

PRÁVNICKÁ FAKULTA UNIVERZITY KARLOVY V PRAZE

Katedra teorie práva a právních učení

DISERTAČNÍ PRÁCE

**Právní principy a jejich použití v procesu aplikace
práva**

Knihovna UK PF



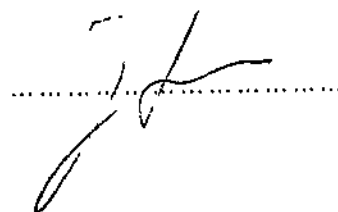
3125072354

Vedoucí disertační práce: *Prof. JUDr. Aleš Gerloch, CSc.*

Vypracoval: *JUDr. Jan Tryzna*

Prohlašuji, že jsem při vypracování disertační práce postupoval samostatně a že jsem vyznačil prameny, z nichž jsem pro svou práci čerpal, způsobem ve vědecké práci obvyklým.

V Praze 1 června 2006

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes, positioned above a horizontal dotted line.

Obsah

Předmluva.....	1
Úvod	3
I. K pojmu práva	9
II. O způsobech aplikace práva	12
III. K podstatě aplikace práva.....	18
III.1. Určení relevantních právních pravidel	19
III. 1. 1. Exkurs: Historický základ představ o „ztotožnění práva s právními texty“	20
III. 1. 1. 1. Obecný zákoník občanský.....	21
III. 1. 1. 2. Doba „moderní“	25
III. 1. 2. Určení právních pravidel pro rozhodnutí soudcem	27
III. 1. 3. Právo jako uzavřený či otevřený systém pravidel	37
III. 1. 3. 1. Shrnutí příčin otevřenosti práva	46
III. 1. 3. 2. Problém otevřenosti práva z hlediska aplikačního	48
III. 2. Některé metody právní argumentace při aplikaci práva.....	52
III. 2. 1. Hlavní problémové okruhy právní argumentace	54
III. 2. 2. Teoretické přístupy k právní argumentaci	56
III. 2. 2. 1. Přístup logický	57
III. 2. 2. 2. Přístup rétorický	60
III. 2. 2. 2. 1. Toulminův argumentační model	60
III. 2. 2. 2. 2. Perelmanova nová rétorika	61
III. 2. 2. 3. Teorie dialogu	64
III. 2. 2. 3. 1. Habermasova teorie racionality v komunikaci.....	64
III. 2. 2. 3. 2. MacCormickova justifikace soudních rozhodnutí	67
III. 2. 2. 3. 3. Alexyho procedurální teorie právní argumentace	69
III. 2. 2. 3. 4. Aarniova teorie justifikace interpretace v právu	74
III. 2. 2. 3. 5. Peczenikova teorie transformace v právu	77
III. 2. 2. 3. 6. Pragmadialektická teorie právní argumentace v kontextu kritické diskuse	83
III. 2. 3. Shrnutí možných přístupů k právní argumentaci, zhodnocení jejich relevance pro proces aplikace práva	89
III. 3. Výběr a hodnocení shromážděných poznatků, zejména zjištěných pravidel a jejich vzájemné srovnání na základě jejich vlastností.....	99
III. 3. 1. K pojmu právní princip	100
III. 3. 1. 1. Představa právního řádu jako jednoty nejen právních norem, ale též právních principů	100
III. 3. 1. 2. Právní princip a právní norma.....	104
III. 3. 1. 3. Možné přístupy k rozlišování právních principů a právních norem.....	107
III. 3. 1. 3. 1. Dworkinova teorie právních principů	109
III. 3. 1. 3. 1. 1. Rozdíl mezi právními normami a právními principy	112
III. 3. 1. 3. 1. 2. Alexyho vymezení pojmu právní princip, tři oddělující teze, právní princip jako příkaz k optimalizaci.....	113
III. 3. 1. 3. 1. 2. 1. Alexyho kritika Dworkinovy teorie	113
III. 3. 1. 3. 1. 2. 2. Alexyho vlastní teorie rozlišování norem a principů.....	114
III. 3. 1. 3. 1. 2. 3. Normy a principy jako důvody v Alexyho teorii	118
III. 3. 1. 4. Holländerova kritika Dworkinovy a Alexyho silné odlišující teze	119
III. 3. 1. 5. Doplnění Holländerovy kritiky a obrana Alexyho	120
III. 3. 1. 6. Základní zásady práva dle H. Coinga	122
III. 3. 1. 7. Esserova teorie právních principů	126
III. 3. 1. 8. Siltalova teorie právních principů	128

III. 3. 1. 9. Rozdíl mezi právními principy a právními normami podle teorie J. R. Sieckmanna a U. Neumanna	132
III. 3. 1. 10. Pojem právního principu v české a slovenské právní vědě.....	134
III. 3. 2. Právní principy a hodnoty	137
III. 3. 3. Právní principy a právně politické cíle.....	139
III. 3. 4. Vlastní vymezení pojmu právní princip.....	140
III. 4. Vydání rozhodnutí (výběr možných alternativ rozhodnutí).....	148
IV. Prameny právních principů	157
IV. 1. Obecně k pramenům právních principů	163
IV. 1. 1. Právní předpis jako pramen právních principů	168
IV. 1. 2. Soudní rozhodnutí jako pramen právních principů	170
IV. 1. 2. 1. Exkurs: Rozhodnutí Evropského soudního dvora jako pramen právních principů	173
IV. 1. 3. Právní věda jako pramen právních principů.....	175
IV. 1. 4. Právní principy jako pramen práva sám o sobě	177
IV. 2. Závěrem k problematice pramenů právních principů	187
V. Funkce právních principů v právním řádu.....	192
V. 1. Funkce právních principů při aplikaci práva	192
V. 2. Právní principy a obtížné případy.....	195
V. 2. 1. Nejednoznačnost právní normy z důvodu výrazů použitých při jejím vyjádření v textu, případně nejednoznačnost právní normy vyplývající ze systému právních norem. 196	
V. 2. 1. 1. Právní princip jako prostředek posuzování otevřenosti právní normy.....	198
V. 2. 1. 2. Funkce právních principů při posuzování abstraktně vyjádřeného antecedentu a konsekventu právní normy.....	204
V. 2. 2. Neexistence použitelné právní normy (mezery v právu).....	206
V. 2. 2. 1. Teorie mezer v právu podle C. Canarise.....	211
V. 2. 2. 2. Jiná pojetí mezer v právu	214
V. 2. 3. Kolize dvou právních norem	219
V. 2. 4. Vyloučení aplikace jednoznačné právní normy právním principem.....	221
V. 3. Další funkce právních principů	225
V. 3. 1. Prozařování ústavních principů do jednoduchého práva.....	225
V. 3. 2. Přímá aplikace principu na konkrétní kauzu	227
VI. Příklady užití právních principů v judikatuře soudů.....	229
VI. 1. Právní principy v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva	229
VI. 1. 1. Zhodnocení principiálnosti judikatury Evropského soudu pro lidská práva.....	235
VI. 2. Právní principy v judikatuře Evropského soudního dvora.....	236
VI. 2. 1. Zhodnocení principiálnosti judikatury ESD.....	241
VI. 3. Právní principy v judikatuře Ústavního tribunálu Polské republiky.....	241
VI. 3. 1. Zhodnocení principiálnosti judikatury Ústavního tribunálu	246
VI. 4. Právní principy v judikatuře Ústavního soudu Slovenské republiky	247
VI. 4. 1. Zhodnocení principiálnosti judikatury Ústavního soudu Slovenské republiky	256
VI. 5. Právní principy v judikatuře Ústavního soudu České republiky.....	257
VI. 5. 1. Příklady právních principů v judikatuře Ústavního soudu.....	258
VI. 5. 1. 1. Principy právního státu v judikatuře Ústavního soudu	258
VI. 5. 1. 1. 1. Princip právní jistoty.....	260
VI. 5. 1. 1. 2. Princip minimalizace zásahů	264
VI. 5. 1. 1. 3. Princip proporcionality (přiměřenosti) jako způsob řešení kolize.....	266
VI. 5. 1. 2. Další právní principy.....	268
VI. 5. 2. Zhodnocení principiálnosti judikatury Ústavního soudu	269
VII. Závěr.....	271
Seznam literatury.....	282

Motto:

„To je to hezké na německém právním řádu: že každé provinění je v Německu přesně otaxírováno. Tam vás nenechají, jako v Anglii, celou noc bdít a uvažovat, jestli z toho vyváznete tím, že složíte kauci, jestli vám napaří čtyřicet šilinků pokuty, nebo jestli kápnete na soudce zrovna ve chvíli, kdy na vás nebude mít náladu, a vyfásnete sedm dní. V Německu přesně víte, co vás která legrácka bude stát.“

Jerome Klapka Jerome: Tři muži na toulkách, Odeon, Praha 1972

Předmluva

Tato práce se zabývá jednak dílčími otázkami aplikace práva, jednak úlohou, kterou při aplikaci práva hrají právní principy. Obě tématické oblasti mohou být popisovány a vysvětlovány různými způsoby. Jednotčím motivem této práce je snaha nastínit některé problémy, se kterými je nutno se vypořádat při zjišťování pravidel chování, která jsou aplikována orgánem majícím pravomoc rozhodnout konkrétní případ.

Z tohoto důvodu se práce zabývá různými přístupy k pojetí práva jako takového z hlediska prvků, které jej tvoří (kapitola I.). Těžiště práce tvoří popis a analýza dílčích aspektů procesu aplikace práva s důrazem na zjišťování právního pravidla (kapitola II. a III.). Systematika kapitoly III. je založena na rozlišení jednotlivých fází procesu aplikace práva. V kapitole III. 1. se popisuje, zčásti na pozadí nástinu historického vývoje představ o právu, problematika určení relevantních právních pravidel, která představuje, opomíjíme-li zjišťování skutkového stavu, první fázi aplikace práva. Zasazení úvah do určitého historického kontextu je relevantní proto, že právní myšlení a přístup k právu vůbec je vždy výsledkem určitého vývoje, který odráží proměny ve společnosti z hlediska kulturního, politického, ekonomického a sociálního. Na základě srovnání současného a dřívějšího stavu lze hodnotit změny, ke kterým dochází. Hodnotící závěry jsou ale závislé na korektnosti interpretace původního a současného stavu, protože je-li původní situace vnímána a vykládána ze současného pohledu jinak, než jak byla vnímána a vykládána ve své době, hodnocení bude zkreslené. Z tohoto důvodu jsou určité pasáže psány s úmyslem revidovat některé soudy, které jsou pronášeny o minulé době a které se někdy jeví jako příliš paušalizující.

Kapitola III. 2. je věnována některým metodám právní argumentace proto, aby bylo ukázáno, že výsledek aplikace práva lze ovlivnit pouhým způsobem, kterým se zachází s právními argumenty, jež mají být při rozhodování zohledněny.

Kapitola III. 3. se věnuje rozlišení jednotlivých právních argumentů, popisu způsobů, jakými se s nimi zachází, a popisu jejich možných normativních důsledků. V této části práce je rozebrán pojem právního principu, a to na základě srovnání právního principu s jinými prvky, které tvoří právo, zejména právními normami. Poslední část III. kapitoly, kapitola III. 4. se věnuje konečné fázi procesu aplikace práva, vydání rozhodnutí na základě shromážděných a do vztahu uvedených relevantních právních argumentů.

Kapitola IV. se zabývá prameny právních principů, tedy zdroji, z nichž je možno právní principy čerpat, případně ze kterých je možno právní principy poznávat. Jde o problematiku určení původu právních principů, o určení, kým a za jakých okolností jsou právní principy vytvářeny nebo nalézány. Analýza pramenů právních principů je provedena z pohledu kontinentálního právního řádu v dílčím srovnání se specifickým postavením právních principů v právu evropském.

Kapitola V. se věnuje různým situacím, ve kterých mohou právní principy hrát určitou roli. Tato kapitola je koncipována jako polemika s některými názory na úlohu právních principů při aplikaci práva. Založena je na rozlišování tzv. jednoduchých a složitých případů aplikace práva a toto rozlišení se snaží relativizovat.

Účelem kapitoly VI. je ukázat, jak jsou právní principy, resp. argumenty, které se opírají o právní principy, v aplikační praxi používány. Základem této kapitoly je popis konkrétních případů, které byly řešeny Evropským soudem pro lidská práva, Evropským soudním dvorem a dále Ústavním tribunálem Polské republiky, Ústavním soudem Slovenské republiky a Ústavním soudem České republiky. Příklady byly zvoleny s cílem zdůraznit relativitu přístupů k právním principům a upozornit na často rozdílné důsledky, které z použití právních principů plynou.

Úvod

Právo počátku 21. století představuje složitý komplexní systém regulativních prvků různého významu a různé míry relevance. Vzhledem k složitosti práva, které nelze redukovat na soubor snadno identifikovatelných jednoduchých pravidel chování jednoznačného obsahu, vzhledem k jeho kvantitativní a kvalitativní proměně, která probíhá, stává se naplnění hlavního účelu práva, regulace společenských vztahů, problematické.

O tom, jakým způsobem má právo svůj hlavní úkol plnit, zřejmě není sporu. Relativní stability v té oblasti společenských vztahů, která má být právem regulována, lze dosáhnout pouze apriorní regulací, apriorním stanovením pravidel chování. V mnoha případech, jak je patrné na různých konkrétních příkladech, dochází k tomu, že apriorní regulace společenských vztahů je na jedné straně považována za nedostatečnou, na straně druhé naopak za nadměrnou, v obou případech však z různých důvodů za nevhodnou, což může vést ke snaze dosáhnout jiného řešení. Čím větší je počet takových případů, tím častěji je právo fakticky utvářeno a určováno *ex post*, tím více se snižuje jeho regulativní způsobilost a tím i význam pro společnost. Málokteré či spíše žádné lidské společenství současné doby, s nepřeborným množstvím vazeb a vztahů mezi jednotlivci a jejich skupinami může být efektivně řízeno tak, že je teprve následně, *ex post*, ve sporných případech určováno, jaké mělo být původně chování jednotlivce.

Takové situace jsou nežádoucí nejen z hlediska existence lidského společenství, ale i z hlediska samotného práva, protože předvídatelnost právních pravidel chování je jedním z hlavních faktorů legitimizujících působení a uplatňování práva ve společnosti. Tento zdroj legitimacy je v dílčím směru odvozován od požadavku formální sdělnosti práva. Zásada *ignorantia legis non excusat* se opírá o předpoklad, že každý musí mít možnost se seznámit s příslušným pravidlem chování. Teprve v takovém případě je legitimní vyžadovat po jednotlivci jeho dodržování. Nelze se samozřejmě domnívat, že tato zásada je v plném rozsahu reálně naplňována, že lidé za všech okolností znají své právní povinnosti. Důležitá je však možnost seznámit se s nimi, protože pak je legitimní jejich plnění vyžadovat, a to i tehdy, je-li zřejmé, že je neznali. Nelze se domnívat, že by konkrétní právní pravidla chování nikdy nebyla určována *ex post*, protože vždy se vyskytnou případy, kdy teprve konkretizace obecného pravidla chování poskytne dostatečný návod určitého chování. Záleží však na míře, v jaké se tak děje. Čím větší je počet takových případů, tím nižší je míra právní jistoty a tím více se snižuje tento zdroj legitimacy práva. Za situace relativní stability a neměnnosti

právního řádu je samozřejmě taková jistota větší, při labilitě a častých změnách v právu však klesá.

Právo se v současné době nachází ve stavu, kdy je prakticky nemožné jej v obecné rovině znát zejména z toho důvodu, že neustálé kvantitativní změny činí právo příliš složitým a nepřehledně dynamickým jevem (dynamickým v negativním slova smyslu). Narůstající rozsah právní regulace vyvolává dvě další konsekvence. Jednak je to nebezpečí možných kolizí uvnitř práva samotného. Kolize narušují tu vlastnost práva, díky které jej lze označit za systém, tedy vnitřně jednotný, koherentní a bezrozporný soubor uspořádaných prvků. Za druhé se právo stává čím dál více výlučnou záležitostí právního stavu, osob práva znalých. Poslední dobou se zdá, že právě právní stav si téměř činí nárok na monopol při nakládání s právem. Do určité míry je to samozřejmé, protože jsou to v konečném důsledku soudci, příslušníci právního stavu, kteří rozhodují o ostatních lidech, o jejich právech a povinnostech.

Právo je též mocenským nástrojem, je prostředkem k vykonávání moci, resp. nástrojem k prosazení určitých zájmů. Proti tomu by šlo těžko něco namítat, pokud by byly prosazovány zájmy vyplývající z potřeb když ne celé, tak alespoň podstatné části společnosti. Lze ale pozorovat nárůst případů, ve kterých je zjevné, že se právo stává prostředkem k prosazení ryze partikulárních zájmů určitých mocenských skupin často těsně spjatých například s ekonomickou sférou. Děje-li se tak na úrovni moci zákonodárné, lze legitimitu takových kroků odvozovat od legitimacy zákonodárce. Pokud se tak ale děje na úrovni moci výkonné a soudní, právo v takových případech svůj mocenský charakter přenáší v konečném důsledku do rukou těch, kdo podle práva rozhodují v konkrétních případech. Legitimita jejich rozhodování se opírá především o skutečnost, že rozhodují podle pravidel předem daných, stanovených, tedy že nevytvářejí pravidla *ad hoc* podle momentální situace a různých faktorů, které působí na konkrétní stav věci. Vázanost předem stanovenými pravidly je zároveň faktorem bránícím zneužití práva. „Soulad rozhodnutí s právem“, tj. soulad s předem stanovenými obecnými pravidly, je jedinou zárukou, aby právo nebylo zneužito na úkor jedné strany. Posoudit, zda případně k takovému zneužití práva došlo, je ale možné jen tehdy, je-li referenční kritérium, tj. právní pravidlo chování, dostatečně jasné a známé.

Vzhledem k narůstajícímu množství pravidel tvořících právo se snižuje možnost apriorního poznání práva a tím i možnost přezkoumat, zda v konkrétním případě použitá právní pravidla jsou skutečně taková, jaká by měla platit. To vyvolává potřebu vytvořit určitá pravidla, možno říci metapravidla, která by zaručila, že při jejich dodržení bude dosaženo „správného“ výsledku, nebo alespoň zaručila, že dosažený výsledek bude ve stejných

případech stejný. Skutečnost, že tato pravidla buď nejsou stanovena nebo nemusí být dodržována, může být příčinou pokusů o přizpůsobení práva konkrétnímu zájmu.

Současný stav společnosti, označovaný někdy jako postmoderní situace, se vyznačuje velkou mírou plurality a partikularity. Pluralita a partikularita ovšem může vést až k rozpadu, a to tehdy, nebude-li k dispozici celospolečenský, relativně stabilní právní rámec.^{1,2} Pluralita a variabilita se projevuje samozřejmě i v právu. Tzv. „válka soudů“ mezi obecnými soudy a Ústavním soudem na konci 90. let minulého století, jejíž podstatou byl spor o rozsah závaznosti právních názorů Ústavního soudu, kterými byly obecné soudy nuceny vykládat právo v jejich světle, je toho důkazem. Otázkou zůstává, do jaké míry jde ještě o přípustnou pluralitu názorů a od kterého okamžiku již jde o anemii.

Jakékoliv snahy o zjednodušení právního řádu ve smyslu snížení množství právních pravidel jsou předem odsouzeny k nezdaru a zůstávají v rovině předvolebních slibů politických stran. V zásadě nepřichází v současné době v úvahu, aby se jednou právem upravený společenský vztah stal zrušením příslušné úpravy vztahem právně neregulovaným tak, že by za něj nebyla vytvořena náhrada.³ Taková situace by byla okamžitě označena za „mezeru“ v právní úpravě a volalo by se po jejím odstranění.⁴ Předpokladem pro odstranění určité části právní regulace by musel být zánik samotného dosud regulovaného společenského vztahu. Situace je ovšem zcela opačná. Objevují se nové a nové oblasti, o nichž se soudí, že je potřeba je upravit právem.⁵

Snahy o zpřehlednění práva a tím i o jeho určité zjednodušení se mohou projevit úsilím o dosažení větší míry abstrakce a obecnosti právní úpravy, jež by vedla k eliminaci

¹ Barány, E.: Právo v postmodernej situácii, Právny obzor, č. 1/1997, str. 7. Srov. též Bröstl, A.: Právny štát v postmodernej situácii, in: Právny obzor č. 3/1997, str. 211-214.

² Právo samozřejmě může obsahovat instituty, kterými by mohla být stabilita posílena. V některých případech by to ale bylo na úkor některých akceptovaných hodnot. Srov. k tomu Boguszak, J.: Právo a postmoderní situace, Právník č. 11/2005, str. 1201-1218, v souvislosti s institutem tzv. anonymního svědka, který by posílil možnosti boje státu proti organizovanému zločinu, ovšem částečně na úkor některých procesních záruk.

³ V jistém smyslu k takovému „zjednodušení“ došlo po roce 1948, kdy byla postupnými změnami z našeho právního řádu odstraněna řada tradičních právních institutů. Změněné společenské podmínky ovšem takovou změnu umožnily.

⁴ Příkladem z českého práva může být zrušení vyhlášky č. 176/1993 Sb., kterou bylo regulováno nájemné v bytech, nálezem Ústavního soudu č. 130/2001 Sb. Přes tři roky trvalo, než byla přijata nová právní úprava. Stav „bezpráví“ byl označen za protiústavní – srov. nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 20/05, a to dokonce velmi neobvyklou formou přímo ve výroku: „*Dlouhodobá nečinnost Parlamentu České republiky spočívající v nepřijetí zvláštního právního předpisu vymezujícího případy, ve kterých je pronajímatel oprávněn jednostranně zvýšit nájemné, úhradu za plnění poskytovaná s užíváním bytu, a změnit další podmínky nájemní smlouvy, je protiústavní a porušuje čl. 4 odst. 3, čl. 4 odst. 4 a čl. 11 Listiny základních práv a svobod a čl. 1 odst. 1 Dodatkového protokolu č. 1 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod.*“ Přitom ve skutečnosti o stav „bezpráví“ nešlo, protože vztah mezi nájemcem a pronajímatelem byl i nadále dostatečně regulován občanským zákoníkem a dalšími předpisy. Jediné, co se změnilo, bylo zrušení možnosti jednostranně zvyšovat nájemné ze strany pronajímatele.

⁵ Některé předměty právní regulace jsou vskutku kuriózní: např. zákon č. 162/2003 Sb., o zoologických zahradách, či zákon č. 115/2001 Sb., o podpoře sportu.

úpravy kasuistické. Je totiž zřejmé a empiricky ověřitelné, že ani velmi podrobná a kasuistická právní úprava neposkytne řešení všech problémů. Naopak, často přispěje k ještě větší míře nejistoty, neboť situace, kdy určitý případ nebude kasuistickou právní úpravou řešen, bude považována za důkaz mezerovitosti právní úpravy⁶. Oproti tomu vyšší stupeň abstrakce a obecnosti právní úpravy umožňuje vyřešit širší okruh případů. Zároveň však vyvolává nebezpečí větší míry arbitrárnosti rozhodnutí. Nalezení správné a dostatečné míry obecnosti je úkolem normotvůrce.

Je-li současný stav práva takový, že normotvůrce v řadě případů na dosažení tohoto cíle rezignuje, přesouvá se úkol zpřehledňovat právní řád a vytvářet z něj skutečný systém, na bedra těch, kdo právo aplikují, resp. se jím profesionálně zabývají. Tím se samozřejmě zvyšuje míra vlivu takových osob a jejich činnost zpětně ovlivňuje i samotný právní řád.⁷ Výsledky jejich činnosti jsou totiž mnohdy považovány za určité referenční kritérium pro posuzování správnosti důsledků aplikace práva. Odpovídá-li právo vytvořeným zobecňujícím poznatkům, má se zpravidla zato, že je vše v pořádku. Pokud tomu tak není, má se zato, že buď právní úprava nebo způsob jejího použití je nesprávný. Takovým postupem se však možnost disponovat právem přesouvá na relativně omezený okruh osob. Výsledky jejich činnosti jsou poté srozumitelné o něco širšímu okruhu osob, nikoliv však všem adresátům práva. Čím větší je rozestup mezi těmi, kteří jsou schopni se v právu orientovat a disponují tomu odpovídajícím postavením, resp. jsou schopni se v právním řádu orientovat způsobem, který je aprobován ostatními osobami, které jsou k tomu svým vzděláním či povoláním kvalifikovány, a ostatními jednotlivci, kteří tyto předpoklady nespĺňují, tím více klesá schopnost práva regulovat společenské vztahy *pro futuro*.

Situace v současné právní vědě dosti věrně kopíruje celkový stav práva. Známé a relativně rozšířené jsou různé teorie postavené na rozličných formách kritiky, snad oprávněné, tzv. „legálního pozitivismu“, který je v této souvislosti často chápán jako nevyhovující či nedostatečný přístup k právu, oproštěný od jakéhokoliv hlubšího ideového či hodnotového základu.⁸ Vliv těchto teorií, často nekriticky přijímaných jako jediných správných, na právní řád jasně ukazuje, jak snadno lze pozměnit charakter práva a ovlivnit jeho působení navenek. Mnohé z těchto teorií, z nichž některé budou v této práci rozebírány, jsou vybudovány na

⁶ Srov. k tomu dále problematiku tzv. axiologických mezer v právu.

⁷ Příkladem takového vlivu mohou být v soudních rozhodnutích časté odkazy na právní literaturu sloužící jako argumenty pro určitý závěr. Ústavní soud dokonce hovoří o „oficiálním komentáři“ k určitému zákonu – srov. nálezh. č. 276/2001 Sb. Je pak možno se ptát, co vlastně platí – zákon, nebo komentář?

⁸ Srov. k tomu např. Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolínium 2002, str. 232 až 246, který hovoří o opuštění tzv. ideologie vázaného soudcovského rozhodování ve prospěch tzv. ideologie legální a racionální aplikace práva. Otázkou je, zda vůbec někdy bylo soudcovské rozhodování činností prostou jakékoliv „interpretace jednotlivých komponentů práva“.

přesvědčení, že právo může být lepší a spravedlivější, budou-li do něj vneseny určité morální či hodnotové prvky, které původně jeho součástí nebyly. Není možné říci, že by tomu tak být nemohlo, nelze však ani říci, že pokud k tomu dojde, sledovaného cíle bude dosaženo.

Tato práce se pokouší mimo jiné upozornit na některá problematická místa takových teorií a polemizovat s nimi. Je zřejmé, že různé právní teorie představují vlastně návody, jak právo používat. Vystupují v roli určitých metapravidel práva, jejichž obsah ovlivní i fungování práva. Jen namátkou je možno poukázat na ryzí nauku právní, která zcela odmítala jakékoliv působení morálky v právu (byť nevylučovala, že obsah morálních pravidel a pravidel právních může být totožný) v kontrastu s teorií Dworkinovou, vybudovanou na přesvědčení o nezbytném propojení morálky a práva. Je logické, že výsledek aplikace práva bude ovlivněn právě pravidly, která budou při řešení problému použita. Nejde však v převážné většině případů o pravidla ve smyslu právních norem nebo jiných prvků právního řádu, ale o pravidla určující způsob, jakým bude s elementy právního řádu zacházeno, která se nacházejí mimo právní řád.

Celá druhá polovina 20. století i počátek 21. století jsou charakterizovány posilováním soudcovské moci ve státě. Tento stav je mimo jiné následkem uvědomění si významu mocenské role práva ve společnosti s tím důsledkem, že je-li právo tak významným nástrojem regulace společenských vztahů, jakým ve skutečnosti je, je jen správné, že nakládání s ním bude svěřeno do rukou vybrané skupiny osob.

Rozvolňování možných přístupů k právu, vytváření specifických souborů „právních metapravidel“ v podobě různých teorií dává těm, kdo právo aplikují, značnou moc. Za nezbytnou součást výsledku aplikace práva se považuje zdůvodnění příslušného závěru. Je tomu tak mimo jiné proto, aby byly vyloučeny pochyby o případné svévoli či arbitrárnosti rozhodnutí a aby se ukázalo, že se rozhodnutí opírá o předem stanovená pravidla. Rozšiřováním argumentačního aparátu nejen o nové prvky (např. argumenty právními principy, hodnotami apod.), ale zejména o různé teorie, které se snaží poskytnout ucelený soubor pravidel o aplikaci práva, může dojít též k rozvolnění žádoucí jednoty a konzistence aplikačních důsledků práva.

Tato práce se zaměřuje na určitou výseč právní problematiky, na oblast právních principů a jejich používání v aplikační praxi. Snad nikde jinde než právě při uznání relevance těch elementů právního řádu, pro něž se vžilo označení právní principy, pro aplikaci práva, není tak dobře patrná relativita všech prvků práva a vztahů mezi nimi.

Právě s vědomím této relativity a s vědomím relativně snadné přizpůsobitelnosti práva partikulárním potřebám a zájmům se snaží tato práce kriticky zkoumat jednotlivé otázky týkající se právních principů.

I. K pojmu práva

Většina teoretických prací zabývajících se fenoménem práva začíná úvahou o tom, co se pojmem právo rozumí. Právo je velmi složitý a velmi komplexní jev, který je spojen s řadou jiných jevů a skutečností. Příkladem může být vztah práva a spravedlnosti na straně jedné, vztah práva a státu na straně druhé, z jiného úhlu pohledu vztah práva a společnosti, či vztah práva a morálky.⁹ V pozadí těchto vztahů pak leží taková témata, jako je problém platnosti práva, legitimacy práva či vůbec možnosti poznání práva jako takového.

V závislosti na tom, které hledisko je považováno za rozhodující, jsou zdůrazňovány či vyzdvihovány určité rysy a znaky pojmu právo. Pro účely této práce je potřeba definovat pojem práva ve vztahu k jeho aplikaci, tedy s ohledem na to, jakým způsobem může pojetí práva výsledek jeho aplikace ovlivnit.

Nikoliv náhodou začíná otázkou „What is law?“ Dworkinova práce *Law's Empire*¹⁰, stejně jako Hartova práce *The Concept of Law*, která v první kapitole klade tutéž otázku¹¹. Otázka „Co je právo?“ je zřejmě stará jako právo samo. Byla vyslovena pochybnost, zda se úsilí o jeho definici může setkat s úspěchem. Viktor Knapp poměrně přesvědčivě vysvětluje, že samotná otázka není položena korektně. Hlavním důvodem, proč nelze vytvořit jednotnou definici práva, je pravděpodobně zjištění, že možných odpovědí na položenou otázku je příliš mnoho, takže nelze vybrat odpověď „správnou“, všeobecně akceptovatelnou.¹²

Problém nespočívá pouze v tom, že pojem právo je slovem polysémiím. Nejde ani o to, že bychom nedokázali rozlišit právo ve smyslu subjektivním a objektivním, nehledě k tomu, že problém s rozlišením významu těchto dvou pojmů v zásadě odpadá v angloamerické právní oblasti vzhledem k odlišným významům slov *law* a *right*. V návaznosti na poukaz na nekorektnost položené otázky odkazuje Knapp na řadu problematických aspektů s vymezením pojmu práva spojených, a proto se pokouší o explikaci tohoto pojmu, nikoliv o definici, neboť *omnis definitio periculosa*¹³.

Existence práva ve společnosti zahrnuje dvě hlavní roviny. První rovinou je vytváření práva, tj. stanovení právních pravidel, která ve společnosti mají platit, druhou rovinou je používání těchto pravidel na konkrétní příklady, tedy aplikace práva. Ani jedna z těchto dvou

⁹ Srov. např. Hoeren T., Stallberg Ch.: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Monster, 2001, str. 11.

¹⁰ Dworkin, R.: *Law's Empire*, London 1991, str. 1.

¹¹ Hart, H. L. A.: *The Concept of Law*, 2nd edition, Clarendon Press Oxford 1998, str. 6.

¹² Srov. též specificky v souvislosti s pojednáním o pramenech práva: Holländer, P.: K pojmu prameňov práva, *Právnik* č. 12/1985, str. 1068 a násl.

¹³ Knapp, V.: *Teorie práva*, Praha 1995, str. 41 a násl.

rovin se neobejde bez druhé, neboť k čemu by bylo množství vytvořených pravidel chování, která by nebyla používána či vynucována? Jak by vypadalo používání těchto pravidel, kdyby nebylo alespoň v převážné většině případů zřejmé, z čeho tato pravidla pocházejí, jaký je jejich zdroj? Domnívám se, že rovina aplikace práva je pro zdůraznění významu práva pro jednotlivce a jeho existenci důležitější, resp. zřetelněji ukazuje význam otázky „Co je právo?“. Vytvoření či určení pravidel chování je samozřejmě základem pro jejich vlastní používání, nicméně jejich skutečný význam a důsledky se projeví nikoliv v okamžiku, kdy jsou vytvořeny či určeny, ale v okamžiku, kdy je podle těchto pravidel posuzováno chování člověka tím, kdo je oprávněn ze své pravomoci ovlivnit jeho další chování nebo v širším smyslu existenci vůbec.¹⁴

Pro účely této práce bude za právo považován systém těch pravidel chování a jiných elementů a jevů, které mají reálný vliv při aplikaci takových pravidel, tj. při posuzování přípustnosti (dovolenosti) nebo nepřípustnosti (nedovolenosti) lidského chování zejména v soudním rozhodování. Půjde nejen o jejich určení a popis, ale též o popis vztahů mezi nimi. Konkrétněji pak půjde o to, jakou roli mezi ostatními prvky tvořícími právo hrají právní principy a jakým způsobem se s nimi při aplikaci práva zachází.

Shoda panuje na tom, že právo představuje soubor pravidel chování, tedy je to regulativní systém, který má řídit chování lidí.¹⁵ Neexistuje však již jednoznačná shoda na tom, zda to jsou pouze pravidla chování či ještě jiné elementy, které právo tvoří (např. cíle, účely, hodnoty atd.), stejně tak jako neexistuje jednoznačná shoda na tom, zda výčet zdrojů pravidel chování je uzavřený či otevřený, ba dokonce, a to je nutno považovat ze věc zásadní, nelze shledat shodu ani v otázce, jaké jsou zdroje práva. Určení zdrojů, pramenů práva, má význam i pro výčet prvků, které právo tvoří. Tím se nemyslí pouze prameny práva ve formálním smyslu, ale zejména to, zda je právo výtvorem výlučně lidským či zda může určitým způsobem existovat i mimo lidskou vůli - jinak řečeno, zda je či není možné akceptovat existenci práva označovaného v tomto smyslu jako právo přirozené, které vzniká či existuje „objektivně“.

¹⁴ Nemusíme odkazovat ani na tak krajní případ, jakým je uložení trestu smrti, jehož vykonáním existence člověka končí, postačí úplně příklad uložení povinnosti nahradit způsobenou škodu v rozsahu, který převyšuje momentální možnosti takového člověka. Srov. v této souvislosti např. nález Ústavního soudu č. 300/2004 Sb., kterým bylo zrušeno určité ustanovení zákona č. 50/1976 Sb., stavební zákon, které stanovilo minimální výši pokuty za správní delikt. Ústavní soud zrušil tuto dolní hranici pokuty proto, že za určitých okolností může mít aplikace takového ustanovení (tj. uložení pokuty v minimální stanovené výši, která ale vzhledem k okolnostem případu může být značná) charakter „zásahu do základního práva podle čl. 11 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, a to v případě, pokud zasahuje do majetkových poměrů jedince se značnou intenzitou.“

¹⁵ „Das Recht hat die Aufgabe, das soziale Leben innerhalb einer bestimmten Gemeinschaft zu ordnen.“ Coing, H.: Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts, Heidelberg 1947, str. 10 an.

Zejména v posledních desetiletích je patrný značný kvantitativní nárůst pravidel, která jsou vytvářena za účelem regulace lidského chování, a to jednak v oblastech, kde již určitá právní úprava existuje, jednak v těch společenských vztazích, kde dosud žádná právní pravidla neexistovala. V prvním případě dochází zpravidla v podstatě ke vytváření detailnějších pravidel oproti stávajícímu stavu, v druhém případě jsou vytvářena pravidla zcela nová. Jde jak o pravidla „domácí provenience“, tak o pravidla vytvářená z části na půdě mezinárodních či nadnárodních organizací. I přes tento kvantitativní nárůst pravidel se v některých případech zdá, že jich je přesto málo.¹⁶ Všechna tato pravidla zakládají určitá práva či ukládají určité povinnosti. Tím pádem se otázka „Co je právo?“, která snad může být považována za akademickou, mění na ryze praktické otázky „Co mohu?“, „Co musím?“, „Co nesmím?“, „Co mohou ostatní?“.

Potřebu objasnit podstatu práva ve shora naznačených aspektech jednoduše vysvětluje Dworkin, když říká: „*Žijeme v právu a podle práva. Právo z nás dělá, co jsme: občany, zaměstnance, lékaře, manžele a či vlastníky věcí.*“¹⁷ Když se zároveň ptá „*A proč na tom záleží?*“, odpovídá způsobem, který je pro tuto práci určující, neboť odpovídá „*Záleží na tom, jak soudci rozhodují případy. Velmi na tom záleží lidem, kteří se ocitnou před soudem.*“¹⁸ Právo samozřejmě neexistuje pouze v soudních síních. Mnohem větší část „právního života“ se odehrává zcela běžně jako součást lidského života mimo soudní instituce, aniž by si to lidé často vůbec uvědomovali. Dokud nedojde ke sporu o to, co je v konkrétní situaci po právu, není potřeba vymezení práva a obsahu pravidel jej tvořících příliš veliká. Jakmile však k takovému sporu dojde a vznikne nutnost autoritativně spor vyřešit, je nezbytné vědět, jaké chování je v určitém případě po právu. Autoritativní řešení sporu v podobě soudního nebo správního rozhodnutí je z povahy věci pro jednu ze stran nepříznivé, a proto je potřeba hledat argumenty podporující určené řešení. Dworkinův pragmatický přístup k důvodům, pro které je potřebné vymezit pojem práva, je přijatelný zejména proto, že se zaměřuje na objasňování práva z hlediska jeho aplikace, a dále proto, že objasňuje některé reálné aspekty působení práva ve společnosti.¹⁹

¹⁶ Srov. k tomu kapitulu o mezerách v právu.

¹⁷ Dworkin, R.: *Law's Empire*, London 1991, předmluva, první strana.

¹⁸ Tamtéž, str. 1.

¹⁹ Takový přístup kontrastuje v porovnání například s přístupy některých německých teoretiků, kteří podávají vysoce teoretické a abstraktní popisy různých aspektů fungování práva, aniž by objasňovali možnost jejich praktického použití; viz např. sborník z konference o právních principech, právních normách a jiných elementech právního řádu: Schilcher, B.; Koller, P.; Funk, B.-Ch. (Hrsg.): *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien 2000, který obsahuje 10 vysoce teoretických statí na téma právní principy a jejich vztah k ostatním prvkům právního řádu, aniž by bylo jasně vysvětleno, zda a do jaké míry lze uvedené poznatky převést do praktické roviny (výjimku snad tvoří příspěvek R. Alexyho).

II. O způsobech aplikace práva

Vytvoření pracovní definice práva, resp. popis prvků tvořících právo a vztahů mezi nimi, je jeden z problémů, s nímž je nutno se vypořádat. Druhý problém, který s prvním souvisí a je též významný pro téma této práce, spočívá ve vymezení způsobu realizace práva, zejména metod jeho aplikace. Bylo by snad možné namítnout, že to není potřeba, že právo se vyvíjí stejně, jako se vyvíjí společnost, stejně jako se vyvíjí a prohlubuje lidské poznání a tím pádem se mění i způsoby používání výsledků lidského poznání.

Různé právní teorie, úvahy o právu a právní koncepcie, které jsou nejenom popisovány, ale v řadě případů i uváděny do praxe, jsou vyvíjeny s úsilím vytvořit *správný* model práva (dílčího aspektu práva) a stanovit *správná pravidla* jeho užívání. Často se vychází z kritiky dosavadního stavu a přichází se s pokusem vytvořit systém lepší, *správnější*.²⁰ Takový systém, byť i dílčí, se skládá zejména z pravidel, jak k určitému problému přistupovat, jak jej identifikovat a vyřešit. Jde tedy o vytvoření postupů určitého počínání, o způsob takového počínání.

Lze považovat za samozřejmé, že zvolený způsob počínání ovlivní výsledek takového počínání.²¹ Správnost postupu, tedy správnost pravidel, která postup stanoví, lze hodnotit na základě dosaženého výsledku. Obtížně by bylo možno najít jiné kritérium, protože pravidla procedury jsou vyvíjena právě proto, aby bylo dosaženo určitého výsledku. Pokud bude například lékař léčit pacienta postupem, v důsledku kterého pacient zemře, bude zvolený postup hodnocen jako nesprávný. Bude tomu tak proto, že smyslem léčení bylo zachránit pacientovi život, že záchrana života byla tím správným a sledovaným cílem. Pak je ale patrné, že hodnocení správnosti postupu závisí na tom, zda je dosaženo očekávaného cíle. V řadě

²⁰ Lze uvést několik příkladů: Dworkinovy práce jsou založeny na kritice právního pozitivizmu, který neposkytuje dostatečná kritéria pro rozhodování různých právních případů. Kühnovy práce vycházejí též z myšlenky, že zákonný pozitivismus je nedostatečným přístupem k právu. Kelsenova ryzí nauka právní naopak odráží úsilí o stanovení přesného, logicky provázaného a důsledně používaného souboru pravidel právního myšlení. Canaris vytváří soubor pravidel o zjišťování mezer v právu a stanoví další pravidla, jak tyto mezery vyplňovat. J. Fiala a L. Hanuš vytvářejí teorii snažící se klasifikovat a popsat tzv. nabytá práva. Judikatura Evropského soudu pro lidská práva vytváří např. pravidla o způsobu užívání principu proporcionality, kterých se následně Soud sám přidržuje. Ústavní soud ČR vyvíjí například doktrínu mezer v právu, doktrínu principu rovnosti atd. To samé platí i o argumentačních metodách (viz níže sub. III. 2)

²¹ Srov. Knapp, V., Gerloch, A.: *Logika v právním myšlení*, 3. vydání, Praha 2000, str. 188: „Známe také případy, kdy určitá metoda má nejen gnoseologický, nýbrž zároveň i praktický význam. Takovými metodami v právní sféře jsou zejména metody výkladu právních norem a metody srovnávací.“ Metodou se podle citovaných autorů v nejobecnějším významu rozumí „způsob dosažení cíle, určitým způsobem uspořádaná činnost nebo též souhrn postupů a operací praktického či teoretického osvojení skutečnosti, které jsou podřízeny řešení určitého úkolu. Dosažení cíle je přirozeně možné i bez použití jakékoli metody. Takový postup je však nespolehlivý a přináší nahodilé výsledky.“ (tamtéž). V této práci jde právě o praktické dopady zvolené metody (postupu), která se podle mého mínění v právu neomezuje pouze na dílčí postupy při výkladu právních norem, ale zahrnuje i obecnější aspekty přístupu k právu jako takovému.

oblastí lidského počínání nevznikne spor o to, jakého výsledku má být dosaženo, jaký výsledek je správný, protože je žádoucí. Nebude proto ani sporu o tom, zda byl zvolen správný či nesprávný způsob k dosažení takového výsledku.²²

V právu však, domnívám se, takovou jistotu o tom, které řešení má být vlastně považováno za správné, v obecné rovině postrádáme. V některých dílčích případech jistě spor o správnost výsledku a tím i spor o správnost postupů vedoucích k takovému výsledku nevznikne. Bude-li potrestán pachatel trestného činu, málokdo asi bude takový výsledek zpochybňovat. Co když však bude potrestán pachatel trestného činu, za který bude považováno jednání v nutné obraně, jejíž podmínky budou vykládány velmi restriktivně? Bude takové řešení považováno obecně též za správné nebo to bude řešení pochybné? Neměl by být zvolen takový postup, který by vedl například k extenzivnějšímu stanovení podmínek nutné obrany, například z toho důvodu, že existuje obecně sdílená představa, že každý má mít možnost se bez obav z postihu bránit v plném rozsahu sám?

Uvedený příklad je velmi konkrétní. V obecné rovině jde o to, že podle způsobu (metody), jakým budeme právo užívat, aplikovat, dosáhneme určitých výsledků. Nejde o pravidla směřující k vyřešení konkrétní kauzy, ale o přístup k právu v obecné rovině, tj. z toho hlediska, jaké argumenty mohou, musí či nesmí být použity, jaké argumenty budou vůbec považovány za relevantní atd. V oblasti práva totiž podle mého mínění nelze nalézt jednoznačná a nezpochybnitelná kritéria pro hodnocení správnosti či nesprávnosti dosaženého výsledku. Nelze proto nalézt ani jednoznačná kritéria pro hodnocení správnosti použitých metod v obecné rovině. V řadě konkrétních případů kontroverze nevzniknou, byť mohou nastat situace, kdy právě konkrétní případ zavádí příčiny k pochybnostem, zda jsou použité metody korektní. Takové pochybnosti se však budou zpravidla vztahovat ke konkrétním okolnostem a jejich obecný dosah bude omezený.²³ Pro právo nebudou moci být nikdy nalezena definitivní kritéria pro hodnocení správnosti důsledků, k nimž vede, protože takové hodnocení bude vždy podmíněno aktuálním stavem společnosti, v níž bude právo působit.

