formale Bestimmungsgründe der Gesetzgebung in Geschichte und Gegenwart*. Wien-New York : Springer, 1987, k ABGB s. 84-90, k § 7 s. 85-88.

<sup>14</sup> Srov. KNAPP, Viktor. Soudcovská tvorba práva v socialistických zemích. *Právník*, 1969, roč. 108, s. 81-91. Nověji: Týž. Přínos středoevropského soudnictví k evropské právní kultuře. *Právník*, 1993, roč. 132, s. 725-736.

<sup>15</sup> K tomu např. KÜHN, Zdeněk. In Kol. aut. *Judikatura a právní argumentace*. Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou. Praha : Auditorium, 2006, s. 8-9.

z právněhistorického hlediska pojednal romanista Otakar Sommer, s jistým odstupem se pak k tématu stručněji vrátil (z hlediska „praktika“) první prezident Nejvyššího soudu Vladimír Fajnor.<sup>16</sup> Nejpodrobněji se pak tématem tvorby práva zabýval procesualista Adolf Procházka<sup>17</sup>, další ze známých brněnských normativistů, mj. také čelný politik lidové strany a jeden z „doúnorových“ ministrů.<sup>18</sup> Konečně můžeme také zmínit, že někteří z právních vědců uvažovali o převzetí institutu zásadních rozhodnutí, které znalo recipované slovenské právo (např. prof. Sedláček).

### Recepční zákon a recepční judikatura

Pokud se chceme podívat na konkrétní příklady tvorby práva v meziválečné éře, nenajdeme myslím vhodnější ukázkou než problematiku „recepční normy“: oprávněnost Radbruchova tvrzení, že interpret může zákonu rozumět lépe než jeho tvůrce a že zákon může být chytřejší než jeho tvůrci - ba dokonce musí být chytřejší než jeho tvůrci, se v našich právních dějinách nejnázorněji projevila hned u prvního československého zákona.<sup>19</sup>

V textu zákona (čl. 2) a v návaznosti na něj i v základní soudobé historické a v právněhistorické literatuře čteme konstatování, že „veškeré dosavadní zemské a říšské zákony a nařízení zůstávají prozatím v platnosti“. Tato formulace však nebyla vhodně zvolena a způsobila v dalším vývoji celou řadu komplikací. Díky tomu, že byl zákon č. 11/1918 Sb. z. a n. pevně svázán s datem 28. října 1918 a se vznikem Československa a že svůj hlavní úkol splnil v revolučních dnech - zřízení státu, udržení veřejného pořádku, zachování kontinuity a právní jistoty - nebyl později změněn. Naopak se zákon stal předmětem zužujících i rozšiřujících výkladů, které však v některých případech právní jistotu naopak oslabily.

V podstatě ani jeden výraz „recepční normy“ (čl. 2) nemohl být vykládán doslovně. Toho si prvorepubliková právní věda a justice reprezentovaná

---

<sup>16</sup> SOMMER, Otakar. Soudce a občanský zákon. (Poznámka k § 7 ob. z. obč.) In ČÁDA, František (ed.). *Naše právo a stát*. Sborník k šedesátému výročí založení spolku československých právníků „Všehrd“. Praha : Spolek čl. právníků „Všehrd“, 1928, s. 82-87.

<sup>17</sup> Zvl. PROCHÁZKA, Adolf. *Tvorba práva a jeho nalézání*. Praha; Brno : Orbis, 1937. Dále v několika příspěvcích do jubilejních sborníků-poct (Englišova 1930, Kallabova 1939).

<sup>18</sup> V současnosti se v Ústavu pro soudobé dějiny AV ČR (dr. Milan Drápala) připravují k vydání Procházkovy paměti *Ve víru století*.

