

Vysoká škola: *Univerzita Karlova v Praze*
Fakulta: *Právnická fakulta*
Katedra: *Teorie práva a právních učení*

Rigorózní práce

Mezery v zákonném a smluvním právu

Konzultant:
Prof. JUDr. Aleš Gerloch, CSc.

Vypracoval:
Mgr. Jiří Voda, LL.M.
Pelušková 1442, Praha 9

Prohlašuji, že jsem tuto rigorózní práci zpracoval samostatně a že jsem vyznačil prameny, z nichž jsem pro svou práci čerpal způsobem ve vědecké práci obvyklým.

V Praze 25. června 2008

Jiří Voda

Poděkování

Autor této rigorózní práce by chtěl poděkovat Prof. JUDr. Alešovi Gerlochovi, CSc., Doc. JUDr. Vladimíru Vopálkovi, CSc., doc. JUDr. Zdeňkovi Kühnovi, Ph.D., LL.M., JUDr. Mgr. Janu Winterovi, Ph.D. za cenné připomínky, podněty a pomoc při vypracování této práce.

Obsah

1. Úvod.....	5
2. Pojem mezery v právu.....	9
2.1 Vztah výkladu a vyplňování mezer v právu.....	10
2.2 Vztah mezer v právu, analogie a argumentu a fortiori.....	11
2.3 Mezery v právu a právně neurčité pojmy.....	13
2.4 Mezery v právu a dotváření práva contra legem.....	14
2.5 Mezery v právu pohledem deontické logiky.....	16
2.6 Právně neupravený prostor a argumentum a contrario.....	20
2.7 Kritika existence mezer v právu.....	21
2.8 Úplnost právního řádu a zásada legální licence.....	22
2.9 Mezery v právu a mezery v zákoně.....	25
2.10 Mezery v právu de lege lata a mezery v právu de lege ferenda.....	28
2.11 Uzavírací pravidla - nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege.....	29
3. Mezery ve smlouvách.....	34
3.1 Existence mezer ve smlouvách.....	34
4. Nalézání mezer v právu.....	38
4.1 Nalézání mezer v právu za pomoci zásady zákazu odmítnutí spravedlnosti.....	39
4.2 Nalézání mezer v právu za pomoci zákonných hodnot a zásady rovného zacházení	44
4.2.1 Negativní podoba zásady rovného zacházení jako prostředek pro nalezení mezery v právu.....	46

4.3	Nalézání mezer v právu za pomoci obecných principů právních a právních hodnot.....	48
4.3.1	Získávání právních principů z pozitivního práva.....	49
4.3.2	Získávání právních principů z „povahy věci“	53
5.	Druhy mezer v právu.....	55
5.1	Nevhodné členění mezer v právu.....	55
	Mezery v právu intra legem x extra legem.....	55
5.2	Členění mezer v právu.....	56
5.2.1	Mezery v právu vědomé a nevědomé.....	56
5.2.2	Dělení podle okamžiku vzniku - mezery v právu následné a počáteční.....	56
5.2.3	Otevřené a skryté mezery v právu.....	57
5.3	Dělba podle druhu neúplnosti na mezery v normách, mezery v zákonech, oborové mezery.....	57
5.4	Členění mezer v právu dle německé právní vědy.....	58
5.5	Rekogniční, axiologické, normativní mezery v právu.....	59
5.5.1	Rekogniční mezery, resp. problémy subsumpce.....	59
5.5.2	Axiologické mezery v právu.....	60
5.5.3	Primární a sekundární mezery v právu.....	61
5.5.4	Normativní mezery v právu.....	63
5.5.4	Mezery v zákoně sui generis.....	64
5.6	Druhy mezer ve smlouvách.....	64
6.	Vyplňování mezer v právu.....	65
6.1	Vyplňování zjevných mezer v právu.....	65
6.2	Vyplňování teleologických mezer v právu.....	66

6.3	Vyplňování principiálních a hodnotových mezer v právu....	68
6.4	Vyplňování mezer v právu praxí adresátů norem.....	69
6.5	Vyplňování mezer ve smlouvách.....	70
6.6	Hypotetická vůle smluvních stran.....	71
7.	Meze pro vyplňování mezer v právu.....	73
7.1	Mezery v právu soukromém a mezer v právu veřejném.....	73
7.2	Limity pro vyplňování zjevných mezer v právu.....	75
6.2.1	Zákaz analogie.....	76
7.3	Limity pro vyplňování teleologických mezer v právu.....	78
6.3.1	Zákaz analogie.....	78
6.3.2	Teleologická redukce.....	78
7.4	Limity pro vyplňování principiálních a hodnotových mezer v právu.....	79
6.4.1	Zákaz analogie.....	79
8.	Koncept mezer v právu v judikatuře německých soudů.....	80
8.1	Společenská situace před I. světovou válkou v Německu....	81
8.2	Společenská situace po I. světové válce v Německu.....	82
8.3	Právní hodnocení judikatury a přístupu Říšského soudu....	84
8.4	Soudní zásah do obsahu smlouvy.....	86
8.5	Oertmannova doktrína o zmaření základního účelu smlouvy..	88
8.6	Problematika fenoménu „marka rovna marce“.....	91
8.7	Analýza revalvačního rozsudku.....	93
8.8	Reakce zákonodárce na kritickou situaci.....	96
8.9	Konflikt mezi mocí soudní a zákonodárnou.....	98
9.	Závěr.....	101
10.	Seznam literatury.....	103

11. Resümee105

Thema: „Lücken im gesetzlichen und vertraglichen Recht“.....105

1. Úvod

Tato rigorózní práce rozpracovává klasické téma teorie práva - problematiku „mezer“ v právním řádu. V posledním období nebyla uvedená problematika v české právní literatuře věnována dostatečná pozornost, kterou by si zasloužila, což bych chtěl změnit volbou tématu svojí rigorózní práce.

Cílem práce je teoretické vymezení pojmu „mezery“ v právu, v zákonech a ve smlouvách. Jedná se o problematiku velmi významnou, neboť v každodenní justiční praxi musí soudy řešit otázky, které nejsou řešeny právními předpisy, resp. právními normami. Soudce je však povinen rozhodnout i takovéto výslovně neřešené případy dle zásady zákazu odmítnutí spravedlnosti - zákazu *denegationis iustitiae*.¹

Dojde-li soud k závěru, že se v rozhodovaném případě musí vypořádat s mezerou v právu, popř. ve smlouvě, měl by existovat soubor pravidel, jak má soud postupovat. Zmíněná pravidla by měla traktovat právní věda. K tomu má přispět předkládaná rigorózní práce. Tento koncept by měl sloužit k jasnému stanovení hranic soudcovského rozhodování - k možnosti judikování *praeter legem* nebo dokonce *contra legem*. Právní věda, prostřednictvím teorie práva, by měla napomoci jednotnému uplatňování práva za pomoci jednoznačně stanovených pravidel výkladu a aplikace práva. Čím dále se bude rozhodovaný případ, který bude mít před sebou soudce, popř. který se bude dotýkat kohokoliv, vzdalovat od ustanovení zákona, bude nutné sáhnout

¹ Obsahem této zásady je, že soudce je povinen rozhodnout vždy. Nesmí odmítnout rozhodnout, jestliže pro daný případ není v zákoně obsažena jasná a srozumitelná úprava nebo chybí-li zcela. Na druhou stranu je však nutno zmínit, že soudce se nedopustí porušení této zásady, jestliže rozhodne špatně. Zásada zákazu *denegationis iustitiae* tedy vyžaduje, aby soud vydal meritorní rozhodnutí bez ohledu na jeho obsah. Je pak na zákonodárci, aby vytvořil takový právní řád, který nejlépe dokáže realizovat hlavní cíl práva - spravedlnost (zejména i prostřednictvím opravných prostředků). Jestliže bude soudu předložen případ, kdy se pan X.Y. bude domáhat, aby jej zdravil soudce, bude soudce nucen v souladu s výše uvedenou zásadou rozhodnout, avšak to neznamená, že návrhu musí vyhovět.

po určitých pravidlech. Soudce totiž nemůže rozhodovat libovolně, ale podle právně stanovených pravidel. Právě v případech, kdy zákonodárce pro určitou otázku nestanovil úpravu, ačkoliv tak učinit měl, je velmi důležité vymezit postup, jak rozhodnout, aby to bylo přesvědčivě justifikováno.

Soudce stojí v praxi mnohokrát před volbou, zda se v posuzovaném případě jedná o mezeru v právu či nikoliv. Zodpoví-li si tuto otázku kladně, musí ji zaplnit právně aprobovaným způsobem. V okamžiku, kdy se soudce vydává na cestu vyplňování mezer, přeměňuje se do jisté míry na náhradního zákonodárce, ale jeho pozice a úloha je odlišná od pravého zákonodárce. Navíc se dostává do situace, která je bezpochyby relevantní ústavněprávně.

V České republice je státní moc vykonávána prostřednictvím orgánů moci zákonodárné, výkonné a soudní, jak je uvedeno v čl. 2 odst. 1 Ústavy. Ústava tak zakotvuje zásadu dělby moci, na základě které jsou státním orgánům svěřeny pravomoci v rámci těchto tří větví moci.

Čl. 95 odst. 1 Ústavy uvádí: „Soudce je vázán zákonem a mezinárodní smlouvou...“. Soudci jsou tedy podle této zásady ústy zákona a přísluší jim pouze aplikovat právo, nikoliv jej vytvářet. Je ale možné opominout soudcovskou tvůrčí roli při aplikaci práva?

Další direktivou upravující činnost soudců je zásada zákazu odmítnutí spravedlnosti - *denegationis iustitiae*. Soudce tedy nesmí odmítnout vynést rozhodnutí s poukazem na to, že daná kauza není upravena právní normou. Soudce se dle výše uvedeného dostává do obtížné situace, neboť je nucen rozhodnout v situaci, kterou je možné dle této práce považovat za mezeru v právu, aniž by se mohl odchýlit od zákona. Vymezení pojmu mezer v právu tak pomůže odlišení případů, kdy soudce postupuje čistě podle zákona

(secundum legem), od případů, kdy soudce dotváří právo ve sféře praeter legem. Jedná se tedy o případy zasluhující značnou pozornost, neboť zde soudci přestávají být pouhými ústy zákona a postupují tvůrčí činností k dotváření práva.

Právní teorie by měla pro rozhodovací činnost soudů vyřešit a traktovat dva procesy. V první řadě je to postup, kterým by bylo možné identifikovat, zda v rozhodovaném případě existuje či nikoliv mezera v právu, resp. ve smlouvě. Za druhé by tato pravidla měla řešit otázky spojené s vyplňováním existujících mezer v právu, tj. mimo jiné i otázku dovolenosti jejich vyplnění. Tyto otázky jsem si pokládal při sepisování této práce.

Soudy rozhodují sporné případy nejen podle právních předpisů, ale i podle právních úkonů, zejména smluv. Tvorba právních předpisů je upravena na ústavní rovině a věnuje se jí celý aparát odborných institucí a subjektů. U právních úkonů a smluv tomu tak není, proto tyto úkony vykazují v mnoha případech řadu vad. Mohou ve smlouvách vznikat mezery? Pokud ano, jakým způsobem je možné je vyplňovat? I toto je problematika, které věnuji v rigorózní práci pozornost.

Z hlediska konceptu mezer v právu je velmi zajímavá judikatura německých soudů z období před a po První světové válce. Soudy se v této době musely vypořádat se zásadní změnou společenských poměrů a zohlednit tuto skutečnost ve své rozhodovací praxi. Německý občanský a obchodní zákoník tehdy byly relativně mladým legislativním výtvozem se stářím kolem 20 let, což je období zhruba srovnatelné se stářím českých porevolučních kodifikací.

Judikatura německých soudů je zajímavá i z jiného hlediska. Tato rigorózní práce čerpá převážně z německé právní doktríny. Německá právní teorie vychází zejména z judikatury z uvedeného

období, neboť ta vyprodukovala řadu právních konceptů, které se později rozvinuly v instituty, z nichž jsem nejvíce čerpal.

Koncepce, na níž je založena tato práce a s jejíž v rigorózní práci vymezenou částí jsem se ztotožnil, prošla více jak stoletým vývojem, po který německé kodifikace platí. Během doby platnosti se právní teorie i praxe musela vypořádat z řadou společenských změn, proto považuji judikaturu německých soudů z období před i po První světové válce za zajímavou.

2. Pojem mezery v právu

Chceme-li vymezit pojem mezery v právu, musíme se nejdříve zabývat významem slova „mezera“ v běžném jazyce. V běžném spojení je možné slýchat spojení mezera ve znalostech, v plotě, mezi cihlami atd. V ideálním případě bychom tedy na místě mezery raději viděli nějaký kompletní, resp. ucelený materiál, věc nebo informaci. Z běžného jazyka můžeme učinit závěr, že mezera je neúplnost v rozporu s plánovaným, očekávaným, do jisté míry zákonitým chodem věcí.

Na půdě právní bychom mohli mezeru v právu definovat jako „...neúplnost v rozporu s plánem“². Samotné lingvistické vymezení nám pro právní praxi příliš nepomůže, neboť je nutné, aby nám podaná definice pomohla při aplikaci práva. Při posuzování zda určitý případ je či není mezerou v právu, musíme učinit *hodnotící soud (Werturteil)*. Podle čeho ale budeme hodnotit? Co si máme vzít jako měřítko pro hodnocení? Hovorový jazyk bere hodnotící hledisko z povahy věci a nedává nám jasnou odpověď, kde bychom měli hodnotící měřítko vzít.

Máme-li nalézat něco, co v celku chybí, v našem případě tedy v právním řádu, musí se jednat dle Canarise o sféru *praeter legem*. Naopak nalézání mezer v něčem, co již existuje, postrádá smysl, proto nemůžeme o dotváření práva hovořit ve sféře *secundum legem*. Ve sféře *secundum legem* tak v posuzovaném případě máme k dispozici normativní ustanovení, resp. normy, které si musíme pro konkrétní případ pouze vyložit. V tomto případě se totiž nejedná o dotváření práva, ale o jeho vykládání, tedy o interpretaci. Materiálem v zákoně, který chybí jsou normy, resp. normativní věty vyjádřené slovy zákona. Vůle zákonodárce je vyjádřena v zákoně normativními větami. V okamžiku, kdy právní věta, resp. slova chybí, jedná se dle

² „... eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes.“ Canaris, C.-W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1972, s. 16.

Canarise o „mezeru“. Pokud rozhodnutí o určitém případě kryje znění zákona, pak je podepřeno autoritou zákonodárce.

2.1 Vztah výkladu a vyplňování mezer v právu

Znění zákona zjištěné prostřednictvím interpretace a rozhodování na jeho základě je tedy činnost secundum legem. Dostí problematické může být přesné vymezení, kde končí výklad a kde začíná vyplňování mezer v právu. Obě činnosti jsou si totiž podobné a spočívají na podobné metodologii. „Vyplňování mezer není nic jiného než pokračování interpretace ale v jiné úrovni.“³ Lze tedy soudit, že interpretace má pomoci zjistit význam existujících ustanovení zákona. Dokud můžeme zjištěné závěry opřít o ustanovení zákona, můžeme hovořit o výkladu. Jakmile ovšem překročíme tuto hranici, dostáváme se do sféry praeter legem nebo contra legem (viz dále).

Užije-li například zákonodárce v textu právního předpisu pojem „příbuzný“, můžeme cestou výkladu tento pojem libovolně zužovat nebo rozšiřovat podle druhu výkladu, který používáme (restriktivní nebo extenzivní). Za příbuzného bez jakýchkoliv pochybností určíme dítě jako potomka relevantního subjektu. Stejně tak bez větších nesnází označíme za příbuzné oba rodiče, v obou případech se tedy jedná o příbuzné v řadě přímé. O extenzivní výklad se bude jednat v případě, kdy budeme za příbuzného dle tohoto zákonného pojmu považovat pokrevně zpřízněnou tetu relevantního subjektu. Jak tomu ale bude v případě manžela tety nebo manžela relevantního subjektu? Tuto otázku lze zobecnit takto: Máme považovat za relevantní pokrevní příbuzenství? Do skupiny prvků pojmu příbuzní zcela jistě nezahrneme osobu, která bude s relevantním subjektem spojena pouze díky sousedství. Dokud bude výklad pojmu vázán na slovní znění zákona, bude se jednat o výklad extenzivní, popř.

³ „Die Lückenfüllung ist nichts anderes als die Fortsetzung der Auslegung, aber auf anderer Stufe.“ tamtéž s. 23.

restriktivní. Pokud bychom však tuto mez překročili, jednalo by se buď o výklad contra legem, nebo o vyplňování mezery v právu.

2.2 Vztah mezer v právu, analogie a argumentu a fortiori

Další pomůckou, která nám může pomoci nalézt mezeru v právu, je analogie. Analogie přesahuje znění zákona. Znění zákona v těchto případech nepamatuje na případ, o nějž rozšiřujeme rozsah aplikace příslušného ustanovení pomocí analogie a aplikujeme ustanovení zákona na obdobný případ. Jakmile použijeme na určitý případ analogii, dostáváme se do roviny mezer v právu.

Kritik by jistě mohl namítnout, že v českém právu soukromém, resp. občanském existuje ustanovení § 853 OZ, které výslovně dovoluje analogii. Ovšem právě tento paragraf má dvojí význam, a sice, opravňuje soud k použití analogie. Zákonodárce tímto ustanovením vyjadřuje svou preferenci spočívající v upřednostnění analogie před jinými způsoby vyplňování mezer v právu. Význam tohoto ustanovení je možné vidět ještě v jednom směru, neboť potvrzuje existenci mezer v právu, protože s nimi počítá. Obdobné ustanovení, byť jde mnohem dále, můžeme nalézt i ve švýcarském občanském zákoníku z r. 1907 v čl. 1:

„Čl. 1

1. Tento zákon se vztahuje na všechny právní otázky, pro které obsahuje podle svého znění nebo výkladu relevantní ustanovení.
2. Není-li možné najít v zákoně příslušnou normu, musí soud rozhodnout podle obyčejového práva, pokud i ono chybí, podle pravidla, které by použil zákonodárce.
3. Drží se přitom osvědčeného učení a tradice.“⁴

⁴ „Art. 1

1. Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach

Zákonodárce tak explicitně potvrzuje, že soudce se při své činnosti může dostat do postavení zákonodárce. Vzhledem k omezením, která jsou na soudce kladena, ale můžeme konstatovat, že jeho postavení je jiné, mnohem svázanější.

Ovšem ne každý případ analogie znamená existenci mezery v právu, protože analogie v určitých případech neznámá zákonem nepředvídaný případ, ale výslovný odkaz zákonodárce z důvodu legislativně technické úspory pro stručné vyjádření. Zákonodárce v případech zákonné analogie používá formulaci „... ustanovení XX se uplatní obdobně“, „ustanovení XX se použije přiměřeně“ atp.

Ke zjištění mezery v právu může rovněž posloužit i **argumentum a fortiori**. Tento argument nastupuje v případech, kdy pro zákonem neupravený případ jsou vlastnosti zákonem upraveného případu naplněny v daleko větší míře, než pro případ v zákoně upravený. Rovněž i on nachází svou legitimaci v požadavku spravedlnosti a rovného zacházení, - imanentní hodnotě práva - protože požaduje stejnou úpravu pro případy, kde daná vlastnost je naplněna v daleko větší míře než v upraveném případě. Argumentum a fortiori nenapomáhá jen zjišťování mezer v právu, ale i jejich zaplňování. Stejně jako u analogie, musíme i u tohoto argumentu pečlivě zkoumat, zda se jedná o právně podobné případy. K tomu nám slouží normativně telologická kritéria.

Uvedenou charakteristiku tohoto argumentu lze předvést na následujícím příkladě z občanského práva⁵. § 128 odst. 1 ObčZ stanovuje vlastníku věci povinnost strpět použití jeho věci ve veřejném zájmu i bez jeho souhlasu. Není zde však uvedeno,

Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

2. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

3. Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.“

5 Knappová, M., Švestka, J.: Občanské právo hmotné I., Praha 2002, s. 30, Knapp, V, Gerloch, A.: Logika v právním myšlení, Praha 2000, s. 221.

zda se ustanovení vztahuje i na detentora. Platí-li tato úprava pro vlastníka věci, tím spíše bude platit i pro pouhého držitele. Nepochybně se tedy jedná o mezeru v právu. Nelze souhlasit s názorem⁶, že se v tomto případě jedná o „zdánlivou mezeru“. Nesmíme se nechat zmást jednotou procesu nalézání a vyplnění mezery, což je mimochodem typické pro mezery v právu nalézané za pomoci zásady rovného zacházení a zákonných hodnocení. Detentor nemá v ustanovení § 128 odst. 1 žádnou oporu (těžko jej můžeme označit za malého vlastníka), proto se nemůže jednat o extenzivní výklad, ale o vyplňování mezery v právu cestou analogie.

2.3 Mezery v právu a právně neurčité pojmy

Někteří autoři⁷ řadí do mezer v právu - mezery uvnitř zákona (Lücken intra legem) - právní pojmy vyžadující konkretizaci jako např. „dobré mravy“, „dobrá víra“, „důstojnost člověka“, generální klauzule atp.

Společné je těmto případům to, že zákonodárce sice určitou situaci upravil, nedovolil si nebo ani si dovolit nemohl danou otázku upravit určitě a přenechal konkretizaci daného ustanovení právní teorii a praxi. Základním znakem mezery v právu je neexistence „materiálu“ v podobě zákonných ustanovení. Zákonodárce však v případech vágních pojmů situaci upravil, ovšem není zcela jasné, jakým způsobem. Vágní pojmy tak podle mého názoru spadají do oblasti secundum legem, protože se jedná o případy zákonodárcem chtěné a plánované, což ex definitione pojem mezer v právu vylučuje. Proto musíme tyto přístupy odmítnout, neboť v těchto případech je použití pojmu mezera

⁶ Knappová, M., Švestka, J.: Občanské právo hmotné I., Praha 2002, s. 30.

⁷ Rehbinder, M.: Einführung in die Rechtswissenschaft 8. neubearbeitete Auflage, Berlin 1995, s. 83.

v právu matoucí a zavádějící. Značná část odborné literatury tento názor potvrzuje⁸.

Pro označení zmíněného okruhu případů by tedy bylo vhodnější a výstižnější jiné pojmenování. Zvolil jej Heck a následoval jej i Rüthers. Tito autoři použili pro okruh neurčitých právních pojmů označení „delegační normy“ (Delegationsnormen)⁹.

2.4 Mezery v právu a dotváření práva contra legem

Jak jsem již uvedl výše, je pojmovým znakem mezery v právu, její existence praeter legem. Abychom mohli akceptovat existenci mezery v právu, nemůže nám stačit pouhý soud, že nově dotvářená úprava při vyplňování mezery by neodporovala žádnému ustanovení. Vždy je třeba pozitivně odůvodnit, že daný případ musíme posuzovat jako „neúplnost v rozporu s plánem“. Pokud by tak soud neučinil, dopustil by se porušení zásady dělby moci a tím i Ústavy.

Jaké kritérium máme ale vzít v úvahu jakožto podklad pro své hodnocení? Jak již bylo v kapitole 1.0 uvedeno, je soudce dle naší Ústavy vázán zákonem. Jestliže chceme interpretovat určité ustanovení zákona a vstoupit do role soudce, musíme při hodnocení právní úpravy aplikovat celý právní řád¹⁰ a tak zajistit objektivní pohled na danou věc. Pokud bychom vzali v potaz nějaká mimoprávní hlediska, dopustili bychom se protiústavního kroku, neboť bychom porušili zásadu dělby moci tím, že bychom se transformovali do role zákonodárce. Pouze

8 Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech : k úloze právních principů v judikatuře, Praha 2002, Rüthers, B.: Dotváření práva soudci, Soudce 8/2003, s. 3, Canaris, C.-W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1972, s. 26.

9 Heck, P.: Nástin dlužního práva, Tübingen 1929, § 4. (citováno: Rüthers, B.: Dotváření práva soudci, Soudce 8/2003, s. 3.)

10 Pojem „celý právní řád“ zde nezahrnuje podzákoné právní předpisy. Tento pojem měl zdůraznit, že soudce není vázán jen zákonem a jeho zněním, neboť se jím právní řád nevyčerpává, nýbrž je vázán i právními principy, které nemusí být v zákoně výslovně vyjádřeny. „Celý právní řád“ tedy zahrnuje jak text zákona, tak právní principy z něj vyvoditelné.

zákonodárce není v případě tvorby práva vázán právními předpisy a za podklad normotvorby může vzít kterákoliv hlediska.