²² Uvedený popis je poměrně zjednodušený. Nepřihlíží se k tomu, že mohou existovat různé postupy, které vedou k témuž výsledku. Některé mohou být více efektivní, některé méně. Závisí též na tom, jakým způsobem budeme jejich efektivitu hodnotit. V některých případech může být považováno za efektivnější řešení, které je například nákladné, ale rychlé, v jiných případech tomu bude naopak. Základním kritériem pro hodnocení správnosti postupu však zůstává to, zda bylo či nebylo sledovaného výsledku dosaženo.

²³ Jako příklad případu, který lze považovat v určitých souvislostech za skutečně přelomový, jsou tzv. norimberské procesy, kde se řešil problém střetu práva chápaného z hlediska obecné spravedlnosti a práva chápaného striktně pozitivisticky. Stejný charakter má i případ tzv. střelby na Berlínské zdi (viz rozhodnutí Evropského soudu pro lidské práva ve věci Streletz, Kessler a Krenz proti Německu a věc K.-H. W. proti Německu ze dne 22. března 2001).

Tím pádem nebudou moci být nezpochybnitelným způsobem určena ani kritéria hodnocení vhodnosti postupů, které budou v právu používány.

Pokud léčený pacient nezemře, byla použita správná metoda²⁴. Pokud je vynesena rozsudek odsuzující jednu stranu sporu, je takový rozsudek správný? Neměla být použita jiná metoda vedoucí k opačnému výsledku? Nebyl by opačný rozsudek lepší? Položené otázky naznačují, jakým způsobem a podle jakých pravidel je třeba při definování práva a při popisování pravidel jeho užívání postupovat a jaký má být cíl tím sledovaný. Cílem má být nalezení práva „správného“, tj. takového, které bude odpovídat svému účelu a úkolu a které bude mít takové vlastnosti, pro které bude moci být akceptováno v maximální míře. Takového cíle zřejmě nelze dosáhnout absolutně, protože představa o „správném“ právu bude v jednotlivých případech jistě záviset na osobě toho, kdo provede hodnotící úvahu. Z jiného úhlu pohledu jde také o zkoumání účelnosti práva.²⁵ V takovém případě je samozřejmě otázkou, kdo bude oprávněn provést hodnotící úvahu a s jakými výsledky. Domnívám se nicméně, že je možné zformulovat některé z žádoucích cílů, kterých má být v právu dosaženo, protože lze rozlišit, které cíle jsou apriorně nežádoucí a které jsou z povahy věci žádoucí.²⁶ Takovým způsobem je možné vytvořit kritéria hodnocení postupů a pravidel, za pomoci kterých má být takových cílů dosaženo v závislosti na tom, zda skutečně k takovému cíli povedou.

Dějiny myšlení o právu jakožto specifickém sociálním systému jsou vyznačeny nejrůznějšími milníky označujícími jisté zlomové momenty v jeho vývoji. Postačí připomenout vývoj teorií přirozeného práva, které se z určitého důvodu ve své době zdály lepší, než právo pozitivní, platící v určitém společenství v určité době^{27, 28}. Vliv idejí přirozeného práva rychle pomíjí v období 19. století, které se označuje za období zákonného pozitivizmu (v německé literatuře *Gesetzpositivismus*²⁹). Důvody vzniku velkých,

²⁴ To samozřejmě platí jen tehdy, je-li smyslem léčení zachránit pacientovi život bez ohledu na jeho kvalitu.

²⁵ K dílčím aspektům problematiky účelnosti a též účelovosti srov. Gerloch, A.: Principiálnost, účelnost, účelovost v kontextu stability a dynamiky ústavního řádu České republiky, in: ed. Kysela, J.: Deset let Ústavy České republiky (výchozí, stav, perspektivy), Sborník příspěvků, Eurolex Bohemia, Praha 2003, str. 116 a 117.

²⁶ Například lze považovat za dané, že žádoucím cílem práva má být dosažení právní jistoty a že postupy a pravidla přispívající k právní nejistotě jsou nežádoucí, neboť to vyplývá z podstaty práva. Kontroverze budou vznikat v případech, kdy se nebude zdát správné, aby právní jistota byla zachována i za situace, kdy povede k velké nespravedlnosti v obecně chápaném smyslu. Lze samozřejmě vést i debatu o tom, co je nespravedlivé.

²⁷ Rázková, R.: Dějiny právní filozofie, MU Brno, 1999, str. 12.

²⁸ K možné syntéze přirozenoprávních a pozitivněprávních přístupů v současné době srov. Boguszak, J.: Vyústění antinomie jusnaturalismu a juspozitivismu, Právník č. 6/1995, str. 525-537.

²⁹ Wieacker, F: Privatrechtsgeschichte der neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Auflage, Göttingen, 1967, str. 558, cituje Kühn, Z.: Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace, Analýza příčin postkomunistické právní krize, C. H. Beck, Praha 2005, str. 8; *Gesetzpositivismus* podle Webera spočívá v tom, že: 1) každé rozhodnutí je výsledkem použití

„všezahrnujících“ kodifikací v průběhu 19. století byly různé a i z dnešního pohledu velmi dobře pochopitelné. Kupříkladu jedním z důvodů pro kodifikaci francouzského práva byla nutnost „zakotvit občanské právo komplexně a trvalým způsobem v právním textu tak, aby odpovídalo potřebám občanské společnosti, která již není ve své základní struktuře stavovská a feudální“³⁰. Dalším důvodem byla potřeba zbavit přetrvávající struktury a instituce *ancien régime* možnosti ovlivňovat pomocí stávajícího práva chod nově utvářené společnosti a státu.³¹ Jinak, ale z hlediska výsledku stejně, byla motivována kodifikace rakouského práva nutností sjednotit právní řády zemí a národů spojených v habsburské monarchii.³²

Naopak po druhé světové válce dochází v řadě zemí zejména západní Evropy k odklonu od tradiční právní dogmatiky pozitivního práva ve prospěch volnějšího způsobu jeho aplikace. Opouští se model vázané aplikace práva³³ ve prospěch jiných koncepcí, například koncepce, kterou Z. Kühn označuje jako legální a racionální aplikaci práva³⁴.

Důvody pro příklon k volnějšímu chápání práva se zdají být neméně dobré než důvody, které byly použity jako argumenty ve prospěch přísného pozitivizmu vázaného výlučně na text zákona. Jedním z důvodů jistě byla reakce na skutečnost, že „mechanické ztotožnění práva s právními texty se stalo vítaným nástrojem totalitní manipulace“³⁵, takže

abstraktní právní normy na konkrétní skutkový stav, 2) rozhodnutí každého skutkové děje lze učinit na základě platných právních norem za použití prostředků právní logiky, 3) každé objektivní právo je bezmezerovitý systém právních norem, nebo alespoň musí za takový být při aplikaci práva považován, 4) to, co nelze z hlediska právního racionálně vytvořit, je právně irrelevantní, 5) jednání lidí ve společnosti musí být považováno buď za jednání podle právních norem, nebo za jednání proti právním normám, což odpovídá představě o bezmezerovitosti právního řádu. Citováno dle Röhl, K. F.: *Allgemeine Rechtslehre*, Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann, 1994, str. 303.

³⁰ Jacoby, S.: *Allgemeine Rechtsgrundsätze: Begriffsentwicklung und Funktion in der Europäischen Rechtsgeschichte*, Berlin, Duncker und Humboldt, 1997, str. 76.

³¹ Tamtéž, str. 8, dále Merriman, J. H.: *Francouzská úchylika*, Právník č. 12/1998, str. 1062 an., který píše: „... její inovací byl pokus učinit právo nezávislým na soudcích. Část tohoto příběhu je známá. V předrevoluční Francii se staly regionální *parlemens* středisky konzervativní moci. Soudci, uvědoměli členové šlechty v talárech, se identifikovali s venkovskou aristokracií a sympatizovali s ní proti královské autoritě v Paříži. „Interpretovali“ královské zákony tak, aby je zbavili zamýšlených účinků, odmítali zaregistrovat královská nařízení a bránili královským úředníkům ve výkonu jejich funkce. Kritické starého režimu *parlemens* odsoudili a vytvořili teorii, že chyba je v soudcích jako takových: existuje prý přirozená tendence k soudním výstřelkům, jíž se dá bránit jenom přísnou ochranou legislativní a výkonné moci vlády před jakoukoliv formou soudní kontroly.“

³² „... nechť jsou nejlepší zemské zákony navzájem porovnány a z nich ty nejpřirozenější a nejspravedlivější vybrány a zbytek podle přirozeného rozumu, všeobecné povahy a obecného práva (*Völkerrecht*) doplněn, podle potřeby nové uspořádání navrženo a tak celé zemské právo, bez jakéhokoliv upřednostňování jednoho či druhého, k jednotě přivedeno bylo ...“ Citováno podle Harrasowsky, *Codex Theresianus*, herausgegeben und mit Anmerkungen versehen, Band I, Wien 1883, cituje Jacoby, S.: cit. dílo, str. 64.

³³ Kühn, Z.: *Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře*, Karolinum 2002, str. 232 an.

³⁴ Tamtéž, str. 241.

³⁵ Nález Ústavního soudu č. 30/1998 Sb. Jeho rozbor viz dále zejm. v kapitole IV. 1. 4. Srov. k citovanému úryvku z odůvodnění nálezu i následující poznámku.

takové právo nebylo schopno čelit totalitním režimům, které se upínaly k jiným hodnotám, než jsou akceptovány dnes.

Jiným důvodem může být, i když je otázka, zda nejde spíše v určitém smyslu o důsledek rezignace na možnost poznání práva, i nárůst komplexnosti a složitosti a někdy i nejasné provázanosti společenských vztahů, které nejsou (někdy třeba jen zdánlivě) beze zbytku regulovatelné právem, takže se zdá, že tradiční argumentační aparát opírající se o text psaného práva je pro řešení a odstraňování vznikajících konfliktů nedostatečný, ne-li přímo nepoužitelný. Významný je jistě i vliv vzájemného ovlivňování právních řádů (národní právo jednotlivých států, právo mezinárodní a právo nadnárodní) vynuceného postupující globalizací, jehož důsledkem mohou být obtížné řešitelné rozpory.

Každý přístup k právu může mít své opodstatnění vzhledem k účelům, kterých mělo být dosaženo a vzhledem k aktuální situaci, ve které právo působilo a bylo používáno. Ze současného pohledu lze hodnotit některé přístupy k právu jako nevhodné či nežádoucí. Při jejich posuzování z pohledu doby a okolností, za kterých byly uplatňovány, může být závěr zcela opačný. V každé společnosti se vytváří takový systém právní regulace, který této společnosti (anebo alespoň její části) vyhovuje. Příkladem může být rozlišování právních režimů lišících se mírou přiznaných práv pro občany a cizince v římském právu, nadřazení absolutistického panovníka zákonu (*princeps legibus solutus*) atd. Obdobně to platí i pro totalitní režimy, které přistupovaly k právu takovým způsobem, který jim vyhovoval a v závislosti na okolnostech to mohly být i přístupy zcela protichůdné.^{36,37} Při hodnocení

³⁶ Srov. např. Kühn, Z.: Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace, Analýza příčin postkomunistické právní krize, C. H. Beck, Praha 2005, str. 101: „Zkušenost střední Evropy vede k podobným závěrům. Ukazuje nám, že na počátku každého totalitárního režimu je klíčovým fenoménem nikoliv slepé následování zákonů, ale spíše slepé následování moci. Ve střední Evropě druhé poloviny 20. století je možno nalézt jak antipozitivismus a volnou ideologii aplikace práva počátku 50. let, tak postupně se vytvářející rigidní zákonný pozitivismus a vázanou ideologii soudcovské aplikace let pozdějších. Obojí metodologie byly s to posloužit totalitním režimům ...“

³⁷ Srov. Maršálek, P.: Zákon v nacionálně socialistickém státě, in: Gerloch, A., Maršálek, P. (eds.): Zákon v kontinentálním právu, Sborník příspěvků z mezinárodní vědecké konference „Místo a úloha zákona v kontinentálním typu právní kultury“, Eurolex Bohemia 2005, str. 83-95: „V nacionalistickém pojetí nebylo právo neustranným instrumentem umožňujícím v rámci předem stanovených pravidel nekonfliktní chod společnosti a uspokojení potřeb individua v souladu s principy spravedlnosti a právní jistoty. Bylo jen jedním z prostředků k realizaci cílů nacionalistické elity. ... Pro aplikaci práva německými orgány v celofíšském měřítku byly důležité dvě obecné zásady. Jednak princip přednosti a nedělitelnosti politického rozhodování, který znamenal, že veškerá činnost úřadů i soudů měla být osvobozena od formální vázanosti platným právem v „liberalistickém pojetí“ a prováděna s ohledem na politické úkoly, popř. též zbavena jinde běžného nepolitického přezkumu. A pak princip absolutní priority zájmů národního společenství, jenž měl k prvnímu blízko, protože prvořadým politickým úkolem bylo prosazování německých národních zájmů. ... Soudce byl i podle nacistických teoretiků vázán pouze zákonem. Ovšem nikoli bezvýjimečně. Základem pro výklad nejen zákonů, ale všech právních pramenů, mělo být nacionálně socialistické právní nazírání tak, jak nachází svůj výraz zejména v programu NSDAP a ve vyjádřeních vůdce. V souladu s tím se měl soudce při rozhodování řídit nejen zněním právního předpisu, korigovaným případně běžnými interpretačními metodami, ale též tzv. národním

takových situací zvnějšku může být dosaženo shody v tom, že určitý přístup k právu byl nebo je nepřipustný, nesprávný či nespravedlivý, avšak při jeho hodnocení pohledem daného systému, zejména pak pohledem těch, kteří na tomto systému participují, bude závěr hodnocení opačný.³⁸

citěním, které mu umožňovalo rozhodnout i proti v něm obsaženým ustanovením, bylo-li to v německém národním zájmu." (tamtéž str. 91-93)

³⁸ Příkladem může být takový přístup k aplikaci práva, který preferuje určitou volnost argumentačních a interpretačních metod. Je snadno pochopitelné, že k takovému přístupu se budou klonit zejména soudci, protože jim usnadní rozhodování, neboť nebudou muset za všech okolností opírat svá rozhodnutí o určité ustanovení právního předpisu, které se často obtížně hledá a obtížně vykládá, ale budou se moci opírat o určitou spravedlnostní či hodnotovou představu, jež jim značně usnadní argumentaci. Srov. například rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 107/2004, které se týkalo institutu „zneužití práva“ v daňovém právu. Problémem je skutečnost, že daňové předpisy institut zneužití práva na rozdíl od soukromoprávních odvětví neznají. Nejvyšší správní soud přesto dovodil, že i institut zneužití práva lze v daňovém právu aplikovat. Tento závěr je problematický s ohledem na čl. 2 odst. 2 a čl. 11 odst. 5 Listiny základních práv a svobod. Fakticky zde vznikl problém v tom, že Nejvyšší správní soud nerozlišil rozdíly mezi zneužitím práva, které by vzhledem k absenci pozitivně právního zakotvení nemělo mít v daňovém právu místo, a možností posuzovat právní úkony nikoliv podle jejich formálního označení, ale podle skutečného obsahu ve smyslu § 2 odst. 7 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků. V této souvislosti srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 115/2004, které je založeno na korektním pozitivně právním posouzení skutkově stejné situace podle § 2 odst. 7 zákona o správě daní a poplatků. Není pochyb o tom, že první z citovaných rozhodnutí významně rozšířilo možnost posuzovat řadu úkonů v daňovém právu jako nedovolené zneužití práva.

III. K podstatě aplikace práva

Kromě toho, že je nezbytné zabývat se elementy, které právo tvoří, je potřeba ujasnit si též pojem aplikace práva, neboť právě ve vztahu k ní budou prvky práva a vztahy mezi nimi popisovány.

Aplikací práva se bude rozumět použití abstraktních právních pravidel na určitý konkrétní případ, tj. na právně relevantní děj či objektivně nastavší právně relevantní skutečnost, jehož výsledkem je vyvození právních důsledků této skutečnosti či děje, a to ve formě autoritativního rozhodnutí, které pro subjekty příslušného právního vztahu představuje závaznou úpravu jejich vzájemných práv a povinností.^{39,40} Podstatou aplikace práva je tedy podřazení (subsumpce) právně relevantních skutečností pod právní pravidla dopadající na zkoumaný případ a vyvození příslušných závěrů v podobě autoritativního rozhodnutí.⁴¹

Aplikace práva zahrnuje řadu navzájem provázaných procesů poznávacích, interpretačních, hodnotících a nakonec rozhodovacích. Všechny procesy se navzájem ovlivňují a doplňují.

Poznávání se v procesu aplikace práva zaměřuje na dvě hlavní skutečnosti. První z nich je poznání skutkového děje, který má pod subsumován pod právní pravidlo. Ačkoliv je zjišťování skutkového stavu v řadě případů záležitostí velmi komplikovanou⁴², zůstane tento aspekt procesu aplikace práva v zásadě mimo pozornost této práce. Druhou skutečností, jejíž poznání je nezbytné, je poznávání „práva“, tj. poznávání právních pravidel, pod která má být

³⁹ Gerloch, A.: Teorie práva, 3. rozšířené vydání, Plzeň 2004, str. 203 an.

⁴⁰ Poněkud jiné pojetí aplikace práva lze nalézt například v naší právní literatuře předválečné, podle které se v nejširším významu aplikací (práva) rozumí veškerá normotvorná činnost orgánu normotvorného kromě zjišťování skutkové podstaty. V užším smyslu je aplikací právní normy její použití na konkrétní skutkovou podstatu. Aplikace práva se staví do protikladu s konkretizací právní normy. Při konkretizaci právní normy „pozorujeme vznik nižší normy, tvořené z normy vyšší tak, že na místo abstraktnější skutkové podstaty je dosazována konkrétnější. Při aplikaci jde také o vznik normy nižší, avšak pozorujeme tento vznik tak, že zjištěná konkrétní skutková podstata se „oblékne do roucha“ konkrétní normy. V této souvislosti nutno upozornit také na pojem subsumpce. Ji je míněno podřazení zjištěné skutkové podstaty pod určitý právní předpis. Je to tedy obráceně pozorovaná aplikace právní normy v nejširším slova smyslu. Kdežto aplikaci chápeme jako součást normotvorného procesu postupujícího shora od nejvyšší normy k nejnižší, jeví se nám subsumpce jako cesta zjištěné konkrétní skutkové podstaty k normě výše stojící.“ Gerlich, K.: Skutkové zjištění a právní posouzení v řízení soudním, Praha – Brno 1934, Orbis 1934, str. 20 an. Je patrné, že takové pojetí do určité míry vyplývá ze specifického přístupu normativní školy. Přesto je do určité míry shodné s pojetím dnešním.

⁴¹ K aplikaci práva podle F. Weyra srov. Vaculíková, N.: Pojem aplikácie a interpretácie práva v diele Františka Weyra, in: ed: Tatiana Machalová: Miesto normatívnej teórie v súdobom právnom myslení (K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena), sborník z mezinárodní konference, MU Brno 2003, str. 123-129. a dále Hungr, P.: K normatívnej teórie aplikácie práva, in: ed: Tatiana Machalová: Miesto normatívnej teórie v súdobom právnom myslení (K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena), sborník z mezinárodní konference, MU Brno 2003, str. 117-122.

⁴² V oborech procesního práva mj. souvisí též s otázkou formální či materiální pravdy, tj. v širším smyslu s otázkou možnosti objektivního poznání proběhnuvších dějů.

zjištěný skutkový děj subsumován. Proces interpretace se vztahuje ke stejným skutečnostem. Je potřeba interpretovat, tedy vyložit jak skutkový děj, tak právní pravidla, která byla pro jeho řešení zvolena.

Hodnotící proces zahrnuje zvážení všech shromážděných relevantních informací, stanovení jejich hierarchie z hlediska důležitosti pro vydání rozhodnutí.

Nakonec rozhodovací fáze procesu aplikace práva zahrnuje vydání rozhodnutí, v ideálním případě konkretizaci důsledků abstraktního právního pravidla použitého na rozhodnutí dané kauzy.

Z hlediska této práce jsou stěžejní tyto dílčí fáze aplikace práva:

- a) určení (poznání) relevantních právních pravidel (kapitola III. 1.),
- b) interpretace relevantních právních pravidel, srovnání interpretačních důsledků, tedy fáze argumentační (kapitola III. 2.),
- c) výběr a hodnocení shromážděných poznatků, zejména zjištěných pravidel, jejich vzájemné srovnání (kapitola III. 3.),
- d) vydání rozhodnutí jako výběr možných alternativ rozhodnutí (kapitola III. 4.)

Uvedené členění je jedno z možných. Jednotlivé fáze aplikace práva se navzájem prolínají, takže nelze hovořit o tom, že by uvedená posloupnost byla jediná možná. Toto členění bylo zvoleno jako východisko pro další pasáže.

III.1. Určení relevantních právních pravidel

Problematiku určení relevantních právních pravidel lze uvést citátem Dworkinovy teze, která se zdá stěžejní pro většinu jeho prací: „Vláda práva je vznešenější ideál než vláda právních textů“.⁴³ Dworkin chce těmito slovy říci, že právo, právní řád, nelze redukovat na pouhé právní texty, a tuto premisu ve svých pracích dále rozvádí. Staví se tím do opozice vůči „zákonnému pozitivismu“⁴⁴, založeném podle jeho mínění na tom, že odpověď na řešení každého právního případu lze nalézt v psaném právu, tj. v textech právních předpisů. Bohužel tento výrok o povaze práva vypovídá jen málo, protože málokdo se domnívá, že právem by byla pouze pravidla v té doslovné podobě, v jaké jsou vyjádřena v jednotlivých paragrafech

⁴³ Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1999, str. 338.

⁴⁴ Alexy hovoří v této souvislosti o Dworkinově „všeobecném útoku na pozitivizmus“, srov. Alexy, R.: *Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt 1995, str. 177.

a člancích právních předpisů.⁴⁵ Je jasné, že právní pravidla chování jsou určitým způsobem odvozována z textů, které tato pravidla vyjadřují. Jde proto spíše o zjednodušené vyjádření jeho představy, že právo zahrnuje mnohem více normativních elementů, než jsou právní normy vyjádřené ve formalizovaných pramenech práva, jako jsou principy (*principles*) a účely (*policies*), případně jiné elementy (např. různé hodnoty, morální pravidla atd.), které se v té či oné míře objevují v soudcovských úvahách ovlivňující výsledná rozhodnutí. Obdobný základ pravděpodobně má již citovaná pasáž z odůvodnění rozhodnutí českého Ústavního soudu o „mechanickém ztotožnění práva s právními texty“, podle které by se mohlo zdát, že právo bylo či je nesprávně redukováno pouze na text zákona a v něm obsažené právní normy, tj. v tomto pojetí pravidla chování odvoditelná z textu právního předpisu jednoduchou interpretací. Na pozadí takových úvah se lze ale ptát, jaké všechny prvky právo tvoří, pokud se nelze spokojit s tím, aby právo bylo redukováno na obsah právních textů?

III. 1. 1. Exkurs: Historický základ představ o „ztotožnění práva s právními texty“

Nedomnívám se, že by právo kdy bylo v praxi mechanicky ztotožňováno s právními texty, tj. že by se rozhodnutí výlučně utvářela na základě jednoduchého výkladu právních textů.⁴⁶ Pokusím se ukázat, že samotný právní řád k takovému postupu někdy vybízel, přesto však ponechával však možnost uchýlit se k méně rigidní aplikaci a interpretaci práva, i když jen v určitých případech.⁴⁷

„Ztotožnění“ práva s právními texty se spojuje především s velkými kodifikacemi⁴⁸ práva 19. století, což mělo, jak bylo stručně uvedeno výše, své historické, politické a sociální souvislosti. P. Holländer v této souvislosti hovoří o paradigmatu legislativního optimismu, jehož základem byla víra v normotvornou aktivitu mocenských institucí opírající se o racionalismus a osvícenství, úzce spjatá s noetickým optimismem Descartesovým a

⁴⁵ Ke konkrétním projevům teze o rozdílu mezi zákonem a právem srov. např. Kühn, Z.: Ke vztahu zákona a práva, Soudce č. 8/2001, str. 10-15, kde se komentuje rozhodnutí Spolkového ústavního soudu v kauze Soraya (BVverfGE, 34, 269).

⁴⁶ Minimálně v tom smyslu, že tento výklad nemohl být v žádném smyslu „jednoduchý“. Existence francouzské školy právní exegeze je historickou skutečností, stejně jako výsledky činnosti představitelů této školy. Představa exegeze ve smyslu „nejjednodušší, nejneplodnější formy právního pozitivizmu naprosto závislé na normativním podkladu ignorujícím historické, společenské a filozofické základy práva“ snad našla své vyjádření v konkrétních dílech. Otázkou však je, do jaké míry tato teorie našla odraz i v praxi, tj. při aplikaci práva. K definici právní exegeze ve Francii viz Rázková, R.: cit. dílo, str. 191, k praktickým konsekvencím pak Merriman, J. H.: Francouzská úchylka, Právník č. 12/1998.

⁴⁷ Koneckonců i Dworkin zdůrazňuje význam použití právních principů zejména v tzv. obtížných případech, tedy v případech, kdy není jasná odpověď na otázku, co je po právu. V případech jasných tomu tak podle něj není.

⁴⁸ Zejm. Code civil z roku 1804, ABGB z roku 1811.

Kantovým, o radikální interpretaci suverenity lidu provázející Francouzskou revoluci, a konečně o nedůvěře vůči soudcům pocházejícím z doby *Ancien régime*^{49,50}.

Lze považovat za paradox, že právní pozitivismus budovaný v právní teorii 19. století se opírá o zákoníky, které byly ve své podstatě založeny na přirozenoprávních teoriích, takže teoreticky dávaly značný prostor pro aplikaci pravidel, jejichž obsah by z textu přímo nevyplýval. Za to, že tomu tak nebylo, nelze podle mého soudu dávat vinu samotným zákoníkům, ale spíše právními teoriemi, které jejich aplikaci určovaly. „V buržoazních revolucích konce 18. století úloha přirozenoprávní školy vyvrcholila. Její postuláty byly zakotveny v dokumentech a kodifikacích. ... S opuštěním duality reálného a nadpřirozeného světa muselo tedy nezbytně dojít i k překonání dvojího pojmání práva. V ústavách a zákonících států 19. století jakoby se přirozené právo uskutečnilo, splynulo s právem pozitivním. ... Po dobu celého 19. století je „kult práva nahrazován kultem zákona“ a žezlo přebírá právní pozitivismus.“⁵¹

Na tomto místě není cílem polemizovat s pozitivistickým či přirozenoprávním pohledem na právo, ale ukázat, že ani ty kodifikace, které položily základ teorií zdůrazňujících význam zákona a popírajících roli jakýchkoliv jiných faktorů (faktorů, které nemají povahu právní normy, jejíž obsah by bylo možné zjistit z textu právního předpisu), nebyly natolik přísně uzavřeny, aby znemožnily při aplikaci práva zohlednění jiných pravidel, než je právní norma vyjádřená v jejich ustanoveních.

III. 1. 1. 1. Obecný zákoník občanský

Obecný zákoník občanský z roku 1811 (ABGB) obsahoval odkaz na pravidla stojící mimo text zákona ve svém § 7:

„Nelze-li právní případ rozhodnouti ani podle slov ani podle přirozeného smyslu zákona, musí se hleděti na podobné případy, v zákoně určité rozhodnuté, a na důvody jiných, s tím příbuzných zákonů. Zůstane-li právní případ ještě pochybným, musí býti se zřetelem na okolnosti pečlivě sebrané a zrale uvážené rozhodnut podle přirozených právních zásad.“⁵²

⁴⁹ Holländer, P.: Soudce dnes: bariéra postmoderní dekonstrukce nebo industriální továrna na rozhodnutí?, Soudce č. 8/2001, str. 2, srov. též výklad k vývoji francouzského správního soudnictví in: Pítrová, L., Pomahač, R.: Evropské správní soudnictví, C. H. Beck., Praha 1998, str. 46-49.

⁵⁰ K příčinám striktní vázanosti soudce zákonem ve Francii srov. též Čapek, J.: Spravedlnost a soudní rozhodování, Právník č. 6/1995, str. 564.

⁵¹ Rázková, R.: cit. dílo, str. 176.

⁵² Citováno dle Rouček, F., Sedláček, J.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, V. Linhart, Praha 1935, str. 140.

Sedláčkův komentář k tomuto ustanovení říká, že v „§ 7 občanský zákoník dává soudci další poukaz, že totiž může za určitých podmínek hranice, jednotlivými předpisy zákonnými stanovené, překročit. ... Rozsah ustanovení § 7 je neobyčejně široký a závažný. Musíme tedy konstatovati, vykládající jej, dosah delegační moci soudcovy. Tyto meze, jsou určeny negativně, totiž že soudce smí rozhodovati podle § 7 teprve tehdy, když by nemohl podle daných předpisů rozhodnouti. ... Ustanovení § 7 o. z. možno si vysvětliti jako historickou reakci proti starší vázanosti soudcově, který se měl v pochybných případech dovolati panovníka, jak ještě ustavoval všeobecný josefinský řád soudní. Šlo tedy redaktorům také o politický čin, zvýšiti imperium soudcovo. Aby toho mohli dosíci v rámci tehdejšího absolutismu státního, museli tomu dáti ideologický rámeček, hovící tehdejším panujícím názorům, že totiž takové judikování soudcovo je něčím úplně samozřejmým a že nemůže býti v žádném případě omezováno. Jestliže bychom v nynější době konstruovali § 7 jiným způsobem, přece nemůžeme popřítí jeho význam pozitivně-právní jako subsidiárního pravidla právního; nadto musíme tento paragraf hodnotiti také se stanoviska mravního, neboť neustále připomíná soudci nejen jeho moc, ale i jeho odpovědnost.“⁵³

Pokrok v pohledu na úlohu soudce, který byl vyjádřen tímto ustanovením, je velmi zřetelný, porovnáme-li jej s příslušnými ustanoveními Tereziánského kodexu (Codex Theresianus) z roku 1758, která měla mít obdobný význam, tj. vymezit (či spíše omezit) rozsah soudcových možností při výkladu a aplikaci práva.

„Zakazujeme také všem soudcům, aby se odchytili od jasného textu našeho zákona pod nicotnou záminkou spravedlnosti od zákona odchylné.

*Pokud je ale soudce v pochybnostech, zda předložený případ v zákoně upraven je či není, nebo pokud se mu zákon zdá nejasný, nebo pokud by zcela zvláštní nebo velmi důležité námítky následování zákona měly vzniknout, pak je třeba hledat konečné vysvětlení zákona u Nás.“*⁵⁴

Ve srovnání s tímto textem se nutně jeví ABGB s trochou nadsázky jako právní předpis zmocňující soudce téměř k vlastní normotvorbě. Podle Jacobyho odpovídají takto formulovaná pravidla představě dřívější právní vědy o vztahu zákonodárství a moci soudní, o tom, že „soudce je přísně vázán zákonem a má pouze vyjádřit myšlenku v zákoně obsaženou“. Obava před soudcovskou libovůlí je snadno pochopitelná, pokud vezmeme v úvahu, že interpretace samotná byla považována za samostatný pramen práva.⁵⁵

⁵³ Tamtéž, str. 141 až 146.

⁵⁴ Jacoby, S.: cit. dílo, str. 65, vlastní překlad těchto ustanovení podle jejich německého znění v citovaném díle.

⁵⁵ Tamtéž, str. 66.

Obtížná použitelnost tereziánského kodexu v praxi vedla mimo jiné k nutnosti uvedení pravidla určující postup soudce při aplikaci práva změnit, což se následně stalo v obecném zákoníku občanském. Že si tehdejší členové rekodifikační komise uvědomovali, jakým problémem je dosažení úplnosti zákona, dokládá úvodní řeč prof. Zeillera v Dvorské komisi pro věci právní v roce 1801: „Občanské zákony musí ... být kompletní. Nesmí se objevit žádný právní případ, který se nedá podle zákona a podle v něm obsažených předpisů rozhodnout. Tento požadavek je nesporně nejobtížnější a každé zákonodárství na něm musí ztroskotat, pokud si vytýčí cíl všechny případy slovy zákona vyčerpat; pokud soudce na doslovné (*buchstäblich*) použití zákona váže; pokud mu veškerý výklad, ať z ducha zákona či z všeobecných zásad vyplývající, zakáže: krátce pokud si předsevzme učinit ze soudců stroje hovořící právem.“⁵⁶

Tento citát dostatečně vyvrací podle mého soudu obecně rozšířené přesvědčení o tom, že představa o soudci 19. století byla představou o „stroji na rozsudky“, které by byl povolán pouze k tomu, aby mechanickým způsobem aplikoval právo na právní případy.⁵⁷ Je možné namítnout, že uvedená konstrukce je naopak potvrzením představy o nezbytné úplnosti právní regulace a je tak slovy Esserovými „oficiálním východiskem z nouze pro soudce, který nesmí na jedné straně odmítnout ve věci rozhodnout a na straně druhé je vázán věrností zákonu, což by jinak při takovém chápání pozitivizmu znamenalo neřešitelný problém“.⁵⁸ Mohlo by se proto také zdát, že ustanovení § 7 je v první řadě nástrojem k překonávání tzv. mezer v právu⁵⁹. Esser však ihned dodává, že takovýto pohled na význam § 7 ABGB a jiných

⁵⁶ Tamtéž str. 68.

⁵⁷ Srov. např. Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, str. 233 a 236: „Ve Francii a v průběhu osmnáctého a zejména devatenáctého století i v dalších evropských státech z těchto důvodů měla být pozornost soudce zaměřena výlučně na právní předpis jakožto na výlučnou formu, v níž bylo a mohlo být ztělesněno právo ... V klasickém pojetí kontinentálního kodexu, který měl upravovat veškerou právní materii jednoho právního odvětví, se mělo právo stát přístupným a lehce aplikovatelným. ... Základní myšlenka kontinentálního způsobu výkladu právního předpisu v původní podobě počínaje nejspíše koncem osmnáctého století je plným odrazem této ideologie (*tj. tzv. ideologie vázaného soudcovského rozhodování*), pokud říká, že soudce aplikuje obecné normy obsažené v zákoně, resp. jiném právním předpise na individuální případy vyskytnuvší se v reálném životě. Produkt vytvořený soudcem je výkladem zákona, aplikací obecné normy na jedinečný případ, jde pouze o dedukování, nikoliv o tvorbu práva. ... Obecná norma je v této ideální představě všeobsažná, pamatuje na vše a je jen věcí soudce, aby tuto normu správně interpretoval a sociální realitu pod obecné ustanovení správně subsumoval.“ V obdobném duchu Holländer, P.: Soudce dnes: bariéra postmoderní dekonstrukce nebo industriální továrna na rozhodnutí?, Soudce č. 8/2001, str. 3: „Představa soudce v podobě stroje povoláného jen k mechanické subsumpci skutkových zjištění konkrétního případu pod apriori úplnou normativní úpravu v praxi v konfrontaci s reálným životem fungovat nemohla a ani nefungovala.“ Z uvedeného Zeillerova citátu je patrné, že si v plném rozsahu uvědomoval omezené možnosti zákonodárství pro řešení všech případů a hodlal tomu čelit právě odkazem na obsahově přesně neurčené principy, které se tak staly součástí pozitivního práva.

⁵⁸ Esser, J.: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, str. 148.

⁵⁹ Je zajímavé, že právě o mezerách v právu pojednává při výkladu § 7 ABGB Roučkův a Sedláčkův komentář na prvním místě. V závěru se však již hovoří o tom, co máme na mysli zde, totiž o širším významu tohoto ustanovení, které „dává soudci právo, aby rozsuzoval i mimo meze dané mu jednotlivými právními předpisy“.

obdobných ustanovení má význam pouze v případech statistického pojetí práva, které nereflektuje ani původní úkol rozhodování spočívající v nalézání (konkrétních) pravidel, které je na takovém zákonodárném pokynu nezávislé, ani odstupňování a mnohotvárnost komponent řádu v každém zákoníku.⁶⁰ Podle Essera je význam takových ustanovení, jako je § 7 ABGB, především v tom, že vytváří monopol všezahrnujícího zákonného práva, které je v každé situaci „po ruce“ a má a musí být použito. „Proto je každý odkaz na jurisprudenci a doktrínu jako pramen práva zakázán“.⁶¹ V tom spočíval jeden z hlavních významů tohoto ustanovení, který se nezdá být těmi, kdo hodnotí období pozitivismu 19. a počátku 20. století, příliš reflektován. Ba dokonce se zdá, že tomuto ustanovení byla přisouzena úplně opačná úloha, než kterou ve skutečnosti mělo. „Avšak ukazuje se, že právní principy, které nejsou imanentní součástí právního řádu kvůli nemožnosti jejich pozitivizace až dosud rakouskými nejvyššími soudy k zaplnění mezer použity nikdy nebyly.“^{62,63} Navíc, jak poznamenává F. Röhl, představa o bezmezerovitosti právní úpravy nevyplývala z přesvědčení zákonodárce o úplnosti jeho normotvorného počínu, ale ze zákazu *denegatio iustitiae*.⁶⁴

Je samozřejmě možné, že později byl problém výrazně zjednodušen na postulát přísné vázanosti soudce zákonem. Že tomu tak být nemuselo, resp. být nemělo, je z řečeného zřejmé. Pokud by však ani to nebylo dostatečně přesvědčivé, lze citovat judikaturu uváděnou Roučkem a Sedláčkem: „Právní řád spočívá na řádu mravním. Zákonodárce poukázav v § 7 o. z. o. na „přirozené právo“, jímž zřejmě myslí příkazy obecného lidského svědomí, praktické morálky, jak je sociální spolužití lidí od věku vyvinulo, takže se nám zdají vrozeny, pročez místo nich mluvíme přímo o právním citu, poukázav tedy na toto přirozené právo jako pramen práva pozitivního, na zdroj, z kterého čerpati máme, když nás jeho pozitivní normy úplně opouštějí, ustanovil tím zároveň svrchované vykládací pravidlo pro případ, kdy nás jeho pozitivní normy zůstávají v pochybnostech; i pochybný případ dlužno rozhodnouti tak, aby to odpovídalo obecnému lidskému citění, z něhož on sám své normy čerpal. Druhdy i to může

Rouček, F., Sedláček, J.: cit. dílo, str. 145. Ve stejném duchu, tj. zejména jako nástroj pro „odstraňování“ mezer v právu popisuje význam § 7 ABGB V. Knapp: Řešení problému tzv. mezer v právu ve velkých buržoazních kodifikacích, Sborník z konference, Praha 1988, str. 273-279.

⁶⁰ Esser, J.: cit. dílo, str. 149.

⁶¹ Tamtéž.

⁶² Jacoby, S.: *Allgemeine Rechtsgrundsätze: Begriffsentwicklung und Funktion in der Europäischen Rechtsgeschichte*, Berlin, Duncker und Humboldt, 1997, str. 90.

⁶³ Srov. též Knapp, V.: Přínos středoevropského soudnictví k evropské právní kultuře, *Právník* č. 9/1993, str. 733: „Důvody nepřilíš častého používání závěru § 7 ABGB vidím v něčem jiném. Předně to asi byly rozpaky nad pojmem „přirozené zásady právní“...“

⁶⁴ Röhl, K. F.: *Allgemeine Rechtslehre*, Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann, 1994, str. 303.

sice býti obojetné a pochybné, ale právo aspoň nesmí urážeti nikdy nepochybný a nepopíratelný, všeobecně uznávaný příkaz praktické morálky.“⁶⁵

Jen obtížně lze podle mého soudu lépe vyjádřit širokou škálu okolností, k nimž bylo možno přihlédnout při řešení případů, který bychom moderní terminologií mohli označit za „obtížné případy aplikace práva“. Je sice patrné, že podmínky pro použití širokého argumentačního aparátu byly v tomto ustanovení nastaveny poměrně úzce, neboť k odkazům na přirozené principy právní bylo možno se uchýlit až v případech, kdy právní případ nebyl dostatečně jasně vyřešen v textu zákona. Ve srovnání s některým z dnešních pojetí právních principů by tak nemohl být odkazem na právní princip vyvrácen jasný a nesporný význam právní normy, což, jak bude ukázáno dále, se v určitých případech děje.⁶⁶ Přesto si svůj význam toto ustanovení udrželo a bylo tak aplikováno. Nedochovalo k tomu možná ve velkém počtu případů, přesto byl jeho význam zejména z dnešního pohledu značný.

III. 1. 1. 2. Doba „moderní“

„Právo z pohledu soudce bylo tvořeno toliko zákony, eventuálně jinými právními předpisy. Jen to bylo právo v novém „marxistickém“ slova smyslu, relevantní pro soudcovskou aplikaci zákonů.“ píše Z. Kühn, když shrnuje základní východiska tzv. nového socialistického formalismu 70. a 80. let. „Socialistická právní rétorika, byť skrytá pod hávem několika marxistických frází, nebrala v potaz nic jiného než text zákona“.⁶⁷ O výlučnosti zákona sice Kühn hovoří v souvislosti s výtčtem potencionálních pramenů práva a zdůrazňuje, že socialismus odmítá jakoukoliv roli soudního precedentu a právní principy mají význam pouze v případech, kdy jsou výslovně uvedeny v kodexech nebo preambulích kodexů atd., je však možné dosah takového tvrzení vztáhnout i na obsah právních předpisů.

Nedomnívám se, že tato charakteristika o ztotožnění práva se zákonem je přesná. Stejně jako je tomu dnes, i tehdejší právní předpisy obsahovaly odkazy na různé prvky stojící po obsahové stránce mimo text zákona. Již v roce 1969 píše V. Knapp stať, ve které dovozuje,

⁶⁵ Rouček, F., Sedláček, J.: cit. dílo, str. 146.

⁶⁶ Rozhodnutí rakouského Nejvyššího soudu ze dne 26. 6. 1901: „... tento předpis (*miněno ustanovení § 7 ABGB*) je možné použít pouze v případech, kdy se v zákoně nachází zjevná mezera, která nemůže být sama vyplněna způsobem, který stanoví první věta tohoto ustanovení“. Vlastní překlad podle Jacoby, S.: cit. dílo, str. 95-96. Tento citát není v rozporu s tvrzením uvedeným v textu, totiž že § 7 ABGB nebyl rakouskými soudy použit k zaplnění mezer v zákoně. Nechtělo se tím totiž říci, že by tento účel ustanovení § 7 též mít nemělo. Účelem bylo pouze vyjádřit, že k tomu v praxi nedocházelo.

⁶⁷ Kühn, Z.: Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace, Analýza příčin postkomunistické právní krize, C. H. Beck, Praha 2005, str. 83 a 84.

že „... vliv soudního rozhodování na vývoj práva je nepochybný a nepopíratelný.“⁶⁸ Uvádí řadu příkladů, ze kterých je jasně patrné, jakými proměnami prochází právní řád v důsledku činnosti soudců, která se nepochybně, jak ukazuje, neopírala o „jasný“ text zákona.

Není zde cílem ukázat na případné omezené pojetí pramenů práva, ale především na to, že i takto chápané právo umožňovalo používat argumenty, které se z hlediska formálního dají přirovnat k argumentům hodnotami, principy apod., neboť jejich obsahové určení se v některých případech v „psaném“ právu bez dalšího prostě nalézt nedalo. Odkaz na tyto prvky v psaném právu sice existoval, avšak zjištění jejich významu již nebylo věci zkoumání významu slov v právním předpisu, ale určování jejich obsahu podle jiných kritérií. Rozdíl oproti současnému stavu nespočívá v tom, že takové argumenty měly oporu v zákonném textu⁶⁹, o to tu nyní neběží. Podstata spočívá v tom, že tyto argumenty používané být mohly. Za všechny poslouží příklad pravidly socialistického soužití (čl. VI občanského zákoníku č. 40/1964 Sb.). Pravidly socialistického soužití se odůvodňovalo například to, že rozvedenému manželovi není potřeba zajišťovat náhradní byt, pokud může užívat byt svého nového manžela, neboť by to bylo v rozporu právě s těmito pravidly (rozsudek NS ČSSR Rc 107/76). V dnešním pojetí se zcela totožný závěr opírá o rozpor s dobrými mravy (rozsudek NS ČR sp. zn. 26 Cdo 1428/98, resp. rozsudek NS ČR sp. zn. 26 Cdo 1346/2000, kde se uvádí: „Vycházejí z právního názoru dovolacího soudu, podle něhož při posouzení nároku rozvedeného manžela, který má byt vyklidit, na bytovou náhradu z hlediska ust. § 3 odst. 1 obč. zák., je rozhodná nejen okolnost, že rozvedenému manželovi svědčí jiný právní důvod bydlení, ale i jiné okolnosti, nastalé po rozvodu manželství, ...“). Považuje-li se odkaz na dobré mravy za příkaz k aplikaci mimoprávních kritérií (mimoprávních z hlediska obsahového, nikoliv formálního), neexistuje důvod, proč by tomu tak nemohlo být u pravidel socialistického soužití.