<sup>19</sup> K právnímu rozměru vzniku Československa a recepci práva, s odkazy na další literaturu, nověji srov. HORÁK, Ondřej. „Samostatný stát československý vstoupil v život.“ 28. říjen 1918 pohledem právníka a historika. In *Sborník příspěvků z konference Olomoucké právnické dny 2008*. Olomouc : UP, 2008, s. 769-777, a GABRIŠ, Tomáš. Vznik právního poriadku prvej ČSR. *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae*, 2007, roč. 25, s. 107-119.

zvláště Nejvyšším soudem a Nejvyšším správním soudem byly dobře vědomy a jejich pohled se v obecné rovině příliš nelišil. Užívaly proto v různých modifikacích teleologické výklady a tomu odpovídající argumentaci.<sup>20</sup> Sporným bodem se mohlo stát (a také se stalo), zda určité zákony (resp. jejich části) recipovány byly či nikoliv. Základní rozdíl mezi zastávanými názory spočíval pak samozřejmě v tom, že pohled soudu byl pro konkrétní spory závazný. V platnosti nemohly předně zůstat „veškeré“ zákony – ze samé podstaty věci to nebylo možné. Rada předpisů, které se „nesrovnávaly s novým stavem“ tak recipována nebyla. V čl. 2 dále nalezneme ustanovení o tom, že platit mají „dosavadní zemské a říšské zákony a nařízení“. Vzhledem k charakteru práva recipovaného na Slovensku a Podkarpatské Rusi muselo být při interpretaci použito rozšiřujícího výkladu, protože v obou těchto zemích si svůj význam podrželo ještě obyčejové právo. V tomto smyslu se tedy zákonodárce vyjádřil příliš úzce. Právní věda a praxe však na základě extenzivního výkladu shodně dovodily, že recipovány byly jak zákony a nařízení, tak i právní normy obecně - tedy psané i obyčejové právo.<sup>21</sup>

Možných výkladů recepčního zákona nalezneme desítky. Jsou zachyceny ve sbírkách rozhodnutí nejvyšších soudů – brněnského Nejvyššího soudu (sbírka Vážného) a pražského Nejvyššího správního soudu (sbírka Bohuslavova). Judikatura těchto soudů řešila otázky vzniku československého státu, platnosti mezinárodních smluv, problematiku nástupnictví po bývalé monarchii, změn ve vojenském trestním soudnictví a armádě, recepci obyčejového práva na Slovensku či ústavní svobody a

---

<sup>20</sup> Podle Jaromíra Sedláčka pozbyla platnosti všechna ustanovení dosavadního platného řádu, která odporovala postavení Národního výboru jako „vykonavatele státní svrchovanosti“. Měla to být „ustanovení týkající se císaře, dynastie, dvoru, ... dále předpisy o nejvyšších orgánech státu, t. j. říšské radě, o ministrech, o generálním štábu a o vrchním velení branné moci, o emblémech a symbolech státních, o zástupcích v cizích státech“. SEDLÁČEK, Jaromír. Ústavní listina a občanský zákoník. In *Naše právo a stát*. Praha : Spolek čsl. právníků „Všehrd“, 1928, s. 90.

Obdobně řešil tento problém také Nejvyšší soud (např. Vážný civ. 7751, zřejmě nejpropracovanější rozhodnutí vztahující se k recepci). Ve své argumentaci vyšel z úvodní věty preambule recepčního zákona (tj. „Samostatný stát československý vstoupil v život“), která podle něj nepřipouštěla, aby „zůstaly v platnosti ony říšské zákony rakouské, jež se s existencí a samostatností nově zřízeného československého státu nesrovnávají...“. Kromě pragmatické sankce tak přestaly platit „všechny zákony týčící se říšské ústavy, zejména delegací, říšské rady a zemských sněmů, jakož i volebních řádů do obou těchto sborů atd., samozřejmě pozbyly platnosti také předpisy o vyhlašování nálezů jménem císaře, o označování úřadů jako c. k. apod., takže co se třeba jen těchto drobností týče, bylo v této vstupní větě obsaženo in nuce vše, co potom předeepsal zákon na ochranu Československé republiky ze dne 23. července 1919, čís. 449 Sb. z. a n.“ Rozh. z 3. února 1928, R II 28/28. In VÁŽNÝ, František. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech občanských*. Sv. X. 1928. Praha 1929, s. 177-178.