V určitých výjimečných případech si však lze dotváření práva contra legem představit. Tak uvádí Reh binder: „Pouze v případě neúnosného rozporu mezi jeho (míněno zákonnou) úpravou a požadavkem spravedlnosti je dovoleno nalézání práva contra legem jako výraz „soudcovského práva na odpor“¹¹.

Při určování, zda se v daném případě jedná o mezeru v právu či nikoliv, je třeba vzít dle Canarise pro hodnocení celý právní řád. To znamená, že bychom se neměli omezovat pouze na normativní věty, protože jimi se právní řád nevyčerpává. V úvahu je nutno vzít mimo normativních vět i hodnoty stojící za těmito normativními větami. Protože výslovné zákonné ustanovení, které by nám vzniklou otázku jednoznačně vyřešilo postrádáme, musíme brát v úvahu ta ustanovení, která jsou dotčenému případu blízká. Výše jsem uvedl, že kromě zákonných ustanovení musíme vzít v úvahu hodnoty, které se nalézají za těmito zákonnými ustanoveními. Hodnotami za ustanoveními zákona jsem neměl na mysli nic jiného než právní principy. Ty plní v případech nalézání mezer v právu funkci určovací.¹²

Zákony jsou výtvozem lidským, a proto se v nich vyskytují často různé vady. Ne vždy ale každá vada představuje existenci mezery v právu. Je třeba od mezer v právu odlišit případy, které zákonodárce upravil ovšem de lege ferenda, někdy i de lege lata, nevhodným způsobem.

Pokud by například zákonodárce stanovil, že se jinak bude zacházet s manželskými a nemanželskými dětmi, nejednalo by se o mezeru v právu, ale o případ **právněpolitického pochybení**

11 „Nur bei einem unerträglichen Widerspruch zwischen seinen Regelungen und den Anforderungen der Gerechtigkeit ist einer Rechtsfortbildung contra legem als „richterliches Widerstandsrecht“ erlaubt.“ Reh binder, M.: Einführung in die Rechtswissenschaft 8. neubearbeitete Auflage, Berlin 1995, s. 87.

12 Shodně tak uvádějí Kühn i Canaris

zákonodárce. Toto pochybení by však soudce nebyl oprávněn odstranit vlastní činností, nýbrž by musel využít právně relevantních postupů, pro odstranění takového pochybení. Problematika by se dostala na rovinu ústavněprávní, popř. mezinárodněprávní k Ústavnímu soudu nebo Evropskému soudu pro lidská práva ve Štrasburku.

Vzhledem k tomu, co bylo uvedeno výše, můžeme definici mezery v právu stanovit takto: „Mezera je neúplnost v rozporu s plánem v rámci pozitivního práva... ..posuzováno měřítkem celého platného právního řádu.“¹³ nebo také slovy švýcarského Spolkového soudu: „podle hodnot a stanovených cílů zakotvených v zákoně musí být (daný případ) pokládán za nekompletní a vyžadující tedy doplnění.“¹⁴

2.5 Mezery v právu pohledem deontické logiky¹⁵

Za pomoci deontické logiky můžeme znázornit existenci mezery v normativním systému. Pro znázornění je však třeba učinit jedno **zjednodušení**. Předpokládejme, že v celém právním řádu na daný případ **nedopadají jiné normy** než ty, jež uvádím v následujícím příkladě.

Vezměme si příklad z českého občanského zákoníku, a to ustanovení týkající se započtení. Osoba (A) má pohledávku za osobou (B) a osoba (B) má pohledávku za osobou (A). Osoba (A) učinila proti osobě (B) projev směřující k započtení. Obě pohledávky jsou stejného druhu a jsou ve stejné výši, tedy kryjí se.

13 „Eine Lücke ist eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts... ..gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung.“ Canaris, C.-W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1972, s. 39.

14 „Nach den dem Gesetze zugrunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen als unvollständig und daher ergänzungsbedürftig erachtet werden muß.“ BGE 102 I b 225 (citováno: Reh binder, M.: Einführung in die Rechtswissenschaft 8. neubearbeitete Auflage, Berlin 1995, s. 83.

15 Alchourrón, C. E., Bulygin, E.: Normative Systeme. Aus dem Engl. Übers. von Schmidt, A., Zimmerling, R., München 1994.

Ptejme se, zda došlo k započtení a zániku pohledávek. Pro označení započtení, resp. zánik pohledávek použijí písmena (R). Zákodárce vzal za kritérium pro úpravu splatnosti pohledávky: splatnost pohledávky osoby A (= vlastnost X) a splatnost pohledávky osoby B (= vlastnost Y). Všechny tyto vlastnosti tvoří množinu prvků MV.

Vzájemná kombinace těchto vlastností vytváří možné případy. Pro stanovení všech v úvahu přicházejících případů použijeme funkci 2^n , kdy n je počtem relevantních vlastností. V našem případě $n = 2$. Celkový počet případů je tedy 4, které si můžeme znázornit následujícím způsobem:

		Množina případů MV	
		X	Y
Množina všech případů MF	1.	+	+
	2.	-	+
	3.	+	-
	4.	-	-

Tabulka 1: + pohledávka je splatná;
- pohledávka není splatná

Řešení právního řádu, resp. právní normy pro MF v něm obsažené jsou:

N1. Vzájemné pohledávky dlužníka a věřitele zaniknou v případě, že jeden z nich učinil vůči druhému projev směřující k započtení a jestliže jsou vzájemné pohledávky stejného druhu (§ 580 odst. 1 in fine).

N2. Nelze započíst pohledávku, která ještě není splatná, proti splatné pohledávce (§ 581 odst. 2 in fine).

		Relevantní normy	
		N1	N2
1.	XY	O(R)	
2.	-XY		O(-R)
3.	X-Y		
4.	-X-Y	O(-R)	

Tabulka 2 O(R) příkaz jednání R -
tedy započtení

Z tabulky 2 můžeme nyní vyvodit **charakteristiku** zkoumaného právního systému. Pro případ uvedený v **řádku 3.**, kdy osoba (A) činí kompenzační projev a má splatnou pohledávku, ale jeho kompenzační projev směřuje proti nesplatné pohledávce osoby (B), neobsahuje zkoumaný právní systém žádné řešení a vykazuje tedy **(normativní) mezeru**. Dále můžeme o systému konstatovat, že je **konzistentní**, neboť pro každý případ stanovuje slučitelná řešení.

Je třeba ještě učinit důležitou poznámku. Norma N1 zdánlivě obsahuje řešení případu v řádku 3. V takovém případě by se jako řešení jevílo umístit do 3. řádku normy N1 O(R), avšak je důležité posoudit normu N2. Norma zakazuje započtení nesplatné pohledávky proti splatné pohledávce. Účel tohoto ustanovení tedy můžeme vidět v tom, aby docházelo k započtení pouze splatných pohledávek. Situace v řádku 3. je obdobná, ačkoliv jsou zde účastníci postaveni do opačných rolí. Právní řád by měl aplikovat na obdobné případy obdobnou právní úpravu, proto by zde bylo na místě aplikovat analogii. Analogie dle kapitoly 2.2 viz níže by měla být preferována před tím, než abychom použili argumentum a contrario. Navíc zde můžeme sotva nalézt jakékoliv

specifičnosti, které by odůvodňovaly použití tohoto argumentu. Z uvedených důvodů je tedy na místě použít analogie pro vyplnění mezery v právu.

Ve vztahu k českému občanskému zákoníku je třeba učinit jednu bližší poznámku. Ustanovení § 580 stanovuje, že zánik pohledávek nastane okamžikem, kdy se setkaly pohledávky způsobilé k započtení. Toto ustanovení je třeba vykládat tak, že k zániku pohledávek dochází ex tunc ve vztahu k pohledávkám, které jsou již obě splatné. Ve vztahu ke splatné pohledávce, která směřuje proti nesplatné pohledávce, toto ustanovení však nevyklučuje možnost použití provedení kompenzačního úkonu. Zmíněné ustanovení pouze vymezuje, jaký účinek bude kompenzační úkon mít¹⁶, což nevyklučuje, aby byl kompenzační projev učiněn dříve a k jeho účinku došlo později (se splatností obou pohledávek). Shodně tak uvádí teorie občanské práva.

Judikatura Nejvyššího soudu ČR se vydala také řešením nepřípustnosti započtení, kdy alespoň jedna z pohledávek není splatná - tak uvádí: „Kompenzační projev lze učinit až poté, co se obě pohledávky setkaly, tj. v okamžiku, kdy se stala splatnou pohledávka s pozdější splatností.“ (33 Odo 15/2003) Nejvyšší soud ČR tak správně zvolil řešení, ovšem postavil je na základě, který je těžko obhajitelný. Podle mého názoru je tedy správným řešením použití analogie k ustanovení, které řeší otázku přípustnosti kompenzačního projevu.

V praxi je sice celá situace mnohem komplikovanější, - do hry totiž vstupují právní normy systematicky třeba umístěné v jiném zákoně, také ustanovení z ústavní, mezinárodní a dnes i evropské právní roviny a dále pak i v právních předpisech výslovně nevyjádřené právní principy. Přesto však vyjádření

¹⁶shodě tak uvádí odborná literatura občanského práva - Knappová, M., Švestka, J.: Občanské právo hmotné I-III., Praha, Aspi 2002, 151

mezer v právu tímto způsobem je myslitelné i v komplikovanějších situacích.

2.6 Právně neupravený prostor a argumentum a contrario

Mohou nastat případy, kdy na určitou situaci nedostaneme v zákoně odpověď, avšak nejedná se o mezeru v právu. Jde o případy, které zákonodárce úmyslně nechtěl upravit ani příkazem nebo zákazem (**právně neupravený prostor**). Dále jde o případy, kdy zákonodárce určitou úpravou dal na vědomí, že si přeje úpravu právě a jen právě pro uvedené případy, pro jiné případy toto mlčení znamená, že se na ně úprava nevztahuje (**argumentum a contrario**).

V prvním případě se jedná o případy právně irelevantní¹⁷, tedy takové případy, které zákonodárce nechtěl výslovně upravit, resp. stanovit pro ně zákaz nebo příkaz. Tato irelevantnost je však relativní, vezmeme-li v úvahu čl. 2 odst. 3 Listiny, kde je stanoveno, že co není zákonem zakázáno, je dovoleno. O vztahu zásady legální licence a mezer v právu bude pojednáno dále. Jako příklad právně irelevantního jednání je možné zmínit případ, kdy mladší nepozdraví staršího, nebude opětována vzájemná návštěva atd. Pro všechny tyto případy je charakteristická a společná vůle zákonodárce ponechat je neupravené.

V druhém případě se jedná o vylučovací argument, jehož podstatou je: tvrzením jednoho se vylučuje druhé. Je nezbytné stanovit důležitý předpoklad, a to že tvrzené platí výlučně o něm. Vezměme příklad z dědického práva. Podle § 460 OZ se dědictví nabývá smrtí zůstavitele. Argumentum a contrario tedy nelze nabýt dědictví jiným způsobem, např. smlouvou. Tento závěr navíc podporuje i sám občanský zákoník, když v § 628 odst.

¹⁷Krčmář, J.: Právo občanské I. - výklady úvodní a část všeobecná 4. doplněné vydání, Praha 1946, Canaris, C.-W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1972, s. 41.

3 činí neplatnou darovací smlouvu, bylo-li její plnění vázáno na smrt dárce.

Povaha argumentu a contrario spočívá v negativní zásadě rovného zacházení. Negativní zásada rovného zacházení dává pokyn rozhodovat, popř. upravovat rozdílné případy různým způsobem. Naproti tomu analogie, za stejných okolností požaduje stejné zacházení, resp. stejné rozhodnutí. Argumentum a contrario tedy musí spočívat na jednoznačném odůvodnění, že se daná úprava má vztahovat pouze na vyslovený okruh případů, a rovněž na odůvodnění, že pro zvláštnost neupravených případů nepřipadá v úvahu použití analogie. Jakmile je možné uplatnit argumentum a contrario, není již možné hovořit o mezerách v právu, neboť z úpravy je jednoznačné za jakých okolností se má uplatnit a za jakých nikoliv.

2.7 Kritika existence mezer v právu

V odborné literatuře¹⁸ se objevuje i kritika konceptu mezer v právu. Kritika těchto autorů spočívá především na argumentu vyplývajícím ze zásady zákazu denegationis iustitiae vyjádřené již ve francouzském Code civil z roku 1804 v čl. 4. Podle zmíněné zásady je soudce povinen rozhodnout sporný případ, a to i v situaci, kdy mu chybí zákonný podklad. Soudce si má vzít na pomoc např. analogii.

Chyba této kritiky spočívá v tom, že z povinnosti rozhodnout je usuzováno k samotnému obsahu rozhodnutí. Jinými slovy: máme-li stanoven postup jak mezery, ačkoliv by tento pojem kritici jistě nepoužili, vyplnit, nemůžeme tvrdit, že neexistují. Z procesněprávního ustanovení, které stanovuje soudu určitou povinnost, je usuzováno k povaze hmotněprávních ustanovení. Tento argument tak směšuje dvě roviny. Účelem procesněprávních

¹⁸Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: Teorie práva. 2. vydání, Praha 2004, Krčmář, J.: Právo občanské I. - výklady úvodní a část všeobecná 4. doplněné vydání, Praha 1946, později i Knapp.

ustanovení je realizovat obsah hmotněprávních ustanovení, to mimo jiné znamená, že povinností soudu je i doplnit, popř. poopravit vadné ustanovení, aby mohl být realizován účel vadného, resp. mezerovitého ustanovení. O vyplňování něčeho, co není, můžeme mluvit teprve tehdy, jestliže to skutečně neexistuje (mezera). Za zmínku stojí i příměr, který uvádí argentinští autoři Alchourrón a Bulygin: „To je to samé, jako bychom tvrdili, že kalhoty nejsou děravé, protože existuje krejčí, který je zašije.“¹⁹ A navíc jak již bylo uvedeno výše, použití analogie předpokládá existenci mezery.

Dále uvádějí kritici mezer v právu jako argument, že právní systém je systém uzavřený. Podle tohoto argumentu existuje jen jednání zákonem dovolené a zákonem nedovolené a *tertium non datur*. Pro podporu svého argumentu uvádějí čl. 2 odst. 3 Listiny, podle něhož co není zakázáno, je dovoleno. Objasnění tohoto přesvědčivého argumentu se věnují v následující kapitole.

2.8 Úplnost právního řádu a zásada legální licence

Jeden ze silných argumentů zastánců názoru, že mezery v právu neexistují, představuje argument, že právní řád je úplný a neexistuje právně irelevantní situace, tj. situace, kterou zákonodárce nechal bez povšimnutí. Na podporu uvedeného argumentu uvádějí jeho zastánci čl. 2 odst. 3 Listiny a čl. 2 odst. 4 Ústavy. Vypořádat se s tímto velmi přesvědčivým argumentem, není na první pohled snadné. Toto ustanovení dělí jednání na dvě množiny, a sice na jednání dovolené a na jednání zakázané. Právně tedy nemůže existovat jednání z hlediska právního řádu irelevantní, neboť podle této klauzule automaticky spadá do kategorie jednání dovoleného. Pokud není určitá situace výslovně upravena, nastupuje uzavírací klauzule legální licence

¹⁹Alchourrón, C. E., Bulygin, E.: *Normative Systéme*. Aus dem Engl. Übers. von Schmidt, A., Zimmerling, R., München 1994, s. 217

a platí, že jednání je mlčky dovoleno. Ovšem to může a také je v praxi pochybné.

„Shodneme-li se na tom, že uzavírací klauzule smí být aplikována pouze tehdy, pokud neexistuje řešení, nikoliv ale tehdy, když se nějaké osobě řešení nalézt nepodaří, je pochybné, zda se uzavírací klauzule může uplatnit, neboť je těžké zjistit, zda pro to nastal správný okamžik či nikoliv.“²⁰

Pro objasnění zásady legální licence je třeba zdůraznit rozdíl mezi normativní větou v právním předpise jakožto deskriptivním komunikátorem právní normy a právní normou jakožto preskriptivním významem tohoto komunikátoru.²¹ Dále je třeba zavést pojmy silného zákazu, silného dovolení a slabého dovolení.

- Definice silného dovolení: jde o případ p , který je za okolností q silně dovolen normou N , která je následkem systému α , tj. deskriptivní komunikátor právní normy vyslovuje (výslovně nebo za pomoci interpretace) silné dovolení případu p za okolností q v systému α .
- Definice silného zákazu: jde o případ p , který je za okolností q silně zakázán normou N , která je následkem systému α , tj. deskriptivní komunikátor právní normy vyslovuje (výslovně nebo za pomoci interpretace) silný zákaz případu p za okolností q v systému α .
- Definice slabého dovolení: jde o případ p , který je za okolností q slabě dovolen v systému α , tj. pro daný případ neexistuje v systému α norma, která by tento

²⁰ „Wenn wir uns also einig sind, dass die Schließungsregel nur dann angewendet werden darf, wenn es keine Lösung gibt, nicht aber dann, wenn es einer Person nicht gelingt, eine Lösung zu finden, dann ist es zweifelhaft, ob die Schließungsregel je zum Einsatz kommen kann, da es sehr schwierig ist festzustellen, ob die richtige Gelegenheit eingetreten ist oder nicht.“ Alchourrón, C. E., Bulygin, E.: Normative Systeme. Aus dem Engl. Übers. von Schmidt, A., Zimmerling, R., München 1994, s. 228.

²¹ Alchourrón, C. E., Bulygin, E.: Normative Systeme. Aus dem Engl. Übers. von Schmidt, A., Zimmerling, R., München 1994, s. 226. Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech (k úloze právních principů v judikatuře), Praha 2002, s. 216.

případ dovolovala nebo zakazovala, ať již výslovně nebo za pomoci interpretace.

Silné dovození a silný zákaz jsou výrazem normativní věty právního předpisu. Pro právní normy platí, že chování jimi upravené je buď dovolené, nebo zakázané a tertium non datur. Ustanovení čl. 2 odst. 3 Listiny je tak nutno pojímat jako výrok o právních normách v právním řádu, nikoliv o normativních větách. Zatímco díky tomuto ustanovení existují u právních norem pouze dvě možnosti, v případě normativních vět tomu tak není. Tuto situaci přesně vystihuje A. Gerloch a V. Knapp:

„Právo je neobyčejně složitý a rozsáhlý normativní systém, v němž jsou jednotlivé normy navzájem v tisícířích různých vztazích, takže i při sebepečlivější interpretaci bude nejednou obtížno zjistit, zda určité chování je či není právem výslovně upraveno, zda je či není přikázáno nebo zakázáno. Proto i závěr o nedostatku právní upravenosti, resp. příkazu či zákazu určitého chování může být in concreto pochybný a v důsledku toho může být pochybná i aplikace regule, že je dovoleno, co není zakázáno, a tedy i modus je mlčky dovoleno.“²²

Díky složitosti a rozmanitosti právního řádu může tedy nastat situace, kdy deskriptivní komunikátor právní normy směřuje k slabému dovození, přesto však komunikovaná právní norma představuje zákaz daného jednání. „Často ovšem v praxi toto rozlišení nebude tak zřetelné... a bude nutno někdy i obtížně interpretovat, zda jde o implicitní příkaz či zákaz nebo o „mlčení zákona“, tj. o „normativní indiferenci“.²³ Existence klauzule legální licence je s mezerami v právu slučitelná, neboť není schopna uzavřít systém.

²² Knapp, V., Gerloch, A.: Logika v právním myšlení, Praha 2000, s. 123.

²³ Tamtéž s. 122.

2.9 Mezery v právu a mezery v zákoně

V odborné literatuře bývá použito rozlišování na mezery v zákoně a mezery v právu. Jak např. uvádí Knapp²⁴:

„Tu pak vzniká antinomie spočívající v tom, že soudce musí rozhodnout, i když mu zákon neřiká jak. Musí si pomoci interpretací, resp. analogií, a to někdy tak extenzivní, že už ve skutečnosti jde o dotvoření práva. Rozhodnout však může jen podle práva. Rozhodl-li tedy, rozhodl podle práva, takže se nemohlo jednat o mezeru v právu.“²⁵

Knapp tak ztotožňuje činnost právně aprobovanou s pojmem právo. Zcela bez pochyb lze s tímto tvrzením souhlasit, problematický je ovšem závěr, který z něj vyvozuje, když vytváří další kategorii mezer, a to mezery v právu, resp. mezery v zákoně. Lze však tvrdit, že tím, že státní orgány musí postupovat v souladu se zákonem, neexistují mezery v právu a tedy mohou existovat pouze mezery v zákoně? Zákonodárcovi příkazy a zákazy jsou vyjádřeny v zákonech, stejně tak je to i s požadavkem, aby státní orgány postupovaly v souladu s právním řádem. V našem právní řádu je tato povinnost stanovena pro státní orgány v čl. 2 odst. 2 Listiny a čl. 2 odst. 3 Ústavy a pro specifickou činnost soudů - rozhodování individuálních případů - je tato povinnost ještě rozšířena speciálním ustanovením čl. 95 odst. 1 Ústavy. Činnost soudů, resp. státních orgánů musí být tedy vždy v souladu s právním řádem - jak uvádí Knapp - právem. Tím, že soudce použije při zaplňování mezer zákonných prostředků z právního řádu, vlastně naplňuje svou povinnost rozhodovat v souladu se zákonem. Tímto dělením tak dochází k nepřesnému rozdělování zákonné sféry do dvou tříd bez většího odůvodnění. Vztáhneme-li zmíněné dělení a jeho argumenty k soudnictví, zjistíme, že tato argumentace je shodná s názory,

²⁴Knapp, V.: Teorie práva, Praha 1995, s. 65.

²⁵Tamtéž s. 66.

kteře popírají existenci mezery v právu z důvodu existence povinnosti soudce rozhodnout. A tato argumentace, jak jsem již uvedl výše, má vážné nedostatky.

Knappův citát bychom však mohli chápat i jinak a nejspíše tento druhý význam měl Knapp na mysli. Soud musí rozhodnout i v případě, kdy mu zákon neříká jak (mezera v zákoně). Tuto mezeru však musí vyplnit. K vyplnění mezery v zákoně však může použít pouze materiál, který je obsažen v právním řádu (znění zákona nebo právní principy), a proto se nemůže jednat o mezery v právu. Nemohou tak existovat mezery v právu, ale mohou existovat pouze mezery v zákoně.

Přínos koncepce dělení mezer na dvě kategorie, a to na mezery v zákoně a na mezery v právu, bych viděl především ve specifikaci role, do které se soudce, resp. interpret při zaplňování mezer v právu dostává. Právní stát je založen na dělbě moci - na moc zákonodárnou, soudní a výkonnou. Soudce je tedy povinen právo pouze aplikovat, nikoliv jej vytvářet. Na rozdíl od soudce má zákonodárce oprávnění právo vytvářet a není v jeho tvorbě nikterak omezen.²⁶ Má-li tedy soudce zaplňovat mezeru v právu a působit jako „náhradní zákonodárce“, musí respektovat všechny hodnoty a principy (právo) a všechny právní předpisy. Navíc musí svou činnost náležitě odůvodnit, aby se dalo ověřit, zda tyto požadavky dodržel.

Pokud hodlám hovořit o mezerách v právu, musím nejprve definovat, co pojmem právo myslím. Vycházejí z díla Canarise považují právo nejen za soubor právních předpisů, ale i hodnot za nimi stojících. Shodně tak i Ústavní soud uvádí, že právní řád se nevyčerpává pouze normativním textem zákona, ale že je tvořen i právními principy a hodnotami.

²⁶ Zákonodárce může být (pozitivně) omezen toliko právní normami práva mezinárodního, evropského a ústavního.