Domnívám se, že není rozdíl mezi tím, zda hledáme zdroj takových argumentů v psaném právu, které označíme za výlučný pramen práva a následně mu propůjčíme obsah, který je ve své podstatě určen odkazem na určité hodnoty, nebo zda říkáme, že zdroj takových pravidel je mimo psané právo, že jde o nepsané principy apod.

⁶⁸ Knapp, V.: Soudcovská tvorba práva v socialistických zemích, Právník č. 2/1969, str. 86.

⁶⁹ Tím nemá být řečeno, že by takovou oporu i v dnešní době mít neměly. Zastávám stanovisko, že tomu tak musí být vždy.

III. 1. 2. Určení právních pravidel pro rozhodnutí soudcem

Zřejmě není sporu o tom, že jádrem každého právního systému jsou pravidla chování, která se označují jako právní normy. Typické pro ně je relativně snadné určení jejich existence v právním řádu, a to proto, že jsou obsaženy v pramenech práva ve formálním slova smyslu, jejichž určení je provedeno samotným právem. To znamená, že je lze určit podle jejich vnější, formální charakteristiky v právu obsažené. Je přitom nerozhodné, jakou formu na sebe právní normy berou, zda jsou obsaženy v právním předpisu či například v soudním rozhodnutí. Rozhodující je pouze to, zda právní řád existenci pramene, v němž jsou obsaženy, uznává.

Otázkou, jak určit právní normu podle formy, nebo-li jak určit, které pravidlo chování je právní normou, se zabývají různé teorie. Relativně propracovaná a v zásadě logická je například Kelsenova teorie základní normy⁷⁰ (*Grundnorm*), která je základem všech dalších právních norem od ní odvozených. Existence základní normy je spojena s představou o stupňovité výstavbě právního řádu, podle níž lze určité pravidlo chování (normu) považovat za součást systému (právního řádu), pokud lze „její platnost převést na základní, tento řád ustavující normu“. Kelsen rozlišuje dvě možné varianty převodu určité normy na vyšší normu. První variantou je odkaz na vyšší normu určený obsahem normy nižší, který lze zobecnit v normě vyšší.⁷¹ Tak je tomu například u norem etických. Naproti tomu u norem právních je „převod“ uskutečňován prostřednictvím formy právní normy, neboť obsah práva může být libovolný. Základní norma ve formálním významu je proto pravidlem, podle něhož se vytvářejí normy právního řádu „stanovením základní skutkové podstaty pravotvorby. „Převádějí-li se jednotlivé normy určitého právního systému na normu základní, děje se tak tím způsobem, že se zjišťuje, zda tvorba těchto jednotlivých norem dala se v soulase se základní normou.“⁷²

Problém, který lze považovat za deficit této teorie, spočívá v tom, že *Grundnorm* je považována pouze za hypotetickou základnu, kterou je možné předpokládat, nikoliv zcela přesně identifikovat. Její existenci již nelze odvodit od jiné právní normy.

V zásadě stejný charakter, který má u Kelsena základní norma, má u Harta tzv. pravidlo uznání (*rule of recognition*)⁷³. Pravidlo uznání plní u Harta úlohu „léku“ proti

⁷⁰ Kelsen, H.: Ryzí nauka právní, Metoda a základní pojmy, Orbis, Praha – Brno 1933, str. 32-38.

⁷¹ Jako příklad uvádí normu „nemáš jinému ubližovati“, kterou lze převést na normu „máš milovat ostatní lidi“, tamtéž str. 32.

⁷² Tamtéž, str. 33.

⁷³ Hart, H. L. A.: The Concept of Law, Clarendon Press, Oxford 1998, str. 94.

nejistotě při určování toho, jaká pravidla v určité společnosti platí. Hart popisuje fungování pravidel chování ve společnosti, ve které neexistuje ani zákonodárce, ani soudci, ani úředníci. Přesto však v takové společnosti určitá pravidla chování platí, resp. musí platit, protože pokud by tomu tak nebylo, nemohli by jedinci tvořící tuto skupinu koexistovat. Pravidla chování, která v takové sociální skupině platí, omezují například svobodu každého jejího člena v užití násilí proti jinému členovi společenství, zakazují krádeže a jiná podobná pokušení, případně ukládají pozitivní povinnost vykonávat určité služby či se jinak přičinit o společný zájem. Všechna tato pravidla označuje Hart jako pravidla primární. V primitivních společnostech existují pouze primární pravidla, která jsou po obsahové stránce určena zájmem oné společnosti na přežití. V každém případě, pokud tato pravidla mají platit, musí být akceptována většinou společnosti, takže menšina, která s nimi nesouhlasí, je k jejich dodržování donucena například ze strachu. Podle takto utvářených pravidel však mohou žít jen relativně malé komunity, jejichž členové budou mít v podstatě stejné zájmy, představy, cíle atd., takže míra sociálního tlaku na dodržování takových pravidel, který působí na jednotlivé členy, bude dostatečně velká. V prostředí jiné společnosti, ne tak homogenní, ale naopak rozvrstvené, musí soubor takových pravidel vykazovat určité nedostatky vedoucí k jeho nefunkčnosti.

Prvním deficitem takto utvářeného souboru pravidel (nelze totiž hovořit o jejich systému či řádu založeném na jednotícím kritériu) je *nejistota* o tom, která pravidla právní řád tvoří. Druhým deficitem je *statická povaha* takového souboru pravidel. Nakonec třetím deficitem je *neučinnost* tohoto souboru pravidel. Všechny uvedené vady primitivního souboru pravidel je možné odstranit, pokud k primárním pravidlům připojíme pravidla sekundární, což jsou pravidla jiného druhu, jejichž existence propůjčuje pouhému souboru pravidel chování znaky (právního) systému. Jejich hlavním znakem je to, že se týkají právě primárních pravidel, vztahují se výlučně k nim a tvoří s nimi jednotu. Zatímco primární pravidla určují, co jednotlivci musí nebo nesmí dělat, sekundární pravidla primární pravidla určují, upřesňují nebo naopak vylučují způsob, jak lze definitivně dospět k závěru o jejich porušení.

Nástrojem k odstranění prvního nedostatku je sekundární pravidlo označené jako pravidlo rekogniční. Druhý deficit, statický charakter, je odstraněn existencí tzv. pravidel změny. Nakonec neefektivita souboru primárních pravidel, vyvolaná rozptýleností sociálního tlaku na ty, kdo porušují primární pravidla, je odstraněna existencí pravidel rozhodování, která svěřují rozhodování o porušení primárních pravidel do rukou některých osob.

Rekogniční pravidlo může být jednoduché či komplexní, může mít podobu psanou či nepsanou, v každém případě musí být považováno za autoritativní.⁷⁴

Hartova teorie rekogničního pravidla však trpí v zásadě stejným neduhem jako Kelsenova představa o existenci základní normy. Rekogniční pravidlo totiž zpravidla není výslovně formulováno. Jeho existence se pouze odvozuje od způsobu, jakým jsou identifikována jednotlivá pravidla podle něj určená, a to těmi, kteří jsou k tomu oprávněni. Právě ti uznáním určitého pravidla chování za součást práva vyjadřují své přesvědčení o tom, které prvky tvoří právo, čímž formují rekogniční normu. V případě samotné rekogniční normy však již nelze hovořit o její platnosti či neplatnosti. Otázka platnosti (validity) je otázkou, kterou se řeší vztahy uvnitř souboru pravidel vymezeného odkazem na rekogniční normu. Nelze zodpovědět otázku o platnosti rekogniční normy. Rekogniční norma je tudíž prostě uznávána jako vhodná pro určení validity jiných pravidel⁷⁵ a její platnost proto nelze dovést. Lze o ní učinit dva druhy výpovědí, a to výpověď učiněnou „zevnitř“ právního systému a nebo výpověď učiněnou „zvenčí“. V prvním případě půjde o pravidlo, podle kterého bude určována validita jiných pravidel. V druhém případě pozorovatel stojící mimo právní řád prohlásí, že tato norma existuje s ohledem na skutečnost, že se podle ní postupuje.

Kelsenova a Hartova teorie nese společné znaky v tom, že určuje okruh právních norem tvořících určitý právní řád podle formálního kritéria, tj. v zásadě podle vnější formy, kterou je právní norma identifikována jako součást takového právního řádu. Kelsenovo pojetí je pojetí ryze hierarchické, zatímco Hartovo pojetí je svým způsobem difúzní, protože rekogniční norma je v podstatě určována činností všech osob, které se na vytváření právních norem a jejich používání podílejí.

Pro potřeby popisu způsobů aplikace práva je podle mého mínění takové pojetí jednak příliš široké, jednak nepomůže ve všech případech s identifikací příslušnosti pravidla k právnímu řádu. Pokusím se to ukázat dále. Jak Kelsen, tak Hart se totiž pokoušejí vytvořit obecnou teorii zdůvodňující existenci a obsah právního řádu. Obsahem právního řádu se zde ovšem míní pouze soubor právních norem, nikoliv to, jaké chování skutečně předepisují. Snaží se vysvětlit, proč právo (soubor právních norem) vůbec platí a jak je možné určit, která pravidla do něj patří. Tato pravidla jsou však, jak bylo řečeno, identifikována v podstatě pouze formou. U Kelsena tím, že byla vytvořena způsobem odpovídajícím základní normě, u Harta tím, že jsou uznávána jako existující vzhledem k tomu, že jsou užívána, jejich užívání se považuje za potvrzení existence rekogničního pravidla, jehož obsah je formulován právě

⁷⁴ Tamtéž, str. 91-99.

⁷⁵ Tamtéž, str. 109.

tím, že jsou jiná pravidla užívána. V konečném důsledku se proto Hartova teorie pohybuje v kruhu, protože rekogniční pravidlo je z hlediska obsahového tvořeno tím, že se podle něj určuje validita norem a to, že se určuje validita norem určitým způsobem, se považuje za potvrzení jeho existence. Jinak řečeno, Hart i Kelsen odůvodňují existenci práva jako takového, což je pro účely zkoumání aplikace práva v zásadě zbytečné, protože soudce nemá v řadě případů vůbec žádný důvod pochybovat (což koneckonců Hart opakovaně zdůrazňuje⁷⁶) o tom, které právní normy tvoří právní řád.

To, co do procesu aplikace práva vnáší pochybnosti a co je klíčové, je otázka, které argumenty má či může soudce použít při rozhodování individuálního případu, pokud jejich použití není jednoznačně určeno kritérii formální validity. Většinou totiž není sporu o tom, že určitý argument je součástí právního řádu (argumentem zde myslím existenci právní normy, právního principu, ale například i určité hodnoty apod., pomocí které lze případ rozhodnout).

Lze to demonstrovat na příkladech uváděných Dworkinem⁷⁷, které dobře poslouží už z toho důvodu, že jde o případy opírající se jak o právo zákonné, tak o právo soudcovské. Prvním z těchto případů je případ Elmerův. Elmer otrávil svého děda, protože věděl, že by mohl změnit závěť, která byla psána v Elmerův prospěch. Ti, kdo by dědili podle zákona, pokud by závěť neexistovala, žalovali vykonavatele závěti a tvrdili, že právo nedává Elmerovi nárok na dědictví, jelikož zavraždil zůstavitele. Zákon, který upravoval pořizování závětí, neobsahoval žádné ustanovení o případech, kdy bude zůstavitel zavražděn obmysleným. Elmerův zástupce argumentoval tím, že Elmerovo jednání a ani závěť neodporovaly zákonu, takže pokud by soud žalobě vyhověl, nahrazoval by text zákona svým vlastním morálním přesvědčením.

Výsledek tohoto sporu je dobře známý. Většina soudců Nejvyššího soudu státu New York se přiklonila k výroku směřujícímu proti Elmerovi, a to s odůvodněním, že součástí zákona (míněno ovšem v širokém slova smyslu, nikoliv pouze textu zákona o pořizování závětí) je též princip, že nikdo nemůže mít prospěch z vlastního protiprávního jednání (*nemo turpitudinem suam allegare potest*). Toto pravidlo je známé už z dob římského práva, byť možná v modifikované podobě⁷⁸, a s jeho použitím bylo žalobě podané dědici proti Elmerovi vyhověno. Spor nebyl, domnívám se, v tomto případě o tom, zda princip *nemo turpitudinem suam allegare potest* je či není součástí práva. Ani soudce Gray, který hlasoval ve prospěch Elmera opíraje se přitom o text zákona, ze kterého nebylo možné nijak dovodit, že by vrahové

⁷⁶ Tamtéž, str. 101.

⁷⁷ Dworkin, R.: *Law's Empire*, London 1991, str. 15-33.

⁷⁸ Marc. D. 35, 1, 20: *Turpes condiciones remittendae sunt* (K hanebným podmínkám netřeba přihlížeti). Je otázkou, zda spíše nebylo použito pravidlo *ex iniuria ius non oritur*.

neměli dědit po svých obětech, jistě neuvažoval o tom, že by bylo možné poskytnout ochranu tomu, kdo se dopustil protiprávnosti (resp. hanebnosti, vyjdeme-li z původního významu slova *turpitude*). Jinými slovy, jistě by netvrdil, že platí, že jakékoliv hanebné, nečestné nebo jinak v širším smyslu protiprávní jednání (*wrong*) může požívat ochrany. Domníval se pouze, že zákon použití tohoto pravidla v daném případě vylučuje.

Podstata věci je podle mého mínění taková, že nikdo ze soudců nepochyboval o tom, že pachatel protiprávního jednání nemá být poskytnuta ochrana, čili že by neexistovalo pravidlo *nemo turpitudinem suam allegare potest*, dva ze sedmi soudců však pochybovali o tom, že uplatnění tohoto pravidla má své místo.⁷⁹

Pokud bychom aplikovali Hartovu rekogniční normu na tento případ, z rozhodnutí soudců bylo patrné, že zásada *nemo turpitudinem suam allegare potest* splňuje kritéria stanovená rekogniční normou a je proto součástí práva. Pochybnosti však vznikly o tom, zda může být na daný případ použita (minimálně u dvou soudců).⁸⁰ Právní pravidlo tedy formální test validity splnilo, zda však mělo být skutečně aplikováno, je otázka jiná, na kterou není ani *Grundnorm*, ani *rule of recognition* schopna dát odpověď. Podporu pro závěr, že aplikováno být má, lze shledat například v systematickém výkladu, který vyžaduje zohledňovat v úvahu přicházející pravidla. Pokud se dosáhne shody, že určité pravidlo je součástí práva, systematický výklad vyžaduje, aby bylo použito. Věc však není tak jednoduchá. Shody o tom, že zásada *nemo turpitudinem suam allegare potest* je součástí práva, bylo pravděpodobně dosaženo, avšak relevance tohoto pravidla pro konkrétní případ byla sporná. Ani systematický výklad vyžadující zohlednit uvedený princip tak v konkrétním případě jednoznačné řešení neposkytuje.⁸¹

Druhý Dworkinem uváděný případ je *Snail Darter Case*⁸². Podstata tohoto případu spočívala v tom, že Kongres Spojených států přijal zákon o ochraně ohrožených druhů zvířat. Státní sekretář pro vnitřní záležitosti měl podle zákona určit živočišné druhy, které byly podle jeho názoru ohroženy vyhoubením z důvodu zničení jejich přirozeného prostředí. Následně měly všechny státní orgány podniknout všechna opatření k tomu, aby aktivity jimi řízené či

⁷⁹ Dworkin to shrnuje takto: „Soudce Gray pravděpodobně souhlasil se soudcem Earlem, že právo by bylo lepší, kdyby upřelo Elemerovi právo na dědictví, avšak nesouhlasil s tím, že právo tak skutečně činí.“ Dworkin, R.: cit. dílo, str. 36.

⁸⁰ Dworkin sám používá tento případ k demonstraci způsobu, jakým se též dá zákon vykládat. Velkou pozornost věnuje například tomu, co se v kontinentálním právu považuje za pochybné, a to je zkoumání zákonodárcova úmyslu. Viz Dworkin, R.: cit. dílo, str. 45 an., str. 313 an.

⁸¹ Rozpor, na který bude poukázáno dále (kap. III. 3. 1. 7.), pramení z toho, že se zde střetává z hlediska institucionálního relativně slabší argument právní principem a institucionálně silný argument absencí explicitně vyjádřené právní relevance skutku spočívajícího ve vraždě zůstavitele, která nasvědčuje tomu, že takové jednání je z hlediska dědického práva právně irelevantní.

⁸² Dworkin, R.: cit. dílo, London 1991, str. 20.

financované neohrozily další existenci těchto ohrožených druhů. Skupině ochránců přírody se podařilo dosáhnout, že se na seznamu ohrožených druhů ocitl i *Snail Darter*, „ryba tři palce dlouhá, nijak krásná a bez valného přírodovědeckého významu či hodnoty z hlediska ekologického“. Její existence byla ohrožena stavbou přehrady v hodnotě více než 100 milionů dolarů, která měla změnit hydrologické poměry v řece, jež byla jediným sídlištěm tohoto druhu ryby. Státní sekretář následně rozhodl o tom, že práce na stavbě přehrady, která byla těsně před dokončením, mají být zastaveny, čemuž ostatní úřady bránily, stejně jako se proti takovému postupu postavil Kongres s odůvodněním, že text zákona se netýká již zahájených prací. Nejvyšší soud USA přesto rozhodl o tom, že stavba má být zastavena,⁸³ což zdůvodnil tím, že je-li text zákona jasný, není soud oprávněn jeho význam měnit. Dissent proti tomuto rozhodnutí argumentoval tím, že většinová interpretace je absurdní. V případech, kdy výklad zákona vede k absurdnímu důsledku, je potřeba najít jeho význam alespoň trochu odpovídající obecnému rozumu a respektující obecné blaho. Argument obecným blahem se opíral o to, že vynaložené prostředky, a to nikoliv malé, budou vyplývány.⁸⁴

Z hlediska, o které zatím jde, nastoluje tento případ otázku, zda mohl být v soudcovském rozhodování použit argument veřejným zájmem na podporu proti vyplývání velkého množství veřejných prostředků. Závěr byl v tomto případě negativní, totiž že takový argument nelze použít proti výslovnému textu zákona. Přitom si jistě nikdo ze soudců, kteří rozhodli o zastavení stavby, nemyslel, že je správné, aby byly veřejné prostředky dosud na stavbu vynaložené, vyplývány. Dalo by se proto říci, že pravidlo o tom, že veřejnými prostředky nemá být plýtváno, splňuje test rekogniční normy (alespoň dva soudci se domnívali, že to je relevantní argument) a je z tohoto důvodu součástí práva. Pochybnosti vznikly opět pouze o tom, zda toto pravidlo mělo být použito.

Dalším případem je případ *paní McLoughlinové*, která žalovala řidiče, jenž při dopravní nehodě zranil jejího manžela a děti, o odškodnění za újmu, kterou utrpěla při duševním otřesu poté, kdy několik hodin po havárii v nemocnici spatřila, jaký je zdravotní stav jejích blízkých. Žaloba se opírala o několik dřívějších rozhodnutí, kdy byla satisfakce v podobných případech přiznána. Rozdíl však spočíval v tom, že v těchto případech byla vždy osoba, která utrpěla duševní újmu, přímo na místě nehody od počátku nebo tam dorazila několik málo minut poté. Soud rozhodl, že takové případy jsou hodné odlišení a satisfakci

⁸³ To ovšem vedlo k tomu, že Kongres následně přijal dodatek k zákonu, který stanovil pravidla procedury pro stanovení výjimek ze zákona.

⁸⁴ Dworkin používá tento případ stejně jako případ první k tomu, aby ukázal, jaké možnosti nabízí interpretace zákonů.

nepřiznal.⁸⁵ Odvolací soud rozhodnutí potvrdil, avšak opřel se o jiné argumenty. Uvedl, že dřívější rozhodnutí stanovila velmi omezenou míru odpovědnosti za duševní újmu, takže pokud by se rozsah potencionální odpovědnosti rozšířil, přineslo by to mnoho negativních důsledků pro společnost, například nárůst počtu soudních řízení vyvolaných podvodně těmi, kdo žádnou újmu neutrpěli, zvýšila by se cena pojištění odpovědnosti, což by pro řadu lidí učinilo řízení vozidel příliš drahým, případně by to chudším dokonce znemožnilo řídit, soudní spory v případech, kdy skutečně vznikla duševní újma, by se zkomplikovaly atd. Soud Sněmovny lordů toto rozhodnutí zrušil a nařídil nový proces, a to proto, že argumenty odvolacího soudu neshledal důvodnými. Nepovažoval tak za relevantní, že by se objevilo množství soudních sporů, že by se zvýšila cena pojištění odpovědnosti atd. Všechny tyto „účely“, kterými bylo argumentováno, byly prohlášeny za argumenty nepoužitelné. I v tomto případě by jistě bylo možné dovodit, že argumenty předložené odvolacím soudem byly odvoditelné od rekogniční normy. Jistě ani soudci Sněmovny lordů netvrdili, že by takové argumenty (resp. jim odpovídající pravidla) jako takové v právním řádu nemohly existovat. Šlo opět o to, že je nebylo možno použít v konkrétním případě, ačkoliv by test rekogniční normy splnily.⁸⁶

Obdobný případ, tentokrát z prostředí českého práva, se týká vztahu promlčení (§ 100 a násl. občanského zákoníku) a jednání, které je v rozporu s dobrými mravy (§ 3 odst. 1 občanského zákoníku). Otázka zní, zda je možné o námitce promlčení tvrdit, že je uplatněna v rozporu s dobrými mravy. Opět není sporu o tom, že obě pravidla jsou součástí právního řádu, neboť jsou obsažena v zákoně, takže test rekogniční normy by absolvovala úspěšně.

Otázkou však je, zda lze vůbec poukazem na rozpor s dobrými mravy zabránit tomu, aby nastaly účinky vznesené námitky promlčení, které by se projevily v tom, že soud by promlčené právo nepřiznal. Na první pohled je totiž jasné, že pokud dlužník namítá promlčení věřitelova práva, počíná si vždy v souladu se zákonem, protože možnost uplatnit námitku promlčení je v příslušných ustanoveních z tohoto pohledu nepodmíněná⁸⁷. Navíc lze vznést několik „principiálních“ argumentů ve prospěch institutu promlčení a možnosti jej bezpodmínečně uplatnit vždy, kdy uplyne stanovená promlčecí doba. Je to například princip

⁸⁵ Dworkin na tomto případě též ukazuje odlišná pojetí doktríny precedentu, která vystupuje ve dvou podobách závislých na čase a místě: buď jako tzv. striktní doktrína precedentu, která nutí soudce, aby se vždy dřívějšího rozhodnutí přidržel (je to rozhodnutí takového soudu, jehož rozhodnutím se přiznávají precedenční účinky), nebo jako uvolněná doktrína precedentu, která vyžaduje, aby se soudce dřívějšího rozhodnutí přidržel, neshledá-li dostatečně závažné důvody pro to, aby se od něj mohl odchýlit.

⁸⁶ Dworkin doslova říká: „Nemysleli si (soudci Sněmovny lordů), že by tyto účely byly relevantní v případě pani McLoughlinové.“ Dworkin, R.: cit. dílo, str. 28. V jiných případech by to relevantní argumenty být mohly.

⁸⁷ Samozřejmě s výjimkou toho, že v některých případech promlčecí doba neběží, případně neběží mezi určitými osobami atd.

právní jistoty, z něž v tomto případě vyplývá, že zájem na stabilitě právních vztahů požaduje, aby po určité době (jejíž délka závisí výlučně na zákonodárci) již nebylo možno určité nároky přiznat, dále například princip *neminem laedit, qui iure suo utitur*⁸⁸ (nikomu neškodí, kdo vykonává svoje právo). První rozhodnutí o vztahu dobrých mravů a námitky promlčení vydal Ústavní soud, který bez jakýchkoliv pochybností prohlásil, že „Ustanovení § 3 Občanského zákoníku, dle kterého výkon práv nesmí být v rozporu s dobrými mravy, platí i pro výkon práva vznést námitku promlčení.“⁸⁹ Další rozhodnutí soudů tento paušalizující a v odůvodnění nálezu nepříliš argumentovaný závěr doplnila o podmínky, za nichž je možné tvrdit, že vznesená námitka promlčení je v rozporu s dobrými mravy.

Pro demonstraci problému s určením pravidel, jež mají být při rozhodování použita, je zajímavé, že „nezvratný a nepochybný“ závěr Ústavního soudu byl následně relativizován.⁹⁰ Je samozřejmé, že aplikačním předpokladem ustanovení § 3 občanského zákoníku je závěr o tom, že určité jednání je v rozporu s dobrými mravy, pochybnosti však podle mého mínění mohou přetrvávat o tom, zda vůbec lze toto ustanovení na institut námitky promlčení použít. Z rozhodnutí Nejvyššího soudu totiž vyplývá, že jeho použitelnost byla zvažována v souvislosti s principem právní jistoty. To znamená, že Nejvyšší soud byl ochoten připustit, že právní normu vyloučí z aplikace právní princip. Uváděný příklad je proto nejenom

⁸⁸ Opět jde o princip římského práva, citován: Scaev. D. 2, 15, 3 pr.

⁸⁹ Nález sp. zn. II. ÚS 309/95. Je zajímavé, že v textu odůvodnění je Ústavní soud ještě striktnější, než v tzv. právní větě: „Dle ustanovení § 3 občanského zákoníku výkon práv nesmí být v rozporu s dobrými mravy, toto ustanovení pak dle názoru Ústavního soudu samozřejmě platí i pro výkon práva vznést námitku promlčení.“

⁹⁰ Srov. např. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 1839/2000: „Podle § 3 odst. 1 obč. zák. výkon práv a povinností vyplývajících z občanskoprávních vztahů nesmí bez právního důvodu zasahovat do práv a oprávněných zájmů jiných a nesmí být v rozporu s dobrými mravy. Smyslem tohoto ustanovení je zamezit výkonu práva, který sice odpovídá zákonu, avšak odporuje dobrým mravům, jež lze definovat jako souhrn společenských, kulturních a mravních norem, jež v historickém vývoji osvědčují jistou neměnnost, vystihují podstatné historické tendence, jsou sdíleny rozhodující částí společnosti a mají povahu norem základních (srov. rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 26. 6. 1997, sp. zn. 3 Cdo 69/96, publikovaný v časopise Soudní judikatura 8/1997 pod č. 62). Není tedy vyloučeno, že i takový výkon práva, který odpovídá zákonu, může být shledán v rozporu s dobrými mravy a že mu proto bude soudem odepřena právní ochrana. Na druhé straně však fungování systému psaného práva je založeno zejména na důsledném dodržování pravidel vyplývajících z právních předpisů a korektiv dobrých mravů nesmí být na újmu principu právní jistoty a nesmí nepřiměřeně oslabovat subjektivní práva účastníků vyplývající z právních norem. Postup soudu podle § 3 odst. 1 obč. zák. má proto místo jen ve výjimečných situacích, kdy k výkonu práva založeného zákonem dochází z jiných důvodů, než je dosažení hospodářských cílů či uspokojení jiných potřeb, kdy hlavní nebo alespoň převažující motivací je úmysl poškodit či znevýhodnit povinnou osobu (tzv. šikanozní výkon práva), případně kdy je zřejmé, že výkon práva vede k nepřijatelným důsledkům projevujícím se jak ve vztahu mezi účastníky, tak na postavení některého z nich navenek. Dobrým mravům zásadně neodporuje, namítá-li někdo promlčení práva uplatňovaného vůči němu, neboť institut promlčení přispívající k jistotě v právních vztazích je institutem zákonným, a tedy použitelným ve vztahu k jakémukoliv právu, které se podle zákona promlčuje. Uplatnění promlčecí námitky by se přičilo dobrým mravům jen v těch výjimečných případech, kdy by bylo výrazem zneužití tohoto práva na úkor účastníka, který marně uplynutí promlčecí doby nezavinil, a vůči němuž by za takové situace zánik nároku na plnění v důsledku uplynutí promlčecí doby byl nepřiměřeně tvrdým postihem ve srovnání s rozsahem a charakterem jim uplatňovaného práva a s důvody, pro které své právo včas neuplatnil. Tyto okolnosti by přitom musely být naplněny v natolik výjimečné intenzitě, aby byl odůvodněn tak významný zásah do principu právní jistoty, jakým je odepření práva uplatnit námitku promlčení.“

příkladem o vztahu dvou právních norem, ale i o vztahu právní normy a právního principu. Je otázkou, zda by Ústavní soud byl ochoten připustit, že právní norma, která má být „samozřejmě“ aplikována, může být vyloučena principiálním argumentem.⁹¹

Vyjde-li z ustanovení § 3 odst. 1 občanského zákoníku, zjistíme, že zákaz výkonu práv v rozporu s dobrými mravy je formulován jako bezpodmínečný. Nabízí se proto opačná otázka, totiž zda je přípustné aplikovatelnost tohoto ustanovení vyloučit poukazem na princip právní jistoty, jak činí Nejvyšší soud v citovaném rozsudku. Jeho úvahu lze analyzovat ve čtyřech krocích:

1. Zákon umožňuje za všech okolností vznést námitku promlčení.
2. Je-li splněna podmínka, že výkon práva (námitka promlčení) je v rozporu s dobrými mravy, lze uvažovat výjimečně o tom, že námitka promlčení nebude akceptována.
3. Námitka výkonu práva v rozporu s dobrými mravy nebude akceptována tehdy, naruší-li její akceptace právní jistotu.
4. Narušení principu právní jistoty lze připustit pouze tehdy, je-li rozpor s dobrými mravy natolik zjevný, že výkon práva je zcela neakceptovatelný.

Stejně jako v předcházejících případech zahraniční provenience je patrné, že sporná otázka spočívá v tom, které argumenty mohou být použity, nikoliv v tom, že by některý z argumentů nebyl součástí práva. Rekogniční norma nám tak odpoví na otázku, která však zpravidla sporná není, neodpoví ovšem na otázku druhou, totiž která pravidla a kdy mohou či musí být použita.

Z předcházejícího textu by se mohlo zdát, že rekogniční pravidlo nemá pro aplikaci práva žádná význam. Tak tomu samozřejmě není, neboť rekogniční pravidlo pomáhá s výběrem právních argumentů (pravidel), a rozděluje je na ty, kterou použity být mají (mohou) a na ty, u nichž to přípustné není, protože nejsou právními argumenty, jelikož nesplňují kritérium příslušnosti k určitému právnímu řádu.

Dworkin význam rekogničního pravidla zpochybňuje vůbec, neboť v případě, že by právo mohlo být identifikováno „jednoduchým testem toho, co je právem“, nutilo by to opomíjet důležitou roli standardů, které normami nejsou.⁹² Tato teze ovšem vychází

⁹¹ Snad by bylo možno na § 3 odst. 1 občanského zákoníku nahlížet též jako na princip, ale pak by bylo možno za princip označit jakékoliv ustanovení. (Např.: „Závazek má být splněn řádně a včas, pokud určité závažné důvody nesvědčí opaku.“ Taková reformulace je častým vyjádřením právního principu v kondicionální podobě. Srov. k tomu dále.)

⁹² Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1999, str. 22.

z Dworkinovy opozice proti právnímu pozitivizmu uznávajícímu za právo pouze právní normy identifikovatelné podle kritéria formální validity⁹³. Zároveň tak otvírá Dworkinovi cestu k rozvíjení teorií, které reflektují podle něj reálně existující širší argumentační rámec soudcovského rozhodování, který se neomezuje pouze na právní normy *stricto sensu*, ale zahrnuje i různé jiné standardy, které normami v tomto smyslu nejsou.

Dworkinovo negativní stanovisko k právnímu pozitivizmu je podle mého soudu jen relativní, protože i ta pravidla, která se z různých důvodů zdráháme označit za právní normy, musí být nutně právními pravidly, protože v opačném případě by se pravidla právní a neprávní smíchala do nepřehledné změti vzájemně se vylučujících pravidel. Jsem proto názoru, že i ta pravidla, která Z. Kühn označuje za „extralegální standardy“⁹⁴ musí kritérium validity, kterou je nutno rozumět příslušnost pravidla k právnímu řádu, splňovat. Ani Dworkin nepopírá, že by neexistovala hranice mezi právními a neprávními standardy, pouze ji velmi relativizuje.

Výhoda existence kritéria validity určitého pravidla se projeví právě v případě, kdy se zdá pochybné, jestli je takové pravidlo součástí práva, neboť nám pomůže dospět k příslušnému závěru, ať negativnímu či pozitivnímu. Lze to ilustrovat pomocí jednoduchého příkladu. Ideálem práva je jistě spravedlnost, která se považuje často za nejvyšší hodnotu. Spravedlnost jako vysoce abstraktní kategorie se může odrážet v řadě právních norem, principů či jiných standardů.⁹⁵ Pokud bychom spravedlnost jako takovou, bez jejího bližšího obsahového vymezení učinili součástí práva, znamenalo by to, že řada jiných pravidel, která jsou též součástí práva, bude se „standardem spravedlnosti“ konfrontována například s tím důsledkem, že budou prohlášena za neplatná, nebo bude jejich použití vyloučeno pro „nespravedlnost“.⁹⁶ Řada lidí si kupříkladu může myslet, že progresivní zdanění, kde výše daně stoupá v závislosti na výši příjmů, je nespravedlivé, neboť porušuje požadavek rovnosti lidí, který se považuje za součást hodnoty spravedlnosti. Znamená to snad, že všechna

⁹³ Dworkin, R.: *Law's Empire*, London 1991, str. 33-35.

⁹⁴ Kühn, Z.: *Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře*, Karolinum, Praha 2002, str. 76; toto označení není příliš vhodné, neboť se zdá, jak kdyby se tyto standardy nacházely mimo právo. Po formální stránce jsou ale podle mého mínění součástí práva. Jejich obsah je určován mimoprávními kritérii, to však není výsadou těchto standardů, neboť to může platit a platí i u právních norem. K tomu viz dále.

⁹⁵ Že nejde o příklad zcela fiktivní, dokládá tento úryvek z nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 20/05: „*Podrobíme-li argumentaci Nejvyššího soudu analýze ve světle těchto pravidel, docházíme k závěru, že Nejvyšší soud i další obecné soudy chybují, pokud odmítají poskytnout ochranu právům fyzických a právnických osob, které se na ně obrátily se žádostí o spravedlnost, ...*“ Rozhodování soudů by mělo být spravedlivé, ale podle jakého kritéria? Jediné spravedlivé kritérium při rozhodování je kritérium objektivní, které představuje právní předpis svojí vlastností obecnosti, která vyžaduje rozhodovat „ve stejných případech stejně“. Chybí-li zákon, jako tomu je v tomto případě, je otázkou, zda může soud najít „spravedlivé“ řešení. Srov. k tomu separátní votum soudce JUDr. Jana Musíla.

⁹⁶ K možným konfliktům pravidel srov. níže.

ustanovení daňových předpisů nerespektující v tomto ohledu rovnost, jsou neplatná? Samozřejmě nikoliv, respektive takový závěr by byl jistě absurdní. Řešení je třeba hledat v tom, že spravedlnost v naznačeném významu není součástí práva, neboť nespĺňuje kritérium formální validity.

Problém poznatelnosti hranic uspořádaného souboru právních pravidel tak přerůstá v otázku, zda je nutno právo považovat za systém **uzavřený** či **otevřený**, přičemž zpětně se tato otázka obrací k tomu, co je právem. Nepohybujeme se zde ale v kruhu, protože explikací jednoho pojmu lze explikovat pojem druhý.

III. 1. 3. Právo jako uzavřený či otevřený systém pravidel

Při popisování práva jako uzavřeného či otevřeného systému je potřeba nejdříve ujasnit, z jakého hlediska budeme k tomuto problému přistupovat. Uzavřeným systémem se rozumí takový soubor pravidel, jichž je konečný počet, což znamená, že tato pravidla se vztahují na určitý počet situací, variant lidského chování. Je-li právo systémem uzavřeným, lze určit, kterým skutečnostem budou právem přirazeny určité důsledky a kterým nikoliv. Oproti tomu systémem otevřeným se rozumí takový soubor pravidel, u kterých nelze určit uzavřenou množinu skutečností, na které se budou tato pravidla vztahovat a tím pádem nelze určit ani konečný počet pravidel, které právo tvoří. Takové pojetí uzavřenosti či otevřenosti systému práva je pojetím statickým, které má význam právě pro aplikaci práva.

Kromě toho lze k vymezení práva jako uzavřeného či otevřeného systému přistupovat z toho hlediska, zda je právo souborem pravidel, která nedoznávají žádných změn v čase z hlediska kvantitativního a kvalitativního, nebo zda je systémem v čase proměnlivým. Význam takového pojetí otevřenosti či uzavřenosti systému práva pro aplikaci práva je menší, nicméně jak se pokusím ukázat, nikoliv zanedbatelný. Při popisování povahy práva jako uzavřeného či otevřeného systému však bude stěžejní hledisko aplikační.

Určení povahy práva jako otevřeného či uzavřeného systému ovlivňuje řešení problému, zda lze přesně vymežit soubor právních pravidel, které právo tvoří, či nikoliv. Právo se skládá z pravidel různé povahy (či v širším smyslu standardů), jejichž úkolem je regulovat lidské chování. Vzniká otázka, zda počet pravidel tvořících právo je konečný, tedy uzavřený nebo nekonečný, respektive neuzavřený, tedy otázka, zda lze provést výčet toho, co je příkázáno, zakázáno nebo dovoleno právem, a ačkoliv by to byl úkol nesnadný, vytvořit tak k určitému okamžiku uzavřenou množinu variant lidského chování regulovaných právem

s tím závěrem, že všechny ostatní možnosti a způsoby chování by již byly mimo sféru *právní regulace*, takže by nebylo možné použít státně mocenské donucení v jakékoliv podobě.⁹⁷

Pravidla, principy či jiné standardy jsou hlavním nástrojem sociální kontroly v každém lidském společenství. Aby mohly svůj účel plnit, musí být nutně generalizovány, protože takový systém společenské kontroly, který by stanovil zcela individualizované direktivy chování každému jednotlivci pro každý jednotlivý případ *ad hoc* by byl zcela nefunkční. Z tohoto důvodu se pravidla (práva)⁹⁸ vztahují na určité třídy případů či osob nebo situací, které jsou identifikovány obecnými znaky.⁹⁹

Zároveň musí být tato pravidla svým adresátům sdělena. Forma, kterou se tak činí, může být v zásadě dvojitá. První z nich používá maximum generalizujících pojmů, druhá minimum.¹⁰⁰ V prvním případě jde o legislativu, v druhém případě o precedent. Ať už je použita jakákoliv forma sdělování, vždy se jako médium pro zprostředkování informací používá jazyk. Pravidla chování jsou tedy verbalizována a v této verbální podobě (ať již třeba psané, jako je tomu u zákonů či většinou u soudních rozhodnutí, nebo v podobě mluvené, jako by tomu mohlo být u právních obyčejů, ale třeba i u některých soudních rozhodnutí¹⁰¹) jsou sdělována těm, koho se týkají.

S právními předpisy je obecně spojována představa o jasnosti a jednoznačnosti právní regulace, přičemž se ale poukazuje na to, že zdánlivě jednoznačný text právního předpisu může mít více významů a proto připouštět více interpretačních závěrů. Nejčastěji se to přičítá použitým pojmům (slovům), jejichž význam může být různý,¹⁰² případně tomu, že jde

⁹⁷ Vztah státu a práva, resp. státněmocenské sankce ukládané při porušení právních pravidel jsou v tomto ohledu nejdůležitějším kritériem pro odlišení právních a mimoprávních pravidel chování. Nejde totiž o nic jiného, než o stanovení mezi přípustným zásahům státní (veřejné) moci do svobody jednotlivce.

⁹⁸ Samozřejmě nejen práva, ale i pravidla náboženská, jazyková a jakákoliv jiná.

⁹⁹ Srov. např. i definici právní normy, kterou se rozumí „obecně závazné pravidlo chování vytvořené či uznané státem“, přičemž obecností se rozumí, že se vztahuje na skupinu případů téhož druhu, avšak neurčitého počtu, in: Gerloch, A.: Teorie práva, 3. rozšířené vydání, Plzeň 2004, str. 37, kde se ovšem upozorňuje na to, že taková definice není zcela přesná.

¹⁰⁰ Hart, H. L. A.: The Concept of Law, 2nd edition, Clarendon Press Oxford 1998, str. 124.

¹⁰¹ Srov. např. řadu usnesení, která se pouze vyhláší při soudním jednání, aniž by musela být zachycena písemně, nebo se sice písemně zachytí, avšak takový zápis nemá již regulativní dopady na chování účastníků řízení. Koneckonců i rozsudek je závazný ve své ústně vyhlášené podobě a nikoliv v podobě psané. Jinou věcí ovšem je, že pouze psaná podoba zpětně vypovídá o tom, co bylo vyhlášeno ústně.

¹⁰² Srov. příklad uváděný Dworkinem, který vytváří toto hypotetické pravidlo: „Je trestným činem zdržovat se po setmění v okruhu 50 yardů od „banky“. Protože anglické slovo „bank“ může znamenat „peněžní ústav“ nebo také „břeh řeky“ (nikoliv např. moře, kdy se používá slovo „coast“), není jasné, kde vlastně je zakázáno se zdržovat. Pro Dworkina toto ovšem není obtížný či komplikovaný případ, neboť jde o pouhou sémantickou nejasnost. Pro něj jsou komplikované případy takové, kde se nám závěr plynoucí z jazykového vyjádření nezamlouvá, protože máme určitý důvod nemající vůbec původ v textu předpisu či jeho významu (například přesvědčení, že vrazi nemají dědit po svých obětech) se domnívat, že je prostě chybný. Dworkin R.: Law's Empire, London 1991, str. 351.

o pojmy abstraktní atd.¹⁰³ Právo sice disponuje různými interpretačními prostředky a pomůckami, které pomáhají nejasnosti odstranit, avšak to sama jsou pravidla, jejichž jednotlivé významy je potřeba vysvětlit, neboť mohou být sporná.

V případech, kdy je text právního předpisu zcela jasný a nepřipouští žádné pochybnosti ohledně svého významu, hovoří se při používání těchto pravidel v aplikačním procesu o tzv. uzavřených kondicionálních procesech.¹⁰⁴ Analýzy textu, jímž jsou pravidla chování sdělována, se opírají, jak je patrné, o ustálené významy jednotlivých pojmů. Pochybnosti pak vznikají v případech, kdy přichází v úvahu více významů určitého použitého pojmu. Až potud se zdá být určení charakteru práva jako otevřeného systému lehké pochopitelné a odůvodnitelné. Nikoliv všechna ustanovení právních předpisů, nikoliv všechna odůvodnění soudních rozhodnutí mají jasný význam. Ten je potřeba hledat, což je někdy nekontroverzní, jindy se to kontroverzní může stát.

Pozadí nastíněného problému je ale mnohem hlubší, než se obvykle uvádí. Je totiž potřeba si uvědomit, že významy jednotlivých pojmů (slov) jsou původně výsledkem pouze a jedině jejich *uzuálního používání*. F. de Saussure, ženevský lingvista (1857-1913), ve svém díle *Kurs obecné lingvistiky* popisuje vztah „označujícího“ (tj. pojem) a „označovaného“ (tj. význam) jako vztah arbitrární. „O principu arbitrárnosti znaku nikdo nepochybuje ...“¹⁰⁵. To znamená, že primární význam určitého pojmu („označujícího“) se původně utvářel v zásadě na základě konsensu, resp. úzu. Ve vztahu k jazykovému společenství, které pojem používá, je následně pojem používán v uzuálních významech způsobem, který již arbitrární není právě v důsledku vytvořeného úzu.

Lingvistika rozlišuje různé druhy významů slov. První z nich je význam *lexikální*, což je právě ten význam, který se utváří konsensuálně, resp. uzuálně, a jeho základem je arbitrární volba označujícího vůči označovanému. Dalším druhem významu slova je význam *strukturální*, který je daný vnitřní formou lexému, tedy slootovou strukturou u jednoslovných lexémů či strukturou syntaktickou u lexémů víceslovných. Jde tak o určité odvozování, které se řídí vnitřními pravidly jazyka. Základem odvozování je opět uzuální

¹⁰³ Typicky u Harta (Hart. H. L. A.: cit. dílo, str. 126), který říká, že pokud něco je dopravním prostředkem, pak je to jistě motorové vozidlo. Pochybnosti však mohou vyvstat, pokud bychom řešili, zda dopravním prostředkem budou například kolečkové brusle.