<sup>21</sup> Srov. LACLAVÍKOVÁ, Miriam. Recepce obyčejového práva a práva kuriálních decízií v prvej ČSR (příspěvek k historii súkromného práva na Slovensku). In *Acta Universitatis Tyrnaviensis, Iuridica*, 2005, roč. 2, s. 149-167.

jazykové právo. Nejvyšší soudy tak získaly možnost napravovat svými rozhodnutími nesmyslné důsledky, k nimž by bylo docházelo při sledování linie doslovného výkladu recepčního zákona. V jistém smyslu plnily roli dnešního Ústavního soudu, protože rozhodovaly o tom, zda určité právní předpisy byly/nebyly převzaty, tedy zda platí/neplatí – můžeme mluvit o tzv. negativní normotvorbě. Současně však měly příležitost se také aktivně podílet na formování právního řádu, když některými svými rozhodnutími suplovaly roli zákonodárce. Asi nikoho nepřekvapí, že k tomu docházelo v duchu posilování národních pozic a prosazování národních zájmů, často bohužel s pomocí výrazně účelového výkladu (např. u jazykového práva či pozemkové reformy).<sup>22</sup>

Co tedy vlastně platilo po 28. říjnu 1918? Na tuto otázku nikdo přesnou odpověď neznal a ani znát nemohl. Alois Rašín do recepčního zákona žádnou obecnou derogační klausuli typu („pokud to neodporuje novému stavu“), jak bývá zvykem, nezahrnul. Zákonodárce to výslovně řešil až po šestnácti měsících, a to obecným derogačním ustanovením v článku IX. uvozovacího zákona č. 121/1920 Sb. z. a n. československé ústavní listiny, kde se říkalo, že všechna ustanovení, jež „odporují této ústavní listině a republikánské formě státu, dále všechny dřívější ústavní zákony, i když by jednotlivá jejich ustanovení nebyla v přímém rozporu s ústavními zákony Československé republiky“, pozbyla platnosti. Soudy se stejně většinou obracely k samotné recepční normě.

V prvních měsících po vzniku Československa však byla aplikační praxe u soudů problematická a nejednotná. Soudci si nebyli jistí, zda mohou předpisy, kde se mluví o císaři či monarchii automaticky vztáhnout na nový stát. Zákonodárce tuto „nejistotu“ částečně vyřešil zákonem ze dne 23. 7. 1919 č. 449 Sb. z. a n., o zákonné ochraně Československé republiky, kde stanovil, že se v recipovaných právních předpisech výrazy „rakouský“, „uherský“, „císařský“ a „královský“ a další jim podobné nahrazují příslušnými tvary termínů „československý“ a „Československá republika“. Můžeme říci, že šlo o deklaratorní akt, jakýsi „autentický výklad“ recepčního zákona. Přesto však byla některá ustanovení bývalého rakouského právního řádu jen velmi problematičtěky využitelná (např. ochrana cti prezidenta jako zločin podle § 63 trestního zákona o urážce Veličenstva, který se dříve trestal žalářem od jednoho do pěti let). Vzniklý stav byl pociťován jako „mezera v právu“ a pro oblast trestního práva byl s odstupem řešen v rámci zákona na ochranu republiky č. 50/1923 Sb. z. a n.