„ ... aby sporná ustanovení zákona ... byla vykládána a používána ve prospěch účelu a smyslu těchto zákonů. Přitom účel a smysl zákona nelze hledat jen ve slovech a větách předpisu. V právním předpisu jsou a musí vždy být obsaženy i principy uznávané demokratickými právními státy ... “²⁷

Mezery v právu jakožto obecnější kategorie nemohou vznikát v podobě mezer v zákoně, tedy skutečně chybějícího materiálu. K níže uvedenému názoru mě přivedla A. Macková²⁸ svým rozbořením mezer v právu a dále i H. L. A. Hart²⁹. Zákon je konkrétním vyjádřením zákonodárcových hodnotových představ. Tím, že se zákonodárce v textu právního předpisu přikloní k určité hodnotě, stanoví tak pořadí hodnot a principů v daném případě. Tyto hodnoty ale zůstávají v právním řádě zakotveny, samozřejmě za předpokladu, že ze své povahy nejsou omezeny jen na daný případ. Proto nastane-li situace, na kterou zákonodárce nepamatoval, je zde materiálu v podobě právních hodnot a principů až příliš mnoho ale v nejasné, neurčité podobě (bez stanovení jejich hierarchie). V textu zákona totiž chybí jejich konkrétně vyjádřená stupnice. Navíc si tyto principy vzájemně odporují. Skutečnost je ale stále stejná, soudce, resp. interpret je postaven do situace, ve které nemá k dispozici jasnou odpověď. Z pohledu mezer v zákoně nemá v rukou nic hmatatelného, podle čeho by mohl rozhodnout. Z pohledu mezer v právu má k dispozici materiálu až příliš mnoho, což způsobuje, že neví jednoznačně, co má aplikovat. Mezery v zákoně a mezery v právu jsou jedním fenoménem z různého pohledu. Pojem mezera v právu pohlíží na danou situaci prostřednictvím obecných principů a hodnot a pojem mezera v zákoně vyzdvihuje skutečnost, že v zákonném textu neexistuje výslovné ustanovení v normativním textu.

27 IV. ÚS 275/96

28 Macková, A.: Soudce a zákon v kontinentálním právním řádu, In Gerloch, A., Maršálek, P. (eds): Zákon v kontinentálním právu, Praha 2005, s. 183.

29 Hart, H. L. A.: Pojem práva. Přeložil Petr Fantys, odborná revize Jiří Příbáň, Praha 2004, s. 264.

V následujícím textu budu používat pojem mezery v právu v širším smyslu, který zahrnuje jak mezery v právu v užším smyslu, tak mezery v zákoně a který vyzdvihuje skutečnost, že v určitých případech nemáme k dispozici jednoznačné vodítko pro rozhodnutí.

2.10 Mezery v právu de lege lata a mezery v právu de lege ferenda

Hledisko de lege lata je v teorii práva traktováno jako hledisko, jež nám reflektuje, které jednání je oprávněné nebo povinné z hlediska platných právních norem. „Při řešení všech případů v praxi aplikace práva je nutno zásadně vycházet z tohoto hlediska.“³⁰ Z definice mezer v právu podané v kapitole 2.4 vyplývá, že mezera je nedostatek přesné, určité právní úpravy. Pojetí mezer v právu de lege lata je tak v plném souladu s podanou definicí.

Naproti tomu pojetí mezer v právu de lege ferenda, tak jak je traktováno v teorii práva, přispívá k jiným poznatkům. Za pomoci hlediska de lege ferenda „... se dospívá k poznatkům významným pro právní politiku, jež je činností směřující hlavně k tvorbě práva, které by zabezpečovalo ty či ony společenské zájmy.“³¹ Nalézání a vyplňování mezer v právu je činností spojenou s aplikací a dotvářením práva, tedy pojem mezery v právu v sobě implikuje pohled de lege lata. Zatímco pohled de lege ferenda je pohledem subjektu, který hodnotí právní řád podle určitých mimoprávních hodnotících kritérií s cílem, aby našel lepší úpravu, než je ta současná. Směřuje tak k reformování systému v případech, kdy právní předpis obsahuje řešení určitého problému (nejde o nedostatek materiálu, resp. o mezeru). Porovnáme-li tento závěr s kapitolou 2.3, kde jsem podal

³⁰Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: Teorie práva. 2. vydání, Praha 2004, s. 28.

³¹tamtéž s. 31.

definici mezery v právu jakožto podmnožinu vad zákona, shledáme jako nepochybné, že mezery v právu de lege ferenda jsou subjektivním názorem³², který hodnotí právně-politické pochybení zákonodárce.

Shrnutí: Hovořit o mezerách v právu de lege ferenda je zavádějící, protože vede ke směšování pojmu mezer v právu s pojmem právněpolitického pochybení (viz strana 13) zákonodárce, proto by bylo vhodnější užívat místo pojmu mezera de lege ferenda pojem vada nebo nedostatek zákona de lege ferenda.

2.11 Uzavírací pravidla - nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege

V právním státě platí pro odvětví právního řádu zvláštní zásady, které zasahují do sféry jednotlivce. Jedná se zejména o odvětví trestního práva, které je založeno na zásadách, které chrání své občany před libovolnými zásahy státní moci do nejchoulostivější sféry jednotlivce, a sice do jeho osobní svobody. Jde o zásadu nullum crimen sine lege. Zásada právní jistoty požaduje po právním státě vytvoření uceleného katalogu trestných činů tak, aby bylo předem předvídatelné, jaká jednání jsou spojena s trestními sankcemi. Dalším výrazem a doplněním této zásady je i zákaz retroaktivity trestních zákonů. Trestní zákony tak nemohou stanovit trestní odpovědnost za jednání se zpětnou účinností. Mají-li tyto zásady dosáhnout svého účelu, musí být ještě naplněn jeden požadavek kladený na zákonodárce, a to požadavek přesnosti, jasnosti a určitosti zákonných formulací.

Převedeme-li tyto direktivy do praxe, můžeme stanovit několik jejich funkcí. Tato zásada zejména:

³²Knapp, V.: Teorie práva, Praha 1995, s. 66.

- Představuje pokyn pro zákonodárce: Zákonodárce je povinen vytvořit katalog trestných činů. Celou zásadu *nullum crimen sine lege* lze rekonstruovat ve vztahu k zákonodárci jako *nullum crimen sine lege praevia*. Se zdůrazněním slova „*praevia*“ tedy o jednání, které má za následek trestní odpovědnost pachatele, můžeme hovořit pouze, byla-li trestnost jednání stanovena zákonem před spácháním tohoto jednání.
- Pokyn pro soudce: Soudce dle této zásady nesmí vyslovit trest a ani shledat obviněného vinným z jednání, pro nějž před jeho provedením neexistoval zákon, který by zakotvil jeho trestnost.
- Funkce uzavírací klauzule: Ze srovnání zásady legální licence s klauzulí *nullum crimen sine lege*, můžeme vyvodit následující uzavírací klauzuli: „vše co není zakázáno, je dovoleno“. Je však nutno dodat, že tato uzavírací klauzule se vztahuje výhradně na odvětví trestního práva. Proto bychom měli tuto klauzuli doplnit: „vše co není trestněprávně zakázáno, je trestněprávně dovoleno“. Pro zásadu *nullum crimen sine lege* lze obdobně použít výklad podaný v kapitole 2.8. Může tak nastat případ, který sice není výslovně upraven, ale měřítko celého právního řádu po nás úpravu tohoto případu požaduje.

Tak například: těhotná žena si nepřeje své dítě a vzhledem k právní úpravě, kdy legální potrat je možný do 3 měsíců od početí, je nucena porodit. Již ke konci těhotenství si začne opatřovat nástroje, aby mohla vykonat svůj plánovaný čin. Formálně vzato by v tuto chvíli mohla spáchat trestný čin vraždy dle § 219 TZ (vražda) ve stádiu přípravy. Jestliže by ale již dlouho plánovaný čin vykonala v rozrušení vyvolaném porodem, uplatnil by se na ni § 220 TZ (vražda novorozeného dítěte

matkou). Žena, kterou bychom usvědčili ve stádiu přípravy k trestnému činu vraždy, by byla trestána dle přísnějšího ustanovení o vraždě, než žena, která by taktéž čin plánovala a navíc jej i dokonala. Trestní právo je vázáno zásadou subsidiarity trestní represe, zásadou individuální trestní odpovědnosti a také hlavní imanentní hodnotou spravedlnosti. Tyto zásady mimo jiné vyžadují, aby poškození cennějšího, zákonem chráněného statku (život dítěte) bylo trestáno přísněji, než poškození méně cennějšího právního statku. Nutno uvést, že v § 220 TZ je uvedeno, že žena čin spáchala v „rozrušení“ způsobeném porodem. Toto slovo můj uvedený výklad nezpochybňuje, pouze ho problematizuje, avšak základní rozpor zůstává nedotčen. Jinak by byla trestána žena, která si opatřuje prostředky a nástroje pro usmrcení dítěte a jinak žena, která jich použije, a to i v zákoně uvedeném rozrušení. Cestou této argumentace se snažím dokázat, že právní principy obsažené v zákoně vyžadují jinou úpravu a také to, že se jedná o mezeru v právu. Tato mezera v právu by byla snadno vyplnitelná například za pomoci teleologické redukce.

V trestním právu tak není vyloučena existence mezer v právu. Problém ovšem nastává v případě jejich vyplňování. Zde se již uplatní zásada *nullum crimen sine lege/nulla poena sine lege*, neboť zakazuje vyplňování mezer v právu a vytvářet, resp. dotvářet tak ustanovení zákona, která před tím neexistovala. V trestním právu hmotném tak můžeme použít všechny metody interpretace, nemůžeme však vyplňovat mezery v právu a slovy *Canarise* tak pokračovat v interpretaci v dalším stupni.

V trestním právu hmotném tak platí zásada, že mezery v právu jsou nevyplnitelné. Ovšem jako každá zásada má i tato zásada své výjimky. V českém trestním zákoně je ve skutkových podstatách při materiální kvantifikaci činů použito různých pojmů (škoda, prospěch a rozsah). V § 89 odst. 11 trestního zákona zákonodárce

použil legální definici pojmů škoda a prospěch. Výši škody a prospěchu je tedy nutno vymezit v souladu s tímto ustanovením. Jak je tomu ale v případě pojmu „rozsah“? V ustanovení § 148 odst. 1 TZ je stanoveno, že kdo ve větším rozsahu zkrátí daň, clo, atd. dopustí se trestného činu zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby. Jak ale vymezit obsah tohoto pojmu? Již výše jsem uvedl, že v případě vágních pojmů nemůžeme hovořit o sféře praeter legem, neboť vágní pojmy spadají do sféry secundum legem. Spadá však obsah tohoto pojmu skutečně do sféry secundum legem? Zákodárce ostatní pojmy, které materiálně kvantifikují jednání, vymezil legální definicí.

Pojmům „prospěch“, „škoda“ a „rozsah“ je společné to, že kvantifikují určité jednání. Zákodárce nemohl použít ve skutkových podstatách jen jeden pojem (např. jen slovo škoda) z důvodů lingvistických a stylistických. V jazykových formulacích, které zákodárce zvolil ve skutkových podstatách jednotlivých trestných činů, nebylo tedy možno použít jen jednoho pojmu. Proč však zákodárce nedefinoval i pojem „rozsah“? Účelem této kvantifikace je stanovit nebezpečnost činu pro společnost a tak i stanovit odpovídající trestněprávní sankci. Skutková podstata je pojmovým znakem trestného činu a zásada nullum crimen sine lege vyžaduje, aby znaky trestného činu byly stanoveny zákonem. Tomuto požadavku tak nevyhovuje jakýkoliv obecný, vágní pojem, a to tím spíše, když zákodárce pro jiný pojem tuto úpravu použil. Zákodárce tak nevymezil všechny pojmy, resp. na vymezení jednoho pojmu zapomněl.

Shrneme-li podaný výklad, můžeme konstatovat, že se jedná o mezeru v právu a prostředkem pro její vyplnění bude nejlépe analogie k legální definici pojmu „škoda“ a „prospěch“. Shodně tak uvádí literatura³³ i praxe³⁴. Tento stav je ovšem mimořádně

33 Novotný, O., Dolenský, A., Jelínek, J., Vanduchová, M.: Trestní právo hmotné II, Praha, s. 290.

34 Č. 20/02-I Sb. tr. rozh.

nežádoucí, protože existence mezer v právu v odvětví práva
trestního by měla být zcela výjimečnou záležitostí.

3. Mezery ve smlouvách

Výše bylo pojednáno o mezerách v právu a mezerách v zákonech, resp. právních předpisech. Právní normy jakožto závazná pravidla chování nalezneme nikoliv jen v právních předpisech, kterými jsou zákony, podzákoné právní předpisy a mezinárodní smlouvy, ale i v právních úkonech zejména ve smlouvách. Právní řád garantuje jednotlivci smluvní autonomii. Každý je tak oprávněn libovolně se s kýmkoli smluvně zavazovat a vytvářet pravidla chování, závazná toliko mezi těmito smluvními stranami (lex contractus). Je možné hovořit o mezerách dle výše uvedené definice v čl. 2.4 i v oblasti soukromého práva, tedy v oblasti závazkového práva?

Právní řád si však neklade a ani nemůže klást za cíl upravit všechny možnosti lidského života. Canaris³⁵ proto uvádí, že tyto případy není možné označit za mezery v právu. Proto také odlišuje vyplňování mezer v právu a doplňování smluv, aniž by uváděl, že se jedná o mezery. V tomto směru s ním však nemohu souhlasit. Mezery ve smlouvách naplňují definici mezery v právu podanou v čl. 2.4. To znamená, že se jedná o neúplnost, v rozporu s plánem, posuzováno měřítkem celého právního řádu. Smlouvy však postrádají ráz univerzálnosti a jsou platné jen mezi smluvními stranami. To ale neubírá na jejich kvalitě. Můžeme je dle mého názoru za mezery označit avšak přidat jim rozlišení, že se jedná o mezery ve smlouvách.

3.1 Existence mezer ve smlouvách

Smlouva uzavřená mezi právními subjekty obsahuje určitá pravidla chování, která jsou závazná pro smluvní strany. Dané subjekty tak musí dodržovat nejen právní normy obsažené v právních předpisech ale i ve smlouvě. Právní řád je postaven

³⁵Canaris, C.-W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1972, s. 54

na principu smluvní volnosti a zásadě pacta sunt servanda vyjádřené v ustanovení § 493 občanského zákoníku.

Dojde-li k uzavření smlouvy, stává se smlouva a v ní obsažené právní normy součástí platných právních norem spolu s právním řádem. Právní normy obsažené ve smlouvě jsou ve své hierarchii nad dispozitivními ustanoveními zákona, přičemž ale nesmí být v rozporu s kogentními normami.

kogentní normy

smluvní normy

dispozitivní normy

Jak je to ale s mezerami? Mohou vzniknout a existovat i ve smlouvách?

Právní předpisy v České republice vytvářejí zpravidla odborné aparáty ministerstev a procházejí složitou legislativní procedurou dvoukomorovým parlamentem. Přesto jsou mezery v právu četným jevem. Smlouvy ale tuto proceduru předepsanou nemají a navíc je v řadě případů ani nevytváří právníci, což snižuje jejich právní úroveň a zvyšuje pravděpodobnost vzniku mezer v právu.

Špatně napsaná smlouva však neznamena vždy existenci mezery ve smlouvě, ale může se jednat o právní pochybení smluvních stran při sepisování projevu vůle.³⁶

Kdy tedy může vzniknout mezera ve smlouvě a jak ji zjistíme?

Každá smlouva obsahuje pravidla chování smluvních stran. Úprava smlouvy však nemůže pamatovat na všechny možné případy

³⁶ Pro zjednodušení výkladu pojednávám o smlouvách v písemné formě. Smlouvy uzavřené toliko ústní formou mají stejný režim, avšak složitější o proces dokazování a zjišťování jejich obsahu.

stejně jako v případě právních předpisů dle výše uvedeného výkladu. Není tedy možné vyloučit existenci mezer v právu.

Jako nejvýstižnější příklad mezery ve smlouvě mohu uvést kolizní mezeru. Kolizní mezera je případ, kdy dvě nebo více právních norem se stejnou hypotézou obsahují jinou dispozici, tedy řešení právního problému. V praxi si lze představit případ, kdy obě smluvní strany používají obchodní podmínky, na než v textu smlouvy zákonem stanoveným způsobem odkáží. Obchodní podmínky se stanou součástí smlouvy. Avšak může nastat případ, kdy si obě úpravy v obchodních podmínkách odporují. V takovém případě se dispozice norem vzájemně neguje, ale hypotézy právních norem zůstanou v platnosti. Soudce bude muset takto vzniklou mezeru ve smlouvě vyplnit.

Další příklad mezery ve smlouvě uvádí Brox³⁷. Dva sousedé uzavřou smlouvu, na jejímž základě je souseď E oprávněn požadovat po sousedovi N, aby se zdržel umísťovat okna na zdi přilehlé k pozemku souseda E. Později umístí souseď E na předmětné zdi skleněné tvárnice tzv. luxfery.

Povaha právních předpisů a smluv je však odlišná. Tato odlišnost je dána adresátý právních norem. Právní normy obsažené v právních předpisech směřují zpravidla k neurčitému počtu subjektů. Na druhou stranu se smlouvy vztahují výhradně na smluvní strany, což modifikuje i přístup k jejich interpretaci. Interpretace právních předpisů má svou metodologii vytvořenou a propracovanou právní vědou a nezakotvenou v právních předpisech. Výstižně tak uvádí Gerloch a Tryzna:

„... zjišťování smyslu ustanovení právního předpisu, zjišťování významu právních pravidel (práv a povinností, které jsou jimi založeny), se samo o sobě řídí dalšími pravidly, která již nemají, alespoň ve většině případů, povahu pravidel právních, resp. právně závazných. Existují tak na straně jedné

³⁷ Brox, H.: Allgemeiner Teil des BGB, 28. Auflage, Carl Heymanns Verlag, München 2004, s.78

vlastní pravidla chování, která lze považovat za pravidla právní, protože jsou vyjádřena v právním předpise, na straně druhé pak pravidla vytvářející argumentační aparát pro jejich interpretaci a aplikaci.³⁸

Pro výklad právních úkonů však zákonodárce explicitně upravuje závazná pravidla interpretace, která jsou odlišná od výkladu právních předpisů. Právní úkony vyjádřené slovy je tak nutno vykládat dle ustanovení § 35 odst. 2 občanského zákoníku nejen podle jejich jazykového vyjádření ale i podle vůle toho, kdo jej učinil. Takový výklad však nesmí být v rozporu s jazykovým projevem. Dále je třeba také chránit dobrou víru zúčastněných osob.³⁹ U právních úkonů vyjádřených jinak než slovy musíme interpretovat podle horizontu objektivního adresáta, přičemž musí být zohledněna vůle toho, kdo právní úkon učinil, a dále musíme chránit dobrou víru toho, komu byl právní úkon určen.

Těmito závaznými metodami interpretace tak musíme odpovídat na otázku, zda v dané konkrétní smlouvě nebo daném posuzovaném případě existují mezery nebo pochybení smluvních stran. Definici mezery v právu v oblasti závazkového práva může doplnit následujícím způsobem. Mezera je neúplnost v rozporu s plánem v rámci pozitivního práva **včetně právních norem** založených smlouvou posuzováno měřítkem celého platného právního řádu a **zákonem stanovených metod pro výklad právních úkonů.**

38 Gerloch, A., Tryzna J.: Nad vázaností soudce zákonem z pohledu některých soudních rozhodnutí, Právní rozhledy 1/2007, s. 23.

39 Canaris, C.-W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1972, s. 53

4. Nalézání mezer v právu

Mezera v právu je v souvislosti s podaným výkladem, situace, kdy neexistuje určitá norma, ačkoliv ji celý právní řád vyžaduje. V praxi se soudce dostává mnohokrát do situace, kdy určitá právní otázka není dostatečně upravena. Zákonodárce zde určitou otázku upravil, ovšem nedal na ni odpovídající odpověď. V těchto případech není možné bez doplnění normu uplatnit. Soudce může postupovat dvěma způsoby. Buď může případ odmítnout rozhodnout, tím se však dopustí protiústavního kroku, protože odmítne spravedlnost, nebo nekompletní zákon doplní. Podstatou zásady zákazu odmítnutí spravedlnosti je procesní stránka hmotněprávního ustanovení. Vydal-li totiž zákonodárce určité ustanovení v zákoně, znamená to, že rovněž požaduje i jeho realizaci v praxi. Soudci jsou povinni tento pokyn respektovat. Zákaz odmítnutí spravedlnosti a požadavek hmotněprávních norem na jejich realizaci hrají roli při nalézání mezer v právu.

Právní řád netvoří jen ustanovení zákona, tedy normativní věty, ale i hodnoty za těmito ustanoveními stojící. Tyto hodnoty můžeme rovněž použít jako prostředek nalézání mezer v právu. Právnímu řádu, resp. právu je imanentní požadavek spravedlnosti, který nalézá svou podobu (mimo jiné) v zásadě rovného zacházení - tedy za stejných podmínek stejné zacházení. V českém právním řádu však nečerpá tato zásada legitimaci pouze z povahy práva, nýbrž i z výslovného zákonného ustanovení v čl. 3 odst. 1 Listiny základních práv a svobod. Spojením hodnot za zákonnými ustanoveními ze zásadou rovného zacházení získáme dle Canarise další prostředek pro nalezení mezer v právu.

Ke zjištění mezer v právu mohou sloužit v zákoně výslovně neuvedené obecné právní principy a hodnoty, které se vyvozují z ustanovení zákona i z povahy právního řádu. Právní principy

a hodnoty zde hrají roli určovatele, zda se jedná o mezeru v právu či nikoliv, a současně plní i funkci jejich vyplňování.

4.1 Nalézání mezer v právu za pomoci zásady zákazu odmítnutí spravedlnosti

Zásada zákazu odmítnutí spravedlnosti neboli také právo na spravedlivý proces bylo vyjádřeno v Úmluvě o ochraně lidských práv a svobod vyhlášené pod č. 209/1992 a jejím čl. 6, kde je stanoveno, že každý má právo na to, aby jeho záležitost byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem, který rozhodne o jeho občanských právech. Soud je tedy povinen rozhodnout o podané žalobě meritorně a v žádném případě nesmí žalobu zamítnout s poukazem na to, že pro rozhodnutí nemá právní podklad. Soud tak musí meritorně rozhodnout, i když mu pro rozhodnutí chybí úprava v případě mezery v právu. Typickými příklady mezer v právu zjištěných pomocí práva na spravedlivý proces jsou např. ustanovení, kde je stanovena povinnost zaplatit úroky, ale není stanovena jejich výše, dále pak ustanovení, kde je stanovena povinnost ustanovit určitý orgán, není však upraven proces jeho ustavení.

Z praxe Ústavního soudu je možné uvést případ⁴⁰, kdy soud rozhodoval o počítání lhůty pro uplatnění prezidentova suspenzivního veta. Ústavní pořádek neobsahuje úpravu počítání lhůt, přesto ale byl soud povinen tuto otázku rozhodnout. Byl tedy povinen vyplnit zjevnou mezeru v právu.

Právní norma obsažená v zákoně nebo z něj interpretovaná je neúplná a soud tak bez jejího doplnění nemůže rozhodnout. Soudce se však nedopustí porušení práva na spravedlivý proces, pokud rozhodne meritorně, a to i chybně. V případě, že byl žalobcem

⁴⁰nález Ústavního soudu č. 30/1998 Sb.

k projednání žaloby určen soud a právo v žalobě uplatňované může existovat, je soud povinen o žalobě rozhodnout.

1. Vezměme si příklad z Ústavy ČR. V čl. 62 pís. e) je stanoveno, že prezident republiky jmenuje soudce Ústavního soudu, jeho předsedu a místopředsedy. Nikde však není stanoveno, v jaké lhůtě má prezident rozhodnout. Soud by v tomto případě stál před volbou, zda žalobu zamítnout a dopustit se odmítnutí práva nebo ustanovení doplnit. Zamítl-li by soud žalobu proto, že v daném ustanovení není lhůta, která by určovala prezidentovi, do kdy má rozhodnout (tedy neexistence zákonného podkladu), vyplnil by také mezeru v právu, protože by rozhodl meritorně. Základní otázku, kterou si v tomto případě musí zodpovědět je, v jaké lhůtě je prezident povinen rozhodnout. Pokud by soud rozhodl, že prezident není vázán žádnou lhůtou, popřel by závaznost ustanovení, přestože Ústava nekompromisně stanovuje povinnost jmenovat. Naopak nutno přiznat, že konkrétní výše lhůty stanovena rovněž není, proto by soud musel zvažovat, zda prezident tuto povinnost neporušil v případě nečinnosti. Soud by si musel ad hoc zvážit, zda nedochází ke zbytečným průtahům a tak k porušení ústavní povinnosti. Tuto mezeru v právu by tak soud nejspíše vyplnil tak, že by lhůtu považoval za lhůtu obvyklou pro jmenování ústavních soudců (lhůtu bez zbytečného odkladu).