¹⁰⁴ Boguszak, J.: K teorii tvorby práva (hodnoty, normy, právní principy), Právnická fakulta UK 1348-1998, jubilejní sborník, PF UK Praha, 1998, str. 171: „Jestliže právní norma nepřipouští žádné uvážení při aplikaci, vznikají uzavřené a zároveň plně programované procesy. Rozhodovací situace je charakterizována těmito momenty: hypotéza je vyjádřena pomocí jen určitých, zcela konkrétních pojmů, a taxativně. Designáty pojmů použitých v normě (tj. to, co je jimi označováno) jsou vždy bez dalšího identifikovatelné. ... Obdobně ani dispozice neumožňuje uvážení. Rozhodnutími se tedy práva a povinnosti obecně vyjádřené v dispozici, ve vztazích adresátů pouze individualizují, nikoliv i konkretizují.“

¹⁰⁵ Saussure, de F.: *Kurs obecné lingvistiky*, Odeon 1989, str. 98 an.

význam pojmu, od kterého odvozujeme (např. „dům“ jako stavba se čtyřmi stěnami a střechou a od toho odvoditelný význam slova „domek“). Nakonec se rozlišuje význam *kategoriální*, určený na základě formálně významové stránky slova, jež spojuje formu slova s jeho významem.¹⁰⁶

Pro právo, stejně jako pro jiné specializované oblasti lidského počínání, je typické, že pracuje s určitou terminologií. Terminologizace představuje proces, jímž slovo odborné dostává odborný význam. K terminologizaci dochází v zásadě dvěma způsoby. První z nich je takový, že se vědomě význam určitého pojmu propracovává a postupně se z něj vylučují prvky, které pod pojem již nepatří, nebo se naopak prvky, které pod něj patřit mají, přidávají. Druhý způsob je opět konsensuální, kdy se určitý pojem opakuje v souvislostech tak dlouho, že se postupně už nijak jinak, než právě v onom významu, nechápe. Příkladem může být slovo „žalobce“, které je zřejmě i v obecném jazyce a nejen v právní terminologii spojeno s představou osoby podávající návrh (žalobu) k soudu, nikoliv obecně s tím, „kdo na někoho něco žaluje“.¹⁰⁷

Význam pojmů se přirozeně vyvíjí a mění, což je právě jev, se kterým je právo na straně jedné schopno pracovat¹⁰⁸, na straně druhé činí z práva potencionálně předmět snadné manipulace.

I definice různých pojmů, tedy vysvětlení jejich významů, jsou podávány slovy, jejichž jednotlivé významy jsou původně též výsledkem pouhého úzu. Pokud se problém domyslí do důsledku, zjistíme, že ani v právu nemohou existovat uzavřené kondicionální procesy. Pokud například zákon říká, že určitý delikt má být potrestán uložením pětiměsíčního trestu odnětí svobody a nepřipouští žádnou modifikaci, je pro právníka jasný závěr v tom, že je-li určeno, že delikt byl spáchán, pachatel stráví pět měsíců ve vězení. Problém je v tom, že může být zpochybněno, jak dlouhé časové období znamená měsíc. Může se říci, že měsícem se rozumí například 30 dnů. Lze se dále ptát, co znamená den (doba od východu slunce do jeho západu, nebo 24 hodin) atd.¹⁰⁹ Právo má, vzhledem ke své závislosti

¹⁰⁶ Němec, I.: Vývojové postupy české slovní zásoby, Academia, Praha 1968, str. 21 a násl.

¹⁰⁷ V podrobnostech srov. Poštolková, B.: Odborná a běžná slovní zásoba současné češtiny, Academia Praha 1984, str. 75 a násl.

¹⁰⁸ Příkladem je etymologie pojmu „kodex“. Žádný právník nezaváhá při jeho definici jako uspořádaném souboru právních norem upravujících uceleně právní problematiku určitého odvětví, které jsou přehledně seřazeny, uspořádány podle vnitřních kritérií a systematiky. Původní význam tohoto slova byl ovšem zcela jiný. Latinsky codex označoval špalek, z nějž se štípaly psací desky. Srov. Stručný etymologický slovník jazyka českého, SPN Praha 1978, str. 246, heslo kodex.

¹⁰⁹ Podobných příkladů lze vymyslet tolik, kolik lze v právním řádu shledat pravidel chování. Např. obecně uznávaný význam ustanovení § 16 ABGB, považovaného za jasný výraz existence přirozených práv člověka, které zní „*Každý člověk má vrozená, již rozumem poznatelná práva, a nutno jej tudíž považovati za osobu. Otroctví nebo nevolnictví a k tomu se vztahující výkon moci nejsou v těchto zemích dovolena.*“ lze snadno

na jazyku, z tohoto pohledu jednoznačně otevřenou strukturu, neboť jakýkoliv význam jakéhokoliv pojmu lze snadno vymyslet či určit, aniž by existovalo závazné a definitivní kritérium toho, zda je takový význam „správný“, protože jeho „správnost“ je z hlediska lingvistického určována primárně pouze zvykem, což je pro právní myšlení pojem velmi špatně uchopitelný a možno dokonce říci neslučitelný s povahou práva.¹¹⁰

Uvedený aspekt otevřenosti právního systému není zpravidla zmiňován. Otevřená povaha práva jako systému se nejčastěji zdůrazňuje právě v souvislosti s polysémií používaných pojmů v právním jazyce (Hart, Dworkin, Alexy¹¹¹), aniž by se výslovně upozomňovalo na podstatu a relativně snadnou změnitelnost jejich významu v obecném jazyce.

Za příčinu obtížné určitelnosti významu používaných pojmů se v některých případech považuje to, že nejsme schopni uchopit a definovat svět kolem nás takovým způsobem, aby pravidla nedávala alternativy chování, ale vždy bez jakýchkoliv pochybností stanovila, co má být. Pokud je právo tvořeno zákonodárcem (parlamentem či jiným orgánem přijímajícím právní předpisy), pak reguluje lidské chování do budoucna a musí se proto snažit předvídat pokud možno všechny situace, které v budoucnu mohou nastat. Právě relativně obtížná předvídatelnost budoucích situací vyplývající z potencionální nevědomosti o rozhodujících faktech může být jednou z příčin nedostatečnosti apriorní právní regulace. Druhou skutečností, která komplikuje snahu o důslednost a úplnost apriorní právní regulace může být relativní neurčitelnost či proměnlivost cílů, kterých bychom chtěli dosáhnout. „Pokud by

zpochybnit, řekneme-li, že člověk, který má tmavou barvu pleti, není člověkem. „I propána! Stalo se někomu něco? Ne, milostpaní, nikomu. Jenom to zabilo černocho. To to ještě dopadlo dobře, protože někdy přicházejí k úrazu i lidé.“ Tak se odvíjí konverzace mezi Huckleberry Finem a tetou Sally v knize Marka Twaina Dobrodružství Huckleberryho Fina.

¹¹⁰ Srov. též Kořenský, J., Cvrček, F., Novák, F.: Juristická a lingvistická analýza právních textů (právněinformatický přístup), Academia Praha 1999, str. 123, kteří v návaznosti na Hartovu a Fullerovu diskusi na téma, co se rozumí zákazem výskytu motorových vozidel v parku (zda to je pomník s tankem, vjezd vozu záchranné služby atd.) uvádějí, že „... všechny tyto otázky mají společný základ, neboť se řeší problém, zda daný předmět za určité situace spadá či nespadá pod ten či onen právní termín, popř. pojem. Přitom řešení není jednoznačné, neboť různou, ale přípustnou argumentací můžeme dospět k rozdílným závěrům. ... Podle našeho názoru a za výše uvedených předpokladů se v takovém případě vytváří vlastně nová definice významu právního termínu jako výsledek právní kvalifikace. Samotný proces tvorby nového termínu není racionálně beze zbytku rekonstruovatelný, neboť závisí na vnější sociální situaci, stylu právní argumentace dané doby, na tradicích právního posuzování atd.“ Právě ona nemožnost racionální rekonstrukce významu pojmu je základem otevřenosti systému práva. V hermeneutice je tento problém řešen, ovšem pouze zčásti, prostřednictvím tzv. předporozumění. To ovšem neřeší potencionální možnost přiřadit pojmu zcela jiný význam, než je význam obvyklý (uzuální) s tím důsledkem, že význam právní normy bude třeba i zcela opačný. Viz též Doležal, T.: Právní hermeneutika a problematika tzv. předporozumění, in: Gerloch, A.; Maršálek, P. (eds.): Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi, Praha 2003, str. 69-76.

¹¹¹ Alexy R.: Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Suhrkamp Verlag 1978, str. 1, který za důvody nemožnosti apriorního uchopení práva považuje: a) vágnost právního jazyka, b) možnost rozporu mezi normami, c) skutečnost, že existují kauzy vyžadující závěry neupravené žádnou existující právní normou, d) existence zvláštních případů možnosti rozhodnutí, které je v rozporu se slovy zákona v jakémkoliv možném myslitelném významu. Citováno dle Kühn, Z.: cit. dílo, str. 33. Jak je vidět, ani zde se nepočítá s „metaproblémem“ proměnlivosti významu používaných pojmů, hovoří se pouze o vágnosti právního jazyka, nikoliv o potencionální vágnosti jazyka jako takového.

svět, ve kterém žijeme, bylo možné definovat pomocí určitého (tj. *nikoliv neomezeného*) počtu znaků, a ty by nám byly ve všech svých kombinacích známy, pak by bylo možné utvořit pravidla pro všechny možné budoucí situace. Byla by to pravidla, jejichž používání na jednotlivé případy by nevyžadovalo žádnou další volbu. ... Takový svět by byl stvořen pro „mechanické“ nalézání práva.“¹¹²

Tato představa, i když jistě lákavá, je ale nerealizovatelná nikoliv z toho důvodu, že bychom nebyli schopni pochopit a popsat všechny podstatné znaky světa, ve kterém žijeme, protože z hlediska právního by to pravděpodobně možné bylo, byť způsobem zřejmě nikoliv nesporným¹¹³, ale právě z toho důvodu, že nám chybí prostředek, jak taková pravidla nesporným způsobem sdělovat. Jazyk je pro takový úkol vzhledem ke svému uzuálnímu charakteru nevhodný, neboť postrádá centrální autoritu, která by byla schopna potřebnou jistotu poskytnout.

Závěr, který z uvedeného vyplývá, není proto příliš optimistický, neboť je jisté, že potřebné jistoty v prediktabilitě chování nemůže být právní (a ani jinou) regulací lidského chování nikdy dosaženo již vzhledem k použitému způsobu jejího sdělování adresátům, který je ale jediný možný. Na druhou stranu, nechceme-li připustit, že právo je pouhou změť slov, jejichž význam je možné libovolně měnit (nebo spíše spatřovat vždy v něčem jiném), je potřeba vyjít právě z onoho ustáleného uzuálního významu jednotlivých používaných pojmů, jejich gramatických a sémantických vazeb.

Odhlédneme-li od jazykové stránky věci, můžeme shrnout, že příčinou otevřenosti právního systému je v první řadě způsob, jakým je právní regulace lidského chování prováděna. Právní regulace, aby vůbec mohla plnit svůj účel, musí být kompromisem dvou požadavků. Prvním z nich je požadavek stanovení relativně nesporných pravidel chování, která budou dodržována bez potřeby oficiálního zásahu ze strany státu. Právo proto musí vymezit určitý, pokud možno co nejširší okruh případů, kdy nebude sporné, jak se v takových situacích chovat, a to *ab initio*. Takové případy by měly převládat. Vzhledem k nemožnosti regulovat úplně všechny případy obecným a přitom co do výsledku nesporným způsobem, musí právo zároveň vytvářet možnosti pro autoritativní řešení sporných situací, které v konkrétních případech vyvstanou, což znamená, na rozdíl od prvního případu, že soulad určitého počínání s právem je posouzen *ex post*, takže jednající subjekty musí zvážit své jednání, přičemž se chovají s rizikem, že se jejich jednání ukáže jako protiprávní až následně.

¹¹² Hart, H. L. A.: *The Concept of Law*, 2nd edition, Clarendon Press Oxford 1998, str.128.

¹¹³ Představa Dworkinova Herkula nikoliv jako soudce, ale jako zákonodárce, neboť pokud Herkules hledá své odpovědi v právu, které ovšem může uchopit v jeho celistvosti pouze on, nabízí se otázka, proč by nebyl stejný systém pravidel schopen i vytvořit *pro futuro* jako normotvůrce.

V jistém smyslu jsou takové případy, kdy nemusí jít nutně o protiprávní jednání, ale o určení pravidel nikoliv obecně, ale individuálně, přímo právem předvídaný tím, že je dána možnost použít určitou míru diskrece.

V širším smyslu, než bylo dosud řečeno, který není vázán převážně na aplikaci práva, jako je tomu ve shora uvedeném rozsahu u Harta či Alexyho, hovoří o právu jako otevřeném systému C. Canaris, který chápe právní řád jako teleologický řád všeobecných právních principů.¹¹⁴ V jeho pojetí představují otevřenost systému práva (*Offenheit*) spolu s jeho dynamičností (*Beweglichkeit*) dvě vlastnosti, které jsou s právem v moderních představách nerozlučně spjaty. Canaris rozlišuje dva významy, ve kterých je pojem otevřenosti systému práva zpravidla chápán. V prvním významu se otevřenost systému práva v protikladu k jeho uzavřenosti spojuje na jedné straně s kazuistickým charakterem soudcovského práva, které je z povahy věci otevřené, na straně druhé s uzavřeností práva kodifikovaného. V druhém významu se otevřeností systému rozumí jeho neuzavřenost (*Unabgeschlossenheit*), schopnost vývoje, modifikovatelnost. V tomto ohledu může být každý právní systém považován za otevřený, neboť každý právní řád se neustále proměňuje, což je vlastnost obecně uznávaná. Otázkou však zůstává, v čem má změna systému svůj základ a v kterém ohledu je systém otevřený.

Otevřenost systému práva je v prvé řadě dána proměnlivostí nosných základů, na nichž je systém vybudován. V tomto ohledu je otevřený samozřejmě i systém práva kodifikovaného. V některých případech proto postačí, aby se změnily základní principy právního řádu či odvětví a v důsledku toho se změnil i právní řád jako takový, byť nedojde samozřejmě ke změně obsahu ostatních právních norem. Vzhledem k tomu, že jednota právního řádu, tedy to, že jde o systém, je podle Canarise dána principy, které základ práva tvoří a zároveň mu propůjčují jednotu, je jasné, že změnu práva vyvolá právě změna některého z jeho nosných prvků¹¹⁵. Proměna právního řádu tohoto druhu bývá zpravidla pozvolná a kontinuální, neděje se v náhlých krocích, a to i v případě, že právní řád neuznává soudcovskou tvorbu práva. I v takových právních řádech dochází ke změnám díky zásahům zákonodárce, a to například tak, že zákonodárce rozšíří určitý okruh povolených jednání, čímž se vytvoří nový princip, který bude přiřazen k okruhu principů patřících k nosným prvkům systému.

¹¹⁴ Canaris, C.-W.: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin 1969, str. 61 a násl.

¹¹⁵ Canaris v této souvislosti hovoří o „otevřenosti objektivního systému (práva) jako proměnlivosti základních hodnot právního řádu“, tamtéž str. 63.

Druhý aspekt otevřenosti práva je spojen s právní vědou a poznáváním jejího předmětu. Tento aspekt je pro tuto práci v zásadě nepodstatný.¹¹⁶

Přípustnost proměny práva jako objektivního systému je spjata se dvěma komplexními prvotními problémy, kterými jsou jednak platnost práva, jednak prameny práva v normativním smyslu. S nimi pak těsně souvisí otázka vztahu mezi „objektivně platným“ právem a jeho znalostí a používáním, neboť otázka, jaké jsou předpoklady a faktory určité změny objektivního systému, je totožná s přípustností změny platného práva vůbec, tedy s prameny práva.

Pokud jde o možnost změny práva, je to v souladu s tradiční naukou o pramenech práva především zákonodárce, který je povolán ke změně práva. V některých případech však nemusí jít o přímo zamýšlenou změnu práva, o bezprostřední zásah do jeho systému. Systémové změny v právu jsou často způsobeny změnami zcela jiného právního odvětví, než ve kterém se následně tyto systémové změny projeví. Právě v tom se velmi významně projevuje postulát hodnotové jednoty práva a tím i síla systémového myšlení. Příkladem může být teorie horizontálního účinku základních práv, v jejímž důsledku došlo k podstatným změnám například v systému soukromého práva; tato změna je přitom plně pochopitelná pouze na pozadí myšlenky o jednotě právního řádu.

Otázka však je, zda lze změny systému přičítat pouze zákonodárství, případně mezinárodnímu smluvnímu právu a zda lze všechny ostatní změny práva přičítat soudcovskému rozhodování (Canaris jako na další alternativu poukazuje též na proměny zvykového práva).

Již zmiňovaný *Drittwirkung* základních práv je právě výsledkem soudcovské činnosti, protože jej nelze bez dalšího vyrozumět z práva psaného¹¹⁷. Mnoho jiných příkladů lze nalézt například v judikatuře Evropského soudního dvora, který svým rozhodováním vytvořil podstatné znaky evropského práva.¹¹⁸ Mnoho právních institutů v dnešní podobě

¹¹⁶ Tamtéž, str. 62-63. V zásadě jde o to, že pozitivní právo je jev, který se proměňuje během své existence. Proto ani právní věda nemůže nikdy dospět k definitivnímu závěru o předmětu svého poznání. K otevřenosti práva ve smyslu neuzavřenosti vědeckého poznání se tak připojuje schopnost změny právního řádu sama o sobě. Otevřenost vědeckého bádání je spojena se samotnou podstatou vědy, protože věda se nikdy nemůže vyčerpat, a to minimálně do té doby, dokud předmět svého zkoumání zcela nepopíše. Právě to se ale v právu nikdy stát nemůže (a *contrario* to nemusí platit o jiných vědních oborech, jejichž předmět zájmu je relativně neměnný). Z toho tedy vyplývá, že vytváření systému práva nemůže nikdy dospět ke svému závěru a právě v tom spočívá praktický význam poznatku o otevřenosti systému práva. (Dotváření práva však není přípustné proto, že právo je otevřené, ale právo je otevřené proto, že jeho dotváření je přípustné z důvodů ležících mimo právo.) V každém případě je ale věda úzce závislá na předmětu svého zkoumání, takže pokud se tento předmět změní, změní se i věda, zatímco právní systém jako systém objektivní nebude v důsledku vnitřních změn vědy ovlivněn.

¹¹⁷ Základní práva a svobody chrání jednotlivce v prvé řadě proti státu, nikoliv proti jinému jednotlivci.

¹¹⁸ Příkladem může být princip přednosti evropského práva, charakter evropského práva jako autonomního systému, odpovědnost Evropských společenství za způsobenou škodu, přímý účinek směrnic atd.

považovaných za samozřejmé původně neexistovalo, takže nemohly být dříve prohlášeny za „platné“ na základě „existujícího“ práva. To je ale podle Canarise problematické¹¹⁹. Řešení je nutno podle něj hledat v tom, že každý systém spočívá na základních hodnotách nebo všeobecných principech, z čehož lze dovodit, že každý nový právní pojem (institut) spočívá na prvcích, které byly systému práva imanentní. Pak je ale nutné ptát se na důvod platnosti **obecných právních principů**, které jsou v první řadě získávány z „psaného práva“, a to indukci.

Ne ve všech případech lze takový postup akceptovat, protože některé právní instituty jsou odvozeny též z imanentních účelů zákona. O některých nelze říci ani to, takže vzniká jakýsi „mimozákonný právní řád“, z něž také mohou vycházet změny systému. Pro takové případy lze sice najít jisté pozitivně právní pouto, avšak nikoliv skutečnou legitimaci v zákonu. Nelze ale ve všech takových případech tvrdit, že hodnoty ležící v základech právního řádu jsou mu natolik imanentní, že jsou pouze nalézány, že se zde jedná pouze o změnu vědeckého systému a nikoliv o změnu objektivního systému? Odpověď lze dát jen tehdy, pokud se ptáme, proč každá hodnota, i když není obsažena v zákoně, má přesto tvořit součást práva, což ovšem opět nastoluje otázku jeho platnosti.

Protože v tomto případě již není možné dostatečně uspokojivé řešení hledat v zákonech, přicházejí v úvahu dvě řešení. Buď bude uznáno soudcovské právo za vlastní pramen práva vedle zákonů (a zvykového práva), nebo je nezbytné uznat existenci mimopozitivních (*ausserpositive*) kritérií platnosti, z nichž nejvýznamnější jsou podle Canarise „idea práva“ a „přirozená povaha věci“.¹²⁰ První řešení je neslučitelné s postavením soudců v naší právní oblasti, neboť pravidlo vytvořené soudcem neplatí proto, že je vytvořené soudcem, ale proto, že je přesvědčivě odůvodněno. To znamená, že důvody jeho platnosti stojí mimo vlastní rozhodnutí.

Reálně proto zůstává jen druhá možnost, která by mohla být vcelku přijatelnou. *Všeobecné právní principy* mohou mít svůj důvod platnosti v zákoně, ale též v ideji práva, jejíž historickou konkretizaci představují, stejně tak jako v přirozené povaze věci. Tato dvě kritéria lze podle Canarise uznat za subsidiární pramen práva, z něž se komplikovaným procesem konkretizace dají odvodit právní pravidla vysokého stupně přesvědčivosti.

Důsledkem uvedených tezí je závěr, že kromě změn zákonů přispívají k proměnám objektivního systému také takové obecné právní principy, které mají povahu vývodů z ideje

¹¹⁹ Canaris, C.-W.: cit. dílo, str. 68.

¹²⁰ Idea práva a přirozená povaha věci jsou u Canarise důležitým prvkem pro fungování práva vůbec. Jak dále uvidíme, tvoří v jeho teoriích též důležitý prostředek k odhalování a zaplňování mezer v právu.

práva a přirozené povahy věcí. Tyto prvky však nelze nahlížet staticky a ahistoricky, neboť principy odvozené z ideje práva nabývají svoji konkrétní podobu ve všech pravidlech pouze prostřednictvím vztahu k určité konkrétní historické situaci a jsou zprostředkovány přes tehdejší všeobecné právní povědomí. To samé platí pro přirozenou povahu věcí.

Vzhledem k proměnlivosti těchto dvou momentů nabývají však všechna další kritéria též relativní a proměnlivý charakter. Takto může být například princip důvěry (*Vertrauensprinzip*), který jen stěží nějaký právní řád opomíjí, nahlížen jako emanace ideje práva, a přitom je právě tento princip vzorovým příkladem vnitřní schopnosti změny. K jasnému řešení právní problematiky se nedá *a priori* použít. Lze jej použít pouze s ohledem na určitou dějinnou situaci, která je kromě zákonného práva z podstatné míry určena prostřednictvím stavu právního vědomí. Jedním z příkladů jsou „hodnotově vyplňující“ generální klauzule jako dobré mravy nebo *Treu und Glauben*, v nichž sám zákon dává prostor pro průlom do mimozákonného a nezbytně proměnlivého hodnotového základu. I v tom leží výchozí bod pro změny objektivního práva, která probíhá zcela stejně jako v případě konkretizace obecných právních principů.

Je patrné, že vztah mezi objektivním právem a jeho znalostí a užitím, přinejmenším tam, kde se jedná o hodnotovou konkretizaci a ne jen o pouhou subsumpci, je nutno chápat dialekticky. Je tomu tak zejména při argumentaci všeobecnými principy, jejichž platnost se právě předpokládá; samotné principy jsou ale v procesu svého používání blíže konkretizovány.

Ve shrnutí lze Canarisem udávané příčiny změn objektivního systému v podstatě vztáhnout ke změnám v zákonodárství, ke konkretizaci norem vyplňujících mezery z hodnotového hlediska, a k průlomu mimozákonných všeobecných právních principů, které nacházejí svoji platnost v ideji práva a přirozené povaze věcí, do práva.

III. 1. 3. 1. Shrnutí příčin otevřenosti práva

Z provedeného srovnání je zřejmé, že důvody, pro které se právo považuje za otevřený systém, čímž je třeba rozumět kvantitativní a obsahovou neohraničitelnost pravidel a dalších prvků, které jej tvoří, jsou v podstatě dva.

První důvod lze označit za důvod s technickou příčinou. Ta vyplývá z nemožnosti pevně a nezpochybnitelně fixovat obsah práva do právních textů, které vyjadřují právní normy. Nejde však jenom o tento aspekt, protože v plném rozsahu se tato příčina projeví až při aplikaci práva, tj. při použití právní normy na konkrétní případ. Podle Harta je příčinou

těžkostí kupříkladu přílišná abstraktnost, případně i obecnost ustanovení, která je jinak nezbytná pro to, aby právo mohlo plnit svůj účel. Abstraktnost a obecnost určitého ustanovení vyvolává nutnost konkretizace a individualizace, jejíž výsledek je závislý právě na tom, jak je formulováno aplikované pravidlo. Za další příčiny problémů lze považovat existenci neurčitých právní pojmů, případně odkazy na dobré mravy a podobné kategorie, jejichž obsah je v zásadě určován mimo právo. Ačkoliv jsou i tyto prvky díky odkazu, který je na ně v právu činěn, součástí práva, umožňují též dospět k různým závěrům o obsahu právního pravidla.

Právě způsob sdělování práva, způsob tlumočení obsahu právních norem, umožňuje jeho vývoj, proměny či transformaci. I ty právní řády, v nichž nejsou soudní rozhodnutí uznávána za pramen práva, se nemohou ubránit jejich vlivu na právní řád. Nepřipustit, že jsou to právě jednotlivá rozhodnutí vydávaná v konkrétních věcech, která alespoň v některých případech skutečně vytvářejí objektivní právo tím, že zpřesňují a konkretizují význam slov a slovních spojení použitých v právním textu, by znamenalo neakceptovat realitu. (Tato skutečnost ovšem nijak nesouvisí s případnou obecnou závazností či spíše nezávazností takových rozhodnutí.)¹²¹ Určitý rozdíl oproti právním řádům, které soudcovskou tvorbu práva naopak uznávají, spočívá v tom, že v podstatě není přípustné, aby konkrétní kauza byla rozhodnuta zcela mimo existující pozitivní právo. Ale i v právu angloamerickém, uznávajícím soudcovskou tvorbu práva v původním slova smyslu, málokdy nastane případ, o němž by bylo možno říci, že by soudce právo vytvořil. Spíše se totiž argumentuje tak, že soudce právo našel. Rozdíl je proto spíše ve zdroji „poznání“ práva, tedy v tom, zda jde o zdroj formalizovaný (např. zákon) či neformalizovaný.

Druhý důvod otevřenosti práva spočívá v charakteru práva jako systému. Právo se proměňuje jako systém, což je vlastnost právu imanentní. Příčin proměn práva je více. Jednak to je změna prováděná přímo uznanými či stanovými procesy, jako je např. přijetí nového zákona apod. Další změny jsou skrytější, neboť probíhají v systémové struktuře práva, v základech právního systému (třeba i určitého odvětví a nikoliv práva jako celku). Nejsou to však změny jediné, resp. nepůsobí jedním směrem.

Podle mého mínění je totiž potřeba se ptát, zda jde skutečně o změnu základů práva jako příčinu primární, která právo ovlivní jako systém, či zda jde naopak o změnu „povrchové

¹²¹ Jde pouze o způsob, jakým se právo aplikuje. Pokud soud odkáže na „ustálenou judikaturu“ či konkrétní rozhodnutí v určité kauze, neznamená to zpravidla, že jde o rozhodnutí závazná, ale pouze to, že sdílí závěry v odkazovaných judikátech vyjádřené. Otázka závaznosti či rozsahu závaznosti rozhodnutí s tím nijak nesouvisí, jde o pouhou empiricky zjištěnou skutečnost.

struktury“ práva, tj. konkrétních právních norem či jejich skupin, která následně ovlivní jeho základy.¹²²

III. 1. 3. 2. Problém otevřenosti práva z hlediska aplikačního

Dosud bylo řečeno, že právo je nutno považovat za systém otevřený, neboť způsob, jakým je sdělováno, jakož i některé z jeho prvků vyžadují čerpat z vnějších zdrojů, které samy o sobě stojí mimo právo. Otevřenost práva v tomto smyslu vede zejména k jeho proměnlivosti v čase, k možnosti změn v právu, které nejsou způsobeny přímým zásahem do obsahu právních norem, ale týkají se základů práva.¹²³

Ve vztahu k procesu aplikace práva však není představa o otevřené povaze práva uspokojivá, protože pokud bychom připustili, že právo je v tomto smyslu otevřené, znamenalo by to, že jeho obsah může být v konkrétním případě prakticky jakýkoliv. Právo se sice vyvíjí jako systém, má-li ale být aplikováno v konkrétním případě, je v podstatě nevyhnutelné jeho obsah považovat za pevně daný, tedy uzavřený. To znamená, že všechny pojmy mohou mít v konkrétním případě jeden jediný význam, že obsah mimoprávních prvků (dobré mravy apod.) je v jednom okamžiku neměnný, že pevně stanovený je i soubor hodnot či okruh základních principů. Pokud by tomu tak nebylo, bylo by právo zcela nefunkční, resp. jeho subjekty by byly vystaveny libovůli toho, kdo právo aplikuje. Pokud bychom toto připustili, je to, jako kdybychom chtěli v jednom jediném rozhodnutí shrnout celý vývoj právního systému, který může trvat třeba několik desítek let nebo i století, provést náhlý převrat v obsahu práva.¹²⁴

¹²² K této otázce viz dále v souvislosti s analýzou utváření, resp. formulování právních principů.

¹²³ V právu je možné nalézt právní instituty, které přímo s takovými proměnami základu práva či úkolů práva ve vztahu k aktuálnímu společenskému uspořádání „programově“ počítají. Příkladem může být institut zániku nebezpečnosti činu pro společnost (§ 65 trestního zákona), který počítá se zánikem trestnosti „vzhledem ke změně situace“.

¹²⁴ Za příklad zde může posloužit vývoj názorů na význam občanských práv a svobod počínaje řekněme druhou polovinou 19. století. Podle původních představ šlo o „pouhé monology zákonodárcovy“ (Pražák), které nemají žádnou závaznost ani pro něj. Později se prosadil názor, který byl aplikován – což je nejpodstatnější – i soudní praxí, že (základní) práva a svobody zavazují zákonodárce, nedávají však přímá práva jednotlivcům. Příkladem může být rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 12. 1924 (Boh. A 4241/24), kde se uvádí: „Ustanovení 1. věty 1. odst. § 128 ústavní listiny, že všichni státní občané jsou si před zákonem rovni, není právní normou zakládající subjektivní právo pro jednotlivce, nýbrž jen povšechnou zásadou, která nemá významu normativního a jejíž provedení jest zústavěno zvláštním zákonům, kterými mají býti stanoveny stejné podmínky pro nabývání práv a uplatňování nabytých práv pro všechny státní občany. Zásadou tou jsou toliko vytknuty meze, jež nesmí zákonodárce překročiti, leč za šetření náležitostí pro změnu ústavy v listině ústavní stanovených.“ Jinak řečeno, zákonodárce nesmí překročit meze zakotvené v katalogu práv, nelze se však těchto práv domáhat přímo. V podrobnostech srov. Holländer, P.: Dotváření Ústavy judikaturou Ústavního soudu, in: ed. Kysela, J.: Deset let Ústavy České republiky (východiska, stav, perspektivy), Sborník příspěvků, Eurolex Bohemia, Praha 2003, str.122 a násl. a tam popisovaný tzv. Böckenfördeho paradox (zejm. poznámka pod čarou č. 3). Dnešní přístup jde samozřejmě ještě dále, neboť práv a svobod uvedených například v Listině se lze

V procesu aplikace práva takový přístup nemůže obstát, protože potom by právo fakticky ztratilo svoji schopnost regulovat lidské vztahy, bylo-li by možno během „okamžiku“ překonat dlouhodobý vývoj.¹²⁵ V zásadě by bylo možné si představit takové chápání

domáhat přímo (výjimkou by byla práva a svobody podle hlavy IV. Listiny). K tomu možno citovat např. nálezh Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 41/97: „Přitom platí zásada, že jednotlivá ustanovení Listiny jsou bezprostředně platným právem a práv v nich obsažených se lze domáhat přímo s odkazem na její znění. Výjimkou jsou pouze základní práva, která Listina vyjmenovává v čl. 41 odst. 1 pomocí odkazů na konkrétní články Listiny. U těchto výjimek je stanoveno, že příslušných práv se lze domáhat pouze v mezích zákonů, které toto ustanovení provádějí. To „a contrario“ znamená, že všech ostatních práv se lze domáhat přímo a zákon nemůže překročit meze, které jsou stanoveny v Listině. Protože právo na náhradu za omezení vlastnického práva není uvedeno mezi výjimkami, může se dotčený vlastník dovolávat práva na poskytnutí náhrady přímo s odvoláním na čl. 11 odst. 4 Listiny, aniž by bylo nezbytně nutno z hlediska ústavní jistoty toto právo konstituovat ještě předpisem nižší právní síly.“ Kromě toho, že se lze práv a svobod domáhat přímo proti státu, připouští se poslední dobou též jejich tzv. horizontální účinek“ (*Drittwirkung*), což znamená, že práva a svobody nepůsobí pouze vůči státu, ale též proti subjektům postaveným nositeli těchto práv na roveň. Mnohé příklady lze sledovat v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva, který dovozuje, že práva a svobody podle Evropské úmluvy na ochranu lidských práv a základních svobod musí chránit jednotlivce i proti jiným soukromým subjektům, z čehož Evropský soud často dovozuje nutnost státu zakotvit určitou právní úpravu na ochranu toho či onoho práva. Srov. např. rozhodnutí ve věci *Osman proti Spojenému království*: „Soud poznamenává, že první věta čl. 2 odst. 1 ukládá státu nejen, aby se zdržel úmyslného a nezákonného vyvolání smrti, ale aby také přijal nezbytná opatření k ochraně života osob podléhajících jeho jurisdikci (viz *L.C.B. proti Spojenému království*, 1998). Nikdo nepopírá, že závazek státu v tomto ohledu přesahuje základní povinnost zajistit právo na život přijetím konkrétní trestní legislativy k odrazení od útoků proti osobám, opírající se o prováděcí mechanismus koncipovaný pro předcházení, potlačování a trestání jejího porušování. Účastníci řízení se shodují v tom, že čl. 2 Úmluvy může za určitých jasně definovaných okolností ukládat státním orgánům pozitivní závazek preventivně přijmout praktická opatření k ochraně jednotlivce, jehož život je ohrožován chováním jiné osoby.“

¹²⁵ Velmi ilustrativním příkladem zdrženlivého přístupu k „náhlé“ změně právního stavu je rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Sheffieldová a Horshamová proti Spojenému království* z 30. 6. 1998. Podstatou sporu byla otázka, zda lidé, kteří podstoupili chirurgickou změnu pohlaví, mohou být v souvislosti s touto změnou vystaveni různým administrativním a společenským „potížím“ (nutnost rozvodu předcházejícího operaci, ztráta práva stýkat se s dětmi, změna osobních údajů v databázích atd.). Stěžovatelky dovozovaly pozitivní povinnost státu přijmout úpravu, která by tyto potíže odstranila. Soud tuto věc posuzoval ve vztahu ke své dřívější judikatuře z let 1986 (věc *Rees*) a 1990 (věc *Cossey*). V těchto rozsudcích soud dospěl k závěru, že neexistuje pozitivní závazek státu usnadnit transsexuálním změnu jejich pohlaví. Stěžovatelky v posuzované kauze tvrdily, že došlo k celkovému pokroku na poli právním i vědeckém, a to v celé Evropě, což znamená i vznik zmíněného závazku státu příslušnou úpravu přijmout. Soud stížnost zamítl s těmito pozoruhodnými „evolučními“ argumenty:

„Vláda Spojeného království namítá, že čl. 8 Úmluvy nenutí smluvní státy, aby v právní rovině všeobecně uznaly novou sexuální totožnost osoby, která podstoupila operaci, při níž jí bylo změněno pohlaví. S odvoláním na rozsudky Soudu ve věcech *Rees* proti Spojenému království (1986) a *Cossey* proti Spojenému království (1990) tvrdí, že smluvní státy mají široký posuzovací prostor, pokud jde o pozitivní závazky vyplývající z čl. 8, a to obzvláště v oblasti transsexualit, kde neexistuje dostatečně široký konsensus mezi členskými státy Rady Evropy, jak přistupovat k příslušným právním, etickým, vědeckým a společenským otázkám. ... Soud na úvod poznamenává, že ... myšlenka formulovaná stěžovatelkami před Soudem není, že by žalovaný stát měl přestat jednat k jejich škodě, ale že nepřijal pozitivní opatření ke změně systému, který jim přináší újmu. Soud konstatuje, že pojem „respektování“ postrádá jasnost, zejména pokud jde o pozitivní závazky v něm obsažené: vzhledem k rozmanitosti praxe a podmínek panujících ve smluvních státech se jeho požadavky mění v závislosti na konkrétním případě. Pro posouzení, zda takový závazek existuje, je nutno vzít v úvahu spravedlivou rovnováhu mezi obecným zájmem a zájmy jednotlivce, na čemž spočívá celá Úmluva. Je třeba poznamenat, že při aplikaci tohoto principu na věci *Rees* a *Cossey* Soud dospěl k závěru, že žalovaný stát, tentýž jako v projednávané věci, neměl žádný pozitivní závazek změnit svůj systém záznamů narození způsobem, který by dotčeným osobám umožnil aktualizovat nebo doplnit poznámkami registr narození tak, aby v něm byla uvedena jejich nová sexuální totožnost, nebo jim dal právo na vystavení kopie nebo zkrácené verze rodného listu, v nichž by byla vypuštěna zmínka o jejich současném nebo původním pohlaví. Ačkoliv stěžovatelky v projednávaném případě formulovaly své stížnosti širěji než stěžovatelé *Rees* a *Cossey*, podstata stížnosti se i tentokrát týká skutečnosti, že státní orgány setrvávají v určování pohlaví výlučně na základě biologických kritérií a v prohlašování údajů o pohlaví, zaznamenaných v registru narození, za neměnné. Stěžovatelky se domnívají, že

otevřenosti práva ve fázi aplikační tak, jako kdyby soud rozhodl určitou kauzu s odůvodněním, že takto se bude pohlížet na obsah práva za sto let, takže zvolené řešení je vlastně již předem v právním řádu skryto. To samozřejmě neznamená, že by neexistovala rozhodnutí, která představují skutečný obrat ve vztahu k výkladu určitého institutu¹²⁶. Obtížně by ale bylo možno hledat taková rozhodnutí, která představují skutečný systémový obrat, zásadní změnu práva. Dochází-li ke změnám, jde o změny postupné, pozvolné, které po jednotlivých krůčcích směřují k případné změně zásadní.¹²⁷

Podle mého názoru je potřeba při aplikaci práva na každý konkrétní příklad přistupovat k jeho obsahu jako k obsahu uzavřeného systému, a to i tehdy, odkazují-li právní normy na různé mimoprávní standardy, jako jsou dobré mravy, pravidla poctivého obchodního styku atd. Ani takové odkazy nemohou prolomit uzavřený charakter práva, byť zkoumání toho, jakým obsahem lze ten či onen pojem naplnit, nemusí být samozřejmě jednotné a názory mohou být divergentní.¹²⁸

tento přístup státních orgánů již není vhodný, a to s ohledem na výrazný vědecký a právní pokrok, jakož i zjevné nevýhody, které pro jejich situaci znamená udržování současného systému... Soud připomíná, že v rozsudku Cossey (1990) dospěl k závěru, že v období od vyhlášení rozsudku Rees (1986) nedošlo ve věci transsexuality k žádnému významnému vědeckému pokroku, který by ho přiměl ke změně judikatury. Toto stanovisko potvrdil i v rozsudku B. proti Francii (1992), v němž poznamenal, že nezmizela veškerá nejistota, pokud jde o podstatu transsexuality, a že přetrvávají pochybnosti o legitimitě chirurgického zásahu. Pokud jde o právní vývoj po vyhlášení rozsudku Cossey, Soud v rozsudku B. uvedl, že mezi členskými státy Rady Evropy dosud neexistuje dostatečně široký konsensus, jak přistupovat ke komplexním právním otázkám souvisejícím se změnami pohlaví. Soud se domnívá, že stěžovatelky neprokázaly, že by od rozsudku Cossey došlo v lékařské vědě k objevům, které by rozhodným způsobem rozptýlily pochybnosti o příčinách transsexuality. Ačkoli studie L. J. G. Gorena o úloze mozku v podmínění transsexuality, jichž se stěžovatelky dovolávají, mohou být pokládány za významný příspěvek k diskusi o tomto tématu, nelze říci, že by jeho tvrzení měla u vědecko-lékařské obce všeobecnou podporu. Proto postoj státních orgánů, které prozatím odmítají připustit, že mozkem určené pohlaví je rozhodujícím prvkem pohlaví jednotlivce, nemůže podle Soudu být kritizován jako nerozumný. Soud připojuje, že stejně jako v době vyhlášení rozsudku Cossey zůstává skutečností, že operativní změna pohlaví nevede k získání všech biologických znaků opačného pohlaví. Pokud jde o právní vývoj, Soud se zabýval komparativní studií předloženou organizací Liberty. Není však zcela přesvědčen, že by legislativní tendence zde uváděné postačovaly k prokázání existence společného evropského přístupu k problémům nastoleným právním uznáním postavení operovaných transsexuálních osob. Obzvláště pak ze studie není patrné, že by dnes existoval konsensus, jak naložit s důsledky, které by právní uznání změny pohlaví mohlo mít v jiných oblastech práva jako je manželství, příbuzenství, ochrana soukromého života a údajů, nebo za jakých okolností transsexuální osoba může být zákonem nucena k uvedení svého původního pohlaví. Soud proto není přesvědčen o nutnosti odchýlit se od rozsudků Rees a Cossey a dospět výlučně na základě vědeckého a právního pokroku k závěru, že by se žalovaný stát pro účely obhajoby trvalého odmítání právně uznat nové pohlaví operovaných transsexuálních osob již nemohl dovolávat prostoru, který k posouzení má. Z hlediska Soudu transsexualita stále nastoluje komplexní otázky vědeckého, právního, morálního a společenského rázu, k nimž neexistuje obecně sledovaný přístup smluvních států (viz X, Y a Z. proti Spojenému království, 1997).“

¹²⁶ Příkladem může být stanovisko Ústavního soudu (jakkoliv sporná může být skutečnost, že jde o stanovisko, nikoliv náleze) sp. zn. Pl. ÚS – st. 21/05, které se týkalo stanovení časové hranice pro uplatňování restitučních nároků obecnou občanskoprávní cestou, tj. žalobou na určení vlastnického práva.

¹²⁷ Vcelku výstižně je Dworkinovo přirovnání soudce k autorovi televizní novely, který musí při „psaní dalších dílů“ navazovat na „díly“ předcházející, tj. musí přihlížet k dřívějším rozhodnutím atd. Takto je podle Dworkina dosahováno „integrity in law“. Srov. Dworkin, R.: Law's Empire, London 1991, str. 228 a násled.

¹²⁸ Jako příklad lze uvést rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 29 Cdo 821/2000, kterým Nejvyšší soud odmítl dovolání ve věci, která se týkala posouzení, zda sjednání relativně vysoké smluvní pokuty je či není v rozporu se zásadami poctivého obchodního styku, a proto podle § 265 obchodního zákoníku nepoživá právní ochrany.

Pro každý jednotlivý případ musí existovat určitá nepřekročitelná hranice, která právo jako systém z hlediska aplikačního uzavírá. Úkolem toho, kdo právo aplikuje, je takovou hranici nalézt a nepřekročit ji. Jen tak lze zabránit tomu, aby se aplikace práva nestala normotvorbou v pravém slova smyslu. V tom lze spatřovat podstatu kontinentálního soudcovského „dotváření“ práva, které bude dotvářením právě tehdy, nepřekročí-li onu hranici.

Lze tedy shrnout, že právo jako systém lze z hlediska jeho existence považovat za systém otevřený, v čase proměnlivý, a to nejen předvídanými postupy, tj. změnami právních předpisů, ale i postupy, které se, alespoň zdánlivě, neslučují s povahou práva kontinentální právní kultury, tj. v rámci jeho aplikace. Aplikaci práva je ale potřeba vnímat jako souhrn řešení různých případů v průběhu doby, čímž se proměnlivost systému práva a jeho otevřenost jakoby ještě rozšiřuje. Právní řád je v těchto souvislostech jevem dynamickým.

Naproti tomu při aplikaci práva na konkrétní případ vykazuje systém práva statickost, neboť nelze jednotlivým ustanovením propůjčovat jakýkoliv obsah, ale pouze ten, který může takové ustanovení mít v konkrétním případě. Radikální prolomení statického charakteru práva v konkrétním případě, které může vypadat například tak, že se použije argument dosud nepoužívaný či neznámý, případně argument na daný případ podle dosavadních představ nedopadající, může vyvolat spory o legitimitě takového kroku.¹²⁹

Právě určení zmíněné nepřekročitelné hranice je základním problémem při řešení tzv. obtížných případů a vyvolává kontroverze při posuzování správnosti či nesprávnosti zvoleného řešení. Tato hranice je při rozhodování vytvářena souborem přípustných argumentů, na její druhé straně se nacházejí argumenty nepřipustné. Tím se problém přesouvá do roviny určení přípustných a nepřipustných argumentů při aplikaci práva. Popis argumentů a některých argumentačních schémat, jejichž použití připadá v úvahu, je tématem další části práce.

