

## Oponentský posudek rigorosní práce Mgr. Jiřího Vody, LL. M. „Mezery v zákonném a smluvním právu“

1. Předložená rigorosní práce čítá 106 stran, z čehož je 97 stran autorského textu. Je tedy prací standardního rozsahu. Po formální stránce je rozčleněna na obsah, devět částí, z nichž první je úvodem a poslední závěrem, seznam literatury a německé shrnutí. Text je provázen 100 poznámkami pod čarou, jež mají vesměs povahu odkazu na literaturu, v některých případech obsahují rovněž autorovu doplňkovou úvahu.

2. Použitou literaturu představuje 30 titulů, z nichž tucet je zahraniční – vesměs německy psané – provenience. V tomto ohledu již jde nejspíše o práci nadstandardní. Nemám pocit, že by chybělo nějaké zásadní dílo tuzemské literatury. Bývalo by snad bylo účelné přihlídnout rovněž k brněnské a olomoucké učebnici teorie práva, případně k učebnicím německým, výklad o právních principech jako zdrojích vyplňování mezer mohl být domyšlenější při zohlednění monografie J. Wintra „*Říše principů*“, případně při rozboru Dworkinova konceptu odlišení „principles“ a „policies“, který je k nalezení také v knize „*Když se práva berou vážně*“. Zvláště uvedeny možná mohly být internetové zdroje, jichž autor vhodně užívá při citování judikatury Říšského soudu.

3. Není mi to příjemné, ale bohužel i v této jinak kvalitní a zjevně autorské, tj. samostatně promyšlené práci nejsou výjimkou chyby odstranitelné pouhým přečtením. Je možné, že autorovo oko již chybu nezachytí, dá se to však řešit nějakou revizí. Nejde mi přitom o dosti četné překlepy, vypadlá písmena či nedostatky v interpunkci, ale zvláště o chyby gramatické (str. 10, 25, 71, 72, 99), případně i o vadnou větnou konstrukci, v níž chybí nějaké podstatné slovo, případně je sestavena ze slov ve špatných tvarech (např. „*Počáteční mezera v právu jsou nazvány primární a následné za sekundární mezery v právu.*“ – str. 57, nebo „*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.*“ – str. 74). Podobně smysl některých vět je jasný spíše z kontextu než ze slov samotných, případně se slova opakují, takže věta vytváří myšlenkový kruh. V lecjaké kvalifikační práci je to samozřejmě horší, tady to však mrzí jak vzhledem k tématu, tak i vzhledem k osobě autora.

4. Systematiku práce shledávám vyhovující (pojem mezery; nalézání mezer; druhy mezer; vyplňování mezer; limity vyplňování; příklady z německé praxe), snad až na část pátou, která je členěna podle značně nesouřadných kritérií (nevhodné členění mezer; členění mezer; dělba dle neúplnosti; dělba podle německé právní vědy; rekogniční, axiologické a normativní mezery; druhy mezer ve smlouvách). V obsahu i textu jsou dílčí oddíly části sedmé označovány jako by patřily do částí šesté (úvodní „6“).

5. Následují dílčí poznámky či otázky k textu rigorosní práce:

a) Na str. 5 autor uvádí, že v poslední době nebyla mezerám v právu věnována dostatečná pozornost. Explicitně zmínit měl po mém soudu přinejmenším knihu Z. Kühna, ale budiž. Dříve tomu však bylo jinak? Pokud ano, jak se to projevilo v jím zpracované literatuře?

b) Situace vyplňování mezer, popisovaná na str. 6, je z hlediska členění B. Tomsy (*Nauka o právních vědách*) činností právně-politickou.

c) Nevím, zda představa soudců jako „úst zákona“ (rovněž str. 6) vyplývá právě z čl. 95 Ústavy, byla kdy realitou a odpovídá činností, jež autor sám popisuje.

d) Zdá se, že přístup k mezerám ve smlouvách se liší mezi Velkou Británií a kontinentální Evropou v tom, co vše jsme ochotni smluvním stranám imputovat pomocí zásad typu dobrá víra, k nimž jsou Britové (zřejmě) zdrženlivější.

e) Píše-li autor na str. 14 o „celém právním řádu“, nevím, zda jeho definici neodpovídá spíše pojem „právo“ užívaný v SRN. Vázanost právním řádem sloužila v socialistické ústavě právě k podřízení soudců rovněž „podzákonému právu“.

f) Je spravedlnost „mimoprávním hlediskem“ (str. 14)? Pokud ano, domnívá se autor, že při jejím zohlednění soudcem v konkrétním případě dochází k porušení zásady dělby moci? Platí to vždy, nebo existují výjimky? Ztotožňuje se s *Rehbinderovým* citátem na str. 15?

g) Dá se zobecnit (mezni) stav, kdy se preference užití analogie mění v preferenci užití *argumentu a contrario* (např. str. 18-19)?

h) Bylo by možné, vzhledem k čl. 10 Ústavy, zásadu *nullum crimen sine lege* (str. 30) interpretovat ve prospěch možnosti zakotvení skutkových podstat a sankcí také v tzv. prezidentské mezinárodní smlouvě?

i) Na str. 37 autor zmiňuje „zákonem stanovené metody pro výklad právních předpisů“. Co tím má na mysli?

j) Domnívá se autor, že by někdo mohl žalovat na nečinnost při jmenování soudců Ústavního soudu (str. 40)? Kdo a u jakého soudu?

k) Nebylo by na str. 42 na místě mluvit spíše o „absolutní neplatnosti“, než o nicotnosti?

l) Nebylo by možné najít soulad mezi dvěma citovanými ustanoveními s.ř.s., o nichž ovšem meritorně nic nevím, v gramatickém a systematickém výkladu? Nemůžete žalovat jen kvůli nicotnosti správního aktu, pokud jste ji nenamítli. Jestliže jste ji namítli neúspěšně, resp. žalujete ještě kvůli něčemu jinému, v žalobě se to objevit může. V takovém případě to soud zkoumá na návrh, jinak i bez návrhu.

m) Opět o tématu nic nevím, ale je postavení společníka s.r.o., resp. jeho vyloučení, závazkovým vztahem (str. 50)?

n) Jak souvisí úprava vyplývající „z povahy věci“ (str. 53-54) s právním vědomím občanů?

Navzdory některým kritickým upozorněním shora uvedeným, netýkajícím se však podstaty díla, považuji předloženou rigorosní práci za zdařilou a pro obor přínosnou. Pěkně ilustruje důvody soudcovské kreativity, jež nespočívají primárně v touze soudců usurpovat cizí moc, ale převážně v „objektivní“ nutnosti. Současně zdůrazňuje kontrolní prvek v podobě pečlivého odůvodňování soudních rozhodnutí. Autor se též subtilně pokouší definovat klíčový pojem mezery v právu a jeho pomocí odlišit interpretaci zákona od jeho dotváření; rozdíl by se ovšem zmenšil, když bychom mluvili o interpretaci práva, jež významově přesahuje souhrn právních předpisů. Důležité je odlišení mezer v právu od neurčitých právních pojmů či generálních klauzulí (delegační normy).

Myslím, že by studie mohla být základem hutného, obsírnějšího článku. To je však každopádně věcí autorova uvážení. Práci doporučuji k obhajobě před příslušnou komisí a v závislosti na průběhu obhajoby navrhuji hodnocení „prospěl“.

V Praze dne 10. listopadu 2008

Doc. JUDr. Jan Kysela, Ph.D.