Jeho rozhodnutí bychom si totiž mohli interpretovat jako stanovení neurčité lhůty pro jmenování ústavních soudců. Charakteristickým znakem této skupiny případů je, že soudce má na výběr mezi odmítnutím spravedlnosti nebo vyplněním mezery v právu. Ovšem, jak jsem právě zmínil i odmítnutí spravedlnosti by v tomto případě ve svém důsledku vedlo k vyplnění mezery v právu.

2. Okruh případů, ve kterých zpravidla chybí část normy nebo celá normativní věta, přináší mezinárodní právo soukromé. K soudu může být podána žaloba ohledně právní věci, pro níž neexistuje relevantní kolizní norma. Soud se tak, jak je pro mezery v právu zjišťované za pomoci práva na spravedlivý proces, ocitá před rozhodnutím, zda vyplnit mezeru v právu nebo odmítnout právo na spravedlivý proces. Tak například české soudy musely rozhodnout případ, ve kterém se určovalo mateřství, aniž by takováto kolizní norma existovala nebo sem můžeme zařadit i případy, které vyplývají z vícestupňové evidence vlastnictví cenných papírů a kolizních norem ke správcům evidence těchto cenných papírů.

3. Canaris uvádí další případy norem tzv. *leges imperfecte*

Zákon v těchto případech obsahuje úpravu určité otázky, ovšem neobsahuje úpravu sankce pro případ porušení dispozice. V případě imperfektních norem nám interpretace pomůže objasnit, zda daná norma vyžaduje sankci či nikoliv. Kladné zodpovězení této otázky potvrzuje existenci mezery v právu, neboť neexistuje zákonné ustanovení, které by sankci vyslovovalo. Procesem vyplňování mezer v právu můžeme pak vyjádřit konkrétní podobu chybějící sankce.

Chybějící sankci můžeme například nalézt v zákoně o vlastnictví bytů z. č. 72/1994 Sb § 11 odst. 1. Podle tohoto ustanovení je možné za určitých okolností svolat shromáždění vlastníků jednotek, tedy orgán společenství vlastníků jednotek. Shromáždění jsou oprávněni svolat mimo jiné i vlastníci jednotek, kteří mají alespoň jednu čtvrtinu hlasů. Při hlasování je rozhodující velikost spoluvlastnických podílů vlastníků jednotek na společných částech domu. Jaký následek by ale měla situace, kdy by shromáždění svolali vlastníci s menším spoluvlastnickým podílem? Např. proto, že by chtěli projednat záležitost, kterou by hodlali narušit činnost

společenství. Měli bychom považovat přijatá usnesení za platná? Funkcí, kterou ustanovení § 11 odst. 1 ZOV sleduje, je ochrana menšinových vlastníků ale současně i ochrana většiny vlastníků před šikanózním výkonem práv menšinovými vlastníky. Dá se také předpokládat, že svolá-li shromáždění dostatečný počet vlastníků, dostaví se i na samotné shromáždění usnášeníschopné kvórum. Je tedy zcela nepochybné, že toto ustanovení vyžaduje právní sankci. Právní sankce, které bychom mohli na tento případ aplikovat jsou: nicotnost přijatých usnesení nebo jejich napadnutelnost u soudu. Soudce v tomto případě bude muset dát odpověď cestou vyplnění mezery v právu, aby se nedopustil prohřešku odmítnutí spravedlnosti. Nicotnost je příliš tvrdý prostředek k řešení, proto bychom mohli cestou analogie rozšířit soudní napadnutelnost přijatých usnesení dle § 11 odst. 2 ZOV.

4. Další významnou skupinu mezer v právu tvoří kolizní mezery. V právním řádu mohou nastat situace, kdy si vzájemně odporují alespoň dvě ustanovení, aniž by bylo možno uplatnit výkladová pravidla typu *lex posterior derogat priori*, *lex generalis derogat speciali* a *lex superior derogat inferiori* a dobrat se tak řešení. Obě dvě ustanovení se dožadují uplatnění, není z nich však patrné, které z nich má přednost. Zákonodárce tak upravil určitou otázku, která zcela jistě nespadá do právem neupraveného prostoru, ovšem nedal na ni odpověď. Normy se vzájemně vyruší, ale jejich skutkové podstaty zůstávají nedotčeny. Tuto situaci vystihuje následující citát:

„Kdyby právo v určité situaci určitému subjektu zároveň ukládalo, že se má chovat způsobem A a nechovat způsobem A, resp. chovat způsobem opačným A, bylo by to z hlediska regulativního působení práva stejné, jako by mu neukládalo nic, a vlastně horší, neboť regulace chování by tím v daném

případě byla anulována.⁴¹

V legislativně vyspělém právní řádě by se mělo jednat o zcela ojedinělé případy, ovšem nelze vyloučit, že se takové případy v praxi vyskytnou.

Za příklad nám může posloužit zák. č. 150/2002 Sb. soudní řád správní a jeho § 68 pís. c) s § 76 odst. 2. Ustanovení § 68 pís. c) stanovuje nepřipustnost správní žaloby pro případ, že by jediným navrhaným důvodem nezákonnosti byla nicotnost správního aktu, ačkoliv by nebyla uplatněna ve správním řízení. Naopak § 76 odst. 2 přikazuje soudci přezkoumat a případně i prohlásit nicotnost správního aktu i bez návrhu. Tato ustanovení jsou ve vzájemném rozporu a nelze je za pomoci výkladových metod odstranit. Obě ustanovení jsou závazná, proto si z nich nemůžeme vybírat libovolně. Z textu zákona tedy není rozpoznatelné, které ustanovení se má aplikovat. Na pomoc nám může pouze historický výklad. Jeden z návrhů správního řádu, který byl podáván současně s návrhem soudního řádu správního, obsahoval ustanovení, které počítalo s tím, že by účastníci správního řízení mohli již v jeho průběhu namítat nicotnost správního rozhodnutí. Pro tento případ bylo ve soudním řádu správním obsaženo ustanovení, které by zabraňovalo zbytečnému nápadu případů, přestože se účastníci mohli svých práv domáhat již během správního řízení. Návrh tohoto správního řádu přijat nebyl, proto nemá § 68 pís. c) adekvátní podklad a odůvodnění. Ovšem tento výklad nemá v textu zákona oporu a je nutno se pomoci právních principů dostat k řešení, resp. vyplnění kolizní mezery v právu.

⁴¹ Knapp, V, Gerloch, A.: Logika v právním myšlení, Praha 2000, s. 217.

4.2 Nalézání mezer v právu za pomoci zákonných hodnot a zásady rovného zacházení

Za normativními větami v zákoně jsou zakotveny hodnoty, jak již bylo uvedeno výše. Není však častým jevem, aby samy tyto hodnoty přímo vyžadovaly doplnění zákona. Spojíme-li právní princip se zásadou rovného zacházení tak, jak vyplývá z povahy práva a s výslovného ustanovení čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod. Podstatou zásady rovného zacházení je požadavek, aby bylo s rovnocennými případy zacházeno stejně, pokud není odůvodněno rozdílné zacházení. Sama zásada rovného zacházení však neurčuje, s ČÍM bychom měli zacházet rovně. Obsah zásady rovného zacházení nám tak vyplňuje právní princip nebo hodnota.

Uvedený výklad lze objasnit příkladem z praxe. Žena se rozvede se svým manželem, avšak bydlí stále i po rozvodu v jeho bytě a manžel požaduje po soudu, aby ji nařídil vyklizení bytu. Svou žalobu podpírá o tvrzení, že jeho bývalá manželka není ani spoluvlastníkem, ani nemá žádný jiný právní důvod užívání. Za právní podklad svého tvrzení bere ustanovení § 126 ObčZ, které chrání vlastníka věci před neoprávněným zásahem cizí osoby. Žena požaduje bytovou náhradu, ačkoliv bytová náhrada je upravena v občanském zákoníku pouze pro případ výpovědi z nájmu bytu. Nyní musíme uvážit, zda se situace ženy podobá případu výpovědi z nájmu bytu. Pro hovoří obdoba závislosti ženy na muži (vlastníkovi) jako nájemníka na pronajimateli. Proti naopak zřejmá odlišnost vztahu nájemního, který je založen nájemní smlouvou, kdežto tento vztah vznikl z vyživovací povinnosti mezi manželi, popř z faktického stavu. Bytová náhrada je upravena v § 712 - 713 ObčZ. Ustanovení, které se nejvíce podobá zkoumanému případu je ustanovení § 713 odst. 1 ObčZ. Odsouhlasíme-li podobnost, jedná se o mezeru v právu, odmítneme-li to, bude se jednat o právněpolitické pochybení. Soudní praxe

se vydala cestou vyplnění mezery v právu (viz rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR 26 C 16/2001).

Dalším charakteristickým příkladem pro tuto skupinu mezer v právu může být případ uvedený Canarisem⁴², který aktualizují pro české právo: řidič automobilu jede po silnici a dodržuje všechny dopravní předpisy. Náhle mu do cesty vběhne nezletilé sedmileté dítě. Řidič rychle zareaguje a strhne auto do pole a způsobí si škodu na svém vozidle. Předpokládejme, že rodiče nezletilého dítěte nezanedbali dohled a dítě nebylo schopno posoudit následky svého jednání. Proto se na případ neuplatní odpovědnost dle § 422 ObčZ (Odpovědnost za škodu způsobenou těmi, kteří nemohou posoudit následky svého jednání). Nabízí se zde řešení pomocí § 742 (jednatelství bez příkazu), kdy osoba, která obstará cizí záležitost, aniž je k tomu oprávněna za účelem odvrácení hrozící škody, má právo na úhradu nutných nákladů. Pokládat řidiče vozidla za „neoprávněného“ zcela jistě není v souladu s právním řádem, neboť jej spíše budeme pokládat za povinného jednat tímto způsobem, a to v důsledku ochrany života jakožto cennějšího právního statku. V důsledku povinnosti jednat tak musíme vyloučit i jednatelství bez příkazu. Jedná se tedy o povinnost strpět použití své věci ve prospěch výše ceněného právního statku. Povinnost strpět použití věci vlastníka ve stavu nouze je zakotvena v § 128 ObčZ. Toto ustanovení se však vztahuje na jednání třetí osoby a nikoliv na jednání samotného vlastníka věci. Protiargumentem může být tvrzení, že hlavním účelem ustanovení je ručení za jednání v souladu s právem, jehož důsledkem je obětování jednoho právního statku ve prospěch jiného cennějšího právního statku. Přikloníme-li se na stranu analogie k § 128 ObčZ, potvrdíme existenci mezery v právu. Naopak konstatujeme-li, že v daném případě se o podobnost nejedná, potvrdíme existenci právně-

⁴²Canaris, C.-W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1972, s. 73.

politického pochybení zákonodárce. Analogie tak hraje roli i při rozlišování mezi mezerami v právu a právněpolitickými pochybeními.

4.2.1 Negativní podoba zásady rovného zacházení jako prostředek pro nalezení mezery v právu⁴³

Podstatou negativní podoby zásady rovného zacházení je: „nerovné případy upravovat různě“. Pozitivní podoba této zásady vyžaduje s rovnými případy zacházet rovně, resp. obdobně, pokud bychom tomuto požadavku nedostáli, dopustili bychom se diskriminace. Stejně tak bychom se dopustili diskriminace, pokud bychom sobě nerovné případy posuzovali stejně. Negativní podoba zásady rovného zacházení může také požadovat doplnění zákona. Zákonodárce v těchto případech pojal ustanovení zákona příliš široce a nevzal v úvahu odlišnosti, které vzít v úvahu měl a stanovit pro ně výjimky. V některých případech se dokonce nedá rozlišit, zda se ke zjištění mezery v právu užije teleologické redukce nebo analogie. Jak teleologická redukce, tak analogie jsou dvěma stranami téže mince.

Negativní podoba zásady rovného zacházení, tj. teleologická redukce, vyžaduje určité zpřesnění ve vztahu k dotváření práva secundum legem a contra legem. Při aplikaci teleologické redukce vyjímáme z významového jádra normy určitou skupinu případů pro jejich výjimečnost vyplývající z jejich zvláštností oproti ostatním případům. Bezpochyby tedy dochází k překročení slovního znění zákona a nejedná se o výklad práva v oblasti secundum legem. Vynětím určitého okruhu případů dochází k naplnění základního požadavku práva - spravedlnosti. Právo totiž nemůže obsahovat diskriminující ustanovení, což vyplývá z jeho povahy. V českém právním řádu je tato zásada výslovně zakotvena v čl. 4

⁴³V německé literatuře je tento okruh případů nazýván „teleologická redukce“.

odst. 1 Listiny základních práv a svobod. Nedochozí k přesažení zákonných hodnocení zákona, proto se nemůže jednat o dotváření práva contra legem.

Zjištění mezery v právu probíhá po důkazu, že smysl určité normy nedopadá na určitý okruh případů, a proto je odůvodněno jejich vynětí z platnosti normy.

Pro objasnění je možné zmínit Canarisův případ z rodinného práva, který jistě nebude patřit ke každodenní problematice soudního rozhodování, a který aktualizují do českého práva. Ovšem jako názorný příklad teleologické redukce zaslouží svou pozornost. Žena, která žije v bigamii dosud soudně nenapadené, porodí dítě. Kdo však bude jeho otec? Podle první domněnky otcovství dle § 51 odst. 1 zák. 94/1963 Sb. se považuje za otce manžel matky, pokud se dítě narodí v zákonně stanovených lhůtách. Předpokládejme, že všechny lhůty byly naplněny. Nastane však situace, kdy žena má manžele dva a tudíž by tedy mělo mít dítě v právním smyslu otce také dva. Druhé manželství bude jistě časem úspěšně napadeno a následně i prohlášeno za neplatné. Dá se ovšem předpokládat a bude to i pravděpodobnější, že první vztah byl rozvrácen a nebude obnoven. Pokud budeme souhlasit se závěrem, že v případě bigamického manželství zde existují podstatné odlišnosti oproti běžnému případu, kdy žena má jednoho manžela, potvrdíme nutnost použití negativní zásady rovného zacházení, resp. teleologické redukce. Namísto by tedy bylo nutno aplikovat teleologickou redukci a vyjmout tento okruh případů z platnosti § 51 odst. 1 a považovat za otce dítěte druhého manžela, aby došlo k naplnění účelu zákona (zákonného hodnocení) a negativní podobě zásady rovného zacházení.

4.3 Nalézání mezer v právu za pomoci obecných principů právních a právních hodnot

Obecné principy právní a právní hodnoty hrají důležitou roli při dotváření práva a vyplňování mezer v právu. Než přistoupím k dalšímu výkladu je nutno vymezit pojem právních hodnot a obecných právních principů. Rozdíl mezi nimi lze spatřovat především v míře konkrétnosti. Právní hodnota je méně konkrétnější než obecný princip právní. Pokud z dalšího výkladu nevyplyne něco jiného, budu pod obecným principem právním rozumět i právní hodnotu, neboť na ně lze výklad uplatnit obdobně.

Obecné principy právní jsou tedy pojímány i jako prostředek pro doplňování zákona. Lze jim tedy přisuzovat funkci pro určení (funkce určovací)⁴⁴, zda se v daném případě jedná o normu, popř. právní předpis, který vyžaduje vyplnění. K této problematice se vyjádřil i Spolkový ústavní soud v SRN:

„V případě nedostatečných zákonných ustanovení musí soudy vyvodit hmotné právo uznávanými metodami nalézání práva z obecných základů práva (allgemeine Rechtsgrundlagen) relevantních pro dané právní vztahy. To platí i pro případ, kdy je nezbytná existence zákonného ustanovení, například s ohledem na ústavní garanci ochrany ... Pouze tímto způsobem jsou soudy s to plnit povinnost uloženou Základním zákonem rozhodnout patřičným způsobem každý právní spor před ně předložený.“⁴⁵

Soud tak není vázán doslovným zněním zákona, může se od něj v odůvodněných případech odchýlit. K otázce aplikace právních principů a k interpretaci zákonů za použití právních principů a hodnot se vyjádřil Ústavní soud ČR.

⁴⁴Shodně tak uvádějí Kühn i Canaris

⁴⁵BverfGE 84, 212 (226) (citováno: Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech : k úloze právních principů v judikatuře, Praha 2002, s. 225)

„Soud přitom není absolutně vázán doslovným zněním zákonného ustanovení, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit v případě, kdy to vyžaduje ze závažných důvodů účel zákona, historie jeho vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů, jež mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku. Je nutno se přitom vyvarovat libovůle; rozhodnutí soudu se musí zakládat na racionální argumentaci.“⁴⁶

Tento nálezn pak jednoznačně potvrzuje, že Ústavní soud počítá s existencí otázek, na které zákon nepamatuje a které vyžadují zvláštní přístup charakteristický pro mezery v právu. Ústavní soud také vyžaduje, aby se soudy při interpretaci zákonů neodpouštěly libovůle, což převedeme-li do oblasti mezer v právu znamená, že soud musí při dotváření práva, resp. vyplňování mezer zvlášť pečlivě svá rozhodnutí odůvodnit.

4.3.1 Získávání právních principů z pozitivního práva

Ústavní soud uvedl ve svém nálezu citovaném v kapitole 2.9 konstatoval, že za zákonnými příkazy jsou určité společné regule, tzn. za ratio legis stojí nosná půda ratio iuris. Právní principy ve funkci určovatele naznačují směr, kudy by se měl proces vyplňování mezer v právu ubírat.

Ne každý právní princip však může sloužit jako určovatel pro proces vyplňování a zjišťování mezer v právu. Je třeba vyloučit takové právní principy, které jsou natolik určité, že je možné pod ně subsumovat - např. pacta sunt servanda, zásada neformálnost právních úkonů, testovací volnost atd. V případech, kdy totiž jde víceméně subsumovat pod určitý princip, je vyloučena existence mezery v právu. I právní principy v podobě, která umožňuje jejich subsumpci, jsou součástí pozitivního práva, a proto otázka mezer v právu v tomto případě nepřichází

46 Pl. ÚS 21/96

v úvahu. Ať již jde o právní princip výslovně zakotvený nebo z ustanovení zákona vyvozený, je-li možná subsumpce, nemůže se jednat o neúplnost zákona. Dále nemohou účelu zjišťování mezer v právu sloužit ty principy, které jsou ryze technického charakteru, - např. formální a materiální princip publicity pro obchodní rejstřík, popř. katastr nemovitostí, intabulační a konsensuální princip pro oblast věcněprávních účinků převodů nemovitostí, princip akcesority zajišťovacího práva atd. - protože jsou hodnotově neutrální a slouží výlučně realizaci práva. Také právní principy omezené jen na určitou oblast nemohou vyžadovat doplnění zákona, protože postrádají prvek obecnosti.

Základní metodou získávání obecných právních principů z pozitivního práva je indukce⁴⁷, tedy logický závěr z jednotlivého k obecnému. Získaný právní princip musí splňovat požadavek otevřenosti, tzn. jakmile konstatujeme existenci obecného právního principu, musí se tento princip vztahovat na neomezenou množinu případů.

Při získávání právních principů za použití indukce se vynořuje otázka, zda se skutečně ve zkoumaném případě jedná o obecně platný princip, nebo zda se jedná o skupinu zvláštních skutkových podstat.

Názorný příklad metodologie při zjišťování mezer v právu za pomoci právních principů uvádí Canaris⁴⁸ z judikatury Spolkového soudu ohledně možnosti vyloučení společníka ze společnosti s ručením omezeným. Zákon neobsahoval ustanovení, které by umožňovalo vyloučení společníka ze společnosti. Protože německý právní řád stojí na zásadě zrušitelnosti trvajících závazkových vztahů ze závažných důvodů, vyžaduje tento princip doplnění zákona. Slouží tedy k důkazu, že se jedná o neúplnost

47 Canaris, C.-W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1972, s. 90.

48 Tamtéž s. 102.

v rozporu s plánem. Ještě se však musíme vypořádat s otázkou, zda případy zrušitelnosti trvajících závazkových vztahu nepředstavují pouhý souhrn zvláštních skutkových podstat a nikoliv obecně platný princip. Zcela jistě se jedná o obecně platný princip, neboť by bylo naprosto proti povaze člověka jakožto svobodné bytosti, aby ji právní řád nutil setrvávat v závazkovém vztahu, jestliže již byly všechny předpoklady vzájemné důvěryhodné spolupráce přetrhány a není tak zájem na setrvání v daném vztahu.

Při aplikaci určitého principu je třeba dbát na to, aby daný princip vycházel z platného práva, protože jinak by se nejednalo o dotváření práva praeter legem, nýbrž o dotváření práva contra legem (pozitivní otázka). Dále pak musí zjistit, zda princip, který sice vychází z platného práva a vyžaduje doplnění zákona, neodporuje jinému právnímu principu postavenému v hierarchii na vyšším místě (negativní otázka). Právní řád musí stanovit hierarchii hodnot a principů, pokud tak nestanoví (mezera v právu), přenáší se toto břímě na soudce, popř. na jednotlivce. Soudce se tak ocitne v situaci, kdy bude mít před sebou spoustu materiálu v podobě právních principů a hodnot. Bude pak muset vyvozovat jejich vzájemné vztahy z umístění a z ostatních částí právního řádu. Přitom se ale bude řídit pravidlem, aby dotvářenou úpravou bylo páčáno co nejmenší zlo. „Všude tam, kde stojí stát před dvěma zásahy do chráněných statků, z nichž jeden jistě nastane, vystříhá se tomu horšímu a zvolí ten menší, popř. akceptuje v případě dvou rovných zásahů, ten který nastal.“⁴⁹ Při procesu zaplňování mezer v právu je nutno postupovat opatrně a zkoumat, jak již bylo řečeno výše, zda daný princip odpovídá pozitivnímu právu, a to proto, abychom namísto v právu existujícímu principu nepoužili princip vyplývající z mravních

49 „Überall, wo der Staat vor zwei Übeln steht, von denen eines sicher kommt, meidet er das größere, wählt er das kleinere, nimmt er von zwei gleich großen Übeln das eintretende hin.“ Canaris, C.-W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1972, s. 111.

a morálních pravidel. Dostali bychom se tak do sféry dotváření práva contra legem, protože bychom jako měřítko pro hodnocení právního řádu použili mimoprávní hledisko. To však není přípustné.

Pro ilustraci uvedu rozhodí velkého senátu pro trestní právo spolkového soudu v SRN (BGHSt 6, 46 a násl.)⁵⁰. Velký senát rozhodoval, zda je možné pohlavní styk mezi snoubenci kvalifikovat jako smilstvo ve smyslu ustanovení o kuplířství. Soud se v odůvodnění odvolával na hodnoty mravního zákona, které jsou imanentní právnímu řádu a dále na to, že účelem ustanovení o kuplířství je ochrana obecné morálky a mravního zákona. Zásada monogamie a rodinný život vyžadují, aby pohlavní styk byl přípustný až po uzavření manželství. Spolkový soud však opomněl uvést základní předpoklad pro právní relevanci mravního zákona, a to jeho právní závaznost a nechal se zavést na rovinu společenských konvencí a mravních regulí, aniž by řádně odůvodnil, v čem spatřuje právní závaznost této mimoprávní roviny.

I samotný zákon, resp. pozitivní právo by se mělo zdržet odkazu na mravní pravidla, protože konkretizace mravního zákona je v praxi spojena s dosti pochybnými výsledky a soudci se tak otevírá velmi široký prostor pro soudcovskou tvorbu. Právní stát by se měl vyvarovat zavádění ustanovení, která by odkazovala na mravní pravidla, neboť soudci umožňuje vstupovat do míst, která jsou vyhrazena pouze zákonodárci.

Všem případům, kdy zjišťujeme mezery v právu pomocí obecných právních principů a hodnot je společné, že právní řád musíme považovat za neúplný v rozporu s plánem proto, že některý obecný princip vyžaduje své uplatnění a nutí nás k určitému rozhodnutí. Přitom však řešení vyžadované právním principem, které chybí,

⁵⁰ Tamtéž s. 115.

nemůžeme opřít o pozitivní právo, neboť pozitivní právo je příčinou, proč dané ustanovení chybí.