Nejvyšší soud uvedl, že „V projednávané věci řešil odvolací soud právní otázku, zda dohodnutá smluvní pokuta ve výši 0,05% z fakturované kupní ceny za každý den prodlení, je nepřiměřeně vysoká a neodpovídá zvyklostem ani běžným ujednáním při obchodním styku, a proto je možné použít ust. § 265 obch. z., neboť takovéto ujednání je v rozporu se zásadami poctivého obchodního styku a nepoživá právní ochrany. Tuto otázku odvolací soud řešil se zřetelem ke konkrétním okolnostem tohoto případu a nelze proto dovést, že její posouzení má obecný význam pro všechny obdobné případy a není tudíž právní otázkou zásadního významu ...“ Je pravděpodobné, že větší množství rozhodnutí vydaných v průběhu doby, která by se týkala aplikace § 265 obchodního zákoníku, by umožnilo postupně stanovit obecnější kritéria pro aplikaci tohoto ustanovení. Nejvyšší soud v tomto případě naložil s § 265 obchodního zákoníku jako s ustanovením uzavřeným.

¹²⁹ Srov. např. shora uváděné příklady týkající se možnosti či nemožnosti zastavit trestní stíhání kvůli jeho přílišné délce, což je důsledek, který z aplikovatelných ustanovení Evropské úmluvy bez dalšího nevyplýval.

III. 2. Některé metody právní argumentace při aplikaci práva

V této části práce jde o analýzu některých postupů, které jsou při právní argumentaci používány.

Právní argumentací lze rozumět způsob, jakým jsou uváděny důvody podporující užití zvolených právních pravidel při rozhodování, důvody pro výsledky výkladu právních pravidel a důvody pro jejich použití na posuzovaný skutkový stav.¹³⁰ Jde především o justifikaci (právní zdůvodnění) zastávaného právního názoru, který se projevuje ve výroku rozhodnutí.

Správnost či nesprávnost zastávaného právního názoru je posuzována právě podle toho, jak je tento názor podepřen argumenty. Jsou-li argumenty chabé a nepřesvědčivé, takový názor neobstojí a je podroben kritice. Nutnost odůvodnit právní názor je v mnoha případech dokonce právní povinností.¹³¹ Rozsah argumentace se může lišit a zpravidla také liší v závislosti na tom, kdo argumentaci předkládá (soudce, správní úřad, advokát) a také samozřejmě na tom, o jaký případ jde. Právě rozsah argumentace a její důkladnost jsou významné aspekty celkové justifikace rozhodnutí, případně zastávaného právního názoru.

Metody právní argumentace sestávají z pravidel, která mají být při právní argumentaci použita. Metody právní argumentace tedy představují jeden z dílčích postupů při aplikaci práva a stejně jako jiné dílčí postupy ovlivňují konečný výsledek.

Nejvýznamnější problém, který s právní argumentací souvisí, se týká toho, zda lze určit přípustné a nepřípustné způsoby argumentace. Pro určení přípustnosti či nepřípustnosti metod argumentace je opět potřeba vytvořit kritéria pro takové posuzování. Tato kritéria sama o sobě představují pravidla, která mohou mít různou povahu. Mohou být zaměřena na dosažení souhlasu těch, jimž je argumentace určena, s jejím výsledkem, mohou být založena

¹³⁰ Srov. obdobně Weinberger, O.: Norma a instituce (Úvod do teorie práva), Brno 1995, str. 179, podle kterého se juristická argumentace v zásadě dotýká dvou oblastí: interpretace a odůvodnění rozhodnutí, přičemž v obou případech jde na jedné straně o logickou analýzu, na straně druhé o racionální zdůvodnění. Srov. dále tentýž: Přirozené právo a právní argumentace, Právník č. 3/1993, str. 193-202, zejm. pak str. 195, kde se rozlišují dva druhy argumentace: 1) zdůvodnění právní normy, rozhodnutí nebo právního názoru platnou právní normou, 2) zdůvodnění, proč by určitá právní norma měla být přijata uvažovaným systémem. Argumentace prvního typu se tradičně nazývají „úvahy de lege lata“, rozborů druhého typu se označují za „úvahy de lege ferenda“.

¹³¹ Podle okolností je tato povinnost uložena přísněji či volněji. Tak např. žalobce v civilním řízení musí uvést důvody, o které svůj nárok opírá (§ 79 odst. 1 o. s. ř., který hovoří o „vyličení rozhodujících skutečností“ – v této souvislosti se pravidelně uvádí, že součástí žaloby nemusí být právní argumentace, neboť soud právním posouzením není vázán; podává-li ovšem žalobu advokát, je právní argumentace, tj. odkaz na příslušná ustanovení zákona, zpravidla očekávána). Oproti tomu soudce rozhodující určitý případ musí ve většině rozhodnutí uvést důvody (§ 157 odst. 2 o. s. ř.). Neuvedení důvodů v rozhodnutí je činí nepřezkoumatelným a tedy vadným [(§ 219a odst. 1 písm. b) o. s. ř.].

Jinak je tomu zřejmě v oblasti common law, zejména v Anglii, kde „se v minulosti shodovali juristé na tradičním názoru, podle něhož soudce nemusí pro své rozhodnutí udávat žádné důvody“. Uvádí Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum 2002, str. 353

na formálních pravidlech odvozování atd. Pomocí těchto kritérií lze poté zkoumat, zda pravidla argumentace soustředěná do jednotlivých argumentačních metod jsou správná. Závěr o jejich správnosti či nesprávnosti ale bude relativní, jelikož bude záviset právě na volbě kritérií jejich posuzování, přičemž tato kritéria budou mít povahu cílů, jichž by mělo být dosaženo. Proměnlivost cílů povede nutně k proměnlivosti kritérií.

Existence pravidel argumentace, například takových, která vylučují možnost určité argumenty použít či naopak přikazují, aby použity byly, může být pro výsledek aplikace práva rozhodující. Pravidla právní argumentace mohou mít podle mého soudu dvojí povahu. Bud' půjde o pravidla právní, explicitně zakotvená v právním řádu. Příkladem mohou být interpretační pravidla, pokud jsou v právním řádu výslovně vyjádřena. Nebo budou mít tato pravidla charakter pravidel metaprávních. Půjde tedy o pravidla o pravidlech, která však nebudou explicitně v právním řádu obsažena. V řadě případů je navíc nebude možné z právního řádu odvodit ani implicitně.

Z jiného hlediska jde o zjištění, zda existují pravidla, která nám zpětně pomohou zhodnotit „správnost“ či „nesprávnost“ argumentace podle toho, zda byla či nebyla dodržena.¹³²

Teorie právní argumentace by měly poskytnout odpověď na otázku, jaké jsou přípustné způsoby právní argumentace, respektive postupy při právní argumentaci, přičemž přípustnost či nepřípustnost takových způsobů se odvíjí od toho, zda tyto postupy jsou schopny poskytovat správná řešení. Vztah metod argumentace a jejich výsledků je totiž podle mého mínění vzájemný. Dodržení určitého způsobu argumentace je předpokladem správnosti výsledku, rozhodnutí, ovšem hodnocení správnosti rozhodnutí může zpětně vyústit i v hodnocení správnosti způsobů argumentace.

Zdá se, že hlavním předpokladem správnosti právní argumentace je existence určité míry racionality¹³³, jejíž dodržení či nedodržení umožňuje učinit závěr o správnosti či nesprávnosti použitého argumentu. S tím ovšem souvisí otázka, za jakých okolností může být právní argument považován za racionální. Racionalita použitých argumentů je totiž zkoumána následně po přijetí odůvodnění určitého právního názoru, a to v rámci procesu, který lze nazvat racionální rekonstrukcí rozhodnutí. Její podstatou je kritické zkoumání, zda argumenty

¹³² Pokud například soud uloží automaticky trest odpovídající nejvyšší přípustné délce odnětí svobody s argumentem, že takto bude nejlépe naplněn účel trestu, kterým má být mimo jiné ochrana společnosti před pachateli trestných činů, bude takový závěr považován za nesprávný proto, že soud nepřihlédl k polehčujícím okolnostem, k osobě pachatele, případně k řadě dalších okolností, které je potřeba vzít podle trestního zákona v úvahu. Z hlediska právní argumentace půjde o to, že nebyla respektována pravidla systematického výkladu, který požaduje vykládat určité ustanovení v souvislostech s jinými ustanoveními.

¹³³ Weinberger, O.: Norma a instituce (Úvod do teorie práva), Brno 1995, str. 179: Při juristické argumentaci jde na straně jedné o logickou analýzu, na straně druhé „o racionální odůvodnění“.

podporující přijaté rozhodnutí jsou správné. Racionální rekonstrukce je reformulace rozhodnutí pro účely jeho racionálního zhodnocení.¹³⁴

III. 2. 1. Hlavní problémové okruhy právní argumentace

První oblastí, ve které hraje právní argumentace význam, je interpretace práva. Opět jde o problém vyplývající ze vztahu normotvorby k aplikaci práva. Je zřejmé, že zákonodárce nemůže regulovat všechny možné případy vyčerpávajícím a jednoznačným způsobem, takže představa soudce jednoduše subsumujícího skutkový stav pod příslušné ustanovení zákona alespoň v některých případech neodpovídá skutečnosti. Ve většině případů tomu snad tak je, ale existují případy, kdy řešení právního případu není věcí jednoduché subsumpce, neboť vyvstávají z těch či oněch důvodů pochybnosti o tom, zda právní norma na posuzovaný případ dopadá či nikoliv, a pokud ano, jaké jsou její důsledky. Právě takové posouzení je záležitostí interpretace, výkladu příslušného ustanovení za účelem zjištění obsahu právní normy.

Považuje se za samozřejmé, že i výsledek interpretace musí být odůvodněn, tj. musí být předloženy argumenty, proč je závěr o obsahu právního pravidla takový a ne jiný.

Interpretace práva se standardně opírá o určité interpretační metody. Za základní jsou zpravidla považovány metody výkladu jazykového (gramatický výklad, sémantický výklad), výklad systematický, výklad logický, výklad teleologický, historický¹³⁵ a komparativní.¹³⁶ Tyto interpretační metody, které propracoval (s výjimkou metody teleologické a komparativní) již Savigny, představují základní metodologické direktivy výkladu do té míry, že o jejich relevanci se dnes již nepochybuje. Základ ovšem měly a v některých právních řádech mají v pozitivním právu. Pro český právní řád je možné připomenout vliv

¹³⁴ MacCormick, D. N., Summers, R. S.: *Interpreting statutes – a comparative study*, Dartmouth, Aldershot, 1991, str. 21-23.

¹³⁵ Srov. např. Maršálek, P.: O smyslu a limitech použití historického výkladu při aplikaci práva, in.: Gerloch, A., Maršálek, P.: *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi*, Eurolex Bohemia, Praha 2003, str. 121-140.

¹³⁶ Srov. např. Gerloch, A.: *Teorie práva*, 3. rozšířené vydání, Plzeň 2004, str. 146. Jiným způsobem jsou výkladové metody tříděny v německé literatuře. F. Röhl rozlišuje 1) výklad podle doslovného znění textu, 2) výklad genetický, pod který zahrnuje výklad historicko sociologický, dogmaticko historický a konkrétní historický výklad, 3) výklad teleologický, 4) výklad používající princip přiměřenosti, který se týká vztahu cílů a prostředků, 5) výklad zohledňující následky interpretace, 6) výklad systematický, a 7) z trochu jiného hlediska výklad subjektivní, respektující vůli zákonodárce a výklad objektivní, respektující vůli zákona. Srov. Röhl, F. K.: *Allgemeine Rechtslehre*, Köln, Berlin, Bonn, München 1995, str. 628-649. Viz též Telec, I.: *Metodika výkladu právních předpisů*, nakl. Doplněk, Brno 2001.

ustanovení § 6 a § 7 ABGB¹³⁷, které obsahovalo základní interpretační direktivy. Na první místo se klade výklad jazykový, dále výklad logický (analogie), a výklad systematický.

Interpretační, resp. argumentační instrumentarium, je v dnešní době širší. Například i v našich podmínkách je velmi častý argument odkazem na dřívější rozhodnutí, aniž by se ovšem s nimi nakládalo tak, že jsou tato rozhodnutí formálně závazná pro rozhodovaný případ.¹³⁸

V jiných případech se sporné ustanovení interpretuje s poukazem na obecné právní principy, hodnoty atd. Nelze sice tvrdit, že dříve by takové principy neměly žádný význam či že by nebyly používány. Jejich použití však zřejmě bývalo omezováno skutečně pouze na takové případy, které nebylo možno řešit jinak, takže takové interpretační a argumentační prostředky byly užívány jako prostředky krajní. V dnešní době jsou však, zdá se, užívány takové argumenty nikoliv nadstandardně, ale v řadě případů standardně. Vstupují do rozhodovacích a interpretačních procesů i tam, kde to je zbytečné v tom smyslu, že standardní argumentační aparát odpověď na řešený problém dává.

Právní principy, hodnoty, účely a podobné standardy vystupují při aplikaci práva nejenom v souvislosti s interpretací, ale představují samy o sobě druhou oblast, kterou se

¹³⁷ § 6 ABGB: „Zákonu při používání nesmí býti dán jiný význam, než jaký vychází z vlastního smyslu slov v jejich souvislosti a z jasného úmyslu zákonodávce.“ § 7 ABGB: „Nelze-li právní případ rozhodnouti ani podle slov ani z přirozeného smyslu zákona, jest hleděti k podobným případům v zákonech zřejmě rozhodnutým, a k důvodům jiných, s tím příbuzných zákonů. Zůstane-li právní případ ještě pochybný, musí býti rozhodnut podle přirozených zásad právních, se zřetelem k okolnostem pečlivě shrnutým a zrale uváženým.“ Je nutno upozornit, že prvorepubliková právní teorie nechápala tato ustanovení jako právní normy v pravém slova smyslu, ale považovala je za vodítka, jak má soudce k textu zákona přistupovat: Rouček, F., Sedláček, J.: cit. dílo, str. 122: „Opětovně musíme zdůraznit, že se výklad řídí čistě logickými pravidly vědy a že není na žádném předpisu právním závislý. Tak zvané interpretační předpisy pozitivního práva nejsou pro právní vědu nijak určující, už ne proto, že právní věda takové interpretační předpisy musí sama zase vykládati.“ a tamtéž: „Občanský zákoník v § 6 neobsahuje snad nějaký předpis interpretační v pravém slova smyslu, nýbrž dává pouze soudci návod, jakým způsobem má užívatí zákona.“ Z dnešního pohledu by takový přístup mohl být sporný. Podle mého soudu jsou taková ustanovení skutečně příkazem soudci, jak má postupovat při výkladu. Pokud by tedy soudce například jednoznačně upřednostnil výklad teleologický, porušil by tyto direktivy. Je třeba upozornit, že citovaná interpretační pravidla nebyla historicky první svého druhu. Například Codex Maximilianus Bavaricus Civilis z roku 1756 obsahoval ustanovení § 9: „Jednoznačné zákony a nařízení se musí 1. nikoliv vykládat, ale slovům jejich obvyklý a v zemi běžný význam bez překrucování ponechat. Jsou-li (slova) pochybná či nejasná, je třeba buď 2. aby byly znalci práva či prostřednictvím jejich užívání či zákonodárcem vyloženy; první interpretace je nazývána doktrinální (*doctrinalis*), druhá obvyklá (*usualis*), třetí autentická a legální (*authentica et legalis*). K posledně uvedeným je možno 3. přistoupit pouze tehdy, když první dvě pochybnosti nerozptýlí.“ Ustanovení § 10 pak dále rozvádělo: „Při doktrinálním výkladu budou 1. nejasná slova *ex mente et ratione legis* vysvětlena. 2. bude zákon tak, jak je používán v jednoznačných případech používán na případy neznámé, avšak 3. toto není možné, je-li zcela očividné a zjevné, že nařízení je ohraničeno na určité případy, takže ani podle *ratio legis* jej nelze na jiný případ použít...“, vlastní překlad podle Jacoby, S.: *Allgemeine Rechtsgrundsätze: Begriffsentwicklung und Funktion in der Europäischen Rechtsgeschichte*, Berlin, Duncker und Humboht, 1997, str. 60.

¹³⁸ V textu odůvodnění je takový případ zpravidla vyjádřen slovy „... rozhodl-li soud, že škoda ... nevznikla, ... posoudil tuto podmínku vzniku odpovědnosti za škodu v souladu s ustálenou judikaturou...“ – rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 25 Cdo 586/2001.

teorie argumentace zabývá, a to z hlediska přípustnosti užití takových argumentů a z hlediska jejich vztahu k argumentům standardním.

III. 2. 2. Teoretické přístupy k právní argumentaci

V současné době lze rozlišit tři základní přístupy k právní argumentaci.¹³⁹ Je to přístup logický, rétorický a dialogický. Ve všech případech jde o zdůraznění určitých prvků racionality argumentace. Všechny modely se zabývají správností použité argumentace z hlediska toho, zda rozhodnutí lze zpětně rekonstruovat podle pravidel některého z přístupů, teda zda ten, kdo rozhodl, dodržel příslušný „postup“, pravidla argumentace.

Logický přístup, který má nejdelší tradici, je zaměřen na zdůraznění kritérií formální validity jako hlavního kritéria racionality právní argumentace. Z pohledu logického přístupu je nezbytnou podmínkou akceptace právního zdůvodnění možnost rekonstruovat určitý argument jako argument logicky platný. Pouze v případě, že použitý argument je logicky platný, odpovídá rozhodnutí premisám (právní normě a skutkovému stavu). Požadavek logické validity je dán zpravidla tehdy, lze-li rozhodnutí odvodit od obecné normy, což znamená, že vždy tehdy, jsou-li dány stejné okolnosti, musí být zvoleno stejné řešení.

Přístup rétorický¹⁴⁰ naopak zdůrazňuje, částečně v reakci na přístup logický vycházející z formálních požadavků na právní argumentaci, obsah argumentů a přípustnost jejich používání v kontextu. Přijatelnost používaných argumentů je založena na jejich účinnosti vůči tomu, komu je argumentace určena. Představiteli rétorického přístupu jsou mimo jiných Ch. Perelman, S. E. Toulmin a Th. Viehweg. Rétorický přístup je spojován i s hnutím Critical Legal Studies nebo s hnutím Law and Literature.¹⁴¹

Přístup dialogický¹⁴² je založen na tom, že právní názor je hájen pomocí pravidel racionálního diskursu. Právní argument je v tomto případě považován za součást dialogu o přípustnosti určitého právního názoru. Racionalita argumentu závisí na tom, zda určitá procedura odpovídá formálním a materiálním standardům přijatelnosti. Diskuse proto musí odpovídat mimo jiné procedurálním kritériím přijatelnosti. To vyžaduje, aby účastníci diskursu přijali procedurální pravidla, která musí být dodržována. Zastánci diskursivního přístupu v argumentaci jsou A. Arnio, R. Alexy a A. Peczenik.

¹³⁹ Feteris, E. T.: *Fundamentals of Legal Argumentation, A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht, Boston, London, 1999, str. 15 an.

¹⁴⁰ Tamtéž, str. 16.

¹⁴¹ Tamtéž, str. 18.

¹⁴² Tamtéž, str. 19.

III. 2. 2. 1. Přístup logický¹⁴³

Základním předpokladem správnosti právní argumentace ve smyslu akceptovatelnosti odůvodnění je prokázání jednak rozhodujících faktů, jednak platnosti použitého pravidla. Platnost určitého pravidla zahrnuje jednak skutečnost, že toto pravidlo je součástí práva, jednak přijatelnou interpretaci tohoto pravidla.

Základem logického přístupu k argumentaci je formální sylogismus, jehož podstatou je podřazení zjištěných skutečností pod pravidlo. Výsledek (rozhodnutí) je správný tehdy, vyplývá-li z použitých premis. Platnost (a tedy i správnost) závěru záleží pouze na správnosti odvození, nikoliv na správnosti premis. Nesprávný výsledek nebude ten, který se opírá o nesprávné premisy (např. nesprávně zjištěný skutkový stav a nesprávně vybraná právní norma), ale ten, který z premis nelze logicky odvodit.

Racionalita takové právní argumentace se zpravidla odvozuje od předpokladu, že rozhodnutí musí být odvozeno od obecného pravidla. Jestliže je rozhodnutí založeno na obecném pravidle (tj. takovém, které se vztahuje na všechny stejné případy), tak z toho plyne, že obdobné případy budou řešeny stejně. Logika představuje v tomto případě nástroj pro posouzení správnosti argumentace proto, že pokud se shodneme na správnosti premis, bylo by nerozumné odmítat řešení, které z premis logicky plyne. Teorie logiky, které jsou použitelné v právní argumentaci, mají různou povahu. Z hlediska výsledku je ovšem lhostejné, zda se má na mysli sylogistická logika, predikátová logika či logika podmínkových vět (*propositional logic*). Princip je vždy stejný.

Vzhledem k tomu, že řešení většiny právních případů je závislé na větším počtu právních pravidel, která výsledek ovlivňují a mezi kterými je nutno volit, byly vypracovány logické metody směřující ke zdůvodnění přípustnosti použití těch či oněch pravidel. Základem je logika dialogu, která se snaží překonat problém spočívající v tom, že klasickou logiku lze použít vždy pouze pro jeden argument v jednom okamžiku.¹⁴⁴

Logická analýza právní argumentace podává informace o její korektnosti tehdy, jestliže výsledek (rozhodnutí) odpovídá předpokladům logicky správného myšlení. To v podstatě znamená, že je nutné právní argumentaci převést do formálně logického jazyka. V prvním kroku proto musí být se všemi předpoklady, které vstupují do rozhodování, zacházeno jako s předpoklady explicitními, aby byl argument kompletní. Následně musí být argumenty vyloženy tak, aby vztah mezi tvrzeními byl vztahem mezi premisami a konkluzí.

¹⁴³ Tamtéž, str. 26-40.

¹⁴⁴ Tamtéž, str. 31.

Dále bude proměněna standardní forma argumentů do podoby logického argumentu tím, že budou eliminovány všechny elementy běžného jazyka a místo toho budou používány pouze standardní logické výrazy „a“, „nebo“, „jestliže... pak“. V posledním kroku nahradíme všechny běžné výrazy logickými symboly.

Z uvedeného vyplývá, že platnost právního argumentu záleží na způsobu „překladu“ běžného argumentu do jazyka logického systému. Posouzení správnosti argumentu proto záleží na správnosti provedených voleb a správnosti výkladu, který byl přijat v procesu logické rekonstrukce.

Podle E. Feterisové se názory na význam logiky v právní argumentaci různí. Kritické významu logiky pro zkoumání správnosti právní argumentace zpravidla vycházejí z toho, že ne každý právní argument lze rekonstruovat jako sylogismus¹⁴⁵. Takový přístup není správný proto, že moderní logika disponuje několika teoriemi, které lze používat pro analýzu právní argumentace. Pro tyto moderní přístupy námitka, že nejde v určitém případě o logický argument, nemůže obstát.

Navíc se často nerozlišuje mezi odůvodněním rozhodnutí a vnitřními úvahami toho, kdo rozhodnutí vydává. Argumentace v odůvodnění musí být posuzována odděleně od procesů vedoucích k vydání rozhodnutí. Logika není důležitá, pokud jde o analýzu procesu rozhodování, ale pokud jde o zdůvodnění rozhodnutí.¹⁴⁶

Další námitka proti logické justifikaci spočívá v tom, že logika předepisuje určité řešení, které jinak nemůže být považováno za správné. Protože v logickém myšlení je závěr nevyhnutelným důsledkem premis, a je to závěr pravdivý, jsou-li premisy pravdivé, mohou se rozhodnutí přijatá na základě logického zdůvodnění zdát špatná. Oproti tomu lze namítnout, že logika sama o sobě nezajišťuje akceptovatelnost řešení. Pokud se zdá tvrzení nepřijatelné, není to chyba logiky, ale chyba ve volbě premis. Je-li řešení neakceptovatelné, jedna z premis se musí změnit.¹⁴⁷ Představa o tom, že logika diktuje závěr, je spojena s představou soudce, který se musí řídit právem. Podle Alexyho¹⁴⁸ a Kocha¹⁴⁹ tomu tak není, protože povinnost

¹⁴⁵ Podle E. Feterisové je příčinou skutečnost, že sylogistická logika byla nejlivnějším způsobem právní argumentace až do konce 19. století. Tamtéž, str. 34.

¹⁴⁶ Alexy, R.: *Teorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, 1978, str. 228-230, cituje Feteris, E. T.: cit. dílo, str. 35

¹⁴⁷ Tento argument lze demonstrovat na Dworkinově případě Elmera: Premisa první: zákon neříká nic o tom, že vrazi nemají dědit. Premisa druhá: Nezakazuje-li zákon určité jednání, resp. nespojuje-li s ním žádné důsledky, nelze takovému jednání takové důsledky přiřítat. Závěr: Elmer může dědit, protože zákon nespojuje s vraždou zůstavitele žádné důsledky pro dědické nároky vraha. Závěr je špatný, proto je nutno změnit druhou premisu: Skutečnost, že zákon neříká nic o vraždě zůstavitele, neznamená, že by vrah po něm mohl dědit.

¹⁴⁸ Alexy, R.: cit. dílo, str. 228-230, cituje Feteris, E. T.: cit. dílo, str. 36.

¹⁴⁹ Koch, H. J.: *Das Frankfurter Projekt zur juristischen Argumentation: Zur Rehabilitation des deduktiven Begründung juristischer Entscheidung*, in: Hassamer, W., Kaufmann, A., Neumann, U. (hrsgb.): *Argumentation*

soudce řídit se právem neznamená, že rozhodnutí vyplývá z práva a okolností případu, jelikož volba určitého pravidla není obligatorní. Pokud se soudce rozhodne aplikovat určité pravidlo, musí uvést důvody, které ospravedlňují jeho použití.

Další námitka spočívá v tom, že logika se zabývá čistě formálním aspektem rozhodování a nikoliv materiálním aspektem právní argumentace. Podle Perelmana je ryze formální metoda zdůvodňování, která se omezuje na pouhou korektnost formálního odvozování a nebere v úvahu celkovou přijatelnost rozhodnutí, zcela neadekvátní popisu soudcovské argumentace. Proti tomu zastánci logického přístupu tvrdí, že logický přístup k argumentaci se neomezuje na formální stránku rozhodování, ale bere v úvahu též další materiální pravidla podporující akceptovatelnost rozhodnutí. Výběr a formulace premis je často založena na posouzení faktů nebo na interpretaci právních norem. Taková kvalifikace a argumentace je založena na hodnotovém úsudku, který zahrnuje morální, sociální a politické faktory.

S tím souvisí pátá námitka vznášená proti logickému přístupu k právu, která spočívá v tom, že právo je založeno na určitém hodnotovém základu, který se už nachází za horizontem formálního zdůvodňování. Taková námitka je ovšem z již uvedených důvodů nepřipadná, protože hodnotový základ logika neřeší. Hodnoty se mohou projevit právě ve formulaci premis.

Formální logika představuje racionální základ právní argumentace v tom, že rozhodnutí se odvíjí od premis. Logický přístup k argumentaci je schopen pomoci při odpovědi na otázku, zda rozhodnutí skutečně z premis vyplývá. Logická platnost rozhodnutí je nezbytným předpokladem racionality, byť není dostačující sama o sobě, protože logika nám neposkytuje pravidla, podle kterých bychom hodnotili materiál, se kterým pracuje.

und Recht, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft Neue Folge Nr. 14, Wiesbaden: F. Steiner, 1980, cituje Feteris, E. T.: cit. dílo., str. 36.

III. 2. 2. 2. Přístup rétorický

III. 2. 2. 2. 1. Toulminův argumentační model¹⁵⁰

Základem Toulminova argumentačního modelu je odpověď na otázku, které normy musí být použity při hodnocení argumentace. Pouhé logické kritérium formální validity není adekvátní, neboť nebere v úvahu specifická materiální kritéria správnosti v různých oblastech, ve kterých tyto argumenty existují. Toulmin se pokouší ukázat, že normy hodnotící správnost argumentů jsou zčásti universální, zčásti specifické pro oblast, ve které působí. Kritéria, která jsou universální, jsou kritéria formální, zatímco specifická kritéria závislá na oblasti použití mají materiální povahu.

Jeho argumentační model se skládá z několika kroků, které musí následovat jeden po druhém. Právě udržení fixního pořadí s pevně stanovenými pravidly představuje univerzální pravidlo. Pro oblast právní argumentace vychází tento model z předpokladu, že každý právní proces se skládá z určitých kroků, které jsou v zásadě obdobné pro všechny druhy řízení. Nejdříve je vznesen určitý nárok (první krok). Druhým krokem je předložení důvodů, o které se nárok opírá, v právu tedy o určitý skutkový stav vyplývající z důkazů. Pokud někdo předložené důvody zpochybní, není obranou uvedení dalších důvodů, ale odkaz na tzv. *warrant*, fakticky právní normu či právní princip. Důvody podporující nárok lze přirovnat k otázce skutkové, *warrant* je právním pravidlem. Složitější případ nastává, je-li zpochybněna platnost právního pravidla. Pak je nutné podpořit použitelnost pravidla odkazem na určitý pramen nebo autoritu (například právní předpis). V některých případech může být pravidlo popřeno z důvodu výjimky.

Předpokladem správné argumentace je provedení všech uvedených kroků. To samo o sobě ale nestačí, protože celková správnost obsahu argumentace závisí na materiálních pravidlech správnosti, která se liší podle jednotlivých oblastí. V právu, politice, vědě či běžném životě se aplikují pravidla správnosti, jejichž obsah závisí právě na té oblasti, které se týkají. Pro právo pak platí, že materiální pravidla správnosti se liší podle toho, zda se jedná například o právo občanské, trestní atd.

Podle E. Feterisové se Toulminův model dá použít v jasných, nekomplikovaných případech, kdy se nevyžaduje odůvodnění interpretace pravidla nebo kvalifikace určitých skutkových okolností. Komplexní právní argumentaci tento model není schopen kvalifikovat.

¹⁵⁰ Feteris, E. T.: cit. dílo, str. 40-46. Tento argumentační model je popisován dle jeho díla Toulmin, S. E.: *The Use of Argument*, Cambridge University Press, 1958.

III. 2. 2. 2. Perelmanova nová rétorika¹⁵¹

Základem tohoto argumentačního modelu je předpoklad správnosti argumentace, který je splněn, je-li argumentace způsobilá přesvědčit publikum, kterému je určena.

Perelmanova obecná teorie argumentace vychází z toho, že tvrzení o určitých skutečnostech mohou být hodnocena podle míry jejich přijatelnosti, a proto popírá názor, že hodnotové úsudky by takto zkoumány být nemohly, tedy že ohledně hodnotových úsudků se nelze opírat o racionální konsensus. Naopak, protože hodnotové úsudky hrají významnou roli v běžné komunikaci, mohou být hodnoceny s ohledem na jejich přijatelnost. Argumentace se totiž obrací vždy k určitému publiku, kterým se rozumí ti, které se mluvčí snaží ovlivnit svojí argumentací.

Podle Perelmana je argumentace přesvědčivá, pokud získá souhlas tzv. univerzálního publika, které se skládá ze všech racionálně myslících bytostí. Jako ve všech obdobných případech, kdy se vytváří určitá konstrukce, která z povahy věci nikdy nemůže nastat v realitě, představuje univerzální publikum pouhou ideu a mluvčí předpokládá, že by jej přesvědčil. Každý mluvčí má proto svoji vlastní představu o tom, kdo universální publikum tvoří. Z toho vyplývá, že tato představa se odvíjí od historických, kulturních a sociálních faktorů.

Akceptace své argumentace dosáhne mluvčí pouze tehdy, pokud jeho argumentace bude přizpůsobena preferencím publika. Aby argumentace byla přijata, je potřeba začít v určitém východisku. Východiska mohou mít v zásadě dvojí povahu. Buď se týkají toho, co skutečně existuje, nebo toho, co by bylo žádoucí. První skupina východisek proto zahrnuje fakta, pravdy a předpoklady. O této skupině východisek se nediskutuje a je považována za akceptovanou všemi myslícími bytostmi. Druhá skupina zahrnuje to, co určité publikum preferuje, tedy hodnoty, jejich hierarchii a axiomy (*loci*), které představují priority určitého společenství natolik obecné povahy, že jimi lze odůvodnit hodnoty a jejich hierarchii.

Za použití určitých argumentačních schémat se mluvčí snaží přenést souhlas s východisky na vlastní stanovisko. První argumentační schéma je „argumentace slučováním“, jejíž podstatou je, že mluvčí slučuje prvky dříve považované za samostatné do argumentačního vztahu. Druhé argumentační schéma, „argumentace odloučením“, znamená, že mluvčí rozděluje prvky, které byly původně považovány za součást jednoho celku. Argumentační vztahy mají v případě prvního argumentačního schématu charakter vztahů quasilogických, vztahů založených na reálných strukturách a vztahů zakládajících reálné

¹⁵¹ Feteris, E. T.: cit. dílo, str. 48-61. Základ této teorie je popsán v knize: Perelman, Ch., Olbrechts-Tyteca, L.: La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation, Brussels, l'Université de Bruxelles, 1958.

struktury. Quasilogická argumentace je založena na tom, že se vytváří zdání, že existuje vztah mezi argumentací a zastávaným názorem, vztah stejného druhu jako vztah mezi premisami a konkluzí. Ve skutečnosti však o logickou argumentaci nejde, neboť tato argumentace se týká příkladů neslučitelnosti a identity. Příkladem vztahu identity je pravidlo, že ve stejných případech se má rozhodovat stejně. Při argumentaci založené na reálných strukturách se mluvčí pokouší ospravedlnit tezi tím, že ji spojuje s určitými názory na realitu, které převládají v publiku. Příkladem je argument založený na vztazích příčiny a následku, nebo na vztahu koexistence mezi dvěma prvky reality (např. osoba a její konání). Argumentace, která zakládá prvky reality, se snaží propojit dva prvky v realitě. Příkladem takové formy argumentace je argument založený na příkladu, ilustraci či modelu. Jiným příkladem může být analogie.

Příkladem argumentace odloučením je argumentace, která se opírá o rozdíl mezi zdáním a realitou.

Výběr východiska a určitého argumentačního schématu vyžadují ze strany mluvčího úvahu, při které je veden cílem, jímž je přesvědčit publikum o správnosti závěru, a to v závislosti na tom, zda jde o univerzální publikum či publikum specifické. Správnost argumentace závisí na tom, zda mluvčí zvolil správná východiska a podařilo se mu získat souhlas publika. To je snazší, je-li publikum specifické a nikoliv zvláštní, protože, obecně řečeno, v případě univerzálního publika není možné určit, zda argumentace je akceptovatelná.

Perelmanova **právní teorie argumentace** se opírá o argumentační techniky, které se používají v právu. Podle Perelmana nelze rozhodnutí v právu odůvodnit formálně. Názor, že soudce pouze subsumuje zjištěné skutečnosti pod právní normu, je zastaralý. V moderní právní teorii již panuje konsensus, že rozhodovací proces není mechanickou aplikací práva na fakta. V případě, že je význam právní normy nejasný, musí být právní norma vyložena. Volba významu není závazná a je vždy založena na zvažování hodnot, zvažování toho, co je nejvíce fair a z právního hlediska správné. Protože je rozhodnutí založeno na volbě, musí soudce odůvodnit správnost volby a tím i správnost rozhodnutí. Základem je ukázat, že rozhodnutí není založeno na subjektivní volbě, že není arbitrární.

Publikum, ke kterému se obrací soudce se svojí argumentací, sestává jednak ze stran řízení, jednak z právních profesionálů a nakonec je jím veřejnost, resp. veřejné mínění. Krátce řečeno, publikum opět tvoří všechny myslící lidské bytosti.

Pro právní argumentaci je důležité, aby soudce zvolil taková východiska, která jsou akceptována „právním“ publikem. Dále mají pro právní argumentaci velký význam ty axiomy, o které se právo opírá. Jejich výhodou je, že jsou velmi obecné, vágní, takže je lze

interpretovat mnoha způsoby v závislosti na konkrétním případě. Příkladem je požadavek, aby se všemi jednotlivci bylo zacházeno stejně.

Velký význam jako *axiomy* mají obecné právní principy, na kterých panuje shoda, takže je lze dobře použít jako východisko právní argumentace. Použití obecných právních principů je často potřeba, pokud soudce volí řešení, které je sice spravedlivé v konkrétním případě, avšak nelze jej obhájit na základě platného práva. Odkazem na právní princip soudce ukazuje, že rozhodnutí je v souladu s obecně akceptovanými právními východisky.

Pro justifikaci rozhodnutí je důležité, aby soudce vysvětlil, proč je právní norma interpretována určitým způsobem. Používá se přitom řada známých právních argumentů¹⁵², ale i argumenty, které bychom považovali za interpretační postupy (argument teleologický, historický, systematický či psychologický, kterým se zde myslí zkoumání zákonodárcovy vůle). Náhled na způsob, jakým má soudce své rozhodnutí odůvodňovat, závisí na pojetí práva jako takového. Pokud soudce začne odůvodňovat své rozhodnutí z hlediska teleologického pojetí práva, bude preferováno takové řešení, které vychází z účelu určitého zákona. V takovém případě se zkoumá, zda zvolený výklad podporuje cíl sledovaný zákonem. Pokud bude východiskem hledisko funkcionální, bude se především zohledňovat cíl sledovaný zákonodárcem.

Problémem Perelmanovy teorie je to, že není dostatečně jasné vysvětleno, jaký je význam právních principů pro jednotlivé případy a za jakých okolností je lze efektivně používat. Navíc popis aplikace východisek a argumentačních schémat není příliš systematický, protože Perelman se zabývá množstvím prvků, jako jsou interpretační metody, obecné právní principy, předpoklady o právu, avšak neříká, jaký je přesně jejich význam pro právní argumentaci a za kterých okolností je přijatelný výběr určitého argumentačního rámce. Perelman neříká, jak má soudce zjistit, které argumentační schéma má být použito v konkrétním případě a které úvahy zdůvodňují takovou volbu. Nedává jasný popis vztahu mezi různými publiky, východisky a argumentačními schématy v právu.

Perelmanova teorie proto není vhodná jako praktický nástroj pro analýzu a hodnocení právní argumentace, protože nevěnuje pozornost kritériím pro rozlišení mezi správnou a nesprávnou argumentací s ohledem na specifické a obecné publikum.¹⁵³

¹⁵² Například *arg. a contrario*, *arg. a simili*, *arg. per analogiam*, *arg. a fortiori*, *arg. a coherentia*, *arg. ad absurdum*, *arg. ab exemplo* umožňující soudci odvolávat se na podobné případy dříve rozhodnuté.

¹⁵³ Feteris, E. T.: cit. dílo, str. 61

K tomu je možné dodat, že tato teorie není relevantní ani z toho důvodu, že vychází z fikce určitého publika a z fikce získávání jeho souhlasu s argumentací. Neřeší ovšem, co se stane, pokud určité rozhodnutí imaginárním publikem akceptováno nebude.

III. 2. 2. 3. Teorie dialogu¹⁵⁴

III. 2. 2. 3. 1. Habermasova teorie racionality v komunikaci¹⁵⁵

Základem Habermasovy teorie je předpoklad, že lidé, pokud spolu jednají, dodržují určitá pravidla komunikace. Předpokládají, že jejich řeč je srozumitelná druhé straně, že obsah jejich řeči je pravdivý, že mluvčí je upřímný, pokud jde o jeho úmysly a že samotný projev je v pořádku. Tyto předpoklady samy o sobě zpravidla zpochybňovány nejsou. Stane-li se tak, což je možné, jsou jednotlivé předpoklady podrobovány přezkoumání platnosti prostřednictvím diskursu, jehož smyslem je shodnout se na základních pravidlech, a to na základě argumentů. Různé druhy námitek proti platnosti jednotlivých předpokladů jsou předmětem různých druhů diskuse.

Konsensus založený na racionalitě může být dosažen pouze v ideální situaci, kterou se rozumí taková, kdy účastníkům není bráněno účastnit se v diskusi externími vlivy či silou. Žádný vnější vliv zde není, pokud všichni účastníci mají stejné šance zvolit si a pronést své projevy.¹⁵⁶ Takové ideální situace ovšem nelze dosáhnout, pouze je možné se jí přiblížit. Přesto její předpoklady v každé situaci existují.

Pokud jsou podmínky ideální situace splněny, lze považovat dosažený konsensus za argumentačně dobře podložený. Takový případ je pak konečným předpokladem akceptovatelnosti teoretických i praktických projevů. Pouze v případě, že všichni účastníci diskuse mohou dosáhnout souhlasu s projevem za podmínek ideální situace, může být takový projev považován za racionálně podložený pravdivý projev. Takto podložený konsensus však

¹⁵⁴ Specificky o zákonodárném proces jako racionálním diskursu srov. Kysela, J.: *Zákonodárný proces v České republice jako forma racionálního právního diskursu*, Právník č. 6/2005, str. 587 a násl.

¹⁵⁵ Feteris, E. T.: cit. dílo, str. 62-72., která vychází zejména z práce Habermas, J.: *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a. Main, 1981.

¹⁵⁶ Ideální situace musí splňovat tyto podmínky:

- 1) Každý, kdo chce, se může diskursu účastnit.
- 2) a) Každý může zpochybnit jakékoliv tvrzení.
b) Každý může vyjádřit své tvrzení v rámci diskursu.
c) Každý může vyjádřit své postoje, přání nebo potřeby.
- 3) Nikomu nesmí být bráněno v tom, aby realizoval možnosti uvedené v předchozích bodech, a to žádným způsobem.

není konečný nebo nezpochybnitelný. V podstatě každá promluva může být předmětem další diskuse.

Aby bylo možno výsledek diskuse nazvat odůvodněným konsensem (*Begründeter Konsens*), musí splnit několik podmínek. Ty jsou jednak povahy formální (podmínky vytvářející ideální situaci), jednak povahy materiální, a to morální. Racionalita komunikace má podle Habermase tři roviny: logickou rovinu argumentace, dialektickou rovinu jako proceduru, a rétorickou rovinu jako proces. Na logické úrovni komunikace se argumentace chápe jako produkt. Je na ni nahlíženo jako na pokus předložit akceptovatelné a přesvědčivé argumenty na podporu určitého nároku. Pokus bránit určitý názor ústí v argumentaci s jistou logickou strukturou. Pro zhodnocení správnosti argumentace na logické úrovni se uplatňují logická a sémantická pravidla. Příklady těchto pravidel uvádí R. Alexy.¹⁵⁷

V dialektické rovině je argumentace považována za součást procedury v diskusi, kterou se její účastníci pokoušejí dosáhnout shody. Východisko je takové, že se oponenti i příznivci pokoušejí otestovat platnost určitého nároku, který je předmětem diskuse, z hlediska akceptovatelnosti. Na této úrovni platí pragmatické předpoklady obecného hledání pravdy.¹⁵⁸

Na úrovni rétorické je argumentace považována za proces komunikace. Pravidla zde platící mají zajistit účast každého účastníka v diskusi.¹⁵⁹

Aby bylo možno dosáhnout racionálně opodstatněného konsensu, musí být splněny různé podmínky rozličné povahy. Za prvé, předložená argumentace musí splňovat určité požadavky. Za druhé, účastníci diskursu musí splňovat určitá dialektická pravidla. Za třetí, proces komunikace se musí odehrávat v ideální situaci.

Podle Habermase musí být argumentace také určitým způsobem strukturována a pravidla správnosti musí být použita při jejím hodnocení. S ohledem na strukturu argumentace je těžiště v rovině logické. Zde Habermas používá Toulminův argumentační model, který je podle něj aplikovatelný na praktický diskurs. Jeho podstatnou součástí je

¹⁵⁷ 1) Žádný mluvčí si nesmí protiřečit.

2) Každý mluvčí, který použije výrok F k určitému předmětu A, musí být připraven použít F vůči jakémukoliv dalšímu objektu, který je stejný jako A ve všech relevantních aspektech.

3) Různí mluvčí nesmějí užívat stejný výraz v různých významech.

První pravidlo je požadavkem logické konzistence, druhé je pravidlem universability a třetí je požadavkem konzistentního užívání termínů.

¹⁵⁸ Alexym uváděné příklady jsou tyto:

1) Každý mluvčí může tvrdit jen to, v co skutečně věří.

2) Kdokoliv zpochybňuje tvrzení nebo pravidlo, které není předmětem diskuse, musí uvést důvody, proč tak činí.

První pravidlo se týká upřímnosti účastníků, druhé relevance argumentů v diskusi a důkazního břemene.

¹⁵⁹ Pravidla byla původně formulována Habermasem a reformulována Alexym, jsou citována v poznámce č. 157.

princip univerzability jako ideál nestrannosti, který leží v základu racionálního praktického diskursu. Univerzabilita znamená, že pravidlo může být přijatelné pouze tehdy, pokud je v souladu s potřebami všech dotčených a pokud je jimi akceptováno. Habermasova koncepce univerzability chápe argumentaci jako proces, což znamená, že idea normativního projevu je akceptovatelná pouze tehdy, může-li projev získat souhlas všech dotčených osob. Podle Habermase racionalita argumentace závisí v posledním stupni na racionalitě situace, v níž je diskuse vedena.

Ideální situace se ovšem značně liší od situace každodenní. Rozdíly v postavení a pravomocích, rozdílné motivy účastníků a podobné faktory vylučují kooperativní hledání pravdy. Často není jasné, jak je diskuse organizována a neexistují ani jasná pravidla pro její zahájení, ukončení a opětovné zahájení.