---

<sup>22</sup> Blíže: HORÁK, Ondřej. Vznik Československa a recepce práva. K právní povaze a významu zákona čís. 11/1918 Sb. z. a n. s přihlédnutím k otázce recepce právního řádu. *Právněhistorické studie*, 2007, roč. 38, s. 153-169. K oblasti jazykového práva (nejen) po vzniku ČSR: Týž. Národnost jako právo i provinění. Zamyšlení nad významem etnicity v domácím právním vývoji v letech 1918 až 1948. In KNOLL, Vilém, KARHANOVÁ, Martina (edd.). *Naděje právní vědy*. Býkov 2007. Sborník z mezinárodního setkání mladých vědeckých pracovníků konaného ve dnech 12.-14. 10. 2007 na Zámeckém statku Býkov. Plzeň : A. Čeněk, 2008, s. 66-82.

## Závěrečné zamyšlení

Řešení problematiky pramenů práva se v různých obměnách stále vrací zpět a vždy signalizuje snahu o změnu „paradigmatu“. Z dnešních právních teoretiků až na výjimky nikdo nepochybuje o tom, že aplikační činnost soudů je tvůrčí proces a že se soudy výrazně podílí na podobě právního řádu. Současná právní věda se navíc velmi intenzivně zabývá právní interpretací, argumentací a judikaturou<sup>23</sup> a snaží se přehodnotit otázku právních pramenů (resp. v jistém smyslu „hledá“ teoretické zdůvodnění „závaznosti judikatury“). Své inspirace autoři často nachází v obsáhlé zahraniční literatuře, jak kontinentální, tak angloamerické, pokud se budeme držet vymezení těchto (stále více se přibližujících) právních okruhů. Myslím si, že se však stále málo obrací k domácím tradicím, zvláště pak k meziválečné právní vědě (a to i přes její jistou módnost po roce 1990): v některých případech by se tak vyhnuli „objevování objeveného“ a jistě by získali řadu cenných inspirací (tezí a argumentů).<sup>24</sup> V případě závaznosti konstantní judikatury je myslím to nejpřirozenější řešení (i přes své kritiky) také nejakceptovatelnější: tedy chápat soudcovské právo (*usus fori*) jako právo obyčejové. A opět to není nic nového, evropská právní věda k tomu dospívá v podstatě v každé druhé generaci.

## Contact – email

*onhorak@post.cz*

---

<sup>23</sup> Srov. zvl. KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha : Karolinum, 2002; GERLOCH, Aleš, MARŠÁLEK, Pavel (edd.). *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi*. Praha : Eurolex Bohemia, 2003; HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha : Linde, 2003; KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva soudcem v éře střeoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize*. Praha : C.H. Beck, 2005; KÜHN, Zdeněk, BOBEK, Michal, POLČÁK, Radim (edd.). *Judikatura a právní argumentace. Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou*. Praha : Auditorium, 2006; MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva*. Brno : Tribun EU, 2008; GERLOCH, Aleš a kol. *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha : ASPI, 2008, zvl. s. 86-110, či HANUŠ, Libor. *Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice*. Praha : C.H. Beck, 2008.

<sup>24</sup> Jedna drobnost za ostatní: Libor Hanuš ve své práci *Právní argumentace nebo svévole* (2008, s. 57) zmiňuje, že Radbruchovu myšlenku (interpret může zákonu rozumět lépe než jeho tvůrce a zákon může být chytřejší než jeho tvůrci - ba dokonce musí být chytřejší než jeho tvůrci) „objevil“ Pavel Holländer (*Ústavněprávní argumentace*, 2003). Ponecháme stranou, že obdobné názory měly v německé právní vědě delší tradici (Heinrich Töhl, Karl Bindig, Oskar von Büllow a další), především však není nutné nic „objevovat“, Radbruchova „Rechtsphilosophie“ patří ke klasickým právním pracím (1914, 1932 výrazně přepracovaná a od té doby vyšla ještě mnohokrát), zmíněný citát byl navíc českými právníky opakovaně zmiňován, např. také Vladimírem Kubešem v jeho článku *Zákon a rozhodnutí* či v 1. dílu jeho posmrtně vydané práce *Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu* (1995, s. 251).