4.3.2 Získávání právních principů z „povahy věci“

Právo je systém orientovaný teleologicky a axiologicky. Právní regulace určitého okruhu společenských vztahů naráží na úpravu vyplývající z „povahy věci“, která je tomuto vztahu imanentní a kterou by adresáti norem očekávali.⁵¹ Jedná se samozřejmě o oblasti právního řádu, které jsou adresátům známé a běžně dostupné. V určitých oblastech právního řádu, se kterými se adresáti norem v běžném životě vůbec nesetkávají, nemohou adresáti úpravu z „povahy věci“ očekávat nebo tušit. „Povaha věci“ tak tvoří soubor požadavků z praktického života, z něhož je možné vyvodit řadu právně relevantních principů a také měřítko pro nalezení i vyplnění mezer v právu. Jusnaturalisté by zde mohli vidět přirozené právo.

Pokud by některé ustanovení zákona stanovovalo např., že ženy smí rozhodovat pouze o otázkách, které jim svěří muž, asi bychom těžko souhlasili, že se taková norma může dožadovat platnosti. Formálně vzato by tato úprava byla platná, avšak bylo by otázkou času a způsobu, jakým by společnost tuto úpravu nahradila a překonala. Společnost dospěla do určitého vývojového stádia, a proto právní úprava, která by se vracela zpět, by narazila na očekávání adresátů a na předpoklad spravedlivého práva.

„Povaha věci“ tedy hraje roli negativního určovatele. Právo sleduje cíl upravit poměry vždy maximálně smysluplně, účelně a podle povahy věci i nejvhodněji, proto je nutné při vyplňování mezer v právu konkrétní právní princip vždy konfrontovat

⁵¹Tato právní úprava „z povahy věci“ je taková, kterou by adresáti norem považovali za rozumnou a účelnou. Neznamena to, že by zákonodárce nemohl upravit tento okruh vztahů jiným způsobem, avšak jako zákonodárce, který vytváří rozumné právo by měl chránit již zavedenou praxi, stejně tak i soud.

s „povahou věci“ a vybrat pak řešení, které respektuje nejvhodnější řešení i z povahy věci. Není však možné vybírat tyto principy nahodile a libovolně. Vždy totiž musíme respektovat požadavky zákonodárce. Jedině zákonodárce má, odhlédneme-li od vazeb mezinárodního, popř. evropského práva, volné ruce. Nejčastěji pomáhají právní principy získané z „povahy věci“ najít skryté mezery v právu stejně jako negativní zásada rovného zacházení. Dochází tak k odkrytí určitého výjimečného případu, který nebyl na první pohled zcela patrný.

5. Druhy mezer v právu

Jakékoliv členění, které používá právní teorie, by mělo sledovat i praktická hlediska. Předně by členění zkoumaného předmětu mělo lépe objasnit jeho výklad. Dále, a to myslím, je neméně významné, by členění mělo přinést něco i právní praxi. Členění v oblasti mezer v právu by mělo pomoci přesně a jasně stanovit pravidla pro soudcovské dotváření práva. V literatuře se objevuje mnoho druhů členění, v následujícím textu se však omezím na nejpřínosnější a nejvýznamnější z nich.

5.1 Nevhodné členění mezer v právu

Mezery v právu intra legem x extra legem

Na některé typy nevhodného členění mezer v právu jsem poukázal již v kapitole 2.3. Jednalo se o mezeru v právu intra legem a extra legem. Nevhodnost tohoto členění spočívá ve směšování dvou oblastí dotváření práva, a to dotváření práva secundum legem a praeter legem. Definice podaná v kapitole 2.2 je naprosto neslučitelná s pojmem mezer v právu intra legem, kam bývají např. řazeny případy typu „dobré mravy“, „... spravedlivě požadovat“, „dobrá víra“ atd. Mezera v právu je charakterizována nedostatkem materiálu v podobě norem, resp. normativních vět. Jestliže ale máme výslovné ustanovení, a to více či méně jasné, nemůže se jednat o případ, kdy by nějaký materiál chyběl. Nacházíme se tedy v rovině secundum legem. Zákonodárce v těchto případech rezignoval na jednoznačnou a přesnou úpravu. Není rozhodující, zda tak učinil úmyslně, protože se necítil být schopen danou oblast přesně upravit, nebo zda je to důsledek špatné legislativní úrovně dané úpravy. Zákonodárce přenechal danou oblast judikatuře, aby k této oblasti zaujala své stanovisko. Deleguje tak na soudce pravomoc rozhodnout podle vágního pojmu, popř. ustanovení. Soudci pak přísluší posoudit

prostřednictvím interpretace podle konkrétní kauzy rozsah a obsah dotčeného pojmu. Výstižnější by tedy bylo, stejně jak učinil i Ph. Heck označit tyto případy jako „delegační normy“ (Delegationsnormen)⁵²

5.2 Členění mezer v právu

5.2.1 Mezery v právu vědomé a nevědomé

Hlediskem je zde skutečnost, zda si byl zákonodárce vědom, že určitá oblast představuje mezeru v právu. K tomu, aby vědomě vytvořil otevřenou právní úpravu, může mít různé důvody. Např. dané společenské vztahy ještě nejsou dostatečně probádány nebo postupný rozvoj vztahů teprve určí, kam by se právní úprava měla vydat. Pouhé zjištění, že zákonodárce ponechal určitý okruh vztahů otevřený, neodůvodňuje závěr, že se jedná o mezeru v právu. Pokaždé je nutno zjišťovat postoj celého právní řádu, zda se skutečně jedná o mezeru v právu a nikoliv o právněpolitické pochybení zákonodárce. Stanovit tak pozitivní rozhodnutí, že právní řád vyžaduje úpravu dané otázky. Nevědomá mezera pak naopak neznamena pochybení zákonodárce, jenž dané právní úpravě nevěnoval řádnou pozornost, i když usiloval o úplnou úpravu, nebo také případy, které vznikly během vývoje společenských vztahů a zákonodárce nemohl být v době vytváření právní úpravy schopen předvídat takovýto vývoj společenských vztahů.

5.2.2 Dělení podle okamžiku vzniku - mezery v právu následné a počáteční

Mezery v právu se mohou nacházet v zákoně již v okamžiku, kdy je zákon přijímán (počáteční mezera) nebo v okamžiku, kdy

⁵² Heck, P.: *Nástin dlužního práva*, Tübingen 1929, § 4. (citováno: Rütters, B.: *Dotváření práva soudci*, Soudce 8/2003, s. 3.)

se podstatně změni společenské podmínky (následná mezera). Zákodárce však takovou změnu nemohl v okamžiku přijímání legislativního předvídat. Zákony jsou odpovědí na aktuální společenské vztahy a je tedy přirozené, že není možné předvídat všechny skutečnosti. K následným mezerám v právu dochází zejména v případech technických, ekonomických nebo hospodářských změn např. rozšíření možností komunikace - telefony, faxy, internet, mobilní telefony, atd.

V případě počáteční mezery v právu zákodárce určitou oblast vztahů nechtěl podrobit právní úpravě nebo jejich úpravě nevěnoval dostatečnou pozornost.

V literatuře⁵³ se lze setkat i s jiným názvoslovím tohoto členění. Počáteční mezera v právu jsou nazvány primární a následně za sekundární mezery v právu. Někteří autoři podrobují toto členění kritice. Bližší vymezení viz níže.

5.2.3 Otevřené a skryté mezery v právu

Dělení na skryté a otevřené mezery v právu vychází z kritéria rozsahu znění zákona tedy, zda je znění zákona příliš úzké nebo příliš široké. K případům otevřených mezer v právu můžeme řadit případy mezer v právu zjištěných za pomoci analogie. K případům skrytých mezer můžeme řadit případy teleologické redukce, neboli negativní zásady rovného zacházení. U skrytých mezer zákon obsahuje široké znění zákona, za nímž se skrývá určitý okruh případů, na který by se ustanovení nemělo vztahovat.

5.3 Dělbá podle druhu neúplnosti na mezery v normách, mezery v zákonech, oborové mezery

Mezery v normách jsou situace, kdy určitá norma není kompletní, v případě mezer v zákonech chybí určitá úprava jako

⁵³Rüthers, B.: Dotváření práva soudci, Soudce 8/2003, 5.

celek, v případě oborových mezer chybí určitý komplex souvisejících norem. V českém právním řádu je možno uvést jako příklad oblastní mezery v právu neexistence obecné úpravy správních deliktů.

Všechny tyto kategorie mezer v právu se vzájemně protínají. Mohou tak například existovat otevřené nebo skryté mezery v normách.

5.4 Členění mezer v právu dle německé právní vědy

Členění mezer v právu v německé právní vědě vychází z postupu jejich zjišťování. Přechody mezi oběma skupinami nejsou ostré, resp. jsou plynulé, proto se mohou vyskytnout případy, kdy budeme s jejich jednoznačným zařazením váhat. Na všechny skupiny kategorií mezer v právu lze uplatnit výše uvedené členění. Je tak tedy možné konstatovat, že jsme našli otevřenou a zjevnou mezeru v právu. Platí zde však jediná výjimka, a to: nemůžeme nalézt skrytou, zjevnou mezeru v právu, protože skryté mezery v právu jsou charakterizovány tím, že se přes ně nechá v zákoně určité formálně udržitelné řešení nalézt. V případě zjevných mezer v právu žádné i formálně udržitelné řešení nemáme.

1. V první skupině se navazuje na postup jejich zjišťování pomocí zásady zákazu odmítnutí spravedlnosti. Označovány proto bývají jako funkční mezery, Rechtsverweigerungslücken nebo také **zjevné mezery v právu**.
2. V druhé skupině se navazuje na postup zjišťování prostřednictvím teleologie zákona, teleologické redukce, argumenta a foritori atd. Nazývány jsou **teleologické mezery v právu**.
3. Poslední skupinu mezer v právu tvoří mezery zjištěné prostřednictvím obecných právních principů a právních hodnot.

Nazývány jsou **principiální mezery** nebo **hodnotové mezery v právu**.

5.5 Rekogniční, axiologické, normativní mezery v právu

Členění na rekogniční, axiologické a normativní mezery v právu používá ve svém dílu Alchourrón a Bulygin⁵⁴, a které následně rozšiřuje Kühn⁵⁵ o mezery sui generis. Toto členění je přínosné a slouží si pozornost, neboť vrhá na mezery v právu jiný pohled a napomáhá jejich vymezení.

5.5.1 Rekogniční mezery, resp. problémy subsumpce

Autoři vymezují důvod vzniku těchto mezer z důvodu empirické nebo sémantické nedostatečnosti jazyka při aplikaci obecné právní normy na individuální případ. Situace, kdy není zcela jasné, pod jakou normu, popř. zda vůbec subsumovat, lze rozdělit do dvou skupin:

- nemáme dostatek informací o skutkovém stavu, než abychom bez problémů mohli subsumovat,
- situace, kdy jsou v právním předpisu použity neurčité, vágní pojmy, které nám neumožňují nepochybnou subsumpci.

Zmíněným případům je společné, že daná kauza je upravena nějakou normou, ovšem není zcela jasné, JAK je daná kauza upravena. Právní věda vytvořila určité nástroje, které pomáhají překonat problém rekogničních mezer cestou právních domněnek. V procesním právu se tak například uplatňuje důkazní břemeno a důkazní povinnost.

54, Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech : k úloze právních principů v judikatuře, Praha 2002.

55 Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech : k úloze právních principů v judikatuře, Praha 2002, s. 202.

Rekogniční mezery tedy vznikají z důvodu empirické nebo sémantické nedostatečnosti jazyka, a proto mohou vznikat i v uzavřených systémech, jakým je i trestní právo hmotné.

Použití pojmu „mezery“ v případě rekogničních mezer považují ze stejných důvodů jako u mezer v právu *intra legem* za nešťastné. Mezera v právu je definována jak v běžném jazyce, tak v této práci, jako nedostatek materiálu a tedy její existence *praeter legem*. Jestliže však autoři počítají ze skutečností, že daná otázka je právním řádem upravena, není již možné hovořit o sféře *praeter legem* ale o sféře *secundum legem*. Autoři jsou si této nevhodnosti vědomi, a proto uvádějí: „Právníci zde obvykle hovoří o problémech subsumpce.“⁵⁶ Proto bych nahradil pojem rekogničních mezer termínem „problémy subsumpce“.

5.5.2 Axiologické mezery v právu

Axiologické mezery v právu jsou případy psaného práva, kdy sice existuje určitá právní norma, ovšem na určité případy je ale axiologicky nepřiměřená. Tyto situace nastávají tehdy, když zákonodárce nevzal v potaz určité skutečnosti, resp. nevzal je jako právně relevantní z hlediska právního řádu, ačkoliv tak učinit měl. Stalo se tak proto, že zákonodárce dané skutečnosti nevzal zcela v úvahu. Kdyby je však v úvah pojal, stanovil by pro ně jiné právní řešení.

Pojmově jsou k sobě axiologické mezery v právu a normativní mezery v právu pojmy kontrární, neboť axiologická mezera v právu předpokládá existenci určitého (byť nevyhovujícího) řešení. Naopak normativní mezera v právu je definována neexistencí právního řešení pro daný případ.

⁵⁶ „Juristen sprechen hier gewöhnlich vom Problem der Subsumtion.“ Alchourrón, C. E., Bulygin, E.: *Normative Systeme*. Aus dem Engl. Übers. von Schmidt, A., Zimmerling, R., München 1994, s. 69.

Případy axiologických mezer, které mohou nastat:

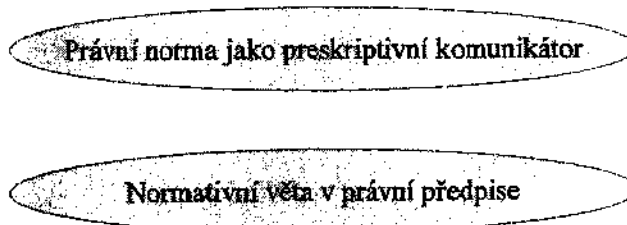
1. Zákonodárce nevzal za podklad právní úpravy určité skutečnosti pro úpravu určité kauzy, které však za podklad právní úpravy vzít měl.
2. Zákonodárce rovněž nevzal za podklad právní úpravy určité skutečnosti, což vedlo ke stanovení špatného následku právní normy a učinil více rozhodnutí (tedy stanovil více následků právních norem), než by bylo žádoucí.
3. Rovněž může nastat situace, kdy zákonodárce vzal za podklad právní úpravy skutečnosti, které neměly být právně relevantní a zároveň nevzal za podklad skutečnosti, které právně relevantní být měly. (selhal tedy při úpravě relevantních skutečností z hlediska určité kauzy a zároveň špatně stanovil následek právní normy).

V případě ad 2. se nejedná o axiologickou mezeru v právu, neboť zákonodárce vzal v potaz všechny relevantní skutečnosti, které v úvahu vzít měl, a stanovil pro ně axiologicky nepřiměřené řešení.

5.5.3 Primární a sekundární mezery v právu

Alchourrón, Bulygin prostřednictvím kategorie axiologických mezer v právu kritizují dělbu na primární a sekundární mezery v právu (viz výše). Nesouhlasí s možností, že by v právním řádě v průběhu času mohly vznikat mezery v právu. Abychom se mohli vypořádat s tímto tvrzením, je nutno se vrátit k definici mezery v právu podané v kapitole 2.2. Mezera v právu je tedy neúplnost v rozporu s plánem v rámci pozitivního práva posuzovaná měřítkem celého platného právního řádu, přičemž mezera v právu je chápána jako nedostatek v podobě norem.

Jako příklad uvádějí novodobé technologie a jejich právní kvalifikaci. S příchodem telefonu vznikla otázka, jak posuzovat smlouvy uzavřené prostřednictvím telefonu. Zda jako smlouvu uzavřenou mezi přítomnými nebo nepřítomnými? Alchourrón, Bulygin zastávají názor, že tím, že již existuje úprava pro uzavření smlouvy mezi přítomnými a mezi nepřítomnými, nemůžeme mluvit o mezeře v právu. A kvalifikují tyto případy jako rekogniční mezery, resp. problémy subsumce. Ve svém díle provádějí rozlišení na právní normy ve smyslu preskriptivního komunikátoru a právní věty v zákoně jako deskriptivního komunikátoru právního předpisu, tedy jinými slovy na normativní věty a právní normy. Dle jejich výkladu tak vzniká určitá ideální právní norma, kterou se snažíme poznávat za pomoci normativních vět v právním předpise. Je tedy vždy z hlediska imaginárního, ideálního subjektu (zákonodárce) jednoznačné, zda daná situace spadá pod právní normu ve smyslu preskriptivního komunikátoru nebo nikoliv.



Obrázek 1

Opomíjí však velmi důležitou skutečnost. Oprávnění stanovit případy, které spadají do skupiny smluv uzavřených mezi přítomnými a do skupiny smluv uzavřených mezi nepřítomnými má pouze zákonodárce.⁵⁷ Zákonodárce stanovuje své příkazy a zákazy prostřednictvím normativních vět. Pokud neexistuje jasné vyjádření v podobě normativní věty právního předpisu, kam daná problematika spadá, jedná se o mezeru v právu. Soudce má pak za úkol s ohledem na celý právní řád nalézt řešení, které je z hlediska právního řádu správné.

⁵⁷ V tomto případě se typicky jedná o mezery v právu zjištěných za pomoci zásady zákazu odmítnutí spravedlnosti.

Oba autoři nejspíše takto uvažují, když celý okruh případů zařazují do skupiny rekogničních mezer. Tímto zařazením by ale docházelo k směřování problémů delegačních norem a zde uvedených případů a dále i ke směřování oblastí secundum legem a praeter legem, což je s ohledem na výše zmíněné důvody nevhodné (kapitola 2.1). Nehledě na to, že autoři si sami protiřečí, když nejprve popírají existenci sekundárních mezer a pak je sami za mezery, ať s jiným přívlastkem (rekogniční), označují.

Celý problém spočívá i v nerozlišování mezi dispozicí právní normy a hypotézou právní normy. Pokud hypotéza právní normy uvedená v právní větě v zákoně nezahrnuje určitou skupinu případů (v tomto případě smlouvy uzavřené telefonicky), musíme ji nalézt pomocí postupu vyplňování mezer v právu. Právní normu tak tvoří i hypotéza, pokud ji však nemáme, zcela nepochybně se jedná o mezeru v právu. O mezeru v právu se nejedná jen v případě, kdy chybí celá právní norma, resp. normativní věta, ale i v případě, kdy chybí její část. Všechny tyto problémy vyvěrají z modelu právního řádu existujícího pouze v mezích deontické logiky, jak jej konstruují autoři Alchourrón a Bulygin, při jeho aplikaci na praktické právo.

5.5.4 Normativní mezery v právu

V kapitole 2.8 jsem provedl rozbor právního řádu, na kterém jsem se snažilo dokázat, že právní řád není úplný ani uzavřený. O úplnosti právního řádu můžeme hovořit pouze jako o racionálním ideálu. Z tohoto tedy plyne, že právní řád obsahuje mezery v právu. Tedy případy, které zákonodárce nespojil se zákonnou úpravou, tak jak jsem ji vymezil výše.

5.5.4 Mezery v zákoně sui generis⁵⁸

V odborné literatuře bylo členění mezer v právu na mezery axiologické, normativní a rekogniční rozšířeno o skupinu mezer v zákoně sui generis. Podstatou mezery v zákoně sui generis je, že zákon nedostatečně upravuje určitý institut v takové míře, že nelze bez jeho doplnění rozhodnout. Typicky sem spadají případy ustanovení zákona, které vyslovuje, že určitý orgán se ustanovuje volbou, avšak neupravuje volební proceduru. Mezera v zákoně sui generis dle výše uvedeného spadá do oblasti mezer v právu zjišťovaných za pomoci zásady zákazu odmítnutí spravedlnosti, pro tento okruh mezer v právu je tedy možno použít označení této skupiny mezer v právu.

5.6 Druhy mezer ve smlouvách

Mezery ve smlouvách můžeme klasifikovat stejným způsobem, jako mezery v právu. V tomto směru je možné odkázat na předešlý výklad.

⁵⁸ Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech : k úloze právních principů v judikatuře, Praha 2002, s. 202.

6. Vyplňování mezer v právu

6.1 Vyplňování zjevných mezer v právu

V případě zjevných mezer v právu jsou proces zjišťování a vyplňování mezer v právu dva odlišné procesy. Zjevné mezery v právu vyžadují nějaké řešení a tak jakékoliv vyplnění je dostatečné. Nejprve je tedy nutno zjistit, zda se v daném případě jedná o mezeru v právu. Pokud si tuto otázku zodpovíme kladně, můžeme přistoupit k druhému procesu, tj. vyplnění. Jako prostředek k vyplnění můžeme použít i analogii. Analogie však není jediným možným prostředkem. Tvoří pouze jeden z možných prostředků („možná analogie“). Nejedná se tedy o případy „nutné analogie“ viz níže. Avšak analogie je nejspolehlivější prostředek pro vyplňování mezer v právu, protože zákonodárce již v obdobném případě určitou úpravu stanovil a lze tak očekávat, že by obdobně postupoval i v obdobném případě. Analogická úprava tak má autoritativní podporu (rozhodnutí zákonodárce). Hierarchicky je analogie postavena asi na nejvyšším stupni a měla by být upřednostněna před všemi ostatními prostředky. Pokud analogii nezvolíme a naopak zvolíme řešení, které obsahuje jinou úpravu vztahů než úprava vyžadovaná analogií, měli bychom náš krok náležitě odůvodnit, protože se odchylujeme od prostředku preferovaného zákonodárcem.

V českém právním řádu je tato preference vyjádřena v § 853 OZ. Dalším důvodem, proč použít analogii je i princip právní jistoty. Adresáti právních norem se setkávají s určitou úpravou určité otázky a obdobný právní postup v podobné záležitosti by pro adresáty právních norem zcela jistě nebylo nepředvídatelné. Použití analogie jako primárního prostředku pro vyplňování mezer v právu také zabraňuje libovůli, protože úprava obdobné otázky

je již v právním řádu obsažena a existuje zde jen omezený prostor pro odchýlení.

6.2 Vyplňování teleologických mezer v právu

a) Teleologické mezery v právu můžeme nalézat pomocí **analogie**. Jakmile mezeru v právu pomocí analogie nalezneme, současně ji i vyplníme. Současné zjištění a vyplnění mezery v právu představují **jeden proces** a analogie je zde v postavení „nutné analogie“.

Příkladem může být situace, kdy v právním řádu je uvedena nebo z něj je vyvoditelná právní norma, která stanovuje, že pro P platí R. Za pomoci zásady stejného zacházení (analogie) se ptáme, zda pro případ N, který je podobný případu P, platí rovněž R. Odpovíme-li kladně, zároveň mezeru v právu i zaplníme.

Stejné podmínky platí i pro jednotu procesů zjišťování a zaplňování mezer v právu pomocí argumentu a fortiori.

b) Teleologické mezery v právu lze zjistit pomocí **negativní zásady rovného zacházení**, kdy je nutno s jinými případy zacházet jiným způsobem. Zásada vyžaduje zvláštní zacházení pro výjimečné případy, na které by se určitá norma z důvodu jejich výjimečnosti neměla vztahovat. Okamžikem nalezení mezery v právu provedeme rovněž i její vyplnění, proto můžeme konstatovat, že proces nalézání a vyplňování mezer v právu spadá v jeden proces.

Důvod, proč oba procesy spadají v jedno, lze snadno vysvětlit. V konkrétním případě máme totiž k dispozici pouze dvě řešení - buď daný případ má spadat pod normu v zákoně uvedenou, nebo nemá. Zda daný případ spadá do jedné nebo druhé skupiny, zjistíme prostřednictvím procesu nalézání mezer v právu.

Pro určité případy N a P má podle normy I v zákoně uvedené nebo ze zákona vyvoditelné platit R. Za pomoci procesu nalézání mezer v právu se ptáme, zda je odůvodněno, aby se pro N uplatnilo R (dle znění zákonné normy by tomu tak mělo být). Zjistíme-li s použitím negativní zásady rovného zacházení, že nikoliv, musí pro případ N uplatnit non-R (negativní stanovení pravidla). Proces nalézání a vyplňování mezer v právu tak spadá v jedno.