V případech, ke kterým v právu dochází, je potřeba, aby se konečné rozhodnutí v určité věci přiblížilo ideální situaci v maximální možné míře. Protože praktický diskurs se ideálu blíží jen zčásti, takže vykazuje určité deficity racionality, není jisté, zda je výsledek diskursu neomylný, nedvojsmyslný a příhodný. Proto musí být určité prvky regulovány právem a nesmějí být posuzovány pouze na základě morálních pravidel. V právu jsou nedostatky praktického diskursu kompenzovány s ohledem na příhodný konsensus a soulad s obecně sdílenými pravidly. Právní procedury garantují, že závazné rozhodnutí může být dosaženo v rámci sporu o normách určitého chování. To je možné, protože právní diskuse je institucionalizována. Musí být ukončena v určitém časovém období, témata diskuse jsou omezena, existuje konečné rozhodnutí a soudce zaujímá neutrální postavení. Jestliže jsou obecná pravidla akceptována a dodržována všemi, právní rozhodnutí je poté nejenom akceptovatelné z morálního hlediska, ale též morálně vynutitelné. Výhodou právního rozhodování je, že soulad s výsledkem je možné vynutit, což neplatí pro běžný diskurs. Další výhoda spočívá v tom, že může být na základě nezávislých kritérií z pozice třetí neutrální osoby zkoumáno, zda bylo rozhodnutí vydáno v souladu s uvedenými pravidly. Právo omezuje praktický diskurs ve čtyřech směrech¹⁶⁰.

Podle Habermase legitimita práva závisí na procedurální racionalitě právních procesů. Morální přijatelnost práva záleží na tom, zda právní procedury mohou zaručit výsledek, který je v souladu s požadavky ideální situace. Jedním takovým požadavkem právních procedur je nestrannost, která je garantována postavením soudce jako nestranného arbitra, požadavkem

¹⁶⁰ Metodicky, tj. s ohledem na závazky z platného práva, materiálně, tj. s ohledem na otázky, které mohou být diskutovány a s ohledem na rozdělení důkazního břemene, sociálně, tj. s ohledem na podmínky účasti a rozdělení úloh, a nakonec časově, tj. s ohledem na časovou limitaci diskuse.

audi et altera parte, a požadavkem na soudce, aby své rozhodnutí zdůvodnil. Dalším požadavkem je, aby se právo vytvářelo v demokratickém rozhodovacím procesu založeném na ideálu svobodné a rovné účasti všech občanů na tvorbě politického a právního pořádku. Jediný způsob, jak zajistit akceptovatelnost práva, spočívá v tom, že právo bude předmětem svobodné diskuse mezi dotčenými osobami, mezi kterými panuje konsensus. Konsensus je předpokladem legitimacy práva.

Problematickým prvkem Habermasovy teorie je její základní předpoklad, tedy ideální situace, v níž jedině se může odehrávat racionální diskuse. Lze předpokládat, že v té míře, v jaké se bude reálná situace od situace ideální vzdalovat, bude argumentace ztrácet na racionalitě v Habermasově chápání, a tedy i na korektnosti. Protože podmínky ideální situace budou splněny málokdy, je možné uzavřít, že tato teorie nepředstavuje příliš praktický model pro analýzu a hodnocení správnosti argumentace.

III. 2. 2. 3. 2. MacCormickova justifikace soudních rozhodnutí¹⁶¹

MacCormick rozlišuje při zdůvodňování rozhodnutí dvě roviny. V první rovině je rozhodnutí obhajováno na základě právní normy a okolností případu. Pokud fakta odpovídají podmínkám právní normy, je argument zdůvodňující rozhodnutí deduktivní povahy. Proto se tento způsob zdůvodnění nazývá deduktivní justifikace. Protože tímto způsobem lze odůvodňovat jen jednoduché případy, ve kterých se rozhoduje podle jednoznačných nedvojsmyslných pravidel, postačí jednoduché deduktivní zdůvodnění.

V obtížných případech vyžadujících interpretaci právních norem je možná deduktivní justifikace až poté, kdy byl vyřešen interpretační problém. V těchto případech je proto potřeba justifikovat rozhodnutí ještě na druhé úrovni, která ukazuje, že zvolená interpretace je obhajitelná. Justifikace druhého řádu zahrnuje dvě formy argumentů. První argument prokazuje, že pravidlo vytvořené při interpretaci má přijatelné důsledky. MacCormick nazývá argument tohoto druhu argumentem důsledku. Druhé argumentační pravidlo se používá k tomu, aby bylo prokázáno, že rozhodování je v souladu s převládajícím pořádkem. Ukazuje, že rozhodnutí je koherentní a konzistentní s mnoha právními principy (například principem rovnosti) a jistými právními normami. Proto jde o argument koherence a argument konzistence.

¹⁶¹ Feteris, E. T.: cit. dílo, str. 73-91, která vychází zejména z práce MacCormick, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

Deduktivní justifikace není vlastně nic jiného než jednoduchá sylogistická subsumpce. Argument je platný tehdy, jestliže jeho forma je taková, že závěr vyplývá z premis, přičemž obsah premis je lhostejný (jestliže p, pak q).

Justifikace druhého řádu je potřebná tehdy, pokud právní pravidlo chybí nebo pokud není jasné. Pokud pravidlo chybí, musí být znovu formulováno. Pokud není jasné, musí být interpretováno. V takovém případě je potřeba justifikace druhého řádu. Otázka pak zní, jak justifikovat volbu určitého pravidla či jeho interpretaci. Problémy, které zde vznikají, jsou problém interpretace, problém relevance a problém klasifikace.

Interpretační problém vzniká tam, kde z právní normy vyplývají různé možnosti její konkretizace¹⁶². Volbu mezi nimi nelze učinit na základě deduktivní justifikace.

Problém relevance vzniká tam, kde neexistuje žádná (explicitní) právní norma, kterou by bylo možno aplikovat na fakta případu. V takovém případě je úkolem soudce zvážit, zda lze pravidlo umožňující dospět k řešení v rámci právního řádu nalézt, či nikoliv.¹⁶³ Fakticky nejde o nalezení pravidla, ale o jeho vytvoření (netvrdíme-li ovšem, že řešení je v právu již skryto a je nutno jej pouze nalézt). Řešení spočívá v nutnosti zvážit, zda nově vytvořené pravidlo ob stojí ve vztahu k jiným obdobným případům a zda existuje dobrý důvod, aby budoucí případy byly ve světle takového pravidla řešeny. Spravedlnost totiž vyžaduje, aby se budoucí obdobné případy řešily obdobně (princip univerzability).¹⁶⁴

Problém klasifikace vzniká tam, kde není jasné, zda lze tzv. primární fakta, tj. to co bylo prokázáno, subsumovat pod tzv. sekundární fakta, která jsou uvedena v právní normě.¹⁶⁵ Je to tedy problém velmi podobný problému interpretačnímu. Rozlišování má význam zejména v případech, kdy je možné řešit pouze otázku právní, nikoliv skutkovou, jako je tomu v některých případech přezkumných řízení.

Ve všech uvedených případech se vyžaduje justifikace druhého stupně. Ta má vždy společně to, že se zvažuje výběr mezi dvěma možnými alternativami. První argument, který je

¹⁶² MacCormick uvádí příklad související se zákazem diskriminace, kdy je zakázáno diskriminovat na základě „národnosti“ (*national origin*). Sporná otázka byla, zda se národností může rozumět státní příslušnost (*nationality*).

¹⁶³ Jako příklad se uvádí známý případ *Donoghue v. Stevenson* (1932, A.C. 562, 1932 S.C.), jehož podstatou byla otázka odpovědnosti za morální a fyzickou újmu způsobenou tím, že se poškozená napila zázvorového piva, v němž následně našla zbytky rozdrčeného rozkládajícího se hlemýžďe. Žádná právní norma se na takový případ civilní odpovědnosti v tehdejší britském právním řádu nevztahovala (neexistoval ani zákon, ani přímo použitelný precedent, ačkoliv existovala řada rozhodnutí analogických, které však měly jistou váhu jak ve prospěch žalobce, tak i žalovaného).

¹⁶⁴ Obdobně to platí pro případné výjimky z právních norem. Výjimka je podle MacCormicka přípustná, pokud řešení diktované právní normou je nespravedlivé, resp. vede k nespravedlivým důsledkům. Pak se však taková výjimka opět musí vztahovat na všechny obdobné případy.

¹⁶⁵ Udávaný příklad je takový: spor byl o to, zda lze umělé oplodnění považovat za cizoložství, a tedy za důvod k rozvodu podle příslušné právní normy.

nutno podat, je argument běžným právním vědomím. Je třeba prokázat, že řešení je odvozeno od právní normy (míněno konkretizované), která je lepší, než jakékoliv jiné řešení, které připadá v úvahu. Jde o tzv. argument konsekvence. Za druhé, při zvažování vhodnosti (žádoucnosti) konsekvencí se soudce musí odvolat na určité morální hodnoty a principy. Musí ukázat, že rozhodnutí je v souladu s předchozími obdobnými případy (a naopak v čem se liší od zdánlivě opačných dřívějších rozhodnutí, které proto nelze vzít v úvahu) a obecnými principy práva. Jednoduše řečeno, musí se prokázat, že rozhodnutí je konzistentní a koherentní s obecnými právními principy.¹⁶⁶

Hlavní rozdíl mezi justifikací prvního a druhého stupně spočívá v odlišné povaze premis, které jsou pro rozhodnutí použity. Na prvním stupni jsou používány normy platnými normami práva. Na druhém stupni se však používají například obecná morální pravidla a specifické principy. Pak je potřeba prokázat, že zvolené řešení bude mít přijatelné účinky v budoucích případech, neboť jen v takovém případě bude možné jej obhájit na obecných morálních základech.

III. 2. 2. 3. 3. Alexyho procedurální teorie právní argumentace¹⁶⁷

Alexyho teorie je postavena na základech teorie Habermasovy, kterou Alexy dále rozpracovává a vztahuje ji k argumentaci právní.

Základem Alexyho teorie je představa, že normativní tvrzení je pravdivé nebo akceptovatelné, pokud je výsledkem racionálního diskursu. Racionalita justifikace rozhodnutí záleží na kvalitě procedury dodržované v procesu justifikace. V obecné teorii racionálního praktického diskursu jsou procedurální pravidla přesně formulována; upřesňují podmínky, za kterých normativní tvrzení může být považováno za ospravedlněné. Protože pravidla obecného praktického diskursu nemohou zaručit konsensus, a protože takový konsensus je vyžadován pro právní diskurs, je potřeba vyvinout specifickou adaptační proceduru.

Teorie obecného praktického diskursu je založena na pěti skupinách pravidel a jedné skupině forem argumentace. První skupina tvořená základními pravidly se týká racionality verbální komunikace spojené s pravdivostí nebo správností normativních

¹⁶⁶ V případě sporu o otázku odpovědnosti za újmu způsobenou požitím piva s rozdrčeným hlemýžděm byl nakonec použit princip „korektivní spravedlnosti“, který požaduje, aby každé provinění (*wrong*) bylo napraveno.

¹⁶⁷ Feteris, E. T.: cit. dílo, str. 92-118, která vychází z práce Alexy R.: *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag 1978.

výroků.¹⁶⁸ Druhá skupina pravidel zahrnuje pravidla racionality. V nich jsou obsaženy podmínky pro maximální racionalitu diskursu.¹⁶⁹ Třetí skupinu pravidel tvoří pravidla rozdělovací důkazní břemeno.¹⁷⁰ Čtvrtá skupina zahrnuje nikoliv pravidla, ale argumentační formy, které se vztahují k tomu, jak jsou hodnotové argumenty justifikovány v praktickém diskursu. Existují dvě formy argumentace pro justifikaci jednotlivých normativních tvrzení. První forma justifikace spočívá v tom, že normativní tvrzení je odůvodněno odkazem na pravidlo a na jisté důvody, které odůvodňují aplikaci tohoto pravidla. Tato první obecná forma justifikace má dvě subformy. Podstatné je, že rozdílná pravidla mohou vést k rozdílným nekonzistentním důsledkům, a to nejen v případě, že použité justifikační argumenty jsou stejné formy, ale zejména tehdy, mají-li formu různou. V takových případech je třeba rozhodnout, který argument převáží. Pravidla, která podporují volbu dominujícího pravidla, se nazývají pravidla priority. Některá pravidla priority určují, že jistý argument převáží za všech okolností, jiná pravidla určují prioritu jen za některých okolností. Pravidla priority jsou justifikována některou z předcházejících forem justifikace. Protože formy argumentace nepředepisují obsah justifikace, jsou doplněna třemi justifikačními pravidly, která tvoří poslední, pátou skupinu pravidel obecného praktického diskursu.¹⁷¹ Justifikační pravidla nezaručují racionalitu diskursu, ale přibližují možnost racionálního konsensu dosáhnout. Umožňují totiž zhodnotit, zda se podařilo nastolit podmínky pro ideální situaci v procesu vytváření systému morálních pravidel. Nakonec posledním pravidlem je pravidlo přechodu (*Transition Rule*), které umožňuje přesun do jiné formy diskursu tak, aby skutkové

¹⁶⁸ Pravidlo „žádný mluvčí si nesmí protřečít“ je provedením principu nekontradikce, pravidlo „každý mluvčí může tvrdit jen to, v co skutečně věří“ je odrazem podmínky upřímnosti, pravidlo „každý mluvčí, který použije výrok F na objekt A musí být připraven použít jej na každý objekt, který se objektu A v relevantních rysech podobá“ vyžaduje konzistentní užívání výrazů a nakonec pravidlo „různí mluvčí nemají používat stejné pojmy s odlišným významem“ vylučuje dvojnárodnost používaných pojmů. Poslední pravidlo tedy vyžaduje, aby případná neshoda o významu pojmu byla odstraněna na základě obecně užívaného jazyka.

¹⁶⁹ Tato pravidla byla citována výše v pozn. č. 157. Jsou výrazem tohoto obecného pravidla: Každý mluvčí musí uvést důvody pro to, co tvrdí, pokud je k tomu vyzván, ledaže může uvést důvody které odmítnutí vysvětlení odůvodňují.

¹⁷⁰ První pravidlo vycházející z požadavku univerzability požaduje, aby „každý, kdo navrhne, aby se s osobou A zacházeo odlišně od osoby B, musí prokázat důvody pro takové rozlišování. Druhé pravidlo předepisuje, aby „každý, kdo napadá určité tvrzení nebo pravidlo, které není předmětem diskuse, musí uvést, důvody, proč tak činí“. Třetí pravidlo omezuje rozsah důkazního břemene tak, že „každý, kdo předkládá určitý argument, je povinen přinést na jeho podporu další argumenty, je-li předkládaný argument zpochybněn protiargumentem“. Čtvrté pravidlo zakazuje relevanci: „Kdo představí tvrzení o svém postoji, přáních či potřebách v rámci diskursu, které nepředstavuje argument ve vztahu k tomu, co bylo řečeno dříve, musí, je-li vyzván, takový krok zdůvodnit.“

¹⁷¹ 1) Každý, kdo činí normativní výrok, u něhož se předpokládá právní norma s určitými důsledky pro uspokojení zájmů jiné osoby, musí být schopen přijmout tyto důsledky, a to v hypotetické situaci, kdy se sám dostane do stejné pozice jako dotčená osoba.

2) Důsledky každého pravidla pro uspokojení zájmů každého jednotlivce musí být přijatelné pro každého.

3) Každé pravidlo musí být otevřené a universálně použitelné.

otázky, zejména předpoklady důsledků, jazykové problémy (hlavně problém porozumění) a otázky vztahující se k praktické diskusi byly v diskusi eliminovány.

Dodržení pravidel obecného praktického diskursu nezaručuje, že bude dosaženo shody v každé řešené otázce, nebo že každý argument bude konečný a nezvratný. Jeden důvod je ten, že pravidla racionality mohou být dodržena pouze z části. Druhý důvod spočívá v tom, že ne všechny kroky v argumentaci jsou pevně dány. Třetí důvod je, že každý diskurs musí zahrnout historicky daná, a tedy změnitelná fakta. To ve svém důsledku znamená, že Alexyho teorie negarantuje konečný výsledek, což je podle něj ovšem výhodou, neboť je potřeba rozlišovat mezi ideální diskusí a reálnou diskusí, ve které některé prvky ideální situace chybí. V reálné diskusi jsou zpravidla více než dvě možné správné odpovědi. To může znamenat, že diskurs skončí dvěma normativně neslučitelnými tvrzeními A a non-A. K tomu dochází tehdy, jestliže se argumentuje na základě dvou odlišných hodnotových systémů.

Principy praktické racionality jsou v teorii obecného diskursu rozlišeny ve třech úrovních. Na první úrovni je obecně formulována idea praktické racionality. Na druhé úrovni je této relativně nejasné myšlence propůjčen mnohem přesnější význam prostřednictvím principů racionality. Na třetí úrovni jsou tyto relativně vágní a často soupeřící principy definovány a uspořádány do systému pravidel. Teorie obecného praktického diskursu je založena na šesti principech formulovaných na druhé úrovni: konzistence, účinnost, testovatelnost, koherence, zobecnitelnost a upřímnost. Tyto principy tvoří základ pravidel uvedených shora. Principy neodpovídají přesně pravidlům. Jeden princip může podpořit několik pravidel a naopak jedno pravidlo může být podpořeno několika principy. Alexy uvádí, který princip se vztahuje ke které skupině pravidel.

Nutnost justifikace pravidel obecného praktického diskursu je dána tím, že tato teorie je teorií normativní. Aby mohla být posouzena adekvátnost této teorie, je nezbytné justifikovat její pravidla. Existují čtyři možné způsoby justifikace, každý s výhodami a nevýhodami. Technický způsob justifikace založený na tom, že pravidla diskursu jsou pravidly dosažení určitého cíle, je nevýhodný tím, že cíl, kterého je dosaženo, musí být sám justifikován. Empirický model justifikace ukazuje, že pravidla, která jsou fakticky dodržována do značné míry, má nevýhodu v tom, že reálná argumentační praxe, která nemusí být nutně racionální, je považována za standard racionality. Nevýhoda definičního způsobu justifikace, ve kterém systém pravidel není justifikován, ale předkládán jako systém pravidel určujících jazykovou hru spočívající v diskusi o normativních tvrzeních, je v tom, že žádné další důvody ve prospěch systému již nejsou uváděny, neboť právě systém je určen definicemi. Univerzálně pragmatický způsob justifikace ukazující, že platnost jistého pravidla činí jisté

projevy možnými, je nevýhodný v tom, že do praxe může být uveden jen obtížně. Alexy ale tvrdí, že kombinace těchto metod nabízí nejlepší způsob justifikace pravidel praktického diskursu.

Teorie právní argumentace se snaží odstranit nedostatky teorie obecného praktického diskursu a přizpůsobit je zvláštnostem argumentace v právu.

Silnou stránkou teorie obecného praktického diskursu je to, že ponechává úkol řídit diskusi podle obsahu argumentů na diskutujících a že klade pouze minimální požadavky na racionalitu procedury. Taková otevřenost systému má ale i nevýhodu spočívající v tom, že nezaručuje řešení. Normativní přesvědčení účastníků mohou být neslučitelná i přes to, že racionalita diskuse bude úplná. Právní spory vyžadují konečné a jasné řešení. Proto v právu existují zvláštní procedury se speciálními právními normami. Pokud je potřeba dosáhnout konečného řešení, je racionální shodnout se na pravidlech, která omezují prostor toho, co je diskursivně možné. Příkladem takových pravidel jsou normy upravující legislativní proces a různá jiná procesně právní pravidla.

Alexy formuluje zvláštní pravidla, která mají zaručit, že bude dosaženo racionálního výsledku. Kromě toho, že musí splňovat obecné podmínky racionality, tato pravidla by také měla vyhovět specifickým právním požadavkům, jako jsou právní jistota, spravedlnost a legitimita.

Alexy rozlišuje dva aspekty justifikace rozhodnutí v právu. Jedná se o interní a externí justifikaci. Interní justifikace se týká toho, zda rozhodnutí logicky vyplývá z premis považovaných za justifikující taková rozhodnutí. V externí justifikaci je obhajována přijatelnost těchto premis. Podle Alexyho je externí justifikace centrálním bodem právní argumentace. Klíčovou otázkou externí justifikace je, zda argumenty užití v interní justifikaci jsou akceptovatelné podle právních standardů.

Nejjednodušší forma interní justifikace má opět povahu logického sylogismu, kdy se z universálního pravidla vyvodí normativní výrok, pokud univerzálnímu pravidlu odpovídají faktické skutečnosti. Nejde ovšem o jednoduchou dedukci, ale o složitější úvahu. Univerzální pravidlo je totiž aplikovatelné pouze tehdy, není-li pochybné, že je aplikovatelné na faktické skutečnosti. Často není jasné, zda norma je aplikovatelná, protože ji lze vyložit více způsoby. Jsou tři důvody, proč není právní norma jasná. Za první mohou být pojmy v ní použité dvojznačné. Za druhé pojem může být vágní. Za třetí pojem může být otevřený z hodnotícího hlediska (například spravedlivý, přiměřený apod.). Aby mohl být stanoven přesný význam nejasných nebo otevřených výrazů, musí být stanovena sémantická pravidla. Sémantické pravidlo stanoví, že pokud je dán určitý komplex charakteristických znaků, pak něco (věc či

osoba) je tím, co se pojmem rozumí. Není-li jasné, jaký je onen komplex charakteristických znaků, je třeba stanovit pravidla, která tento komplex definují atd.¹⁷²

Pravidla interní justifikace zajišťují určitou úroveň racionality, neboť vedou k tomu, že předpoklady, které by jinak zůstaly implicitní, budou učiněny explicitními. Racionalita justifikace však závisí na racionalitě premis. Proto je závěr o racionalitě konečného rozhodnutí závislý na externí justifikaci.

Ty premisy, které nelze odvodit z platného práva, zůstávají otevřeny. Jejich justifikace je úkolem justifikace externí. **Pravidla externí justifikace** slouží k justifikaci premis justifikace interní. Protože interní premisy mohou být různých druhů, je třeba rozlišit různé způsoby justifikace. Justifikace pravidla jako pravidla platného práva se opírá o kritérium validity právního řádu. Pro zdůvodnění empirických premis je možné použít různé procedury. Ty premisy, které nemohou být zdůvodněny empiricky ani tak, že jde o pravidla pozitivního práva, jsou zdůvodňovány právní argumentací. Pravidla externí justifikace lze rozdělit do šesti skupin. První skupinu tvoří ta pravidla, která se používají při interpretaci právních norem (pravidla výkladu sémantického, teleologického atd.). Druhá skupina pravidel se týká užívání předpokladů právní dogmatiky, což zahrnuje užívání právních pojmů, definic atd. Třetí skupina pravidel se týká používání precedentů. Základním argumentem pro jejich použití je princip univerzability (stejně případy rozhodovat stejně). Čtvrtá skupina pravidel obsahuje pravidla specifická pro právní argumentaci jako je argumentum per analogiam, a contrario, a fortiori atd. Pátou skupinu pravidel tvoří pravidla empirické argumentace, která však Alexy blíže nespecifikuje. Šestou skupinu pravidel tvoří pravidla obecných praktických argumentů, která jsou nezbytná, není-li k dispozici žádný právní argument. Jejich důležitým úkolem je ospravedlnění volby mezi dvěma zvažovanými pravidly v situaci, která se zdá ústít v aplikaci pravidel vedoucích k různým výsledkům.

Alexyho teorie právní argumentace je normativní procedurální teorií. Normativní aspekt se projevuje ve skutečnosti, že zahrnuje normy pro racionální právní argumentaci. Obecný praktický diskurs nevede ke konečnému řešení, které je v právu nezbytné. Proto je potřeba doplnit pravidla obecného diskursu řadou dodatečných pravidel, jejichž justifikace je věcí jednak justifikace interní, jednak justifikace externí. Úkolem druhé z nich je ukázat, že tvrzení, o která se opírá právní závěr (rozhodnutí) jako o premisy, jsou přijatelná podle právních standardů korektnosti.

¹⁷² K tomu ale srov. pasáž o právu jako otevřeném systému.

Alexyho model je ovšem problematický v několika směrech. Za prvé je obtížné rozlišit mezi interní a externí justifikací. Druhý problém je v tom, že se zdá, že existují dvě úrovně externí justifikace, přičemž druhá úroveň externí justifikace justifikuje úroveň první. Konečně poslední problém je v tom, že ačkoliv Alexy vysvětluje význam jednotlivých argumentů (a contrario, per analogiam atd.), nevysvětluje již, jak se vztahují k externí justifikaci.

III. 2. 2. 3. 4. Aarniova teorie justifikace interpretace v právu¹⁷³

Aarnio považuje justifikaci za racionální pouze v případě, jestliže justifikační proces proběhl racionálně a jestliže konečný výsledek je akceptovatelný právní komunitou. Podle Aarniova teorie justifikace interpretace v právu musí obsahovat prvek procedurální, který upřesňuje podmínky racionality pro právní diskusi, a materiální prvek, který specifikuje podmínky akceptovatelnosti konečného výsledku. Procedurální prvek Aarniovy teorie je tvořen různými pravidly racionality (pravidlo účinnosti, upřímnosti, generalizace, pravidla o důkazním břemenu atd.). Materiální komponent určuje, kdy může být výsledek interpretace považován za akceptovatelný, což je podle Aarnia tehdy, pokud v právní komunitě (publiku) existuje konsensus o určitých normách a hodnotách.

Aarniova teorie interpretace opět vychází z představy o nutnosti určit obsah právní normy výkladem, výsledek výkladu je nazýván interpretační výrok. Výrok vyjadřující interpretaci pravidla je nazýván interpretační stanovisko. Diskrece soudce při volbě významu vykládaného ustanovení je limitována. Rozhodnutí musí být v souladu s požadavkem právní jistoty, což podle Aarnia znamená, že musí být v souladu s platným právem a sociálními pravidly a musí být dosaženo řádným způsobem. Aby prokázal dodržení těchto předpokladů, musí soudce své rozhodnutí odůvodnit. Protože interpretace právních norem hraje důležitou roli v rozhodovacím procesu, Aarnio považuje za jeden z hlavních úkolů právní teorie vytvoření teorie popisující justifikaci interpretace právních norem. Základním požadavkem adekvátní justifikace, který musí být splněn, je požadavek právní jistoty.

Aarnio si představuje justifikaci interpretačního stanoviska jako dialog, jehož východiskem je neshoda mezi dvěma osobami o určité interpretaci. Interpret A a oslovený B nesouhlasí ohledně správné interpretace určitého pojmu, a proto zastávají různá stanoviska s ohledem na správnou interpretaci. Na podporu svých stanovisek předkládají různé

¹⁷³ Feteris, E. T.: cit. dílo, str. 119-138, která vychází zejména z práce Aarnio, A.: *On Legal Reasoning*, Turku, Turun Yliopisto, 1977.

argumenty, které mají za úkol přesvědčit druhou stranu. Pokud se účastníci shodnou na racionálních základech, justifikace je úspěšná. Každá strana se přitom snaží přinést argumenty ve prospěch svého interpretačního stanoviska a argumenty proti interpretačnímu stanovisku druhé strany. Argumenty na podporu interpretačního stanoviska jsou argumenty prvního stupně; ty mohou být dále podporovány dalšími argumenty (argumenty druhého stupně) atd. Aarnio rozlišuje různé způsoby justifikace interpretace používáním právních argumentů: tzv. přípravné materiály (v podstatě historický výklad – dokumenty parlamentu atd.), systematický výklad, soudní rozhodnutí, doktrinální názor a praktické důvody (zvažování dopadů interpretace). Způsob justifikace záleží na řešené právní otázce, právních pramenech a interpretačních pravidlech právního systému.

Stejně jako Alexy rozlišuje Aarnio interní a externí justifikaci interpretačního stanoviska. Při interní justifikaci je výklad odvozován od určitých premis v souladu s akceptovanými pravidly odvozování. Platnost premis a pravidel odvozování jsou považovány za dané. Při externí justifikaci je platnost premis a pravidel odvozování justifikována. Ústřední problém právní justifikace je spojen s externí justifikací. Otázka, zda výklad logicky vyplývá či nevyplývá z premis, je podle Aarnia triviální. Premisy, pravidla a hodnoty mohou vždy být následně rekonstruovány. Klíčovým problémem interpretace právních norem je volba a obsah premis a způsob, kterým jsou vhodné principy odvozování nebo základní hodnoty zvoleny. Právní diskurs se proto soustředí na externí justifikaci.

Proces justifikace je praktickou diskusí mezi dvěma osobami. Základem je opět jednoduchý logický sylogismus, byť může být několikastupňový. Každá premisa může být odvozena od premisy jiné. Může však nastat situace, kdy výsledkem interpretace jsou dva sylogistické závěry, které jsou neslučitelné, protože nelze vytvořit obecně platná interní pravidla, jak odvodit závěr z takových dvou sylogismů. Externí justifikace právní argumentace nemůže být dosaženo cestou deduktivně platného sylogismu. Externí justifikace je zaměřena na přesvědčení adresáta interpretace, což se může podařit jen tehdy, pokud je akceptován celý komplex sylogismů.

Justifikace právní interpretace je správná jen tehdy, jestliže diskuse o interpretačním závěru je vedena racionálním způsobem a výsledek je akceptovatelný právní komunitou. Požadavek racionality je spojován s procedurou diskuse, proto ji Aarnio nazývá komunikační racionalita. Ta se vztahuje k dvěma aspektům, a to jednak k formě argumentu (to souvisí s tím, že závěr logicky plyne z premis), jednak k procesu diskuse. Požadavek akceptovatelnosti se vztahuje k výsledku interpretace a je dán tehdy, je-li v souladu s hodnotovým systémem právní komunity.

V procedurální složce své teorie následuje Aarnio Alexyho v rozlišování pěti druhů podmínek (pravidel) pro racionální diskurs (konzistence, účinnost, upřímnost, zobecnitelnost a podpora – tím se myslí požadavek, aby každý předpoklad byl na požádání zdůvodněn). K tomu se připojují dvě skupiny pravidel týkajících se důkazního břemene (procedurální a materiální pravidla).

Přijatelnost právní interpretace (materiální prvek justifikace) je dána koherencí interpretace s právními prameny a interpretačními metodami obecně uznávanými právní komunitou. Obojí vyžaduje konsensus o východiscích, pravidlech a hodnotách v rámci určité právní komunity. Zde Aarnio vychází z Wittgensteinova „způsobu života“ a Perelmanova publika. „Způsob života“ se odvíjí od jednání členů společenství a zahrnuje hodnoty a pravidla sdílená společenstvím. Lidé patřící k odlišným skupinám mají různé hodnoty a pravidla, a tedy i různé „způsoby života“. Publikum je buď konkrétní nebo ideální a nebo universální či zvláštní. Tyto skupiny se kříží. Příkladem zvláštního konkrétního publika je skupina osob oslovených interpretem (například soudci v soudním senátu). Příkladem ideálního zvláštního publika je skupina osob sdílejících stejné společné hodnoty.

Aarniova teorie stanoví požadavky, které by měly být naplněny při justifikaci právní interpretace tak, aby její závěry mohly být považovány za racionálně akceptovatelné. Vede-li výklad k různým závěrům, je potřeba akceptovat ten, který zachovává požadavek právní jistoty. Aarnio vytváří teorii, která odpovídá na otázku, za jakých okolností je požadavek justifikace právní interpretace z hlediska právní jistoty zachován. Správnost justifikace je založena na její racionalitě a přijatelnosti výsledku.

Kritika této teorie je založena na tom, že je nemožné diskutovat o normách a hodnotách určitého „způsobu života“ a že je nemožné vést racionální diskusi mezi lidmi, kteří patří k různým skupinám „způsobu života“. „Způsob života“ nemůže být podle Weinbergera justifikací pro skutečnost, že určité hodnoty byly vzaty za východisko. V rámci právní komunity by mělo být možné vést diskusi o jednotlivých aspektech „způsobu života“ na základě nových filozofických nebo teoretických východisek. Naopak podle Alexyho je možné vést diskusi i mezi různými skupinami osob vedoucími odlišný „způsob života“. Pokud si totiž lidé mohou rozumět, bylo by divné, jestliže by se na základě racionální argumentace nedokázali přesvědčit. Převládající základní hodnoty ve společnosti by měly být otevřené kritice. Mělo by se rozlišovat mezi nutností považovat určité hodnoty za dané a možností učinit určité hodnoty předmětem diskuse.

Významným prvkem v Aarniově teorii je předpoklad, že racionální diskuse je možná pouze mezi těmi, kdo sdílejí společné hodnoty a pravidla a jsou připraveni řídit se určitými

pravidly racionálního diskursu. Jinak není možné racionální shody dosáhnout. V takovém případě je pouze možné, že nesouhlasící účastníci diskuse budou přesvědčeni autoritou argumentujícího.

III. 2. 2. 3. 5. Peczenikova teorie transformace v právu¹⁷⁴

I Peczenik se pokouší zodpovědět otázku, jak mohou být racionálně justifikována soudní rozhodnutí. Podle Peczenika je nezbytné, aby rozhodnutí byla justifikována nejenom na právním základu, ale též na obecných racionálních základech. Takto je potřeba, aby existovaly dva způsoby justifikace: kontextově dostatečná právní justifikace a tzv. hloubková justifikace. První způsob justifikace ukazuje, že rozhodnutí může být dostatečně odůvodněno v kontextu právní tradice. Druhý způsob ukazuje, že právní východiska a argumentační pravidla mohou být hájena odkazy na obecné morální základy. Uvedené dva způsoby justifikace, které jsou potřebné pro racionální justifikaci rozhodnutí, se odrážejí ve dvou složkách jeho teorie. První složka popisuje, jaké požadavky musí právní justifikace splnit, čili jaká transformace musí být provedena, aby bylo možno hájit stanovisko, že rozhodnutí je vyvozeno z určitých právních pravidel. Druhá složka vymezuje požadavky, které musí splnit hloubková justifikace, tedy požadavky na to, jaká transformace musí být provedena, aby se zdůvodnilo stanovisko, že procedury pro justifikaci právních rozhodnutí, používané v právní praxi a teorii, mohou být považovány za racionální.

Základem právního rozhodování je subsumpce konkrétních skutečností pod právní normu. To je jednoduchý případ, protože existuje obecně uznávaná norma, která justifikuje kroky od premis k závěru. V mnoha případech však nemohou být fakta jednoduše subsumována pod obecně akceptované pravidlo, protože neexistuje žádné obecně akceptované pravidlo, které by odůvodňovalo posun od faktů k rozhodnutí. V mnoha případech musí být právní norma interpretována a nové pravidlo tak musí být vytvořeno. Podle Peczenika proto v obtížných případech nelze rozhodnutí deduktivně odvodit z premis. Je tudíž nezbytné učinit jakoby „skok“ od faktů k rozhodnutí, tedy musí dojít k **transformaci**. Pokud soudce interpretuje pravidlo, transformace vede k tomu, že právní pravidlo je změněno. Pokud soudce vytváří novou normu, transformace znamená, že je přidána premisa. K transformaci dochází, jestliže krok z právních norem a popisu faktů může být deduktivně platný tím, že se **přidá premisa, která není obecně akceptována**. Tím, že dochází

¹⁷⁴ Feteris, E. T.: cit. dílo, str. 139-162. Základy této teorie jsou v práci: Peczenik, A.: The Basis of Legal Justification, Lund, 1983.

k transformaci, lze učinit argument založený na skoku deduktivně platným. Transformace může zahrnovat změnu obecných premis nebo připojení dalších premis, které učiní argument úplným. Transformace slouží k tomu, že vztahy mezi závěrem a premisami, které jsou jinak implicitní, budou učiněny explicitními.

Transformace vyžaduje existenci **transformačního pravidla**, neboť k transformaci nedochází *ad hoc*, ale právě podle tohoto pravidla. Transformační pravidlo buď existuje, nebo musí být vytvořeno. Aby byl „skok“ zdůvodněn, musí být vysvětleno, které transformační pravidlo činí krok z premis k rozhodnutí deduktivně platným. Způsobů transformace je několik. První je **transformace do práva**, která vychází ze souboru neprávních sociálních faktů a hodnot, z jejichž existence lze učinit závěr, že existuje specifický systém pravidel, který by měl akceptován jako systém právní.¹⁷⁵ Druhý způsob transformace vychází z takto vytvořeného (dílčího) právního systému, na jehož základě je učiněno rozhodnutí, že určité prameny musí být považovány za prameny právní. Nejdříve je nutné stanovit, která pravidla mohou být použita při rozhodování. Pak se určí obsah těchto pravidel. Nakonec je určeno, jak má být aplikována obecná norma na konkrétní případ. Ve všech těchto případech jde **o transformaci uvnitř práva**.

Pokud se určité pravidlo považuje za pravidlo právní, má se zato, že patří k určitému právnímu systému a že má být následováno. Jde tedy o předpoklad, že soubor pravidel, ke kterému pravidlo patří, lze označit za právní systém a že je to platný právní systém. Podle Peczenika je v tomto předpokladu učiněna transformace do práva. Dva aspekty takové transformace tvoří jednak transformace kategorií, jednak transformace kritérií.

Transformace kategorií předpokládá, že systém pravidel je považován za platný právní systém, lze-li jej tak označit podle určitých výchozích kritérií, která musí takový systém splnit. Použití výrazu „platné právo“ vyžaduje určité pravidlo odvozování, které Peczenik označuje za Grundnorm. Podle něj je tato Grundnorm důvodem pro transformaci kategorií, jelikož z právního hlediska nelze normativní systém odvodit ze sociálních skutečností a neprávních hodnot. Právě díky Grundnorm dochází k transformaci v tom, že ze sociálních skutečností a neprávních hodnot je odvozován základ práva. Tato transformace je založena na pravidle odvozování tak, že pokud jsou splněna určitá kritéria, norma N by měla být považována za právní normu. Transformační pravidlo pro transformaci kritérií zní: Existují-li určité podpůrné důvody (základní pravidla zajišťují soudržnost společnosti), a pokud jsou

¹⁷⁵ V takové transformaci do práva lze snad spatřovat obdobu Jellinekovy normativní síly fakticity.

splněny určité hodnotové (hlavně morální) a normativní požadavky, pak je určitá norma zdrojem platného práva.¹⁷⁶

Transformace kritérií předpokládá, že určité právní prameny jsou považovány za prameny platného práva. Závěr, že ústava je zdrojem platného práva, nemůže být odvozen deduktivně od souboru sociálních skutečností (např. že je přijata v souladu s pravidly legislativní procedury) a neprávních hodnot. Závěr je založen na transformaci kritérií – je učiněn „skok“ od sociálních faktů a neprávních hodnot k závěru, že ústava je zdrojem platného práva. Oba druhy transformace jsou velmi těsně spojeny a jsou normálně skryty. Jejich vysvětlení je ale nezbytné pro závěr, proč jsou právní normy platným právem a proč musí být dodržovány.

Transformace uvnitř práva připisuje právní platnost systému norem jako celku, tedy ústavě a snad i dalším pramenům práva. Aby bylo možno přiřknout platnost nižším pramenům práva a konkrétním rozhodnutím, musí dojít k transformaci uvnitř práva. Transformační pravidlo uvnitř práva předpokládá, že právní pravidlo je definováno jako pravidlo platného práva, nebo že právní pravidlo je interpretováno tak, aby bylo možno odvodit konkrétní rozhodnutí pro určitý případ. V některých případech transformace uvnitř práva není potřeba. Zejména v jednoduchých případech postačí transformace do práva ve vztahu k primárním pramenům práva. Po takové transformaci již postačí provést subsumpci bez další interpretace.

Nejdůležitějšími způsoby transformace uvnitř práva jsou transformace pramenů, transformace generální normy a transformace rozhodnutí (tzv. transformace individuální normy). Transformace pramenů se týká vztahu mezi primárními prameny práva, které lze snadno identifikovat, resp. je lze označit jako výsledek procesu, který se o žádné další zdroje neopírá. Většina pramenů práva má však povahu pramenů sekundárních, tj. lze je identifikovat pouze prostřednictvím jiných pramenů práva. Krok z primárních k sekundárním pramenům je často transformací, která se označuje za transformaci pramenů. Podle Peczenika existují tři druhy hierarchicky uspořádaných pramenů: ty které musí být používány (*must sources*), například zákony v kontinentálním právu či precedenty v angloamerickém právu, ty které by měly být používány (*should sources*), například rozhodnutí v kontinentálním právu, a nakonec ty, které mohou být používány (*may sources*), jako jsou například právní literatura, cizí rozhodnutí. Pokud se používá pramen, který musí být použit, netřeba jeho užití zdůvodňovat, netřeba transformace. Užívá-li se pramen, který by měl či mohl být použit, je

¹⁷⁶ Ve své podstatě jde o proces induktivní. Srov. Knapp, V., Gerloch, A.: *Logika v právním myšlení*, 3. vydání, Praha 2000, str. 202 a násl.

potřeba jejich užití zdůvodnit (justifikovat). To znamená, že je potřeba učinit transformaci, ve které musí být krok od primárních či sekundárních pramenů justifikován. Tato transformace určuje, jak lze přiřknout právní platnost sekundárním pramenům práva v souladu s kritérii odvozenými od nauky o pramenech práva. Transformace obecné normy souvisí s určením přesného významu obecné normy obsažené v prameni práva. Transformaci obecné normy lze provést dvěma způsoby, a to buď tak, že se příslušné prameny práva přizpůsobí, aby byly odstraněny nesrovnalosti, nebo se prameny práva přizpůsobí tak, aby odpovídaly určitým morálním hodnotovým soudům. Transformace rozhodnutí spočívá ve volbě nejlepšího řešení z právního hlediska. Volba je provedením transformace rozhodnutí. Peczenik rozlišuje čtyři druhy transformace rozhodnutí: precizaci interpretace a subsumpce, redukci a eliminaci, vytvoření nového ještě obecnějšího pravidla a odstranění kolize. Ve všech případech jde o způsoby, jak vybrat z více možných řešení takové, které je správné, resp. jak dospět k řešení, pokud se jich nabízí více (např. v důsledku existence dvou právních norem, které stojí proti sobě v kontradikci).

Hloubková justifikace slouží ke zdůvodnění východisek, v rámci kterých se právní argumentace odvíjí a které jsou mlčky právní komunitou uznávány. Smyslem hloubkové justifikace je ukázat, že právní justifikace odpovídá obecným požadavkům racionality. Peczenik rozlišuje tři druhy racionality: logickou racionalitu, podpůrnou racionalitu a diskursivní racionalitu. Logická racionalita předpokládá, že výsledek právního argumentu plyne logicky ze souboru premis logicky konzistentních a lingvisticky správných. Podpůrná racionalita předpokládá, že závěr vychází ze souboru koherentních premis. Diskursivní racionalita předpokládá, že argumentace odpovídá požadavkům racionální diskuse. Diskursivní racionalita předpokládá podpůrnou racionalitu a ta předpokládá logickou racionalitu.

Podpůrná racionalita je dána tehdy, je-li rozhodnutí podepřeno souborem koherentních argumentů; koherence je stupeň, ve kterém soubor tvrzení vytváří správnou podporu pro určité stanovisko. Takový stupeň závisí na řadě kritérií, kterými jsou počet podpůrných vztahů, délka podpůrných řetězců, počet silně podporovaných tvrzení, počet vztahů mezi podpůrnými řetězci, počet preferenčních vztahů mezi různými principy, počet podpůrných vztahů mezi tvrzeními a stupeň obecnosti argumentů použitých při justifikaci. Aby byla argumentace správná, musí se skládat ze souboru koherentních argumentů, které poskytují oporu pro přijatý závěr a jsou univerzabilní. Podmínkou v takovém případě je, aby rozhodnutí mělo logickou oporu v premisách, které jsou uspořádány do uvedených řetězců, vztahů a souvislostí, přičemž nejsou zvoleny arbitrárně, takže musí jít o premisy, které jsou „v rámci

právního paradigmatu relativně jisté“. Protože v řadě případů nejsou premisy jisté v absolutním smyslu, ale pouze relativně v rámci daného právního systému, je potřeba učinit opět *skok*, který umožní relativitu jistoty premisy překonat. Logická opora může mít několik podob. Za prvé jde o tzv. slabou oporu, která je dána tehdy, pokud určitý výrok (p) patří do souboru premis, ze kterých závěr (q) vyplývá logicky. (Je patrné, že výraz „logická opora“ se zde používá v různých významech.) V takovém případě však nemusí být ještě závěr racionální, je pouze odvozený z premisy. Proto Peczenik zavádí pojem tzv. opory racionální, která vyžaduje, aby soubor premis, ze kterých závěr logicky vyplývá, byl souborem premis racionálních, tj. takových, které nejsou zfalšovány a nejsou zvoleny arbitrárně. Nakonec existuje tzv. silná opora, která je dána tehdy, pokud určité tvrzení (výrok p), které je oporou pro závěr, patří do souboru, jenž splňuje určitá kritéria.¹⁷⁷

Koherence se vztahuje pouze k materiálnímu aspektu právní argumentace, ale nezajišťuje procedurální racionalitu právního zdůvodnění. Proto musí justifikace rozhodnutí uspokojit požadavky procedurální racionality. Rozhodnutí splňuje podmínky diskursivní racionality, jestliže justifikace směřuje k rozumnému konsensu. Aby bylo dosaženo rozumného konsensu, je třeba dodržovat pravidla, která Alexy formuloval pro obecný praktický a právní diskursu.