Teleologická redukce však stanovuje, že s nerovnými případy má být zacházeno nerovně, tedy v případě platnosti určité normy, že se určitá norma nemá uplatnit (non-R - negativní stanovení pravidla - viz výše). Právní řád je složitý systém, a proto je možné, že se vyskytnou případy, kdy se bude jednat o dva procesy. Teleologická redukce neodpovídá jednoznačně na otázku, jak má být konkrétní případ (jiným způsobem) upraven.

V předchozím případě by tedy mohla ještě existovat jiná norma II, která by stanovovala X pro případy M. A případ N by se velmi podobal případu M a odůvodňoval by použití analogie. Nedošlo by tak k uplatnění následku non-R a tedy k vyplnění mezery. K jejímu vyplnění by došlo až aplikací analogie k normě II.

Výstižně zde lze uvést: „Zatímco je analogie vždy prostředkem zaplňování mezer v právu a většinou, ale nikoliv nutně, také zjišťování mezer v právu, slouží naopak teleologická redukce vždy zjišťování mezer a zpravidla, ale nikoliv bez výjimek současně také k jejich vyplňování.“⁵⁹

59 „Während die Analogie immer Mittel der Lückenausfüllung und meist, aber nicht notwendig, auch der Feststellung ist, dient also die teleologische Reduktion umgekehrt stets der Lückenfeststellung und regelmässig, aber nicht ausnahmslos gleichzeitig der Ausfüllung.“ , s. 153.

6.3 Vyplňování principiálních a hodnotových mezer v právu

Zvláštní případy nastávají v případě, kdy určitý obecný právní princip vyžaduje své vyjádření, ačkoliv zákonodárce jej neuvedl (principiální nebo hodnotová mezera v právu). Proces nalézání a vyplňování mezer v právu představuje dva oddělené procesy, které spolu však velmi úzce souvisejí.

Dojdeme-li v procesu zjišťování mezer v právu k výsledku, že určitý obecný právní princip vyžaduje své ztělesnění v podobě vyplnění mezery v právu, nekončí tím proces dotváření práva. Musí nastoupit druhý proces, tj. vyplnění mezery v právu. Právní principy nejsou totiž natolik konkretizovány, aby pod ně bylo možno přímo subsumovat. Jak jsem uvedl výše právní principy, které jsou natolik určité, že je pod ně možné subsumovat, vylučují existenci mezery v právu. Viz kapitola 3.3.1.

Na prvním místě je nutno při vyplňování mezery zjistit, zda je princip uplatňovaný při vyplňování v souladu s jinými obecnými principy v hierarchii právního řádu však postavenými na vyšším místě. Výše postavené obecné právní principy by totiž dle rozhodnutí zákonodárce vylučovaly vyplnění mezery v právu podřízeným právním principem, který je podřízen.

Právní princip použitý při zjišťování mezery v právu však nedává dostatečně konkrétní odpověď na to, jak mezeru vyplnit. Právní princip nás při vyplňování odkazuje pouze určitým směrem, v němž máme hledat řešení. Pro nalezení určitého řešení musíme ještě právní princip konkretizovat. Podrobné objasnění tohoto dosti komplikovaného postupu však přesahuje rámec této práce, proto ve zbytku odkazují na odbornou literaturu k tomuto tématu.⁶⁰

⁶⁰ Esser, J.: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, Canaris, C.-W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1972, Canaris, C.-W.: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969.

Druhým krokem v pořadí je dogmatické začlenění právního principu do systému platného práva. Musíme tedy zejména určit, do kterého právního odvětví právní princip patří např. zda do práva procesního nebo hmotného. Právní princip se tak zapojuje do systému a systém při spolupůsobí při vyplňování mezery, tzn. např. zda má nastoupit trestněprávní sankce nebo občanskoprávní, zda má nastoupit sankce v podobě neplatnosti nebo napadnutelnosti apod.

Začlenění právního principu do systému ovšem neodstraňuje ještě všechny nesnáze. Pro zjištění přesného obsahu ještě musíme sáhnout po platném právu za použití jednotlivých norem a zákonných hodnocení a transformovat obecný právní princip do podoby, pod níž je možno subsumovat. Jednotlivé normy a zákonná hodnocení představují ukazatel cesty, kterou se máme při vyplňování mezer vydat, a zároveň i hranici, kam až můžeme zajít.

6.4 Vyplňování mezer v právu praxí adresátů norem

Zajímavý pohled na vyplňování mezer v právu zastává dr. Kühn.⁶¹ Do otázky vyplňování mezer v právu vkládá i sociologický prvek. Mezery v právu by podle tohoto konceptu mohly být vyplněny i praxí adresátů norem. Jestliže by pak danou otázku dostal předloženu soud, měl by pak chránit již existující praxi.

S tímto názorem lze souhlasit, protože jeho závěr je přijatelný z hlediska práv a oprávněných zájmů adresátů norem. Podporuje to i princip předvidatelnosti práva. Je třeba ovšem vymezit jakým směrem by se tato praxe mohla vydat. Tato praxe by neměla jít proti požadavkům existujících zákonných ustanovení a tak být contra legem. V českém právní řádu není pramenem práva

⁶¹Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech : k úloze právních principů v judikatuře, Praha 2002, s. 202.

obyčej, a proto vytvoření právního obyčeje contra legem nepřipadá v úvahu.

V praxi by tak mohla nastat situace, kdy by soud měl rozhodnout kauzu, jejíž řešením by bylo vyplnění mezery v právu. Právní řád by vyžadoval vyplnění mezery určitým způsobem, avšak praxe adresátů norem by se tímto směrem nevydala. Soud by tak musel zvažovat, zda ctít zákon nebo chránit adresáty norem. V konkrétním případě by měl soud zvážit i tento aspekt, ovšem vzhledem k tomu, že je vázán zákonem i právními principy, neměl by chránit jednání, které je v rozporu s jednáním, které vyžaduje (s ohledem na celý právní řád) zákonodárce.

Bude-li mít soud před sebou dvě řešení, která shodně požaduje celý právní řád, měl by vybrat to řešení, které již zavedli adresáti norem.

6.5 Vyplňování mezer ve smlouvách

Při doplňování smlouvy je nutno vycházet z textu smlouvy, který se stává součástí objektivního právního řádu platného pro dané subjekty. Není možné vycházet z vůle smluvních stran, a to ani z vůle hypotetické, kterou by smluvní strany byly měly. Situace je zde srovnatelná s vyplňováním mezer v právu. Při vyplňování těchto mezer je také irelevantní hypotetická vůle zákonodárce (jak by upravil to či ono). Rozhodující je, co požaduje platný právní řád. Jen ten je totiž závazný a stejně tak tomu je i smluv.

Kritérii pro doplňování smluv tak jsou: „seznatelný objektivní účel, smysl smlouvy, základní účel smlouvy, případně se zohledněním obchodních zvyklostí a zájmů všech dotčených subjektů.“⁶² Soudce bude muset zohlednit konkrétní specifika

⁶² „... erkennbaren objektiven Zweck, den Sinnzusammenhang, den Grundgedanken des Vertrags, gegebenenfalls unter Beachtung der Verkehrssitte und bei Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten.“ Canaris, C.-W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1972, s. 53.

daného případu. Pokud však daný případ nebude vykazovat nějaké zvláštní specifické podmínky ve vztahu k řešenému problému, bude muset soudce rozhodnout tak, jaké by bylo řešení spravedlivé u daného typu problému. Soudce pak bude rozhodovat spíše než „tento“ případ „jeden takový“ případ.“ „...soudce zde nepostupuje jinak, než zákonodárce při vytváření dispozitivních, doplňujících norem.“⁶³

6.6 Hypotetická vůle smluvních stran

Hypotetická vůle smluvních stran je při doplňování smluv irelevantní. Lze si ovšem představit, že by smluvní strany v rámci smluvní autonomie stanovili obecnou klauzuli, kde by soudu stanovili závazné kroky pro interpretaci a vyplňování mezer v ve smlouvě.

V praxi se tak děje v rámci tzv. salvátorských klauzulí⁶⁴, které zakotvují oddělitelnost neplatných nebo nicotných smluvních ustanovení. Mnohdy je za salvátorskou klauzuli doplněno ustanovení ohledně způsobu zaplňování mezer ve smlouvě. V rámci tohoto ustanovení je možné upravit způsob, jak mají být případné mezery zaplňovány, včetně relevantních hledisek. Tato relevantní hlediska musí být v každém případě uvedena, neboť toto ustanovení musí vyhovět právnímu požadavku na určitost právních úkonů. Jedná se o ustanovení typu:

„V případě mezer v této smlouvě je nutno zaplnit vzniklou mezeru takovým způsobem, jak by byly učinily smluvní strany dle hospodářského účelu této smlouvy, vyváženosti vzájemných práv a povinností i poskytnutého protiplnění.“

⁶³ „... Richter hier nicht anders vorgeht, als der Gesetzgeber bei der Aufstellung dispositiver, ergänzender Normen.“ Canaris, C.-W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1972, s. 54.

⁶⁴ Salvátorská klauzule (Severability Clause) - měla by sloužit k tomu, aby v případě, že určité ustanovení smlouvy je neplatné, neúčinné nebo nicotné, tato dílčí neplatnost, neúčinnost či nicotnost neměla vliv na platnost ostatních ustanovení smlouvy a aby tato smlouva (její zbytek) zůstala nadále platná.

Pouze v tomto případě je možné zohlednit hypotetickou vůli smluvních stran. I když nutno poznamenat, že se již nejedná o hypotetickou vůli v pravém slova smyslu. Smluvní strany totiž výslovně upravili i případ výskytu mezer ve smlouvě spolu se způsobem jejich zaplnění.

Nedá se ani vyloučit, že podaná hlediska pro výklad „hypotetické vůle“ smluvních stran dovedou soud k jinému řešení, než by strany bývaly zvolily.

7. Meze pro vyplňování mezer v právu

Připustíme-li, že jsme našli v právním řádu mezeru, nemusí to ještě nutně znamenat, že je vždy možno mezeru také vyplnit. V právním řádu existují případy tzv. „nevyplnitelných mezer v právu“. Pro následující výklad limitů pro vyplňování mezer v právu použijí dělbu na zjevné, teleologické a principiální mezery v právu.

7.1 Mezery v právu soukromém a mezer v právu veřejném

Pro následující výklad je třeba učinit rozlišení, neboť k odlišným situacím dochází na půdě veřejného práva a na půdě práva soukromého.

V případě **práva soukromého** je vzhledem k ustanovení § 853 OZ existence mezer v právu nepochybná a nepochybná je i možnost mezery v právu vyplnit. Oprávnění vyplňovat mezery v právu soukromém bude tedy pravidlem. Určitých výjimečných případech můžeme i v oblasti soukromého práva dojít k závěru, že vyplnění není přípustné.

Tak např. nebudeme z důvodů právní jistoty a předvidatelnosti moci rozšiřovat okruh případů, kdy můžeme zbavit osobu svéprávnosti. V tuto chvíli obsahuje občanský zákoník ve svém § 10 odst. 1 možnost zbavit osobu svéprávnosti pouze pro případ, že trpí duševní poruchou. Toto ustanovení však nepamatuje na případy, kdy by určitá osoba byla v takové míře drogově závislá, že její stav by byl téměř identický s duševní poruchou. V úvahu by mohlo připadat ustanovení § 10 odst. 2, které opravňuje soud k omezení způsobilosti i v případě nadměrného používání omamných prostředků. Ustanovení § 10 slouží k ochraně osob, aby samy sobě nezpůsobily újmu. Je samozřejmě otázka a bylo by třeba provést k tomuto ustanovení řadu odborných

studií, zda je reálné, aby se nějaká osoba dostala prostřednictvím omamných látek do takového stádia, že její stav by byl téměř identicky s duševní poruchou. To však pro mnou konstruovaný případ není nutné, protože cílem tohoto příkladu je pouze ilustrace výjimky z pravidla, že v soukromém právu je vždy možno vyplňovat mezery v právu. Vrátime-li se tedy zpět k příkladu. Omezit práva fyzické osoby a rozšířit okruh případů, kdy lze zbavit svéprávnost osoby, nad rámec znění zákona, resp. nad rámec sféry secundum legem by zde kolidovalo ustanovením čl. 4 Listiny základních práv a svobod a z princip právní jistoty.

Naopak ve **veřejném právu** by se na první pohled mohlo zdát, že je existence mezer v právu nemyslitelná. V rámci odvětví veřejného práva dochází zpravidla k mocenským zásahům do soukromoprávní sféry, a proto je zásahům veřejného práva oprávněně věnována větší pozornost. Ve veřejném právu se běžně vyskytují mezery v právu, což lze na tomto místě doložit na příkladě kolizní mezery v právu ze správního práva viz kapitola 3.1. V literatuře je takřka bezesporu přijímána teze, že v oblasti procesního (veřejného) práva je myslitelné použití analogie, a tedy, že je přípustné i vyplňování mezer v právu. Jak jsem uvedl výše, je použití analogie předpoklad pro existenci mezery v právu. Lze tedy vyvodit, že v procesním (veřejném) právu je myslitelná i existence mezer v právu. Důvodem je teleologie práva. Zákonodárce upravil určitou oblast práva procesního a tím stanovil i požadavek, aby bylo naplněno účelu řádné činnosti určitého orgánu. A dále, procesněprávní ustanovení slouží k realizaci hmotněprávního ustanovení. Proto by měla být zákonná ustanovení vykládána a vyplňována tak, aby byla umožněna činnost orgánu a tak maximálně realizovala vůli zákonodárce vyjádřenou v hmotném právu. Dotváření práva v oblasti veřejnoprávní je zatíženo dalšími podmínkami právě

z důvodu vrchnostenských zásahů státu do sféry jednotlivce. K tomu se výstižně vyjádřil Ústavní soud:

„Soud za použití neústavního výkladu k tíži nositele základních práv a svobod vyložil... (určité veřejnoprávní ustanovení) ..., v pochybnostech ve prospěch státní moci, čímž porušil základní princip vztahu jednotlivce a státu. V právním státě nesmí soud napravovat pochybení zákonodárce při formulaci právních předpisů interpretací, která takto změní ústavně konformní, ale z pohledu státní moci nevýhodný text právního předpisu.“⁶⁵

Soudce se tedy může dostat do situace, kdy nebude moci aplikovat normu, - nalezne mezeru v právu - avšak nebude ji moci vyplnit, aby tak např. nenapravoval pochybení zákonodárce (nevyplnitelná mezera v právu).

Výklad tedy můžeme shrnout: existence mezer v právu veřejném není vyloučena, viz výklad ke klauzuli nullum crimen sine lege obsažený v kapitole 2.11, a stejně tak tento závěr platí i pro možnost jejich vyplnění. V případě jejich vyplňování je však nutno postupovat obzvláště obezřetně, protože musíme vyhovět všem ústavním požadavkům.

7.2 Limity pro vyplňování zjevných mezer v právu

Je myslitelné, že v právním řádu se vyskytnou situace, kdy se přikloníme k názoru, že před námi je mezera v právu. Nebudeme však moci ji vyplnit. Typicky se jedná o případy u zjevných mezer v právu z oblasti práva veřejného (viz výše), protože je u nich oddělen proces nalézání a vyplňování.

6.2.1 Zákaz analogie

Zákonodárce v případě zákazu analogie přikazuje, aby soudce, resp. interpret nezacházel s případy rovně a aby porušil zásadu rovného zacházení. K takovému kroku je však třeba zvláštní legitimace (např. zásada právní jistoty), neboť dochází k porušení základní právní zásady. Rovněž se jedná i o ústavně relevantní problém. Zákaz analogie představuje výjimečnou situaci, a proto bychom se měli v pochybnostech přiklonit k povolení analogie, protože by měla být pravidlem.

V právním řádu se často vyskytují enumerativní výčty. Jedná se o kazuisticky vyjmenované skutkové podstaty. Na tomto místě si můžeme položit otázku, zda je každý enumerativní výčet zákazem analogie. Pro odpověď na tuto otázku se je nutno vypořádat s povahou enumerativních výčtů.

Zákonodárce používá enumerativních výčtů proto, že nechce na jejich místě použít generální klauzuli. Každá generální klauzule v sobě obsahuje obecný princip, který můžeme vztáhnout na jakýkoliv obdobný případ. Je tedy nepochybné, že každý enumerativní výčet je zákazem vytvoření generální klauzule. Jinými slovy je zákazem analogie iuris. Jako příklad je možno uvést zákon č. 94/1963 Sb., zákon o rodině, ve znění pozdějších předpisů, který ve svém § 17a vypočítává případy neexistence manželství. „Manželství nevznikne...“ a ve třech odstavcích vyjmenovává případy, kdy se jedná o neexistující manželství. Odborná literatura se správně přiklání k názoru, že se nejedná o taxativní výčet, resp. o zákaz analogie⁶⁶, ale o zákaz analogie iuris. Lze tedy použít analogii legis, ale pouze v omezené podobě. Zákonodárce vymezil určitý katalog skutkových podstat a chceme-li uplatnit analogii legis, musíme respektovat

⁶⁶Knappová, M., Švestka, J.: Občanské právo hmotné III., Praha 2002, s. 41.

vypočítané případy a musíme tak najít shodné případy k těm, které jsou v zákoně uvedeny.

Zákaz analogie v podobě zákazu analogie legis (taxativní výčet), omezuje aplikaci ustanovení pouze na vyjmenované případy. Za příklad zde může sloužit zákon č. 13/1993 Sb. celní zákon, který stanoví ve svém § 40 odst. 1 případy, kdy smí celník použít zbraně. Celé ustanovení uvozuje větou „... jen v těchto případech...“ a výslovně tak dává najevo svou vůli, že se jedná o taxativní výčet. Zákaz analogie však nemusí pouze podobu taxativního výčtu (viz k tomu také kapitola 6.2.1). V právním řádu mohou existovat výslovně stanovené nebo z právního řádu vyvoditelné příkazy nebo zákazy, jejichž obsahem je zákaz použití analogie. Typickým příkladem je oblast trestního práva hmotného. (s výjimkou viz výše kapitola 2.11)

Zákaz analogie a zjevné mezery v právu. Na vyplňování zjevných mezer v právu se nevztahuje zákaz analogie. Analogie v případě zjevných mezer v právu představuje jeden (možná analogie) z možných prostředků pro vyplnění mezery v právu. Právo upřednostňuje vždy řešení, které nejlépe zohledňuje požadavek právní jistoty. Zákonodárce tedy zcela jistě nechce, aby se zákaz analogie uplatnil na případy možné analogie, protože tím by soudce odkázal na oblast méně jistější - na oblast právních principů, popř. libovůle. Účelem zákazu analogie je - v situaci, kdy se nabízí dvě řešení - omezit možnost volby na jediné řešení. V případech zjevných mezer v právu však nejsou k dispozici jen dvě řešení, která by bylo možno zúžit. Soudce se nesmí u zjevných mezer v právu dopustit odepření spravedlnosti a tomuto požadavku učiní za dost jakýmkoliv řešením, tzn. neohraničitelnou množinou prvků.

7.3 Limity pro vyplňování teleologických mezer v právu

6.3.1 Zákaz analogie

Na zákaz analogie lze obdobně vztáhnout obecný výklad ohledně zákazu analogie u zjevných mezer v právu - viz výše kapitola 6.2.1.

Pro teleologické mezery v právu je charakteristické, že je nalzáme pomocí analogie, resp. zásady rovného zacházení. Analogie nám tak spolurozhoduje o existenci mezery v právu. Jakmile ale konstatujeme, že jsme našli mezeru v právu, máme rovněž ihned k dispozici prostředek pro zaplnění této mezery, a to analogickou právní úpravu. Proces nalézání a vyplňování mezer zde tvoří jeden proces.

6.3.2 Teleologická redukce

Teleologická redukce čerpá svou legitimaci z negativní zásady rovného zacházení a vede k vynětí určitého okruhu výjimečných případů z rozsahu aplikace normy. Nemůže však sloužit účelu derogace celého ustanovení s odůvodněním např. že od doby přijetí zákona se již podstatně změnilы okolnosti. Rozhodnutí, které by derogovalo celé ustanovení, by se neopíralo o negativní zásadu rovného zacházení (teleologickou redukcí), ale znamenalo by judikování contra legem. Jedině zákonodárce je oprávněn rušit celá ustanovení.

Zvláštní pozornost je třeba věnovat teleologické redukcí v oblasti trestního práva, kde platí zákaz analogie v neprospěch pachatele. Platí však také zákaz teleologické redukce?

Teleologická redukce by způsobila privilegovaní určitého okruhu případu. Vezměme příklad uvedený již v kapitole 2.11 z trestního práva hmotného, kdy matka dlouhou dobu před porodem

svého dítěte plánuje jeho vraždu. Vraždu také ihned po porodu provede. Máme její čin posuzovat podle § 220 TZ jako trestný čin vraždy novorozeného dítěte matkou, i když byl čin plánován delší dobu před jeho provedením? Neměli bychom použít teleologické redukce a vyjmout tento okruh případů z § 220 TZ? Pro podporu teleologické redukce bychom mohli tvrdit, že se jedná o zcela jiný případ, než případy míněné v § 220 TZ. Pokud bychom s tímto názorem souhlasili, museli bychom posoudit jednání matky jako vraždu dle § 219 TZ. Vzhledem k trestním sazbám se však jedná o teleologickou redukci in malam partem, a proto můžeme problém uzavřít. V trestním právu hmotném je teleologická redukce nepřípustná v souladu se zásadou nullum crimen sine lege.

U teleologických mezer v právu nepřipadá v úvahu otázka existence nevyplnitelných mezer v právu právě pro identitu procesů jejich vyplňování a zjišťování.

7.4 Limity pro vyplňování principiálních a hodnotových mezer v právu

6.4.1 Zákaz analogie

Ve vyplňování mezer v právu za pomoci právních principů při srovnání s vyplňováním za pomoci analogie panuje mnohem více nejistoty. Proto v případě zákazu analogie rovněž platí i zákaz vyplňování mezer za pomoci právních principů. Nikoho by asi nenapadlo rozšiřovat okruh trestných činů v trestním právu hmotném pomocí právních principů, když je zakázána analogie v neprospěch pachatele.

8. Koncept mezer v právu v judikatuře německých soudů

Právo je prakticky orientovaným vědním oborem, neboť je prostředkem pro regulaci a utváření společenských zájmů i společnosti. Každá právní norma je vázána na určité společenské podmínky. S postupnou změnou společenských podmínek přestává i právní norma plnit svůj účel. Dojde-li ke změně konkrétních podmínek, na něž je daná právní norma vázána, ztrácí tato právní norma svůj význam. Je pak úkolem právní teorie a praxe, aby metodami interpretace danou normu přizpůsobila společenským potřebám. Metody interpretace mají své omezené možnosti, protože musí mít vazbu na text právního předpisu a musí se nacházet ve sféře *secundum legem*, popř. jedná-li se o mezeru v právu, musí se nacházet ve sféře *praeter legem*.

Postupná změna společenských poměrů je relevantní i z hlediska konceptu mezer v právu, protože s proměnou společenských poměrů dochází i k hojnému výskytu mezer v právu. Tato četnost je umocněna dynamičností změn společenských poměrů. Pro adresáty právních norem se jedná o nežádoucí jev, protože při četném výskytu mezer v právu v krátkém časovém úseku dochází k narušení právní jistoty.

Z tohoto pohledu si zaslouží pozornost německý právní řád zejména občanský zákoník, který platí od 1. ledna 1900, a obchodní zákoník, který platí od stejného data. Jedná se tedy o kodifikace platné více jak sto let, které musely projít řadou závažných společenských změn.

8.1 Společenská situace před I. světovou válkou v Německu

Zajímavým obdobím, na něž musela německá právní teorie i praxe reagovat, je předválečné a poválečné období. Německá ekonomika tou dobou procházela změnou právních poměrů způsobených válkou a poválečnou hyperinflací. Všechny právní vztahy, kde byly dluhy vyjádřeny peněžní částkou byly inflací dotčeny. Nominální hodnoty dlužných částek se den ze dne stávaly směšné, a proto se věřitelé snažili obracet na soudy, aby jim poskytly ochranu. Smlouvy neobsahovaly klauzule, které by pamatovaly na změny poměrů. V této situaci nepomohlo ani psané právo.