Hlubková justifikace rozhodnutí vyžaduje více, než aby byly splněny podmínky racionality. Rozhodnutí musí být též v souladu s východisky existujícími v určité právní komunitě. Co lidé akceptují, je podle Peczenika závislé na jejich „způsobu života“. Peczenik nazývá soubor akceptovaných východisek vytvářejících „způsob života“ právní ideologií. Právní ideologie sestává z *must*, *should* a *may sources* (z pramenů, které musí, měly by a mohou být použity) a ze zdrojové normy. Patří do ní též podmínky, za nichž je pravidlo platným právem a základní norma (*Grundnorm*), která specifikuje podmínky, které by měly být dodržovány z právního hlediska. Elementy právní ideologie jsou různé – některé jsou explicitně formulovány např. v zákonech, jiné jsou implicitní a lze je odvodit od rozhodovací praxe apod. (ty jsou obecně uznávány). Třetí množinu elementů tvoří *Grundnorm*, zdrojové normy a normy argumentace, které alespoň někteří uznávají za podmínek ideální situace. Poslední skupinu tvoří opět ty samé prvky, avšak uznávané alespoň některými nikoliv na základě racionální diskuse. Právní ideologie jako celek není statická, ale mění se pod

¹⁷⁷ Kritéria jsou následující: 1) Všechny premisy jsou racionální. 2) Minimálně jedna podmnožina premis má takovou povahu, že závěr (rozhodnutí) logicky z premis plyne (v tomto případě logicky ve smyslu dedukce) a že všechny premisy této podskupiny jsou nezbytné pro učinění závěru, takže odstranění i jediné z premis činí závěr deduktivně neodvoditelným. 3) Každý prvek souboru premis patří alespoň do jedné podmnožiny. 4) Závěr (rozhodnutí) neplyne z žádné z podmnožin, do které tvrzení (p) nepatří. Feteris, E. T.: *Fundamentals of Legal Argumentation, A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, str. 155

vlivem právní praxe. Co patří do právní ideologie záleží na publiku. Právní ideologie je teoretická konstrukce sloužící k transformaci jednání právníků i laiků, jakož i norem, do koherentního celku. Přijetí této teoretické koncepce právní ideologie ale neznamená, že lze pro každý případ najít jedno správné řešení právního problému.

Podle Peczenika je *one right answer thesis* (teze o jediném správném řešení) nepřijatelná. Proces racionálního diskursu totiž ukazuje, že neexistují fixní kritéria určující, která odpověď je správná. Důvodů je více, ale jde zejména o to, že existují kritéria (prameny práva, zdrojová norma, normy argumentace), která nabízejí jen určitou míru jistoty a nejsou proto perfektní. Dalším důvodem je opět nejasnost a otevřenost jazyka. Nakonec je potřeba učinit více nededuktivních skoků, takže výsledek není vždy jistý. Navíc neexistuje ani jedna správná politická ideologie. Diskuse o morálce je založena na různých zájmech s cílem dosáhnout rovnováhy, pro kterou neexistují žádná pevná hodnotící kritéria. To všechno jsou důvody, proč řešení akceptovatelné pro jednoho nemusí být akceptovatelné pro druhého.

Stejně jako Alexyho teorie, je i Peczenikova teorie normativní, neboť stanoví pravidla, která musí být aplikována, aby rozhodnutí bylo dobře odůvodněné.

Proti Peczenikově teorii skoků a transformace lze vznést stejné námitky, jako proti Aarniově teorii: otázka vztahující se k obsahové přijatelnosti premis musí být oddělena od otázky vztahující se k možnosti rekonstrukce argumentu jako deduktivně platného. Stejně jako Aarnio, i Peczenik zaměňuje analytickou fázi rekonstrukce argumentu s hodnotící fází, ve které je určována obsahová přijatelnost premis. Účelem rekonstrukce právní argumentace jako logicky platné je učinit explicitní argumenty, které ji podmiňují. Jakmile jsou všechny podmiňující argumenty rekonstruovány, hodnocení slouží k tomu, zda argumentace, na které rozhodnutí spočívá, je přijatelná. Aby se tak stalo, musí být rozhodnuto, zda výslovně uvedené premisy a implicitní premisy jsou přijatelné podle právních standardů. Při hodnocení argumentů tak není otázka, zda je rozhodnutí založeno na skocích, důležitá. Je pouze důležité určit, zda a nakolik jsou explicitní a rekonstruované premisy přijatelné.

III. 2. 2. 3. 6. Pragmadialektická teorie právní argumentace v kontextu kritické diskuse¹⁷⁸

Z pragmadialektického pohledu je právní argumentace považována za součást kritické diskuse zaměřené na řešení sporu. Cílem tohoto přístupu je vyvinout model pro racionální analýzu a evaluaci právní argumentace jako specifické, institucionalizované formy argumentace. Pragmadialektický přístup je založen na teorii van Eemeren a Grootendorsta, kteří vytvořili obecnou teorii argumentace.

Pragmadialektický přístup k argumentaci jako součásti kritické diskuse je založen na analýze prvků, které hrají roli při rozhodování rozporů v názorech. Pragmatický prvek se týká argumentace jako formy jazyka orientovaného k určitému cíli a analyzuje posuny v diskusi chápáné jako slovní projevy, které mají určitou funkci v rozhodování sporů. Pragmatický element tedy vytváří komunikační a interakční pravidla pro používání argumentativního jazyka v různých diskusních situacích. Dialektický element teorie znamená, že argumentace je považována za součást kritické výměny diskusních posunů zaměřených na podrobení diskutovaného názoru kritickému testu. Za závěr kritické diskuse tohoto druhu se považuje dosažení rozhodnutí, k čemuž dochází, pokud jeho zastánce úspěšně obhájil svůj pohled na věc na základě sdílených pravidel a východisek proti kritickým reakcím svého odpůrce, nebo naopak pokud odpůrce úspěšně rozhodnutí napadl.

Jádrum pragmadialektické teorie je ideální model představující soubor podmínek pro kritickou diskusi a kodex chování racionálních diskutujících. Ideální model popisuje fáze, které musí být absolvovány, aby bylo možno dosáhnout výsledku diskuse, a dále různé jazykové projevy, které k procesu dosahování výsledku přispívají. V první fázi, konfrontační, je vymezen přesný předmět sporu. V zahajovací fázi účastníci dosahují shody o pravidlech diskuse, východiscích a hodnotících metodách. V argumentační fázi jsou východiska obhajována proti kritickým reakcím a argumentace je hodnocena. V závěrečné fázi je určen konečný výsledek.

Kodex chování pro racionální účastníky diskuse specifikuje pravidla pro rozhodování sporů v souladu s ideálním modelem. Tato pravidla přiznávají právo přednést či zpochybnit základní stanovisko, právo a povinnost hájit stanovisko argumenty, právo udržet stanovisko, které je úspěšně hájeno v souladu se sdílenými východisky a hodnotícími metodami a závazek

¹⁷⁸ Fetters, E. T.: cit. dílo, str. 163-188. Základy této teorie jsou vyloženy v pracích: Eemeren, F. H. van, Grootendorst, E.: *Speech acts in argumentative discussion*, Dordrecht, Foris, 1984, Eemeren, F. H. van, Grootendorst, E., Jackson, S., Jacobs, S.: *Reconstructing argumentative discourse*, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 1993.

přijmout stanovisko, které je takto hájeno. Kodex obnáší celkem deset pravidel, které tvoří podmínky prvního řádu pro racionální diskusi.¹⁷⁹ Tato pravidla by diskutující měli dodržovat, tedy mít rozumný přístup k diskusi. Rozumný přístup k diskusi je dán interními znaky, tzv. podmínkami druhého řádu, které předpokládají, že účastníci diskuse jsou opravdu ochotni vyřešit spor racionálně. To ale může pouze přispět k vyřešení sporu, protože navíc musí být ještě splněny další podmínky s ohledem na externí okolnosti. Externími okolnostmi se rozumí podmínky zaručující, že diskutující skutečně mohou volně předkládat a zastávat určité stanovisko. Externí okolnosti se nazývají podmínkami třetího řádu.

Pragmadialektický přístup k argumentaci je pokusem kombinovat empiricky adekvátní deskripci s kritickým stanoviskem na argumentační praxi. Primárním teoretickým nástrojem k dosažení takové jednoty je model kritické diskuse zaměřený na řešení rozdílnosti názorů.

Model kritické diskuse je abstrakce poskytující rámec pro interpretaci a rekonstrukci aktuálního argumentačního diskursu a pro hodnocení argumentačního chování. Poskytuje „návod“ pro ty, kdo chtějí vyřešit rozpory cestou argumentačního diskursu. Přijatelnost pravidel pragmadialektického přístupu je dána jejich efektivností, nikoliv nějakou vnější autoritou, která je vytváří. Protože přijatelnost těchto pravidel je dána v závislosti na míře, ve které mohou pomoci dosáhnout cíle, lze takový přístup pojímat jako pragmatický. Platnost modelu proto závisí na platnosti řešeného problému, čili na otázce, zda je na řešení problému použitelný a na konvenční platnosti, která znamená, že je přijatelný pro ty, pro které je zamýšlen.

Aby bylo možno určit, kdy je argumentace přednesená na podporu určitého stanoviska správná, musí být nejdříve provedena analýza prvků důležitých pro hodnocení argumentace.

¹⁷⁹ Jde o následující pravidla, která nejsou nepodobná Alexyho a Habermasovým pravidlům racionálního diskursu (Feteris, E. T.: cit. dílo, str. 165):

- 1) Účastníci si nesmí navzájem bránit v zaujetí určitých stanovisek nebo ve zpochybnění stanovisek jiného účastníka.
- 2) Účastník, který zaujme určité stanovisko, je povinen jej hájit, je-li k tomu vyzván jiným účastníkem.
- 3) Napadá-li účastník stanovisko, pak musí napadat přesně to stanovisko, které zastává jiný účastník.
- 4) Hájit své stanovisko může účastník pouze těmi argumenty, které se k tomuto stanovisku vztahují.
- 5) Účastník nesmí nepravdivě zastávat určité tvrzení jako premisu, která nebyla druhou stranou předložena, nebo odmítnout premisu, kterou sám nevyslovil.
- 6) Účastník nesmí nepravdivě zastávat premisu jako přijaté východisko nebo popírat premisu představující skutečně přijaté východisko.
- 7) Účastník nesmí považovat stanovisko za hájené, pokud jeho obrana nespočívá v uvádění argumentů v souladu s příslušným argumentačním schématem, které je používáno korektně.
- 8) Účastník může ve své argumentaci používat pouze ty argumenty, které jsou logicky platné nebo je lze učinit platnými tím, že jedna nebo více výslovně neuvedených premis bude učiněna explicitní.
- 9) Neúspěšná obhajoba stanoviska musí vést k tomu, že účastník, který stanovisko obhajoval, jej stáhne, a dále že druhá strana stáhne své pochybnosti ohledně tohoto stanoviska.
- 10) Účastník nesmí použít formulace, které nejsou dostatečně jasné nebo jsou dvojsmyslné a musí interpretovat výroky druhého účastníka tak přesně a jasně, jak jen to je možné.

Analýza má ten účel, aby bylo možno učinit závěr, zda použité argumenty mohou obstát při racionální kritice. Aby bylo možno analýzu provést, berou se v úvahu jen takové prvky diskuse, které jsou externalizovány, tj. slovně vyjádřeny navenek, takže se nepřihlíží k pohnutkám, úmyslům, cílům mluvčího apod., nejsou-li výslovně vyjádřeny. Dále je nezbytné, aby byly prvky diskuse funkcionalizovány, tj. berou se v úvahu jen takové projevy, které vedou ke sledovanému cíli, tj. k rozhodnutí sporu. Dále musí být tyto prvky socializovány, tj. analýza se vztahuje jen k takovým prvkům, které se týkají cílů, o jejichž dosažení je usilováno. Nakonec musí být tyto prvky dialektifikovány, což znamená, že analýza je zaměřena na diskusi z pohledu kritického zkoumání určitého názoru.

Samotná analýza je komplexním hodnocením, které zahrnuje filozofické, teoretické, analytické, empirické a praktické prvky. Za prvé je potřeba vyjít z filozofického ideálu rozumnosti, na jehož základě je potřeba vytvořit teoretický model akceptovatelné argumentace. Za druhé je potřeba zkoumat argumentaci empiricky, přičemž musí být určeno, kde v praxi vznikají problémy. Poté musí být normativní a deskriptivní rozměr systematicky spojen pomocí vytvořeného analytického nástroje, který umožní nahlížet argumentaci ve světle ideálu rozumnosti. Praktická složka se týká propojení všech ostatních složek a vychází z vědomí o existenci překážek v diskusi s cílem dosáhnout řešení problému v diskusi.

Právní argumentace je v pragmadialektickém přístupu považována za specifickou institucionalizovanou formu argumentace a právní diskuse je považována za zvláštní druh argumentační diskuse. Právní argumentace je považována za součást kritické diskuse zaměřené na rozhodnutí sporu. Chování stran sporu a soudce je chápáno jako pokus o vyřešení rozporu v názorech. Diskuse mezi stranami sporu je zpravidla implicitní, ale může být i explicitní. Strany reagují na určité formy kritických pochybností nebo je alespoň očekávají.

Pro právní argumentaci je specifické, že k diskusi mezi stranami (žalobce a žalovaný, státní zástupce a obžalovaný) se připojuje ještě diskuse stran se soudcem, který vystupuje ze své pozice jako *institucionalizovaný oponent*. Soudce musí kontrolovat, zda uplatňovaný nárok je přijatelný ve světle kritické reakce druhé strany a zda je akceptovatelný z hlediska určitých východisek založených v právu a z hlediska hodnotících pravidel v právním procesu. Tyto otázky, které soudce musí vyřešit ve svém hodnocení, mohou být považovány za institucionalizovanou formu kritiky předkládanou soudcem z jeho postavení oficiální autority. Strany řízení očekávají při obraně svých stanovisek kritickou reakci druhé strany a soudce. Když je nakonec soudcem rozhodnuto, rozhodnutí je postoupeno kritickému hodnocení ze strany publika, kterému je určeno. Publikum sestává z vyšších soudců, stran

řízení, právní komunity jako celku. Soudce proto musí předložit argumenty na podporu svého tvrzení. Z pohledu pragmadialektického představuje zdůvodnění rozhodnutí součást diskuse mezi soudcem a možnými odpůrci, tj. těmi, kdo mohou podávat proti rozhodnutí odvolání. Soudce ve svém rozhodnutí předpokládá takovou formu kritiky, která může být odpůrci rozhodnutí předložena. Je patrné, že takto popsaný průběh soudního řízení je do určité míry idealizovaný. Nepochybně by tento model vyžadoval existenci takových procesních pravidel, která by tento druh „diskuse“ umožňovala. Zdá se totiž, že předpokládá, že soudce pouze hodnotí procesní a hmotně právní stanoviska obou stran a dá za pravdu té straně, která předloží argumenty přesvědčivější. Úloha soudce v řízení je však zpravidla větší, protože soudce provádí vlastní právní hodnocení předkládaných informací.¹⁸⁰

I v právní diskusi jsou realizovány čtyři fáze. Konfrontační fáze jako první z nich znamená předložení názorů obou stran na řešený problém. Zde je soudce pasivní, pouze zajišťuje, aby stanoviska stran byla předložena procesně správně. V zahajovací fázi jako fázi druhé, která je v zásadě implicitní, se strany shodnou na východiscích a pravidlech diskuse (ta jsou často dána v procesních kodexech). Východiska spočívají v právních normách, obecných principech, závěrech právní nauky atd. Fakticky proto v této fázi k diskusi ještě nedochází z důvodu právní jistoty. V třetí, argumentační fázi, musí strana uplatňující svůj nárok hájit své stanovisko a druhá strana předkládá své protiargumenty. Soudce zároveň tyto argumenty hodnotí. V poslední fázi procesu, kterou lze považovat za uzavírací, soudce musí rozhodnout, zda nárok byl úspěšně obhájen proti kritickým protiargumentům.

Rozdíly mezi obecnou pragmadialektickou kritickou diskusí a právní diskusí jsou poměrně důležité. V obecné diskusi totiž její účastníci společně dohlížejí na pravidla diskuse a společně rozhodují o hodnocení argumentů a výsledku diskuse. V právním procesu je to z důvodu nestrannosti úkolem soudce. Navíc ze samé podstaty věci, z důvodu nestrannosti a rovnosti stran, existují určitá pravidla, která odlišují právní diskusi od obecné kritické diskuse. Tato pravidla zaručují, že spor bude vyřešen neutrální třetí osobou v rámci určitých limitů.

Analýza právních sporů

Právní argumentace představuje součást diskuse mezi různými účastníky – stranami řízení a soudcem. Aby bylo možno stanovit, kdy je právní stanovisko akceptovatelné, je třeba

¹⁸⁰ Jako obecný model soudního řízení může být podaný popis odpovídající. Bude však záviset na konkrétní právní úpravě procesních práv účastníků řízení a i postavení soudce, které se nepochybně bude lišit podle jednotlivých zemí. Kupříkladu v České republice je soudce oprávněn hodnotit předloženou kauzu nezávisle na právním hodnocení účastníků řízení, protože právní posouzení se opírá o právní předpis (zákon), kterým je soudce vázán. Soudce tak může nároku vyhovět, i když je právní hodnocení kauzy stranou žalující nesprávné, pokud lze výrok opřít o příslušné ustanovení zákona. Existují samozřejmě určité hranice, které soudce limitují, například v tom, že soudce je, alespoň ve většině sporných řízení, vázán návrhem.

rozhodnout, kdy bylo úspěšně obhájeno proti kritické reakci. Rozdíl od obecné kritické diskuse spočívá v tom, že strana uplatňující nárok zastává pozitivní stanovisko, zatímco druhá strana nemusí zastávat stanovisko negativní, ale může zastávat i stanovisko neutrální. Soudce je povinen zaujmout stanovisko neutrální ve vztahu ke stranám.

Pragmadialektický přístup rozlišuje mezi různými formami argumentace. V jednoduchých případech jde o tzv. jednotlivý argument, založený na popisu faktů případu a právní normě. Justifikace předpokládá, že rozhodnutí je hájeno poukazem na fakta a právní normu. Argumentace je ale většinou komplexnější záležitost, což znamená, že je vznášeno více argumentů na podporu stanoviska. Pokud je použito více argumentů, vztah mezi nimi se může z povahy věci lišit. Van Eemeren a Grootendorst rozlišují mezi různými druhy komplexní argumentace v závislosti na typech vztahů mezi jednotlivými argumenty. Rozlišuje se tak vícenásobná alternativní argumentace, koordinačně složená kumulativní argumentace a podřízená argumentace.

Ve vícenásobné alternativní argumentaci každý z argumentů představuje sám o sobě dostatečnou oporu pro stanovisko. Jestliže je některý z argumentů úspěšně vyvrácen, stanovisko je stále dostatečně hájeno ostatními argumenty.

Koordinačně složená argumentace sestává z množství argumentů, které jsou spojeny horizontálně a které ve spojení poskytují dostatečnou oporu pro stanovisko. V případech jako je tento, úspěšné vyvrácení jednoho argumentu vytváří slabé místo v argumentaci jako celku.

O podřízenou argumentaci jde tehdy, pokud argumentující předpokládá, že jednotlivý argument nebude akceptován ihned, neboť sám o sobě musí být obhájen. Obrana argumentace vede k delší nebo kratší sérii vertikálně spojených jednotlivých argumentů. Každý z argumentů v řetězci přispívá k podpoře stanoviska a pouze jejich série jako celek poskytuje konečnou podporu pro zastávaný názor.

Pragmadialektická teorie se dále snaží vytvářet argumentační schémata pro rozlišení jednoduchých a složitých případů a pro jejich řešení. Jednoduché případy jsou situace, kdy soudci postačí jednotlivý argument. V obtížných případech, ve kterých jsou fakta nebo právní normy zpochybněny, je potřeba další justifikace prostřednictvím řetězce složených či podřízených argumentů¹⁸¹.

¹⁸¹ Jako příklad je uváděno rozhodnutí holandského soudu v otázce, zda elektřinu je možno považovat za věc tak, aby bylo možno uložit za její krádež trest podle příslušného ustanovení holandského trestního zákona, který v této otázce nic výslovně nestanovil. Soud při odůvodnění kladného závěru, že i elektřina je věc, vyšel z této úvahy: 1) obžalovaný si přisvojil vlastnictví něčeho, co patří jinému, zákon toto označuje slovem „věc“; vlastnictví je něco, co má určitou hodnotu (což elektřina má), hodnota něčeho je dána tím, že je potřeba vynaložit úsilí či hodnoty na její získání; na výrobu elektřiny je třeba vynaložit určité úsilí, proto je elektřina

Při rekonstrukci argumentační struktury lze jako vodítko použít jednak slovní vyjádření, jednak kontextové informace. Slovní vyjádření je vždy klíčové, neboť může obsahovat náznaky, indikátory vedoucí k dalším argumentům (násobným, koordinovaným či podřízeným). Pokud takové náznaky chybí, je třeba použít kontextové informace naznačující cestu k dalším argumentům. Kontextové informace mohou být nalezeny například ve struktuře právní normy, v kontextu právní normy (např. kumulativní nebo alternativní podmínky v hypotéze) apod.

Dále je potřeba vzít v úvahu, že v praxi dochází k situacím, kdy některé premisy zdánlivě chybí; většinou jde ale o situace, kdy chybí jejich explicitní vyjádření, což znamená, že premisy jsou přítomny toliko implicitně. Při rekonstrukci argumentace ale musí být všechny argumentační kroky učiněny explicitními, přičemž je možno používat logický i pragmatický náhled. Při zjištění, co zůstalo skryto z hlediska logického, je třeba najít ta tvrzení, která činí závěr logicky platný. Jde tedy o doplnění neplatného argumentu takovým způsobem, aby z něj bylo patrné, že se stal logicky platným. Z pragmatického hlediska ale v některých případech doplnění logické souvislosti nepřináší nic nového, a je proto nadbytečné. Je tedy možno formulovat tzv. pragmatické optimum, které zahrnuje všechna pravidla komunikace. Často to je otázka generalizace logického minima.

Pragmadialektické hodnocení právní argumentace se opírá o argumenty tvořící zdůvodnění. Tyto argumenty jsou určovány prostřednictvím analýzy argumentace a jejich hodnocení následně musí jednak určit, zda jsou argumenty akceptovatelné, jednak musí určit, zda diskuse byla vedena v souladu s pravidly racionálního diskursu. Je ale potřeba odlišit pravidla pro hodnocení obsahu argumentace a pravidla pro hodnocení procedury diskuse.

Pravidla pro hodnocení obsahu argumentů vyžadují nejdříve zhodnotit, zda argument odpovídá východisku. Tato hodnotící procedura se nazývá procesem identifikace. Pokud argument není identický s obecným východiskem, druhým krokem je testovací procedura, která určuje, zda argument může být považován za akceptovatelný podle obecných testovacích metod. Když se hodnotí argumenty fakty, je třeba posoudit, zda fakta jsou obecně známa. Není-li tomu tak, je třeba rozhodnout, zda fakta mohou být považována za prokázaná podle zákonných důkazních pravidel. Při hodnocení právních argumentů musí soudce rozhodnout, zda právní pravidlo je možno považovat za součást platného práva podle obecně uznávaných právních zdrojů. Pravidla určující platné právo totiž mohou být považována za zvláštní formu východisek. V některých případech je potřeba použít pravidla přednosti při

věcí. Tato argumentace by ovšem nebyla způsobilá, pokud by existovalo pravidlo, které stanoví, že „věcí“ je nutno rozumět jen věci hmotné. Feteris, E. T.: cit. dílo, str. 177.

určení, které pravidlo má být použito přednostně (*lex posterior... apod.*). Při hodnocení obsahu argumentace je také třeba posoudit, zda vztah mezi premisami a závěrem je přijatelný, tedy jestli je tzv. argumentační schéma korektně zvoleno a použito. Argumentačních schémat existuje několik, například argumentace analogií, teleologická argumentace apod., které jsou používány pro podporu přijatelnosti interpretace právní normy. Každý typ argumentačního schématu zahrnuje specifické hodnotící momenty, které jsou pro hodnocení relevantní a které musí být uspokojivě zodpovězeny pro úspěšnou podporu přijatého závěru (rozhodnutí). Pragmadialektická teorie vymezuje případy, kdy jsou argumentační schémata dobře zvolena a kdy jsou korektně aplikována (například že analogie v trestním právu je nepřipustná či že analogie není přípustná, vztahuje-li se k nikoliv relevantním podobnostem). Příkladem modelu pro používání analogie je model Kloosterhuisův¹⁸². Feterisová a Jansen¹⁸³ vyvinuli model pro používání argumentu a *contrario*.

III. 2. 3. Shrnutí možných přístupů k právní argumentaci, zhodnocení jejich relevance pro proces aplikace práva

Logický přístup ke zkoumání racionality právní argumentace je založen na jejich *formálních aspektech*. Vytváří logické systémy, které jsou nejvhodnější pro analýzu a hodnocení justifikace právních rozhodnutí s ohledem na jejich logické odvozování. Rekonstrukce argumentace ukazuje, jaké prvky jsou z logického pohledu potřeba k tomu, aby byl argument kompletní. Logika představuje nástroj pro určení, zda bylo právní rozhodnutí úspěšně obhájeno. Takový případ nastane tehdy, jestliže rozhodnutí logicky plyne z premis.

Ačkoliv je logický přístup nezbytný pro racionalitu právní argumentace, není to dostatečná podmínka. Aby bylo možno určit přijatelnost právní argumentace, je nezbytné, aby k logickému kritériu validity byly přidány materiální normy přijatelnosti.¹⁸⁴

¹⁸² Kloosterhuis, H.: The normative reconstruction of analogy argument in judicium decisions: a pragma-dialectical perspective, in: D. M. Gabbay, H. J. Ohlbach (eds.): Proceedings of the International Conference on Formal and Applied Practical Reasoning, Berlin, Springer, 1997, str. 375-383, cituje Feteris, E. T.: cit. dílo, str. 183.

¹⁸³ Feteris, E. T.: The Soundness of pragmatic or consequentialist argumentation: does the end justify means? in: Hansen, H., Tindale, C. (eds): Proceedings of the OSSA conference on Argumentation and Rhetoric, Brock University, 1997, Jansen, H.: The evaluation of a *contrario* argumentation, in: Tijdschrift voor Taalbeheersing, vol. 18, str. 240-254, 1996.

¹⁸⁴ Srov. Knapp, V., Gerloch, A.: Logika v právním myšlení, 3. vydání, Praha 2000, str. 198: „V deduktivní metodě jako metodě vědeckého poznání je ovšem skryta antinomie spočívající v tom, že tato metoda, byť za určitých podmínek je zcela spolehlivým prostředkem poznání pravdy a lidské myšlení se bez ní naprosto nemůže obejít, sama jako jediná metoda k poznání pravdy nikdy dovést nemůže. ... V oblasti právní praxe se uplatňuje zpravidla kombinace deduktivního a induktivního přístupu.“

Logická analýza se vztahuje k právní argumentaci z hlediska *výsledku*, kterého je dosaženo a abstrahuje od diskusního kontextu, ve kterém je určité stanovisko obhajováno a kritizováno. Pro hodnocení racionality diskusní procedury je navíc, kromě logických pravidel, nezbytná existence procedurálních norem.

V reakci na logický přístup Toulmin vytváří rétorickou teorii, ve které objasňuje materiální kritéria, která se používají v právní argumentaci. Podle Toulmina může být každý způsob právní i neprávní argumentace analyzován podle procedury závislé na pevně stanovených elementech. Kritéria pro hodnocení těchto elementů se liší podle toho, ve které oblasti se argumentace odehrává. V právu například existují odlišná kritéria používaná pro civilní právo, trestní právo atd. Toulminův model hodnotí argumentaci jako *výsledek* a nabízí nástroj pro hledání prvků, které slouží k podpoře určitého stanoviska. Lze jej však použít pouze pro analýzu jednoduchých případů, neboť neurčuje, jak mohou být analyzovány mnohem komplexnější formy argumentace.

Perelman ve své rétorické teorii objasňuje roli, kterou hrají materiální faktory při přesvědčování právního publika. Správnost právní argumentace tak závisí na tom, zda je přijatelná pro publikum, ke kterému se mluví obrací. Perelman popisuje různá východiska a argumentační schémata používaná pro přesvědčení právního publika. Pokud má být předkládaná argumentace akceptována, je třeba získat souhlas s určitými východisky, kterými jsou v právu právní normy či principy. Mluvíci dále musí užít akceptovaná argumentační schémata, kterými jsou mj. interpretační metody a metody právní argumentace (např. analogie, arg. a contrario apod.).

Jeho teorie má ale řadu problematických míst. Za prvé pouze popisuje východiska a argumentační schémata, ale neobjasňuje, jak má být určitý argument používán při realizaci určitého schématu. Za druhé nevysvětluje, jak analyzovat zdůvodnění určité interpretace. Za třetí neukazuje, jak doplnit implicitní prvky v argumentaci. Jeho teorie proto nedává nástroj pro hodnocení právní argumentace.

Habermas ve své teorii ukazuje, jaké požadavky musí splnit argumentace, aby byla racionální. Přijatelnost argumentace závisí na kvalitě diskuse, v níž je hájeno určité stanovisko. Podle Habermase musí argumentace splňovat podmínky logické (tj. logická konzistence, univerzabilita, konstantní užívání výrazů), dialektické (upřímnost účastníků, relevance jejich přednesů a důkazní břemeno) a rétorické (podmínky tzv. ideální řečnické situace). Habermasova teorie je bohužel pouze teoretickým popisem podmínek, které musí být splněny pro racionální diskusi a které v praxi mohou být dosaženy jen obtížně.

Teorie právní argumentace, které byly vyvinuty na půdě teorie práva, se pokoušejí poskytnout schémata pro racionální rekonstrukci právní argumentace, která zahrnuje zdůvodnění právní interpretace, existenci a použití procedurálních pravidel racionality a určitá specifická právní a materiální pravidla, jež mají být též použita.

Mnoho teorií s tímto přístupem je založeno na rozlišování mezi složitými případy a jednoduchými případy. Jednoduché případy jsou takové, ve kterých neexistují rozdíly v představách o rozhodujících faktech (včetně právních pravidel) a jediný argument postačí k podpoře závěru (MacCormick hovoří o deduktivní justifikaci, Aarnio o interní justifikaci). V obtížných případech, ve kterých jsou zpochybněna fakta či pravidla, je potřeba dalšího zdůvodnění prostřednictvím řetězce dalších argumentů. MacCormick hovoří o řetězci podřízených argumentů, které poskytují justifikaci druhého stupně. Aarnio hovoří o externí justifikaci. Alexy hovoří o celém řetězci argumentů jako o interní justifikaci, zatímco termín externí justifikace nechává vyhrazen argumentaci zdůvodňující obsah premis.

Kolik podřízených argumentů je vyžadováno pro úspěšné zdůvodnění, záleží na množství kroků vyžadovaných pro dosažení takového stavu v diskusi, kdy již neexistuje rozdíl v názorech. Podle Alexyho je potřeba tolika argumentů, aby bylo dosaženo shody, že právní norma může být aplikována na konkrétní případ. Podle Aarnia je potřeba tolika argumentů, aby byly odstraněny pochybnosti adresáta právní normy. Podle MacCormicka musí být konsekvenční argument vždy doplněn argumentem koherence a konzistence. Podle Peczenika při rekonstrukci právního zdůvodnění musí být učiněny explicitními všechny provedené transformace. Zdůvodnění sestává z kombinace různých forem, jimiž jsou objasněny různé transformace.

Aby byl řetězec podřízených argumentů kompletní, musí být na příslušných místech doplněny chybějící premisy. Většina autorů však nespecifikuje, jak tyto premisy mají být explikovány. Zdá se, že předpokládají, že na základě logické rekonstrukce lze při analýze správné argumenty nalézt.

Aarnio, Alexy i MacCormick činí rozdíly mezi formálními, materiálními a procedurálními aspekty justifikace. Formálním aspektem se rozumí požadavek, aby argumentace byla rekonstruována jako řetězec logicky platných argumentů. Většina autorů vztahuje požadavek logické validity k požadavku univerzability (*treat like cases alike*). Legitimita rozhodnutí závisí na tom, zda je založeno na obecném pravidlu, které se používá v obdobných případech. Interní justifikaci lze zhodnotit na základě logické platnosti, v případě externí justifikace to však podle Aarnia a MacCormicka již není možné. Pouze Alexy se domnívá, že to možné je.

Pro hodnocení materiálních aspektů navrhuji autoři několik druhů procedur. První z nich slouží k tomu, aby bylo zjištěno, zda určitá premisa patří k obecně sdíleným východiskům. Prvním krokem je proto zjištění, zda použitý argument je platným právním pravidlem. K tomu je potřeba provést průzkum, zda určité pravidlo lze odvodit z uznávaného právního zdroje (právní předpisy, rozhodnutí, právní teorie či přípravné legislativní materiály). MacCormick tvrdí, že platné pravidlo musí být odvozeno z příslušné rekogniční normy. Podle Peczenika pravidla platného práva musí být identifikována prostřednictvím transformace pramenů, které určují, zda právní pramen je platným pramenem práva.

Premisa často nemůže být odvozena přímo z pramene práva, je potřeba ji interpretovat. Podle Alexyho jsou interpretační metody argumentačními schémata, které mohou být užívány pro zdůvodnění určitého výkladu.

Pro zhodnocení procedurálního aspektu argumentace musí být určeno, zda diskuse byla vedena racionálním způsobem. Pravidly racionální diskuse jsou podle Alexyho konzistence, účinnost, testovatelnost, koherence, zobecnitelnost a upřímnost.

Právní argumentace se podle teorií Alexyho, Aarnia a Peczenika a pragmadialektické teorie považuje za součást diskuse. Proto lze hovořit o tom, že právní argumentace má povahu dialogu. Tyto teorie mají společné to, že racionalita argumentace se vztahuje ke kvalitě procedury dosahované v diskusi a k otázce, zda určitá pravidla pro racionální diskusi byla splněna. V těchto teoriích je proto zájem kladen na východiska a na pravidla racionální právní justifikace.

Stručně popsané modely právní argumentace, resp. modely umožňující hodnocení správnosti právní argumentace, ukazují, že pluralita přístupů k právní argumentaci je poměrně široká, přičemž podaný přehled není samozřejmě úplný. Každý z modelů si činí nárok na svoji vlastní korektnost, od níž se odvíjí korektnost argumentačních závěrů. Problematický je fakt, že výsledek argumentace, rozhodnutí, bude záviset na tom, jaký argumentační model bude použit. Protože při použití různých argumentačních modelů lze dospět k různým závěrům, vzniká otázka, zda některý z modelů není „správnější“ než model jiný. Správnost či nesprávnost závěru tak v konečném důsledku bude záviset na tom, zda bude některý z argumentačních modelů obecně akceptován. Stane-li se tak, budou správné ty závěry, které se o takový akceptovaný model budou opírat. Obecná akceptace modelu sice nebude znamenat, že zvolený model je „správný“ ve smyslu objektivním, ale povede alespoň k tomu, že nebude nikdo, kdo by přijaté závěry zpochybňoval, pokud budou pravidla argumentačního modelu dodržena.

Z uvedené dílčí kritiky jednotlivých argumentačních modelů, která se zdá relevantní, je ale jasné, že žádný z argumentačních modelů si nemůže činit nárok na správnost opírající se o obecný konsensus.

Je proto potřeba říci, který z argumentačních modelů je možno zvolit ve snaze co nejvíce snížit riziko, že bude poskytovat závěry obecně neakceptovatelné proto, že sám model argumentace nebude obecně akceptovatelný. Podle mého mínění je možno za společný základ zvolit ten model, který je alespoň do určité míry obsažen v ostatních argumentačních modelech. Tím je argumentační model logický, založený na formálních pravidlech logiky. Problémem tohoto modelu, který, jak se pokusím dále ukázat, je fakticky zachovávan i při řešení tzv. obtížných případů, které údajně podle tohoto modelu řešitelné nejsou, je, že není schopen poskytovat kritéria pro hodnocení obsahu premis, které je nezbytné při řešení případů použít. Neobsahuje tak žádná materiální kritéria, která musí být čerpána ze zdrojů stojících mimo tento model. (Je ovšem otázkou, zda je tomu u jiných modelů jinak).

Podle mého soudu jsou zcela nevyhovující všechny modely, které pracují s určitou ideální situací. Za předpokladu, že podmínky ideální situace splněny nebudou, a to nebudou právě proto, že jde o situaci ideální, výsledek argumentace bude správný do té míry, do jaké budou splněny podmínky správnost řešení podmiňující.

V první řadě je potřeba odmítnout všechny modely, které si činí nárok na správnost, je-li přesvědčeno publikum, kterému je argumentace určena. Jednak totiž takové publikum reálně neexistuje, resp. není možné jej přesně určit, takže se vlastně snažíme přesvědčit někoho, kdo neexistuje. I kdybychom publikum přesvědčili, což by vyžadovalo jeho přesné vymezení (například soudci odvolacího soudu přezkoumávající rozhodnutí), neznamená to stále ještě, že rozhodnutí je správné. Navíc je patrná tendence omezovat publikum na právní komunitu. To je nesprávné proto, že rozhodnutí, má-li obecnější dopady, nepůsobí pouze vůči osobám znalým práva, ale v celé společnosti. Omezovat v tomto směru právo pouze na relativně úzkou skupinu osob je v rozporu s účelem práva. Obdobně to platí pro model tzv. *ideal speech situation* (Habermas).

Vhodnější se mohou zdát ty argumentační modely, které poměřují správnost argumentace racionálními pravidly procedurálního charakteru. Pro právní diskurs platí, že jeho procedurální pravidla jsou obsažena v právu. Tím ale vzniká problém, který se právě teorie racionálního diskursu snaží vyřešit, totiž problém, jak poznat obsah argumentů, které jsou předkládány na podporu určitých stanovisek. Pokud bychom se řídili pouze pravidly racionálního diskursu, která jsou, tak jak jejich obsah popisuje Alexy či Habermas, relativně jasná, tak bychom snad mohli tento argumentační model používat. Protože však v právní

argumentaci musí být používána i pravidla, která nemají oporu v pravidlech racionálního diskursu a jsou stanovena v právu, vzniká problém, jak určit jejich obsah, je-li sporný. K řešení tohoto problému totiž nemohou přispět ani pravidla racionálního diskursu. K výsledku nelze dospět ani několikastupňovou argumentací, kdy argumenty prvního stupně jsou zdůvodňovány argumenty druhého stupně a ty zase dalšími argumenty a tak dále.

Podstatnější námitku lze mít proti argumentaci v právu jako diskursu z povahy věci samé. Právní „diskurs“ totiž musí být v určitém okamžiku uzavřen. To samozřejmě zastánci diskursivních teorií nepopírají, naopak s tím výslovně počítají. Problém je ovšem v tom, že v určitém okamžiku ztrácí takový diskurs svůj charakter. Nejpozději k tomu dochází v okamžiku, kdy rozhoduje instančně poslední soud. Jeho rozhodnutí lze samozřejmě zkoumat a kritizovat, ale to nemá vliv na samotný výsledek určitého konkrétního sporu. Dále je potřeba vzít v úvahu, že výsledky procesu aplikace práva vyžadují justifikaci v situaci, kdy je řešen určitý spor, protože v situacích, kdy je právo aplikováno nekonfliktním způsobem, nevzniká z povahy věci potřeba rozhodnutí justifikovat. Spor vzniká mezi dvěma stranami, nad nimiž stojí soudce či jiná osoba s pravomocí jejich spor rozhodnout. Podstata rozhodnutí pak spočívá v tom, že argumenty jedné ze stran jsou zamítnuty. Pokud lze najít dostatečně dobré argumenty směřující proti zamítaným argumentům, lze snad takový postup rekonstruovat pomocí pravidel právního diskursu a verifikovat tak jeho správnost. V některých případech však žádné argumenty ve prospěch určitého řešení již uvést nelze, takže pak takové rozhodnutí platí (je „správné“) pouze díky autoritě toho, kdo rozhoduje.¹⁸⁵

Má-li teorie racionálního diskursu přispívat k rekonstrukci právní argumentace za účelem hodnocení její správnosti (a tím i hodnocení správnosti jejího závěru), v takovém okamžiku, kdy již je rozhodnuto, svůj úkol nemůže v konečném důsledku plnit. Význam mají

¹⁸⁵ Jako příklad lze uvést rozhodnutí Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 142/03, v němž Ústavní soud řešil otázku vztahu dvou ustanovení zákoníku práce. Konkrétně šlo o ustanovení § 61 odst. 2, které umožňuje soudu snížit zaměstnancův nárok na náhradu mzdy, přičemž soud „*při svém rozhodování přihlédne zejména k tomu, zda byl zaměstnanec mezitím jinde zaměstnán, jakou práci tam konal a jakého výdělku dosáhl nebo z jakého důvodu se do práce nezapojil*“. Obecné soudy zamítly nárok žalobce na náhradu mzdy s poukazem na § 7 odst. 2 zákoníku práce, podle kterého „*Výkon práv a povinností vyplývajících z pracovněprávních vztahů nesmí bez právního důvodu zasahovat do práv a oprávněných zájmů účastníků pracovněprávního vztahu*“ (text uveden ve znění účinném ke dni rozhodování Ústavního soudu). Dovodily totiž, že žalobce zneužíval práv a povinností, neboť opakovaně slovně napadal své nadřízené, urážel je atd. Ústavní soud rozhodl, že nároky zaměstnance na náhradu mzdy nemohou být modifikovány v důsledku aplikace pravidla vyplývajícího z § 7 odst. 2 zákoníku práce. Ústavní soud uvedl: „*Ustanovení § 7 zákoníku práce sice obsahuje obecné výkladové pravidlo pro chování účastníků pracovněprávních vztahů a při uplatňování jejich práv a povinností, tímto ustanovením však nejsou dotčeny nároky pracovníků podle dalších ustanovení zákoníku práce*“. Žádný argument pro takový závěr nebyl uveden a podle mého mínění jej ani uvést nelze. Naopak, interpretace ustanovení § 61 odst. 2 zákoníku práce spíše nasvědčuje tomu, že tento argument použit lze (arg. slovem „*zejména*“, které naznačuje, že soud přihlédne i k dalším skutečnostem, než které jsou výslovně vypočteny). V tomto případě má tedy rozhodnutí daleko k racionálnímu diskursu, protože žádný „*diskurs*“ o tomto závěru veden nebyl a ani nemohl být. Soud zde ale provedl to, co od něj bylo očekáváno, tudíž určil ze své autority okruh relevantních pravidel.

takové teorie pouze tehdy, jsou-li pravidla pro ně stanovená používána nikoliv *ex post* jako nástroj evaluace správnosti použité argumentace, ale *ex ante* jako „procesní“ pravidla rozhodování *sui generis*, jejichž dodržení zajistí správný výsledek. Jestliže se poslední možné rozhodnutí ve věci prohlásí za nesprávné proto, že nebyla dodržena pravidla diskursu, nepomůže to jednak tomu, kdo byl tímto rozhodnutím dotčen, jednak se takové nesprávné rozhodnutí stává v podstatě jedním z pravidel, která by měla být v dalších situacích používána (například z důvodu dodržení pravidla univerzability), takže důsledně vzato jsou důsledkem nesprávného prvotního rozhodnutí.¹⁸⁶

Další námitka proti diskursivním teoriím, kterou považují za zásadní, spočívá v tom, že každý účastník diskursu do něj vstupuje se stanoviskem, které opírá o své určité představy, hodnoty, životní postoje a především vlastní zájmy. Tyto faktory poskytují materiální, obsahový základ jeho argumentům, které jsou vznášeny právě na obhajobu a podporu zastávaného stanoviska. Právní diskurs ale z povahy věci nemůže vést k vyvrácení těchto základních stanovisek, protože pokud by se nechal účastník diskursu přesvědčit o jejich nesprávnosti, musel by sám ze sporu ustoupit, protože jiné řešení by nebylo racionální (nelze očekávat, že by účastník diskuse trval na stanovisku, v jehož správnost by nevěřil). Smyslem právního diskursu není přesvědčit druhého účastníka sporu, ale soudce, který svým výrokem určí, které ze stanovisek je správné. Ovšem i soudce vstupuje do rozhodování ovlivněn svými hodnotami, představami apod., které do procesu rozhodování vnáší.^{187,188}

Vyvrácení základního předpokladu, s nímž do diskuse její účastníci vstupují, není prostě argumenty možné, protože základní předpoklad v tomto ohledu tvoří axiom, nevyvratitelné východisko. Maximálně je možné připustit, že se v konkrétním případě neuplatní, nelze však nijak tvrdit, že to je závěr správný.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Navíc takový závěr nemůže být ani autoritativní, byť by byl sebelépe argumentován, protože autoritativní řešení je právě rozhodnutí soudu. Kritika tak leda může přispět k tomu, že se příště soud pochybení, které mu bude případně vytýkáno, vyvaruje, což je ovšem možné jen při dostatečné míře sebereflexe.