Německý právní řád, stejně jako český, neznal a ani dnes nezná obecnou klauzuli *rebus sic stantibus*. Autoři německého občanského zákoníku odmítli tuto klauzuli jako obecnou zásadu, protože se obávali velké právní nejistoty, která by byla nevyhnutelným následkem jejího zakotvení.⁶⁷

Po vypuknutí války v roce 1914 byla řada právních vztahů dotčena změnou poměrů, které soudy řešily především extenzivním výkladem a aplikací norem upravujících nemožnost právních úkonů. Klíčová jsou z tohoto pohledu dvě rozhodnutí, která se stala základem pro další rozvoj judikatury a argumentace při změně právních poměrů.

V prvním případě⁶⁸ byl vlastník mlýnu, který vyráběl určitý speciální produkt, zavázán dodat určité množství tohoto produktu. Mlýn ale vyhořel a dodávka mohla být uskutečněna až po znovupostavení mlýna, a to z další sklizně. Říšský soud postavil dočasnou nemožnost plnění na roveň trvalé nemožnosti, protože účel smlouvy se stal nedosažitelný. Produkt, který měl být dodán, však podléhal velkým cenovým výkyvům a Říšský soud

⁶⁷na Rüthers, B.: *Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 14
⁶⁸RGZ 42, 114; z na Rüthers, B.: *Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 15

konstatoval, že plnění se vztahovalo na konkrétní sklizeň. Dále konstatoval, že „předmět plnění se změnil a ztratil tak způsobilost sloužit ke splnění smlouvy.“⁶⁹ Plnění z nové sklizně by bylo plnění aliud.

Ve druhém případě (tzv. Mühlbrandfall)⁷⁰ vyhořel mlýn, který byl vybaven pro výrobu speciálního produktu. Den před požárem uzavřela společnost provozující mlýn smlouvu na dodání tohoto speciálního produktu. Následně ale produkt nedodala a u soudu argumentovala nemožností plnění s odůvodněním, že daný mlýn využíval technologický postup chráněný obchodním tajemstvím. Objednatel u soudu argumentoval naopak tím, že se jedná o produkt druhově určený a tak plně nahraditelný. Soud rozhodl ve prospěch dodavatele a stanovil, že není možné požadovat dodání druhově určeného zboží, je-li jeho opatření natolik složité, že nemůže být spravedlivě požadováno dle § 242 BGB⁷¹. Navíc se musí jednat o situaci zcela mimořádnou, která dle obchodního styku bude postavena na roveň nemožnosti plnění.

V prvním případě opírá soud své rozhodnutí o změnu předmětu plnění způsobenou požárem. V druhém případě byla neúnosnost, resp. nepřijatelnost (Unzumutbarkeit) splnění závazku postavena naroveň nemožnosti plnění.

8.2 Společenská situace po I. světové válce v Německu

Po skončení války došlo v Německu k hospodářské krizi, která byla umocněna i politickou revolucí. Řada smluvních vztahů byla otřesena změnou poměrů. Dlužníci se obraceli na soudy a žádali soudní ochranu. Judikatura aplikovala na tyto kauzy extenzivní výklad pravidel nemožnosti plnění. Toto řešení bylo o to snazší, že v řadě případů válka způsobila dočasnou nemožnost plnění,

⁶⁹ Der Leistungsgegenstand wird selber verändert und hat die Fähigkeit, als Vertragserfüllung zu dienen, verloren.“ str. rüthers 16, RGZ 42, 114.

⁷⁰ RGZ 57, 116; http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/urteile/rgz57_116.htm; také Rüthers, B.: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 16

⁷¹ Toto ustanovení německého občanského zákoníku je obdobou českého § 3 občanského zákoníku. Tedy plnění povinností v souladu s dobrými mravy.

a to jak z hospodářského, tak z právního hlediska. Říšský soud ve svém řešení postavil na roveň, stejně jako ve výše uvedených rozhodnutích, dočasnou nemožnost plnění s nemožností trvalou. „Pozdější opatření dlužného plnění bylo z důvodu změny veškerých poměrů natolik složité, že plnění bylo již „zcela jiné“ než to, které bylo stranami ujednáno.“⁷²

Říšský soud se tak snažil právně reagovat na změnu hodnoty plnění na trhu. Zboží samo o sobě zůstalo totéž, avšak náklady nutné na jeho pořízení se měnily takřka ze dne na den. Hodnota zboží tak byla započítána do předmětu plnění.

Následkem aplikace ustanovení o nemožnosti plnění byla neplatnost celé smlouvy a zánik povinnosti plnit pro obě smluvní strany (v případě synalagmatických smluv).

Konkrétně byly zásady přístupu Říšského soudu shrnuty v rozhodnutí o smlouvě o námořní přepravě z 19. května 1920⁷³:

1. Říšský soud uvedl, že smlouvy uzavřené před válkou nemohou být po válce plněny, jestliže v důsledku války došlo k takové změně poměrů, kterou strany nemohly strany předvídat a která je takového rozsahu, že předmět plnění představuje zcela odlišné, smluvní plnění.
2. Výjimku z tohoto pravidla je možné připustit v případě, kdy smluvní strany zcela jasně vyjádřily, že smlouva má být splněna bez jakéhokoli ohledu, včetně závažné změny poměrů vyvolané válkou.
3. Tyto zásady platí nejen pro účinky vyvolané válkou ale pro účinky vyvolané politickými změnami.

72 „...., wenn die spätere Beschaffung des Geschuldeten wegen einer Änderung der Gesamtverhältnisse so schwierig geworden war, dass die Leistung „eine ganz andere“ als die von den Parteien vereinbarte war.“ Rütters, B.: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 18

73 RGZ 99, 115; Rütters, B.: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 19

8.3 Právní hodnocení judikatury a přístupu Říšského soudu

Říšský soud tak reagoval na hospodářské změny, které narušovaly celé hospodářství. Podstatou soukromého práva je smluvní autonomie, díky níž může každý jednotlivec vstupovat do smluvního vztahu s kýmkoli a uzavírat smlouvu o libovolném obsahu. Stát pak garantuje, že obsah smlouvy, neodporuje-li kogentním normám právního řádu, bude právně vynutitelný (zásada *pacta sunt servanda*). Říšský soud vycházel z argumentace, která spočívala na tvrzení, že podstatnou změnou hodnoty předmětu plnění dochází i k narušení vyváženosti smluvního vztahu. Na případ tak aplikoval normy ohledně nemožnosti plnění. Pro nemožnost plnění⁷⁴, která má za následek neplatnost právního úkonu, resp. smlouvy, je charakteristický požadavek objektivní nemožnosti splnění povinnosti. Nejde tedy o subjektivní nedostupnost pro konkrétní subjekt.

Říšský soud použil následky nemožnosti plnění i pro subjektivní nedostupnost plnění a uplatnil tak metodu vyplňování mezer v právu analogií legis.

Judikatura Říšského soudu ovšem nesetřvala na tomto přístupu a postupně začala přecházet k odůvodnění spočívajícím na nepřijatelnosti, resp. neúnosnosti (*Unzumutbarkeit*) plnění pro smluvní strany. Tedy jakési výjimky ze zásady, že smlouvy se musejí dodržovat, která byla známa již za římského práva jako *klauzule rebus sic stantibus*.

Významným rozhodnutím, které posunulo těžiště odůvodnění z nemožnosti plnění k nepřijatelnosti plnění, byl rozsudek ze dne 21. září 1920⁷⁵. V něm bylo uvedeno, že zrušení smlouvy může být

⁷⁴ Právní úprava nemožnosti plnění v BGB obsahově víceméně odpovídá české právní úpravě a autor nepovažuje za nutné seznamovat čtenáře s konkrétní právní úpravou. Navíc ani není smyslem této práce zabývat se konkrétními ustanoveními německého práva.

⁷⁵ RGZ 100, 129 (131)

považováno za oprávněné pouze tehdy, pokud by setrvání platnosti smlouvy bylo za zcela změněných hospodářských podmínek hospodářsky nesplnitelné.⁷⁶

Nedošlo však jen pouhé změně odůvodnění rozsudků. Za posunem se skrývá pragmatismus. Následkem nemožnosti plnění bylo automatické zrušení smlouvy. Naproti tomu hospodářská splnitelnost se postupně vyvíjela z automatického zrušení smlouvy po judikaturou vytvořeného práva odstoupit od této smlouvy.

Oba přístupy k řešení zásadní změny hospodářských poměrů - jak analogické použití nemožnosti plnění, tak nesplnitelnosti smlouvy - respektovaly existenci smlouvy jako celku. Nezasahovaly do obsahu smlouvy. Pouze smlouvu jako celek zrušily.

Případy rozhodované Říšským soudem⁷⁷ v tomto období vykazují určité společné znaky. Ve všech případech chybí smluvní úprava, která by řešila otázku změny hospodářských poměrů. Je nanejvýš nepochybné, že by smluvní strany změnu hospodářských poměrů odchylným způsobem upravily, popř. že by dlužník, v jehož je to zájmu, podpis smlouvy podmiňoval začleněním takovéto smluvní úpravy. Jedná se o rizika, která nezpůsobila žádná ze smluvních stran a bylo by proto nelogické, aby jejich tíži nesla jen jedna z nich. Výstižně tak uvádí Kegel:

„Naproti tomu nebezpečí takových událostí, které nespádají do sféry ani jedné ze smluvních stran - jako válka, inflace, změna zákonodárství, státní donucovací opatření -, musí nést z poloviny každá ze smluvních stran.“⁷⁸

⁷⁶Obdobně též RGZ 99, 258

⁷⁷„Dagegen wird die Gefahr derjenigen Ereignisse, die in den Bereich keiner Vertragspartei fallen - wie Krieg, Währungsverfall, Gesetzesänderung, staatliche Zwangsmaßnahmen -, grundsätzlich von beiden Parteien zur Hälfte getragen werden müssen.“ Rütters, B.: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 39

⁷⁸„Dagegen wird die Gefahr derjenigen Ereignisse, die in den Bereich keiner Vertragspartei fallen - wie Krieg, Währungsverfall, Gesetzesänderung, staatliche Zwangsmaßnahmen -, grundsätzlich von beiden Parteien zur Hälfte

Smlouvy tedy vykazovaly mezeru, která musela být zákonným způsobem zaplněna. Soud jako metodu zaplnění nejprve zvolil analogii s úpravou nemožnosti plnění, která byla dosti rigidní a byla pro konkrétní případ jen těžko přizpůsobitelná. Naproti tomu pozdější metoda výkladu smlouvy v souladu s dobrými mravy a nesplnitelnost smlouvy (Unzumutbarkeit) s konstruovaným oprávněním odstoupení od smlouvy lépe zohledňovala specifické podmínky smluvních stran.

8.4 Soudní zásah do obsahu smlouvy

Říšský soud však tuto hranici překročil v rozsudku ze dne 21. září 1920⁷⁹. Rozhodoval zde spor smluvních stran vzniklý ze smlouvy o nájmu komerčních prostor z roku 1912, prodloužené do konce roku 1920. Pronajímatel byl současně povinen dodávat nájemci vodní páru pro podnikatelské účely.

Během války a po jejím skončení došlo k razantnímu nárůstu ceny vodní páry, která několikanásobně (v tomto případě více jak desetinásobně) převyšovala příjem z nájmu.

Před tímto rozsudkem ustálená judikatura Říšského soudu setrvala na stanovisku, „že soudce za účelem zmírnění tvrdostí války nemůže upravovat ujednání mezi smluvními stranami.“⁸⁰

Výše uvedeným rozsudkem se však Říšský soud uznal oprávněný soudce zasáhnout do smlouvy, když uvedl následující:

„Hlavním a nejvznešenějším úkolem soudce je, uspokojit ve svých rozhodnutích naléhavé požadavky života a nechat se v tomto směru vést zkušenostmi lidského života. Požadavek tohoto senátu, kterým se nyní řídí, nemůže být ponechán

getragen werden müssen.“ tamtéž
79 RGZ 100, 129 III. civilní senát
http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=955

80 „der Richter nicht zwecks Milderung der Härten des Krieges einen Ausgleich zwischen den Vertragsparteien schaffen könne.“ Rütters, B.: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 32

ve své striktní obecné platnosti. Byl překonán zkušenostmi tohoto senátu během následného průběhu války a zejména jako výsledek neočekávaného vývoje a vlivu, neočekávaných dynamických změn veškerých ekonomickým podmínek. Tyto podmínky naléhavě vyžadují, aby soudce zasáhl do stávajících smluvních vztahů, pokud by jinak nastaly zjevně neúnosné situace, které by znevažovaly dobrou víru a všechny principy poctivosti a spravedlnosti. Základ v pozitivním právu, považovaný za žádoucí a nezbytný, je dán ustanoveními BGB uvedenými výše (§ 242 a § 157 BGB, vyjadřující zásadu dobré víry při plnění a interpretaci smluvních závazků - pozn. autora). Pokud tato ustanovení umožňují zrušení celého smluvního vztahu na požádání jedné ze smluvních stran, zdá se býti tím více přijatelné změnit jednotlivé smluvní ustanovení tvořící část smluvního závazku, ve kterém smluvní strany přejí pokračovat dále, pokud to vyžaduje dobrá víra, poctivost a spravedlnost. Mimo to je možné se dovolat argumentace, že, stalo-li se plnění nemožné jako výsledek změněných podmínek, došlo ke vzniku mezery ve smlouvě, kterou musí soudce vyplnit na základě svého vlastního rozhodnutí jako v případě jiných mezer ve smlouvě.⁸¹

Soud tak za pomoci argumentu a majori ad minus nezrušil smlouvu, ale přizpůsobil výši nájmu změněným podmínkám. Tato

⁸¹The first and noblest task of the judge is, however, to satisfy in his decisions the imperative demands of life and to allow himself in this respect to be guided by the experiences of life. The statement [quoted above] of this Division, as this Division believes now, cannot be maintained in its strict generality. It has been superseded by the experience of this Division during the subsequent course of the war, and especially as a result of its unexpected outcome and the ensuing, equally unexpected turbulent changes of all economic conditions. These conditions require imperatively that the judge should intervene in existing contractual relations if otherwise a manifestly unbearable situation would arise which would be an insult to good faith and to every principle of fairness and justice. The foundation in positive law, regarded as desirable and necessary, is provided by the provisions of the Civil Code cited above. If these provisions support even the dissolution of the entire contractual relationship at the request of one of the parties, it appears all the more admissible to modify an individual contractual clause forming part of a contractual relationship which the parties wish to continue, if good faith, fairness and justice so require. Moreover it may also be possible to rely on the idea that when a contractual performance has become impossible as a result of changed conditions, a gap arises in the contract which the judge must fill in by his own determination, as in the case of other contractual gaps. - viz http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=955

cesta umožnila soudu, na rozdíl od rigidního prostředku analogické aplikace norem nemožnosti plnění, rychleji a snáze reagovat na specifické podmínky konkrétního případu. Kritériem i nadále zůstala nepřijatelnost, resp. neúnosnost plnění pro dlužníka (Unzumutbarkeit). Přijatelné bylo pouze riziko, které vyplývalo z běžného obchodního rizika. To se však nevztahovalo na mimořádnou změnu společenských podmínek, jakou byla revoluce a válka.⁸²

8.5 Oertmannova doktrína o zmaření základního účelu smlouvy

Rychlá změna společenských poměrů následovaná velkým množstvím soudních sporů způsobila přetíženost soudů. Soudy byly nuceny urychleně reagovat na dramaticky měnící se poměry. Za následek tyto události měly nižší kvalitu soudních rozhodnutí zejména co se týče právně dogmatického řešení komplexního rázu a ani právní teorie nereagovala s dostatečnou rychlostí.⁸³

Komplexní doktrinárně propracované řešení právní teorie podala v roce 1921, kdy Oertmann vydal svou knihu „Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Begriff“. Oertmann definoval Základní účel smlouvy (Geschäftsgrundlage) jako

„...vzájemnou dohodu stran o motivu, „causu“ pro danou smlouvu. Základním účelem smlouvy (Geschäftsgrundlage) je představa smluvní strany uznaná ohledně svého významu protistranou o trvání určitých okolností v okamžiku uzavření smlouvy, na základě nichž přetrvává odhodlání smluvních stran uzavřít danou smlouvu... ..Rozhodující dle Oertmanna bylo subjektivní přesvědčení smluvních stran, co tedy smluvní strany pokládaly za rozhodující základ.“⁸⁴

82 Rütters, B.: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 34

83 Tamtéž s. 40

84 „... eine gemeinsame Übereinstimmung der Parteien über das Motiv, die „causa“ für den Vertrag. Die Geschäftsgrundlage ist die beim Vertragsschluss zutage tretende und vom Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung vom Fortbestand gewisser

Říšský soud Oertmannovu doktrínu ihned použil ve své judikatuře, a to v rozsudku ze dne 3. února 1922⁸⁵.

V projednávané věci byl žalován W jako společník v.o.s., která vlastnila přádelnu. Společnost, v níž byl W účasten přešla do likvidace a po jejím skončení přešla přádelna do vlastnictví W. Na konci první světové války, tj. v květnu 1919 ji prodal za určitou sumu žalobci K. Na základě uzavřené smlouvy měla být přádelna na počátku roku 1920 převedena na K. Subjekt K se zavázal za ni zaplatit odměnu ve dvou splátkách k 1.1.1920 a k 1.1.1921. Po uzavření smlouvy došlo na podzim 1919 k vysoké inflaci, jejímž následkem došlo k znehodnocení marky o cca 80%. Subjekt K požadoval splnění smlouvy, zatímco W odmítal splnit z důvodu znehodnocení peněz.

Soud tak musel řešit problém, stejně jako v předešlých případech, zda setrvat na zásadě pacta sunt servanda, či nikoliv. Žalovaný K naopak namítal, že došlo k znehodnocení peněz. Tedy namítal změnu hodnoty převáděného podniku. Svou podstatou je namítán omyl v pohnutce, který je podle českého i německého práva irelevantní.

Soud oprávněnému prostředku vyhověl a vrátil žalobu odvolacímu soudu s tím, aby provedl další prozkoumání případu. Zejména měl soud provést skutková zjištění, zda smluvní strany počítaly s rizikem znehodnocení peněz v důsledku inflace. Došel-li by soud k pozitivní odpovědi na tuto otázku, měl by soud potvrdit trvání smlouvy.

Právní teorie i judikatura Říšského soudu se shodovala na tom, že klíčovou otázkou je rozložení rizik mezi smluvními

Umstände, aufgrund derer der Geschäftswille besteht. Oertmanns geht von einer subjektiven Geschäftsgrundlage aus, entscheidend ist, was „die Parteien sich als maßgebliche Grundlage vorgestellt haben.“
<http://www.marcel-raschke.de/wegfalldergeschaeftsgrundlage.pdf>

85RGZ 103, 328; viz

http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=954

stranami⁸⁶. Otázkou tedy bylo, kdo má nést riziko náhlých společenských a hospodářských změn. Spravedlivé by jistě nebylo, aby toto riziko nesla jen jedna ze stran, chyběla-li taková úprava ve smlouvě. Budeme-li na problém nahlížet z hlediska koncepce mezer v právu, můžeme považovat tuto mezeru za následnou mezeru v právu, resp. mezeru ve smlouvě. Tato mezera v právu existovala již v okamžiku účinnosti zákona (BGB), resp. uzavření smlouvy, avšak její existence byla patrná okamžikem, kdy došlo k hospodářskému, poválečnému zvratu.

Právní teorie našla řešení těchto mezer v právu ve dvojnásobném směru: Za prvé se snažila hledat spravedlivé řešení ad hoc za použití klauzule ochrany dobrých mravů a dobré víry a její interpretace za použití hypotetické vůle smluvních stran. Druhý způsob řešení byl založen na argumentaci, že každý smluvní typ v sobě již ze zákona zahrnuje úpravu rozložení rizik. Obě řešení jsou velice podobná, neboť se obě řešení nemohou moc odchylovat.⁸⁷

Vrátíme-li se na tomto místě k výkladu podanému v rámci kapitoly 3 o mezerách ve smlouvách, mohlo by se na první pohled zdát, že se poválečná judikatura vydala cestou v rozporu s podaným výkladem, když vycházela z hypotetické vůle smluvních stran. Předpokladem pro uplatnění hypotetické vůle smluvních stran je, že ve smlouvě jako právním úkonu existuje určité vodítko, podle kterého je možné určit vůli smluvních stran. Takovéto ujednání však bude ojedinělé, proto zbývá pouze druhé řešení nastíněného problému. Zákonné rozložení rizik naráží na podobný problém, neboť zákonodárce pamatoval na podobnou úpravu jen zřídka. Proto soudci v daném případě nezbylo nic jiného, než postupovat cestou dle kapitoly 5.5.

⁸⁶Rüthers, B.: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 47

⁸⁷Rüthers, B.: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 60

8.6 Problematika fenoménu „marka rovna marce“

Neustále se snižující hodnota německé měny měla za následek vážné narušení dlouhodobých dlužnických vztahů. Měna z počátku krytá zlatem byla postupně nahrazována papírovými bankovkami, které již přestávaly být kryty zlatem, resp. bylo vydáváno stále více papírových bankovek na stále stejné množství zlata.⁸⁸ Judikatura však stále razila jednotný postoj, že zlatá marka je rovna papírové marce a že tedy jmenovitá hodnota těchto dvou peněžních ekvivalentů je rovnocenná. Výslovně však tato zásada nebyla nikde zakotvena. Její existence byla vyvozována z nařízení ze dne 28. září 1914 (RGBI 412), tedy z počátku První světové války. Toto nařízení zbavilo účinnosti všechna ujednání, která zakotvovala povinnost hradit dluhy zlatou markou. Namísto ní mělo postačovat plnění v papírové marce o stejné jmenovité hodnotě.

Inflace postupně nabývala takové rychlosti, že dlužníci díky této úpravě, resp. zásadě plnili své dluhy za částky o zanedbatelné hodnotě. Zákonodárce však zachovával pasivitu, protože uvedená skutečnost pro něj byla výhodná. Stál totiž v postavení dlužníka válečných závazků.⁸⁹

Říšský soud ve výše uvedených rozhodnutích zasahoval a korigoval znění smlouvy pouze v případech, kdy se jednalo smluvní vztahy se vzájemných protiplněním v budoucnu. Stranou pozornosti Říšského soudu však zůstaly vztahy vznikající z úvěrových závazků. Kdy je jednorázově poskytnut úvěr a dlužník jej pak ve sjednané výši a době splatí, popř. splácí. Tyto vztahy však byly poznamenány hyperinflací více než jiné. Právě

⁸⁸ <http://cs.wikipedia.org/wiki/Inflace>;
<http://de.wikipedia.org/wiki/Papiermark> ;
<http://de.wikipedia.org/wiki/Goldmark>

⁸⁹ Rütters, B.: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 64.

proto, že zde byla přesně vyjádřená hodnota plnění, která se postupem času stala směšná.

Říšský soud vydal dne 28. listopadu 1923 (RGZ 107, 78)⁹⁰ ohledně jednoho projednávaného případu tohoto typu přelomové rozhodnutí, tzv. revalvační rozsudek (*Aufwertungsurteil*).

Ze skutkového hlediska šlo o dlužnický vztah, kdy se žalobce jako dlužník domáhal po žalovaném jako věřiteli vydání dokumentů potvrzujících, že dlužník svůj dluh splatil. Podané žalobě předcházely následující okolnosti. Dlužník a žalobce byl vlastníkem pozemku, na němž bylo ve prospěch věřitele zřízeno zástavní právo zajišťující pohledávku věřitele. Dlužník zaplatil věřiteli jeho pohledávku včetně příslušenství a požadoval vymazání zástavního práva. Soudy obou nižších instancí žalobci vyhověly, avšak Říšský soud jejich rozhodnutí zrušil.

Právně se soud zabýval otázkou, zda stávající věřitel může požadovat revalvací nominální hodnoty závazkového vztahu. Soud argumentoval za použití ustanovení o ochraně dobré víry⁹¹, že dlužník obdržel adekvátní protiplnění, když se mu zvýšila hodnota nabytého pozemku. Smluvní strany uzavírají-li smlouvu, na základě níž má dojít k protiplnění v národní měně, předpokládají, že tato měna bude vytvářet pevný a trvalý standard, který bude podléhat jen běžným výkyvům. Právu imanentní, navíc explicitně vyjádřený, požadavek ochrany dobré víry vyžaduje spravedlivé protiplnění mezi smluvními stranami.

Devizové předpisy té doby nepočítaly s možností devalvace hodnoty papírové měny. Legislativci však nepočítali s možností takto výrazného znehodnocení měny, ke kterému došlo.⁹² Ustanovení

⁹⁰ http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/ase.php?id=951; k obdobným závěrům došel Říšský soud i v dalším rozsudku vedeném pod RGZ 104, 394 (Revalvační rozsudek: Kurs stanovený zlatou markou musí být přepočítán do papírových marek)

⁹¹ § 242 BGB

⁹² Rozsudek vycházel z nařízení ze dne 28. září 1914, které zrušilo zlaté klauzule ve smlouvách, na základě nichž mělo být plněno ve zlatě. Důvodem byla představa, že marky jsou si rovnocenné.

o ochraně dobré víry tak musí mít přednost před devizovými předpisy, neboť tyto s možností náhlé změny poměry nepočítaly. Dále soud deklaroval, že pravidlo „marka rovna marce“ (*Mark gleich Mark*) je neudržitelné bezvýjimečně.

Říšský soud dále ve svém rozsudku stanovil, že ke stejnému závěru je možné dospět za pomoci doplnění smlouvy (*supplementary interpretation*) o úpravou, kterou by byly učinily smluvní strany s ohledem na účel smlouvy jako celku.

8.7 Analýza revalvačního rozsudku

Tento rozsudek měl dalekosáhlé ekonomické důsledky, zejména proto, že zakotvil oprávnění soudců stanovovat přepočtový kurs mezi zlatou a papírovou markou. Předně nutno sledovat i další skutečnost. Soud tak deklaroval, že je nutno plnit dluhy nikoliv jen ve sjednaném množství ale i v určité kvalitě plnění. Kvalita plnění ve formě peněz byla narušena devizovými předpisy, které však byly dlouhodobě neudržitelné.

Soud argumentoval existencí mezery v právu. Pro podporu své argumentace převzal soud oficiální důvodovou zprávu z výše citovaného devizového nařízení z roku 1914. V důvodové zprávě bylo uvedeno, že dočasné zneplatnění zlatých klauzulí nemá za následek negativní dopad pro smluvní vztahy. Z toho soud vyvozoval, že zákonodárce neměl v úmyslu poškodit zúčastněné subjekty. Nutno však poznamenat, že to zcela jistě nebyl jediný možný výklad. Heck uvádí, že důvodem vydání tohoto nařízení bylo, že zákonodárce nadřadil státní zájmy nad zájmy občanské. Když jeho záměrem mělo být rychlé oddlužení státu.⁹³

Devizové předpisy byly vydány za účelem řešení konkrétních otázek spojených se změnou měnových podmínek během válečného období a z tohoto hlediska tak mají povahu *lex specialis*. Soud

⁹³Rüthers, B.: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 71

za použití své argumentace tento pohled otočil, když obecné ustanovení občanského zákoníku použil před ustanovením předpisu speciálního.

Bylo by z hlediska terminologie a doktrinální vymezení této práce přesnější, kdyby soud argumentoval teleologickou redukcí, neboť devizové předpisy umožňovaly formálně právně přijatelné řešení, ač ve skutečnosti neudržitelné. Soud tak vyloučil z okruhu případů, na které se devizové normy vztahovaly, ty případy, kdy došlo k výraznému posunu hodnot papírových peněz oproti zlaté měně. Ve svém důsledku to znamenalo, že soud prohlásil výše uvedené nařízení za daných okolností za neplatné.

Takovýto zásah soudní moci do moci zákonodárné je však z teoretického hlediska velmi závažný a v dnešním právním řádu navíc i relevantní z hlediska ústavního práva.⁹⁴ Říšský soud však ve svém odůvodnění otázce oprávnění soudu vyplňovat mezery v právu nevěnoval žádnou pozornost⁹⁵, což je vskutku vážné pochybení.

Dle principu dělby moci nepřísluší jednotlivým složkám státní moci zasahovat do sféry působnosti ostatních složek. Znamená to však skutečně, že soudní moc nemůže prohlásit určitý zákon nebo ustanovení za neplatné nebo obsoletní?

Každá právní norma je zaměřena na určitý okruh životních situací a je tedy orientována na sociální poměry ve společnosti. Dojde-li ve společnosti k zásadní změně společenských poměrů, že již daná norma přestane plnit svou roli, ocitne se tato právní norma mimo sféru své působnosti. Tato norma zůstává v platnosti díky autoritě zákonodárce, který ji vytvořil. Pokud je však zákonodárce nečinný a nenahradí tuto normu za novou. Za

⁹⁴ Záměrně zde posouvám celý problém do teoretického hlediska, neboť posuzovat vhodnost a správnost rozhodnutí osmdesát let zpětně, je nemožné a nebylo by profesionální, aniž by kritik provedl důkladnou historicko-sociální analýzu této doby.

⁹⁵ Rütters, B.: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 75

příklad nám může posloužit jednání německého zákonodárce, pro nějž bylo výhodnější nechat devalvovat měnu a snadněji tak splácet své válečné dluhy.

Jako současný příklad ustanovení, které přestalo plnit svou funkci, je možné uvést problematiku nájmu nebytových prostor upraveném zákonem č. 116/1990 Sb., o nájmu a podnájmu nebytových prostor, ve znění platném před novelou č. 302/1999 Sb. Pro uzavření nájemní smlouvy byl dle § 3 odst. 2 vyžadován souhlas obecního úřadu. Absence souhlasu obecního úřadu byla stíhána dle výslovného zákonného ustanovení absolutní neplatností uzavřené smlouvy. Požadavek souhlasu obecního úřadu byl výše uvedenou novelou odstraněn. Nejvyšší soud ČR v případě projednávaném pod sp. zn. 28 Cdo 1364/2001 dovodil, že souhlas nutný pro uzavření smlouvy nemá za následek absolutní neplatnost smlouvy, resp. že nelze vyhovět žalobnímu nároku opírajícímu se o toto zákonné ustanovení. Dalším důvodem byla tvrzená nerovnost účastníků nájemních smluv uzavřených před přijetím uvedené novely a po jejím vstupu v účinnost. Soud tak postavil svou argumentaci proti výslovnému zákonnému ustanovení, které tak ztratilo svou právní relevanci.

Soudce je povinen pouze aplikovat právo. Být tedy sluhou zákona. Pokud by soudce rozhodl tak, že by svým rozhodnutím šel přímo proti obsahu právní normy, rozhodoval by contra legem. Je tomu tak i ve výše nastíněném případě?

Jak jsem již uvedl výše je každá právní norma zaměřena na určité společenské poměry, pokud tyto poměry odpadnou, není možné danou normu aplikovat. Soudce takovou normu ani nesmí aplikovat, protože daná norma nebyla pro tyto případy určena. Výstižně tak uvádí Rüthers:

„Podle moderního pojetí ztrácí zákon svou platnost z důvodu odpadnutí ratio legis pouze tehdy, pokud poměry, na něž

se vztahuje, nebo za jejichž trvání dává zákon smysl, navždy odpadly nebo jsou překonány."⁹⁶

Obdobně tak argumentoval i Nejvyšší soud ČR. Ve svém odůvodnění uvedl, že již odpadl důvod pro aplikaci tohoto ustanovení a že tedy ztratilo význam.⁹⁷

Lze tedy výše uvedené shrnout a konstatovat, že v určitých krajních situacích, kdy právní úprava ztratila svou opodstatněnost a kdy zákonodárce není schopen z důvodu své nečinnosti adekvátně na změněné společenské poměry zareagovat, přichází v úvahu rozhodnutí, kterým soud odmítne aplikovat explicitní právní normu.

Z teoretického hlediska lze v této souvislosti odkázat na výklad podaný v kapitole 3.2.1. o teleologické redukci.

8.8 Reakce zákonodárce na kritickou situaci

Neúnosná společenská situace vybízela zákonodárce k zásahu a k úpravě kurzu zlaté a papírové marky. Zákonodárce se však této role nezhostil a ponechal běh věcí bez právní úpravy. Hyperinflace, která se stávala denní realitou, dosahovala neuvěřitelných rozsahů a narušovala nejen hospodářství ale i právní jistotu. Pro snadnější porozumění pozadí, ve kterém rozhodovaly soudy, uvádím výši tehdejší inflace.

96 „Nach der modernen Auffassung verliert ein Gesetz seine Geltung wegen des Fortfalls der ratio legis nur dann, wenn die Verhältnisse, auf die es sich bezieht oder unter denen es allein sinnvoll ist, für immer weggefallen oder überholt sind.“ Rüthers, B.: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 72

97 Soud odkázal na důvodovou zprávu předmětné novely: „Z živnostenského zákona vyplývá, že osoba podnikající podle tohoto zákona si sama určuje a živnostenskému úřadu oznamuje místo svého podnikání - provozovnu (§ 17 zákona). Obce tedy přehled o podnikatelích a provozovnách na území obce prostřednictvím svého živnostenského úřadu mají. Uvedený zákon již nevyžaduje, aby bylo uváděno, na základě jakého právního stavu v provozovně podniká. Zasahovat podnikateli do výběru místa provozovny prostřednictvím zákona o nájmu a podnájmu nebytových prostor proto podle předkladatele lze již považovat za nadbytečnou byrokracii, která může v praxi vytvořit nerovné soutěžní podmínky pro podnikatele.“

Výše inflace v roce 1923 v Německu (změna k předchozímu měsíci)	
únor	55
březen	-13
duben	15
květen	57
červen	137
červenec	286
srpen	1.162
září	2.432
říjen	29.586
listopad	10.133

Tabulka 3: Zdroj: Dornbusch, R.: *Exchange Rates and Inflation, Massachusetts 1988, s. 419.*

V září dosahovala inflace 6,5 % denně a v listopadu již dokonce 20 % denně. Nelze se proto divit, že řada autorů v té době vyzývala k radikálním řešením s odůvodněním, „že mimořádná pochybení (rozuměj nečinnost zákonodárce - pozn.) se musí setkat s mimořádnými opatřeními“⁹⁸.

Radikální řešení na sebe nedalo dlouho čekat a 28. listopadu 1923 byl vydán již výše zmiňovaný a analyzovaný revalvační rozsudek. Zákonodárce vědom si své neschopnosti pružně reagovat na rychle se měnící poměry, vydal dne 8. prosince 1923 zmocňovací zákon, kterým přenesl zákonodárný proces do rukou exekutivy. Ovšem exekutiva byla při zákonodárném procesu vykonávaném na základě tohoto zmocňovacího zákona podřízena ústavě.

Tehdejší soudcovská unie (Richterverein) na tento zákonodárný počín hbitě zareagovala a požadovala po delegované normotvorbě dále podmínku dodržování požadavků dobré víry. To ve svém důsledku znamenalo oprávnění soudců rozhodovat,

98 „...., dass außergewöhnlichen Missständen durch außergewöhnlichen Maßnahmen begegnet werden müsse“. Mügel, DRW v (1940), 44 (47 násl.) (citováno: Rütters, B.: *Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 80)

v souladu s revalvačním rozsudkem, zda devizové předpisy odpovídají realitě.⁹⁹ Soudy se tak nehodlaly vzdát svého práva rozhodovat o přípustnosti přijatého právního předpisu.

Jedno z prvních nařízení přijatých na základě tohoto zmocnění bylo nařízení ze dne 14. února 1924. Upravovalo otázky revalvace. Nařízení upravovalo pro řadu právních nároků sazby, podle kterých byla provedena revalvace kursu mezi zlatou a papírovou markou. Oprávnění soudů zasahovat do revalvace ztratilo svůj průlomový význam, neboť sazby byly stanoveny pro všechny významné právní nároky. Situace byla natolik vážná, že si však normotvůrce nedovolil oprávnění soudů stanovovat revalvační kurs zcela zrušit. Volná (rozuměj soudcovská) revalvace byla podle tohoto nařízení přípustná pouze ohledně nároků, které nebyly upraveny. Vzhledem k okruhu upravených nároků se však jednalo o okrajové oprávnění.

Říšský soud platnost tohoto nařízení uznal svým rozhodnutím ze dne 1. března 1924 publikovaným pod RGZ 107, 370 avšak i poté existovala v literatuře rozsáhlá pojednání o jeho platnosti a přípustnosti.¹⁰⁰

Právní jistotu přinesl až zákon řádně přijatý zákonodárnou mocí ze dne 16. července 1925 upravující revalvací obdobným způsobem.

8.9 Konflikt mezi moci soudní a zákonodárnou

Konflikt mezi moci soudní a zákonodárnou tak byl způsoben nečinností zákonodárce, který se měl jako první chopit iniciativy a zabránit tak narušení právní jistoty a právního státu. Jestliže se zákonodárce své úlohy nezhodí, což nelze v krizových situacích chápat jako právo, nýbrž jako jeho povinnost, může to vést k rozpadu celého státu.

⁹⁹Rüthers, B.: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, s. 81
¹⁰⁰Tamtéž s. 82

Státní moc je v moderních státech rozdělena na moc soudní, zákonodárnou a výkonnou. Jestliže v krizových situacích, kdy je pro hospodářský život reakce zákonodárce bytostně důležitá, zákonodárce váhá, lze si představit, že jeho roli převezme jiná složka státní moci (v nastíněném případě moc soudní). Dle definice státu podané Georgem Jellinkem musí stát vykazovat tři znaky, a to státní moc, státní území a státní národ. Chybí-li jedna z těchto složek, nelze hovořit o státu.

Pokud by soudy na tuto akutní situaci nezareagovali, mohlo by to mít za následek rozpad státu nebo jeho okupaci některým jiným státem právě z důvodu ochromení státní moci.

Říšský soud se vydal cestou, kterou lze považovat za tu nejvhodnější. Využil zákonodárcem zakotvené neurčité pojmy - pojmu dobrá víra. Jak již bylo uvedeno v kapitole 2.3. tyto pojmy se nacházejí ve sféře secundum legem, neboť je vytvořil zákonodárce a jejich konkretizaci přenechal soudům. Výstižně jsou tedy označovány za delegační normy. Proto jejich aplikace na konkrétní skutkovou podstatu je podepřena autoritou zákonodárce, který s jejich konkretizací počítal.

Využití tohoto způsobu řešení problému však skýtá určitá úskalí. Základním účelem dělby moci je zajistit, aby žádná z mocí nemohla uchvátit veškerou státní moc. Uznáme-li, že soudy jsou oprávněny převzít úlohu legislativy prostřednictvím aplikace neurčitých právních pojmů, otevíráme tím cestu tzv. soudcovskému státu, který by nebyl podroben demokratické kontrole.

Vyřešit tento problém je možné nejlépe cestou prevence. To je úlohou ústavodárce, který by měl tyto rizikové faktory zohlednit v liteře ústavního řádu, resp. pořádku. Měl by tedy pamatovat na krizové situace a zajistit operativní orgán, který bude

schopen rychle jednat, a současně budou zaručeny demokratické principy.

9. Závěr

Lze tedy shrnout, že mezery v právu jsou běžným jevem recentního právního řádu. Je nutno zohlednit postupy pro jejich nalézání a vyplňování v odůvodnění soudních rozhodnutí. Jedině takto je možné ověřit, zda soud postupoval právně aprobovaným způsobem a zda se nedopustil nějakého pochybení. Tento aspekt je důležitý i pro instance řešící opravné prostředky.

Zákonodárce není schopen zohlednit všechny životní situace, které mohou nastat. Stejně tak ani kontrahenti smluv, resp. účastníci právních úkonů nejsou schopni a ani nemohou být schopni zohlednit všechny okolnosti, které mohou nastat.

Názory, které popírají existenci mezer v právu s argumenty typu: máme soudce, který je povinen rozhodnout, proto nemohou existovat mezery v právu, nepostihují problém. Soudce a nejen on i všechny osoby, na něž se právo obrací, se dostávají do situací, kdy jim psané právo nedává jednoznačnou odpověď. Protože právo je založeno na předvídatelnosti, musí být stanoveny postupy pro jeho dotváření, resp. pro vyplňování mezer v právu.

Jisté komplikace jsou spojeny s podobností procesů interpretace a procesu vyplňování mezer v právu. Oba procesy postupují metodologicky obdobně a přechody mezi nimi jsou plynulé. Nelze však popřít, že vyplňování mezer v právu jde mnohem dále než interpretace. Podobnost obou procesů ještě neodůvodňuje, abychom rezignovali na jejich odlišování. Pokud nebudeme odlišovat interpretaci a proces vyplňování mezer v právu, nebudeme moci stanovit rozdílné požadavky pro obsah, resp. způsob odůvodnění soudních rozhodnutí. V případech vyplňování mezer by mělo být odůvodnění propracovanější a mělo by respektovat výše uvedené požadavky a postupy. Kromě toho

i ostatní osoby, na které se právo odvolává, mohou díky konceptu mezer v právu snadno dospět k cíli sledovanému právním řádem.

Koncepce mezer v právu přináší větší světlo do procesů aplikace práva a i jeho interpretace a právě to jsou domény teorie práva. Teorie práva uspořádává a vytváří pravidla pro právní systém a následně je pak předává právní praxi.

Zkušenosti z judikatury německých soudů dokazují, že je nutno s vadami právních předpisů a právních úkonů počítat předem. To je úkol zejména pro právní vědu, která by měla traktovat pravidla pro identifikaci a odstraňování vad právních předpisů a právních úkonů. Dojde-li k zásadním změnám ve společnosti, díky kterým nedostatky právních předpisů i právních úkonů nabudou takové intenzity, že ad hoc řešení by mohlo v praxi jednotlivých soudů vést k diametrálně odlišným a často i nespravedlivým rozhodnutím, měla by právní věda být již předem připravena na řešení těchto situací. Věřím, že postupy popsané v této práci jsou k tomu vhodným prostředkem.

Vyskytnou-li se mezery v právu, jejichž odstranění je pro život společnosti existenčně důležité a soudní moc není z důvodu právní jistoty schopna a případně i ochotna situaci vyřešit, obdobně, jak tomu bylo po První světové válce v Německu, musí jednat zákonodárce s maximální rychlostí. V opačném případě hrozí narušení právní jistoty a funkčnosti právního systému. Tuto skutečnost by měl zohlednit i ústavodárce při tvorbě ústavy.

Věřím, že téma, které jsem učinil předmětem této rigorózní práce, poslouží právní teorii i praxi k řešení nastíněných problémů.

10. Seznam literatury

1. **Alchourrón, C. E., Bulygin, E.:** Normative Systéme. Aus dem Engl. Übers. von Schmidt, A., Zimmerling, R., Alber, München 1994, 333 s.
2. **Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.:** Teorie práva. 2. vydání, Aspi, Praha 2004, 347 s.
3. **Brox, H.:** Allgemeiner Teil des BGB, 28. Auflage, Carl heymanns Verlag, München 2004, 396 s.
4. **Canaris, C.-W.:** Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Druckner & Humblot, Berlin 1972, 219 s.
5. **Canaris, C.-W.:** Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969.
6. **Císařová, D., Fenyk, J., Kloučková, S., Mandák, V., Matula, V., Púry, F., Repík, B., Růžek, A.:** Trestní právo procesní - 3. vydání, Linde, Praha 2004, 829 s.
7. **Dornbusch, R.:** Exchange Rates and Inflation, Massachussts 1988, 475 s.
8. **Esser, J.:** Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.
9. **Gerloch, A., Maršálek, P.(eds):** Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi, Eurolex Bohemia, Praha 2003, 208 s.
10. **Gerloch, A., Tryzna J.:** Nad vázaností soudce zákonem z pohledu některých soudních rozhodnutí, Právní rozhledy 1/2007, s. 23.
11. **Gerloch, A.:** Teorie práva, Čeněk, Dobrá Voda u Pelhřimova 2001, 299 s.
12. **Hart, H. L. A.:** Pojem práva. Přeložil Petr Fantys, odborná revize Jiří Přibáň, Prostor, Praha 2004, 312 s.
13. **Knapp, V, Gerloch, A.:** Logika v právním myšlení, Eurolex Bohemia, Praha 2000, 230 s.
14. **Knapp, V.:** Teorie práva, Beck, Praha 1995, 247 s.

15. **Knapp, V. a kol.:** Tvorba práva a její současné problémy, Linde, Praha 1998, 462 s.
16. **Knappová, M., Švestka, J.:** Občanské právo hmotné I-III., Aspi, Praha 2002.
17. **Krčmář, J.:** Právo občanské I. - výklady úvodní a část všeobecná 4. doplněné vydání, nákladem Knihovny Sborníku věd právních a státních, Praha 1946, 253 s.
18. **Kühn, Z.:** Aplikace práva ve složitých případech : k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, 419 s.
19. **Luhmann, N.:** Das Recht der Gesellschaft, Lührkamp, Frankfurt am Main 1993, 597 s.
20. **Macková, A.:** Soudce a zákon v kontinentálním právním řádu, In Gerloch, A., Maršálek, P. (eds): Zákon v kontinentálním právu, Praha 2005, s. 183.
21. **Madar, Z.:** Právníký slovník 3 vydání Díl I-II, Panorama, Praha 2002.
22. **Novotný, O., Dolenský, A., Jelínek, J., Vanduchová, M.:** Trestní právo hmotné I.-II, Aspi, Praha 2003.
23. **Rehbinder, M.:** Einführung in die Rechtswissenschaft 8. neubearbeitete Auflage, de Gruyter, Berlin 1995, 271 s.
24. **Rüthers, B.:** Dotváření práva soudci, Soudce 8,9/2003.
25. **Rüthers, B.:** Rechtstheorie, Beck, München 1999, 566 s.
26. **Rüthers, B.:** Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, J.C.B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen 1968, 496 s.
27. **Stein, E.:** Die rechtswissenschaftliche Arbeit: methodische Grundlegung und praktische Tipps, Tübingen 2000.
28. **Steiner, M.:** Zákaz denegatio iustitiae a procesní nástupnictví, Právní rozhledy 11/1999, s. 593.
29. **Winterová, A.:** Civilní právo procesní, Linde, Praha 2004, 691 s.
30. **Zippelius, R.:** Rechtsphilosophie 4. Auflage, Beck, München 2003, 285 s.

11. Resümee

Thema: „Lücken im gesetzlichen und vertraglichen Recht“

Theme: „Gaps in statutory and contractual law“

Diese Arbeit befasst sich mit dem klassischen Thema - „Lücken“ in der Rechtsordnung. In der letzten Zeitraum nach der Wende wurde dieser Problematik genügende Aufmerksamkeit nicht gewidmet, die sich verdienen würde, was der Autor dieser Arbeit mit der Wahl dieses Themas ändern möchte.

Zweck dieser Arbeit ist die theoretische Abgrenzung des Begriffes „Lücke“ im Recht, im Gesetz und in den Verträgen. Es handelt sich um sehr wichtige Problematik, denn in der alltäglichen Praxis die Gerichte die Fragen lösen müssen, die nicht durch Rechtsvorschriften gelöst sind. Der Richter ist aber verpflichtet, auch diese nicht ausdrücklich gelösten Fälle nach dem Grundsatz - *denegationis iustitiae* - zu entscheiden.

Die Gerichte entscheiden die strittigen Fälle nicht nur nach den Rechtsvorschriften, sondern auch nach den Rechtsgeschäften, insbesondere nach den Verträgen. Die Schaffung der Rechtsvorschriften ist an der verfassungsrechtlichen Ebene geregelt und wird ihr ein ganzer Apparat der fachlichen Institutionen und Subjekte. Bei den Rechtsgeschäften und Verträgen ist die Vorgehensweise nicht so geregelt, daher weisen diese in mehreren Fällen eine Reihe von Mängeln auf. Ist es möglich, dass die Lücken auch in den Verträgen auftreten? Falls wir diese Frage mit JA bejahen, wie kann man diese ausfüllen? Auch dies ist die Problematik, die Aufmerksamkeit in der Arbeit widme.

Aus dem Gesichtspunkt des Konzeptes der Lücken im Recht ist auch die Rechtssprechung der deutschen Gerichte in dem Zeitraum vor und nach dem ersten Weltkrieg interessant. Die Gerichte mussten sich mit der wesentlichen Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse befassen und diese Tatsache in der Entscheidungspraxis berücksichtigen. Auch mit diesen wichtigen Entscheidungen befaße ich mich in dieser Arbeit.

Schlüsselwörter:

Lücken im Recht, Lücken im Gesetz, Lücken in Verträgen, Arten der Lücken, Ausfüllung der Lücken, Feststellung der Lücken