¹⁸⁷ Lze opět poukázat na „Dworkinův“ případ Elmerova vraha. Disentující soudce Gray byl prostě přesvědčen o tom, že zákon, je-li jasný, má být aplikován podle významu svých ustanovení a pokud určitou skutečnost nečiní skutečností právně relevantní, pak prostě taková skutečnost zohledněna být nemá, byť se může výsledné rozhodnutí zdát v rozporu s morálkou, možná i zdravým rozumem apod. Naopak většina soudců se přiklonila k tomu, že takový závěr je nepřijatelný. Neexistuje argument, který by podpořil správnost jednoho či druhého přístupu. Na straně jedné lze sice říci, že právo by mělo být v souladu s morálními představami společnosti, na druhé straně lze argumentovat, že morálka představuje soubor příliš vágních pravidel proto, aby mohla mít právně normativní důsledky, nehledě již k tomu, že zvolené řešení bylo v rozporu s principem právní jistoty.

¹⁸⁸ Srov. k tomu přesvědčivě Zupančič, B. M.: Od souboje ke smlouvě, aneb co vlastně ustavuje Ústava?, Právník č. 6/1998, str. 491: „... morální autonomie každého jednotlivého soudce je určující pro jeho kognitivní autonomii...“.

¹⁸⁹ Příkladem může být spor o to, zda ustanovení § 517 odst. 2 občanského zákoníku o výši úroku z prodlení, kterou má stanovit prováděcí předpis, je kogentní či dispozitivní. Občanský zákoník nerozlišuje jednoznačně mezi dispozitivními a kogentními ustanoveními, uvádí, že se lze odchýlit od těch ustanovení, u nichž z jejich povahy nevyplývá, že to není možné (§ 2 odst. 1). Vyjdeme-li z předpokladu (premisy), že právní úprava

Zajímavé je, že všechny diskursivní teorie počítají pro oblast práva s tím, že právo obsahuje určitá pravidla, která diskurs ovlivňují či omezují. Mezi tato pravidla se počítají v první řadě právní normy, ale i různé právní principy, výkladová pravidla atd. V jednoduchých případech si lze údajně vystačit s fakty případu a právní normou, ve složitějších případech však musí být argumentační struktury propracovanější a komplikovanější; hovoří se například o vícestupňové argumentaci, kdy jeden argument je ospravedlňován argumenty jinými a ty zase argumenty dalšími. Diskursivní teorie, protože jsou teoriemi procedurálními, nemohou dát odpověď na otázku, které argumenty (pravidla) mohou či nemohou být použity (například zda lze či nelze použít určitý právní princip). Lze proto předpokládat, že je možno argumentovat jakýmkoliv pravidlem, a to v jakémkoliv případě, tedy i v tzv. jednoduchém případě, leda by bylo jeho použití zcela iracionální. Přitom se ale o jednoduchých případech tvrdí, že je lze vyřešit bez použití složitých argumentačních struktur, jejichž použití ale není vyloučeno. Použije-li se složité argumentační schéma na jednoduchý případ, který by bylo možno vyřešit i bez takového kroku, lze případně dospět k řešení jinému, které bude ovlivněno právě komplexností argumentace. Pak je ale patrné, že řešení závisí právě na tom, které argumenty budou použity. Diskursivní teorie nám však při výběru argumentů, které se vztahují k řešenému problému, nepomáhá.

Problematická situace ale nastává i při výběru argumentů v tzv. složitých případech, kde se argumentačně běžně používají různé právní principy, z jejichž povahy vyplývá, že v některých případech působí proti sobě, tj. že jejich důsledky se navzájem vylučují, nicméně tato kolize se neřeší prohlášením jednoho z principů za neplatný. Směřují-li použité argumenty (právní principy) k odlišným závěrům, jak je možné racionálně určit, který z nich má či nemá být v argumentaci použit, resp. jakou v ní má váhu?

Stojíme tedy před problémem, který spočívá v tom, že určité standardy bereme jako základ rozhodnutí, aniž bychom byli schopni prokázat, že mají skutečně být použity. Lze proto plně souhlasit s O. Weinbergerem, pokud tvrdí, že je „zcela neodůvodněný předpoklad,

v soukromém právu má být primárně dispozitivní, budeme jen obtížně v textu ustanovení hledat oporu pro závěr, že § 517 odst. 2 je kogentní. Přesto byla kogentnost tohoto ustanovení soudní praxí potvrzena (rozsudek NS ČR sp. zn. 33 Odo 1117/2003).

Zcela zjevné to je v případě, kdy se v právu operuje takovými argumenty, jako je spravedlnost apod. – k tomu srov. např. nález Ústavního soudu sp. zn. I. US 643/04, kde se uvádí: „Spravedlnost musí být přítomna vždy v procesu, kterým soudce interpretuje a aplikuje právo, jako hodnotový činitel. Spravedlnost je hodnotovým principem, který je společný všem demokratickým právním řádům.“ Tyto věty jsou fakticky jen klišé, protože vůbec neříkají, jaké má být rozhodnutí, pouze že má být spravedlivé. To má ovšem stejný význam, jako kdyby nebylo řečeno vůbec nic, dokud si neujasníme, jaký je „obsah“ spravedlnosti. Jasně je pouze to, co v konkrétním případě soud za spravedlivé či nespravedlivé považuje.

že výsledky diskursu jsou pravdivými tezemi nebo správnými praktickými postoji“.¹⁹⁰ Stavíme se tím do pozice nonkognitivismu. Přesto se nelze domnívat, že nonkognitivismus brání racionální argumentaci v právní praxi. Naopak, racionální argumentace je potřebná i zde, je pouze třeba mít na paměti, že sama o sobě nemůže vést ke správnému výsledku ve smyslu objektivní a nezpochybnitelné správnosti.

Zdá se, že z variant, které přicházejí v úvahu, lze použít pouze metodu logickou, proti níž nelze vznést žádnou podstatnou výhradu kromě toho, že sama o sobě neposkytne řešení pro všechny případy, neboť ani logický přístup k argumentaci nepomůže odhalit obsah některých standardů, které jsou považovány za existující a použitelné.

Zajímavé jsou v této souvislosti pokusy dovést logickou platnost některých právních principů. Pokud by byl takový pokus úspěšný, mohlo by se zdát, že logická metoda je soběstačnější ve větší míře, než by bylo možno předpokládat. Příkladem může být pojednání J. Krechta¹⁹¹ o logické platnosti zásady „co není zakázáno, je dovoleno“, která podle něj existuje i bez toho, že by byla v platném právu výslovně zakotvena (např. čl. 2 odst. 3 Listiny). J. Krecht dovozuje, že by tato zásada platila i tehdy, pokud by nebyla výslovně zakotvena, a to na základě logiky, na které je právní řád zbudován. Základním východiskem jeho úvah je, že normativní ve vlastním slova smyslu jsou pouze příkazy a zákazy, neboť jen s nimi je spojena hrozba sankce (s dovolením sankce spjata být nemůže). Mlčí-li proto normotvůrce ohledně určitého chování, „lze z toho dovést, že toto chování přikázat ani zakázat nechtěl... . Na dovolenost chování ... se totiž usuzuje ze skutečnosti, že je dané chování normativně neupraveno, tedy nikoliv ze skutečnosti, že není zakázáno“.^{192,193}

Takto vedená úvaha je však chybná. Pokud by v právním řádu nebylo obsaženo pravidlo „co není zakázáno, je dovoleno“, nebylo by možno dospět k závěru, že pokud zákonodárce mlčí, nechtěl určité chování ani přikázat, ani zakázat. Bez uvedeného pravidla by totiž takové chování bylo právně irelevantní. Právní relevanci výslovně neupravenému jednání poskytuje pouze explicitně platné pravidlo „co není zakázáno, je dovoleno“, protože právě toto pravidlo spojuje s jednáním výslovně nepřikázaným či nezakázaným právní následky. Podle mého názoru uvedené pravidlo z právního řádu logicky dovést nelze. Pokud by jej právní řád neobsahoval a byl-li by vystaven pouze na příkazech a zákazech, pak by

¹⁹⁰ Weinberger, O.: Norma a instituce (Úvod do teorie práva), Brno 1995, str. 182, resp. podrobněji in Právník č. 5/1996, Teorie spravedlnosti, demokracie a právní politika, str. 515.

¹⁹¹ Krecht, J.: K zásadě „co není zakázáno, je dovoleno“, Právník č. 2/2005, str. 183-189.

¹⁹² Tamtéž, str. 186.

¹⁹³ Srov. k tomu též Knapp, V., Gerloch, A.: Logika v právním myšlení, 3. vydání, Praha 2000, str. 218-220.

existovaly ve skutečnosti tři druhy jednání či situací – právně příkázané, právně zakázané a právně irelevantní. Dovolení by implicitně vyplývalo pouze z příkazu.¹⁹⁴

Ve všech teoriích argumentace se dříve či později operuje, na určitém argumentačním stupni, s argumenty, které nemají bez dalšího povahu právní normy, tedy pravidla chování explicitně vyjádřeného v zákonu či jiném uznaném prameni práva. Vedle hodnot či morálních východisek jde nejčastěji o právní principy či obecné právní zásady. Všechny tyto standardy lze použít jako argument pro zdůvodnění určitého rozhodnutí. Problémem ovšem je, že existence a tedy i použitelnost principů se obecně uznává. Na první pohled to není nic zvláštního, pokud nahlédneme na právní principy jako na něco, co „vystihuje věčnou pravdu a pomáhá nám nezabloudit při jejím nalézání“¹⁹⁵, či jako na „svazek paprsků, jimiž vyzařuje obecné právní dobro, a které se v tomto dobru sbíhají“¹⁹⁶, nebo tak, že „prostřednictvím právních principů dochází ke sbíhání a sblížení mravnosti a právnosti“¹⁹⁷.

Tak tomu snad je v řadě případů (je třeba mít na paměti, že obsah i dosah právních principů se v čase mění), mohou se však vyskytnout případy, kdy tomu může být naopak, kdy aplikace „právního principu“ přispěje k ještě větší nespravedlnosti (za předpokladu, že jsme schopni „míru nespravedlnosti“ změřit). Může být považováno za mravné, že je například zastaveno trestní stíhání pachatele vraždy proto, že se nepodařilo jej do šesti let, jak vyžaduje judikatura Evropského soudu pro lidská práva, pravomocně odsoudit, a byl tak porušen „princip spravedlivého procesu, který se musí konat v přiměřené lhůtě“¹⁹⁸

Dalším problémem je, že právní principy mohou, ba dokonce velmi často působí kontradiktorně (to se dokonce považuje za jeden z hlavních znaků odlišujících právní normy

¹⁹⁴ J. Krecht vychází z poněkud specifického pojetí normativity. Podrobněji srov. Krecht, J.: K otázkám normativity, Právník č. 11/2005, str. 1281-1291.

¹⁹⁵ Telec, I.: Právní principy a některé jiné věci, Právník č. 6/2002, str. 652.

¹⁹⁶ Tamtéž str. 653.

¹⁹⁷ Tamtéž.

¹⁹⁸ Srov. např. usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 3 Tdo 110/2002, kterým byla zrušena předchozí usnesení nižších soudů o zastavení trestního stíhání pro porušení práva na proces v přiměřené lhůtě. Pachatel byl stíhán za trestný čin vraždy, kterého se dopustil tím, že „v době zjevně akutně probíhající nemoci poškozené nezletilé L. Š., jmenovanou nejdříve fyzicky napadl údery rukou do obličeje, kovovou přezkou od vořítkva dopadajícími na celé tělo, kopáním nohou do hýždíové krajiny, poté připravil roztok z octu s blíže nezjištěným podílem tekutiny s obsahem alkoholu, do kterého přimísil koření kari, pepř, muškát, ingredience konzervačního nálevového prostředku Nova a násilím jej vpravil do úst poškozené tak, až pronikl do zažívacího traktu a došlo i k aspiraci do dýchacího systému, nato poškozenou svlékl, posadil do vany se studenou vodou, kterou k tomuto účelu napustil, a pod trestem jí zakázal vanu opustit, posléze dveře od koupelny zavřel a poškozenou zde zanechal, v přímé souvislosti s působením obviněného na oslabený organismus poškozené nezletilé L. Š. došlo k rozvoji těžkého šokového stavu, nastalého v důsledku fyzikálních a chemických vlivů, které vyústily ve smrt nezletilé vdechnutím zvratků v odpoledních hodinách téhož dne, bez zajištění lékařské pomoci.“ Jen těžko se lze smířit s tím, že princip spravedlivého procesu zde představuje „obecné právní dobro“ sblížující mravnost a právnost. Je třeba upozornit, že judikatura Nejvyššího soudu v tomto směru není jednotná. Např. v usnesení sp. zn. 7 Tz 316/2001 Nejvyšší soud potvrdil, že porušení přiměřené lhůty pro řízení může být důvodem pro jeho zastavení (zde šlo o opakované znásilnění nezletilé).

od právních principů – dvě právní normy, které jsou v logickém rozporu, nemohou vedle sebe obstát a jejich střet se vyřeší zrušením jedné z nich nebo zavedením výjimky, zatímco dva odporující si principy vedle sebe obstát mohou a jejich střet se vyřeší přiřazením větší váhy či míry důležitosti jednomu z nich). Je potom potřeba posoudit, který z principů má být upřednostněn. Typickým příkladem takového střetu dvou „principů“ je princip rovnosti na straně jedné a princip právní jistoty na straně druhé. Oba tyto principy se dostávají do střetu pokaždé, je-li přijata nová právní úprava, která se dotýká obsahu stávajících právních vztahů (hovoří se o tzv. nepravé retroaktivitě). Princip rovnosti vyžaduje nepravou retroaktivitu, protože při jejím vyloučení by byl odlišný obsah právních vztahů vzniklých před přijetím a po přijetí nové právní úpravy. Tím je však porušován princip právní jistoty, který mimo jiné vyžaduje neměnit obsah vzniklých právních vztahů, tj. již existující práva a povinnosti.

Vymezení právních principů ve vztahu k právním normám a ostatním prvkům právního řádu, zkoumáním existence jednotlivých principů, jejich pramenů a způsobu jejich užívání se bude věnovat další část této práce. Všechny tyto elementy vstupují do hodnotící fáze aplikace práva.

III. 3. Výběr a hodnocení shromážděných poznatků, zejména zjištěných pravidel a jejich vzájemné srovnání na základě jejich vlastností

Výše bylo řečeno, že do procesu aplikace práva vstupují elementy různého druhu a rozdílných vlastností. Je samozřejmě možné nalézt i takové teorie, které tuto možnost vylučují a počítají pouze s jedním druhem pravidel označovaných jako právní normy.¹⁹⁹ V následujícím textu budou uvedeny důvody vedoucí k závěru o pluralitě druhů pravidel tvořících právo a o rozdílech mezi nimi.

Nejdříve je ale nutno učinit terminologickou poznámku. V následujícím výkladu bude pojem „pravidlo“, případně „právní pravidlo“ používán jako souhrnný pojem zahrnující jak právní normy, tak právní principy, tedy ve smyslu nejobecnějšího označení pro výrok určitého normativního obsahu. Podřazenými pojmy budou „právní norma“ a „právní princip“. V některých z citovaných prací je terminologie opačná, zejména v pracích R. Dworkina a R. Alexyho, kteří za nejobecnější pojem považují „právní normu“, pod kterou lze zařadit jak

¹⁹⁹ Srov konstatování H. Kelsena: „Vedle právních norem se někdy, tak např. u Josefa Essera, považují též právní zásady nebo právní principy za součást právního řádu.“ Kelsen, H.: Všeobecná teorie norem, Masarykova univerzita, Brno, 2000, str. 128.

„pravidla“ (Regeln, rules), tak „právní principy“ (Prinzipien, Grundsätze, principles). Jinak je tomu například u J. Essera, který rozlišuje právní zásadu a normu²⁰⁰. Pokud budou citovány úryvky z prací s opačnou terminologií, bude terminologie přizpůsobena této práci.

III. 3. 1. K pojmu právní princip

III. 3. 1. 1. Představa právního řádu jako jednoty nejen právních norem, ale též právních principů

Podle klasických představ je právo tvořeno právními normami, tedy pravidly chování, která jsou obsažena v uznávaném prameni práva (např. zákon, soudní precedens). Právní norma se jen zřídka ztotožňuje s formou, kterou je vyjádřena, tj. s příslušným právním textem. Text, například zákona, se považuje pouze za způsob sdělení, vyjádření právní normy. Jazykové vyjádření právní normy se označuje například jako *právní věta*, zatímco pro vlastní pravidlo chování se používá označení *právní norma*.²⁰¹

Chceme-li zkoumat právní principy, je nutno se v prvé řadě pokusit objasnit, jaké jsou příčiny toho, že se právní principy považují za součást práva vedle právních norem.²⁰² Rozumíme-li právem v objektivním slova smyslu soubor (obecně) závazných pravidel chování vytvořených nebo uznaných státem a zaštiťovaných státním donucením, a pokud takové pravidlo označíme „právní norma“, je možno se ptát, proč vzniká potřeba vytvářet vedle jednoho druhu právních pravidel (tj. právních norem) ještě jiný druh pravidel, právních principů. Pokud by šlo o pouhé dvojí označení téhož, nevznikal by fakticky žádný problém. Bylo by jednoduše možné hovořit o právních normách a právních principech promiscue, a jelikož by šlo vždy o tentýž druh pravidel, pak bez ohledu na jejich odlišné označení by jejich aplikace nemusela činit potíže. Zdá se však, že takový přístup by byl příliš zjednodušený oproti realitě.

²⁰⁰ Srov. název jedné z jeho prací „Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts“, Tübingen 1956, obdobnou terminologickou poznámku činí Holländer, P.: Holländer, P.: Deficit Dworkinovy a Alexyho koncepce logického vymezení právních principů, in: Boguszak, J (ed): Právní principy, Pelhřimov 1999, str. 9.

²⁰¹ Např. Weinberger, O.: Norma a instituce, (Úvod do teorie práva), Brno 1995, str. 70, nutno podotknout, že výraz právní norma bývá někdy vyhrazen pro pravidla chování, která lze vyjádřit *univerzálně* adresovanou větou (např. Gerloch, A.: Teorie práva, 3. rozšířené vydání, Plzeň 2004, str. 36), zatímco právě Weinberger považuje za právní normu i individuální pravidlo chování.

²⁰² G. Otte k tomu říká: „Že právní řád nelze rekonstruovat jako soubor norem (v jeho terminologii nikoliv Regeln, ale Regelungen) schopných subsumce, ale že obsahuje i další věty, takže tradiční představa o právních normách je nepřipadná, představuje dnes natolik široce rozšířenou představu, že ani nevyžaduje žádné zdůvodnění.“ Otte, G.: Die Anwendung von Rechtsnormen mit und ohne Spielraum, in: Schulcher, B.; Koller, P.; Funk, B.-Ch. (Hrsg.): Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Wien 2000, str. 147.

Pokud se určité pravidlo označí jako právní princip, chce se tím zpravidla vyjádřit, že jde o pravidlo kvalitativně odlišné od „obyčejné“ právní normy, tedy o pravidlo, které má jinou povahu či pravidlo, a to je obzvlášť důležité, se kterým se v procesu aplikace práva (a nejen v procesu aplikace práva) zachází odlišně od způsobu, jakým se zachází s právními normami. Jinak by totiž nemělo smysl rozlišovat mezi právními normami a právními principy, stačilo by říci, že „existuje pravidlo, které stanoví ...“.

Vyjdeme-li z uvedeného přístupu, je možno se dále ptát, jaké jsou důvody pro to, že existují skupiny právních pravidel různého druhu. Podle mého mínění lze pro takové rozlišování nalézt tři důvody.

První důvod, který lze označit za pozitivně právní, spočívá v tom, že právní předpisy se o právních principech samy explicitně zmiňují. (Zajímavé ovšem je, že právní předpisy zřejmě nikdy, a nebo jen zřídka hovoří o „právních normách“.) Příkladů, kdy se přímo v textech právních předpisů hovoří o (právních) principech či zásadách, lze nalézt relativně velké množství.²⁰³

Další důvod je možno označit za důvod historicko právní. Řada pravidel, která jsou nazývána principy, je velmi stará z hlediska okamžiku, kdy se objevila či začala být používána. Velké množství těch, která jsou dodnes používána, je možno nalézt například v posledním titulu poslední kapitoly Digest, D 50.17, nesoucím název *De diversis regulis iuris antiqui*.²⁰⁴ Pravidla podaná v této stručné podobě přežila všechny dějinné zvraty a převraty a stala se neodmyslitelnou součástí právního myšlení. Pokud zároveň tato obecná pravidla, právní principy, byly inspirací pro přijetí konkrétní právní úpravy či pokud byly používány v odůvodněných rozhodnutích soudů, mohlo to být považováno za potvrzení relevance jejich existence. Dobře patrné je to na některých pravidlech – principech, které dnes používáme v podstatě tradičně, aniž bychom příliš uvažovali o jejich původu. Typickým příkladem je citovaná část preambule k zákonu č. 198/1993 Sb., o protiprávnosti komunistického režimu, kde se hovoří o destrukci tradičních principů vlastnického práva. Nepochybně jde o principy existující v té či oné podobě fakticky od dob římskoprávních, které přetrvaly věky a našly odraz v pozdějších přirozenoprávních kodifikacích. Jiným příkladem je o něco mladší princip zákazu retroaktivního působení právních předpisů. Hovoří-li se o tomto principu, neopomene

²⁰³ Již v preambuli Ústavy ČR se hovoří o „odhodlání řídit se všemi osvědčenými principy právního řádu“, v zákoně č. 198/1993 Sb., o protiprávnosti komunistického režimu se hovoří o „destrukci tradičních principů vlastnického práva“, zákon č. 349/1999 Sb., o Veřejném ochránci práv, hovoří o „principech demokratického právního státu a principech dobré správy“. Nakonec nelze nezpomenout § 7 Obecného zákoníku občanského, který hovoří o „přirozených zásadách právních“.

²⁰⁴ Srov. k tomu Wintz, J.: *Obecné a odvětvové principy současného českého práva*, disertační práce, PF UK, 2006.

se zpravidla zdůraznit, že v českém právním řádu je tento princip zakotven výslovně pouze pro oblast trestního práva (pokud jde o retroaktivní úpravu v neprospěch pachatele), zatímco pro ostatní oblasti práva je dovozován z požadavků právního státu. V § 5 Obecného zákoníku občanského se výslovně hovořilo o tom, že „Zákony nepůsobí nazpět; nemají tudíž vlivu na jednání, která se zběhla dříve, ...“. Dnes takovou jednoznačnou normu explicitně zakotvenou v našem právním řádu postrádáme, avšak nebyli bychom pravděpodobně ochotni připustit, že takové pravidlo lze v právním řádu opominout. Protože není zřejmě lepší opory, tvrdí se, že toto pravidlo vyplývá z pojmu právní stát.²⁰⁵ Obdobně to platí pro princip ochrany tzv. nabytých práv před zásahy ze strany zákonodárce²⁰⁶. V našem platném právu tento princip výslovně zakotvený nenajdeme. Zmiňovaný § 5 Obecného zákoníku občanského pamatoval ovšem i na jejich ochranu.²⁰⁷ Jiným příkladem je princip „*ignorantia legis non excusat*“.²⁰⁸ Přitom bylo i toto pravidlo jako právní norma výslovně obsaženo v Obecném zákoníku občanském, a to v § 2: „Jakmile byl zákon řádně vyhlášen, nemůže se nikdo omlouvat, že mu nebyl znám.“

V těchto případech jde tedy o jakési automatické nakládání s určitými pravidly, která jsou považována za existující, byť je někdy lze nalézt skutečně jen obtížně, a to v podstatě na základě jisté tradice či setrvačnosti právního myšlení.²⁰⁹

²⁰⁵ Srov. jeden z prvních nálezů Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 16/93 (č. 131/1994 Sb.), kde se uvádí: „Dochází tím k retroaktivnímu postihu právně dovoleného jednání. Tato skutečnost je opět v rozporu s principy ochrany důvěry občanů v právo, zákazu retroaktivity a tím v rozporu s čl. 1 Ústavy České republiky.“

²⁰⁶ Jinak samozřejmě ochrana nabytých práv je v právních předpisech poměrně často zakotvena; v těchto případech jde nejčastěji o ochranu práv třetích osob, která by mohla být dotčena úkonem jiné osoby, resp. neplatností takového úkonu apod. Nejčastěji se ochrana nabytých práv spojuje s dobrou vírou určité osoby

²⁰⁷ Relativně podrobně ve vztahu k českému ústavnímu právu a judikatuře Ústavního soudu je tato problematika popsána in: Fiala, J.: *Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu*, Právník č. 3/1999, str. 250 a násl. a Hanuš, L.: *Několik glos k ochraně nabytých práv (s přihlédnutím k judikatuře Ústavního soudu ČR)*, Právník č. 6/2003, str. 564 an.

²⁰⁸ Srov. např. náleží Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 18/98, kde se uvádí: „S vědomím existence pravidla, že neznalost zákona neomlouvá, je třeba konstatovat ...“. Ústavní soud ani neuvádí, že by toto pravidlo mělo nějakou oporu, prostě „existuje“. Jiným příkladem je náleží sp. zn. IV. ÚS 488/01, kde Ústavní soud říká: „Vychází-li Ústavní soud z maximy, že neznalost zákona neomlouvá, která v plné své tíži dopadá na veškeré subjekty, tedy i na fyzické osoby, musí tím více dopadat na takové subjekty, které s ohledem na své poslání, mají povinnost znát právo v oblasti, které se jejich činnost bezprostředně dotýká.“ Zajímavé, že se hovoří o „maximě“, tedy prakticky o nezpochybnitelném a samozřejmém pravidlu. Určitou nepřímou oporu pro toto pravidlo lze hledat „v povaze věci“. Právní předpis, jakmile je vyhlášen, je považován za formálně přístupný a tudíž nikdo nemůže tvrdit, že jej nezná, ačkoliv jej skutečně nezná. Je možné si nicméně povšimnout, že i náš současný právní řád činí z tohoto pravidla výjimky: například v zákoně č. 218/2003 Sb., o soudnictví ve věcech mládeže, se považuje omluvitelný omyl o právu za polehčující okolnost svého druhu: § 11 zní „(1) Soud pro mládež může upustit od uložení trestního opatření mladistvému ... dopustil-li se činu z neznalosti právních předpisů, která je zejména vzhledem k jeho věku, rozumové vyspělosti a prostředí, ve kterém žil, omluvitelná ...“. V trestně právní teorii přitom platí, že tzv. negativní omyl o normách trestního práva není relevantní, omyl o právních předpisech jiných se posuzuje jako tzv. omyl skutkový.

²⁰⁹ Příklady „setrvačnosti v právu“ lze ovšem nalézt více a týkají se i ryze pozitivně právních explicitně vyjádřených právních norem: tak např. § 89 odst. 3 trestního zákona definuje tzv. pokračování v trestném činu tak, že „...jednotlivé dílčí útoky vedené jednotným záměrem naplňují stejnou skutkovou podstatu trestného činu...“. U řady trestných činů je znakem skutkové podstaty i výše způsobené škody. To znamená, že aby byl

Třetím důvodem je důvod právně teoretický. Právní principy, pokud je odlišíme od právních norem na základě jednoho z možných kritérií, jsou považovány za určité shrnutí, syntézu obsahu jednotlivých právních norem. Právě takovou myšlenkovou operaci, jejímž výsledkem je zestručnělé vyjádření právního pravidla, které je následně označeno za právní princip, provádí právní věda. Pravidla takto zformulovaná následně pronikají do praxe jako určité jednotlicí principy ukazující například na systém výstavby právního řádu. Tím mohou ovlivňovat samozřejmě i aplikaci práva.

Jakmile je proto teorií určitý princip zformulován, lze uvažovat o tom, že bude převzat do praxe a následně aplikován.

V určitém ohledu není rozdíl mezi druhým a třetím důvodem vedoucím k závěru o relevanci rozlišování mezi právními principy a právními normami, neboť řada historicky se vyvinuvších právních principů přetrvala právě díky právní teorii, resp. teoretickým pojednáním, která byla generacím právníků známa a tato znalost byla předávána dále.

V literatuře lze vysledovat i další důvody pro takové rozlišování. Například C. Canaris spatřuje v existenci právních principů nezbytný předpoklad zachování jednoty a koherence právního řádu. R. Alexy rozvádí svoji teorii právních principů na pozadí ustanovení Základního zákona SRN, resp. ustanovení o základních právech, neboť se domnívá, že pouze na pozadí rozlišení právních principů a právních norem lze dostatečně popsat strukturu ústavy. „Rozlišení mezi právními normami a právními principy je základem teorie zdůvodňování základních práv a klíčem k vyřešení centrálního problému teorie základních práv.“²¹⁰ Jindy, jako je tomu například u J. Raze, slouží označení „právní princip“ jako označení pro pravidla vyššího stupně obecnosti, než jsou právní normy.²¹¹

dílčí útok považován za součást trestného činu, musí každý dílčí útok sám o sobě skutkovou podstatu naplnit. V důsledku toho výše škod způsobených dílčími útoky nelze sčítat a za trestné lze považovat jen ty, kde výše škody tuto hranici v jednotlivých případech překročí. Přesto však soudní praxe vykládá toto ustanovení tak, že výše škody se sčítá a o trestný čin jde tehdy, jestliže výše škody způsobená dílčími útoky ve svém souhrnu překročí minimální výši škody. Takto totiž bylo původně judikováno ještě předtím, než byla definice pokračování v trestném činu zakotvena v trestním zákoně (srov. rozhodnutí R 22/1991), k čemuž došlo až novelou č. 290/1993 Sb. I přes pozitivně právní definici zůstal výklad nezměněn a je přijímán i doktrínou (srov. Šáma, P., Půry, F., Rizman, S.: Trestní zákon, komentář, 2. vyd., C. H. Beck, 1995, str. 462). Ve své podstatě zde dochází ke střetu mezi výkladem doslovným a výkladem teleologickým. Původně byla totiž definice pokračování trestného činu v judikatuře vytvořena proto, aby byl z hlediska procesního i hmotněprávního umožněn postih pachatelů opakovaných trestných jednání, která v dílčích útocích nedosahovala stanovené výše škody. Výklad přijímaný po novele č. 290/1993 Sb. je výkladem teleologickým, neboť jeho účelem je umožnit postih právě takových jednání. Tento výklad je v rozporu s doslovným jazykovým výkladem. Korektnost takového výkladu v trestním právu, kde se klade důraz na přesnost a jednoznačnost definic s ohledem na zásadu *nullum crimen sine lege*, je sporná.

²¹⁰ Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt 1986, str. 71. Alexy též zdůrazňuje, že ustanovení o základních právech jsou často označována za principy. (tamtéž)

²¹¹ Raz., J.: *Legal Principles and the Limits of Law*, *Yale Law Journal* 81 (1972), str. 838

III. 3. 1. 2. Právní princip a právní norma

Právní principy se nejčastěji vymezují a charakterizují ve srovnání s charakteristikou a popisem znaků právních norem. To je vcelku pochopitelné, neboť pokud jsme ochotni nahlížet na právní principy jako na součást práva a pokud zároveň akceptujeme, že právo se skládá z právních norem, je potřeba, pokud samozřejmě nechceme považovat právní principy a právní normy za dvojí označení pro totéž, a jsme ochotni akceptovat rozdíly mezi nimi, vymezovat právní principy právě ve vztahu k právním normám.

K pokusu o popsání charakteristických znaků právního principu lze proto přistoupit na základě porovnání podstatných znaků právních principů a právních norem. Je ovšem otázka, zda je takové srovnání dostatečné, zda nepomíjí některé další prvky, o nichž se soudí, že tím či oním způsobem tvoří součást práva, jako jsou například hodnoty nebo cíle (účely)²¹².

Z etymologického hlediska²¹³ je pojem princip vysvětlován jako základ či zásada. Je odvozen z latinského principium (začátek), které je složeninou z *primus* a *capere*, doslova vzetí dobrého začátku. Vzhledem k tomu, že s principy operují i jiné jazyky a jiné právní řády, nemusí být etymologický pohled na pojem principu z hlediska českého jazyka rozhodující. Například v angličtině má výraz *principle* význam „základního ustanovení, na kterém ostatní závisí, obecné tvrzení vytvářející základy určitého systému myšlenek či primární předpoklad vytvářející základy řetězce zdůvodnění“.²¹⁴

„Právo se skládá nejen z výslovně formulovaných pravidel. Mezi nimi a za nimi stojí obecné právní zásady či právní ideje, pro které je rozšířeno označení právní princip.“²¹⁵ Takové stanovisko odpovídá závěrům G. Fitzmaurice, podle kterého právní principy na rozdíl od právní normy tvoří základ právních norem a vysvětlují důvody jejich existence. Právní norma odpovídá na otázku „co?“, zatímco právní princip odpovídá na otázku „proč?“.²¹⁶ Obdobně podle Röhl nelze právní principy odvodit bezprostředně z určitých právních textů

²¹² Srov. např. náleží Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 24/05: „Zatímco výklad, zastávaný odlišným stanoviskem některých soudců Nejvyššího správního soudu k citovanému stanovisku pléna Nejvyššího správního soudu, vede k naplnění účelů zákona o konkursu a vyrovnání a respektuje jeden z jeho hlavních cílů, jímž je ochrana práv věřitelů dlužníka...“ či náleží Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 5/03: „Takto je třeba říci, že předmětné omezení vlastnického práva umožňuje dosáhnout sledovaného cíle, jímž je respektování legitimního veřejného zájmu na existenci sociálních, školských a zdravotnických zařízení...“. Jakkoliv může být sporné, zda lze určité cíle považovat za součást práva, je z citovaných nálezů patrné, že i cíle mají určitý normativní význam, neboť jsou používány při argumentaci. Jsou-li určité cíle relevantním argumentem, je zřejmé, že musí být v určitém ohledu součástí práva. Srov. též Gerloch, A.: *Teorie práva*, 3. rozšířené vydání, Plzeň 2004, str. 296.

²¹³ Srov. *Stručný etymologický slovník jazyka českého*, SPN Praha 1978, str. 394, heslo *princip*.

²¹⁴ *The Shorter Oxford Dictionary*, Oxford University Press, 1993, heslo *principle*.

²¹⁵ Röhl, F. K.: *Allgemeine Rechtslehre, Ein Lehrbuch*, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin 1994, str. 272.

²¹⁶ Fitzmaurice, G.: *The General Principles of International Law*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, str. 7., citováno podle Tridimas, T.: *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, 1999, str. 1.

či rozsudků, jako je tomu v případě právních norem. Přesto ale právní principy tvoří součást pozitivního práva v tom smyslu, že vytvářejí určitou strukturu právního řádu, takže je lze získávat zejména systematickým výkladem.

Röhl ovšem upozorňuje na skutečnost, že mnohá pravidla jsou označována za princip proto, že jsou prostě považována za důležitá. Jako příkladem uvádí zákaz retroaktivity trestního práva, výslovně vyjádřený v čl. 103 Základního zákona, který za právní princip považovat podle něj nelze, pokud si má označení právní princip udržet svoji rozlišovací způsobilost²¹⁷. Za právní principy je podle něj potřeba považovat v první řadě tzv. výstavbové (strukturální) principy práva. Tyto principy slouží k uspořádání práva, k jeho přetvoření v určitý systém. Některé z těchto principů jsou již vyjádřeny zákonodárcem, a to zejména v kodexech. Příkladem může být princip akcesority zajišťovacích závazkových vztahů, princip publicity u věcných práv, princip tradice jako *modu acquirendi* u movitých věcí atd. V tomto ohledu mají principy v první řadě určitý technický charakter, což je dobře patrné například u principů procesního práva, které typicky vystupují v párech: princip oficiality a princip dispoziční, princip písemnosti a ústnosti, princip volného hodnocení důkazů a princip legální teorie důkazní, zásada projednací a zásada vyšetřovací atd.²¹⁸ Jde o modely, které jsou určující pro některé právní odvětví. Volba modelu je zásadně na zákonodárci a často je typické jejich promísení. Tak například klasický civilní proces by měl být postaven na zásadě projednací, jejíž podstatou je, že se soud omezí na posouzení tvrzení, argumentů a důkazů, které jsou mu předkládány stranami. Není tedy povinen sám o sobě něco zjišťovat či doplňovat. Přesto existují druhy řízení, ve kterých, ač jde o klasické sporné řízení, je soud povinen zjišťovat určité skutečnosti sám od sebe a neměl by se spokojit pouze s tvrzeními předkládanými stranami.²¹⁹ Takové pojetí právních principů není zcela konzistentní, protože uváděné principy nemají normativní význam z hlediska aplikace práva.

Význam tohoto druhu „modelových“ principů spočívá zejména v tom, že není v obecné rovině nezbytně nutné znát detailně právní normy upravující určitou otázku. Model shrnutý do podoby principu nabízí určité zjednodušení, při jehož znalosti lze relativně spolehlivě usuzovat, jaké jsou možnosti chování například v soudním řízení. Fakticky tedy takové principy umožňují jistou intuitivní orientaci v dané právní oblasti. Komplikace mohou

²¹⁷ Röhl, F.: cit. dílo, str. 272.

²¹⁸ Srov. např. Winterová, A. a kol: Civilní právo procesní, Linde Praha 1999, str. 75-86

²¹⁹ Srov. § 120 odst. 2 o. s. ř., kde jsou vyjmenovány druhy civilního řízení, u kterých soud není vázán důkazními návrhy a je povinen provést i další důkazy. Ačkoliv jde většinou o tzv. nesporná řízení, nachází se ve výčtu též řízení o přivolení k výpovědi z nájmu bytu, což je typicky řízení sporné. Skutečnost, že jde o takový druh řízení, má však i jiné důsledky, neboť například v odvolacím řízení, které je jinak v současnosti omezeno zásadou koncentrace ve vztahu k možnosti uplatnit tzv. nové skutečnosti či důkazy, lze právě v těchto případech nové skutečnosti a důkazy navrhnout za všech okolností (§ 205a odst. 2 o. s. ř.)

nastat v případě, kdy modelový princip není respektován právní úpravou důsledně, existují právní normy mající povahu výjimky z pravidla. V takovém případě je chyba v normativním úsudku založeném na pouhé znalosti principu možná.

Některé z takových modelových principů mají relativně omezený dosah ohraničený určitou oblastí právní úpravy, jiné určitý právní obor přesahují a vystupují tak jako pravidla velmi obecná s neohraničeným okruhem platnosti. Příkladem druhého druhu může být princip smluvní volnosti, který je společný pro všechna soukromoprávní odvětví, byť samozřejmě neplatí absolutně. Jeho plnému uplatnění brání kromě jiného například existence kogentních ustanovení. Naopak principem specifickým například pro trestní právo je princip trestněprávní odpovědnosti vznikající úmyslným zaviněním, pokud není výjimečně uvedeno, že postačí zavinění z nedbalosti. Jiná právní odvětví řeší tuto otázku samostatně a nelze dost dobře hovořit o přenosu základních principů z jednoho odvětví do druhého.

Vedle principů technického charakteru existují principy, v nichž se odrážejí určité hodnotové představy. I ty lze abstrahovat z právních norem. Příkladem může být uznání principu lidské svobody, která se odráží například v normách smluvního práva, ale i v trestněprávních normách poskytujících svobodě jednotlivce ochranu apod.

Kromě toho, že právní principy mohou sloužit k zjednodušenému popisu právního řádu tím, že vypovídají zobecňujícím způsobem o jeho obsahu, zdá se, že zejména ty právní principy, o nichž se soudí, že vyjadřují či odrážejí určité hodnoty, zdůvodňují svým obsahem požadavek, aby byly používány v jednotlivých konkrétních případech. Právě na těchto principech se odráží dvojjediný charakter právních principů jako určitého modelu a direktivy.²²⁰ Omezíme-li se na chápání právního principu jako modelu, znamená to, že jsme schopni jej na empirickém základě popsat a analyzovat. Otázkou však zůstává, ve kterém okamžiku začínají takové principy působit normativně, tj. kdy začínají ovlivňovat výsledek např. konkrétního procesu a slouží tak k určení obsahu práv a povinností. Takový přechod je fakticky přechodem od *Sein* k *Sollen*. Aby byl tento posun ospravedlněn, hovoří se v této souvislosti zpravidla o použitém principu jako o *ratio iuris*, případně jako o prostředku dosažení spravedlnosti.²²¹

Takto popsaný dvojitý charakter pravidla označovaného jako právní princip je poměrně přílehlavý. Přesto s ním nelze beze zbytku souhlasit.

Především, pokud má být za právní princip považováno takové pravidlo, které stojí jakoby v pozadí práva, resp. vytváří jednotící pozadí určitého souboru právních norem,

²²⁰ Röhl, F. K.: cit. dílo, str. 274.

²²¹ Tamtéž, str. 275.

nemohli bychom považovat za princip některá pravidla, která běžně za princip považována jsou, z toho důvodu, že jsou explicitně vyjádřena v příslušném prameni práva. Dost těžko by bylo možné výslovně vyjádřené pravidlo považovat za pravidlo vytvářející pozadí pro pravidla jiná. Příkladem může být právě princip zákazu retroaktivity trestních zákonů, který byl prolomen jak v případě českého právního řádu²²², tak v případě právního řádu německého²²³. Pokud by toto pravidlo vystupovalo jako právní norma, nebylo by takové prolomení možné, protože ony případy retroaktivity trestního zákona by musely znamenat jediné výjimku z právní normy, která by však musela být zakotvena na ústavní úrovni, aby měla právní relevanci. Prolomení tohoto pravidla (principu) umožnil, domnívám se, jeho aproximativní charakter, který je typický pro právní principy. Tento závěr může být sporný, protože je na první pohled nepřijatelné, aby tak důležité pravidlo mělo povahu „pouhého“ principu²²⁴, který lze prolomit, aniž by pro to existovala pozitivně právní výjimka, protože je třeba jej považovat za jedno z velmi důležitých pravidel.

Za druhé lze zpochybnit i tvrzení týkající se hodnotového obsahu právních principů, který údajně vede k tomu, že právní principy jsou používány v jednotlivých případech. Mnoho právních principů totiž bez dalšího nelze identifikovat prostřednictvím určité hodnoty²²⁵, naopak mnoho právních norem určité hodnoty chrání bezprostředně.²²⁶

III. 3. 1. 3. Možné přístupy k rozlišování právních principů a právních norem

Jedno z možných shrnutí různých přístupů k rozdílu mezi právními normami a právními principy podává R. Alexy²²⁷. Podle Alexyho lze přístupy k pojetí právních

²²² Nález Ústavního soudu č. 14/1994 Sb., týkající se zákona č. 198/1993 Sb., o protiprávnosti komunistického režimu, a to v tom aspektu, kdy byla prolomena promlčecí lhůta pro trestné činy, které nebyly stíhány „z politických důvodů“.

²²³ Jedná se o tzv. případ střelby na Berlínské zdi, rozhodnutí Spolkového ústavního soudu BVerfGE 95, 96, který mělo následně dohru u Evropského soudu pro lidská práva (rozhodnutí ESLP ve věci Streletz, Kessler a Krenz proti Německu a věc K.-H. W. proti Německu ze dne 22. března 2001).

²²⁴ Pouhého proto, že právním principům se přiřazuje vlastnost závažnosti, aproximativní charakter, charakter příkazu k optimalizaci apod., přičemž všechny tyto přívlastky v podstatě vyjadřují totéž: jsou-li dány dostatečně dobré důvody, právní princip musí ustoupit, resp. nemusí být zohledněn.

²²⁵ Příkladem může být princip *cessante ratione legis, cessat lex ipsa* (srov. např. nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 15/01, či princip *ignorantia legis non excusat*).

²²⁶ Např. § 11 občanského zákoníku: „Fyzická osoba má právo na ochranu své osobnosti, zejména života a zdraví, občanské cti a lidské důstojnosti, jakož i soukromí, svého jména a projevů osobní povahy“, která chrání hodnoty související s podstatou lidské bytosti.

²²⁷ Alexy, R.: Rechte und Prinzipien, in: Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt 1995, str. 177-287, tentýž Theorie der Grundrechte, Frankfurt 1986, str. 71-103, tentýž: Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: Schilcher, B.; Koeller, P.; Funk, B.-Ch. (Hrsg.): Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Wien 2000, str. 31-52.

principů rozdělit na tři odlišné teorie, které popisují rozličné aspekty vztahu právních principů a právních norem jako elementů právního řádu.

První z nich je tzv. slabá oddělovací teze, která činí rozdíl mezi normami a principy podle toho, jakou intenzitou vyjadřují hodnoty, podle míry obecnosti, vztahu k ideji práva, podle jejich zdroje, možnosti jejich poznání atd.^{228,229}

Druhou variantou je tzv. teze shody, která nespátřuje mezi principy a normami žádné rozdíly, a to ani v logickém, ani v jiném slova smyslu.

Konečně třetí variantou pro rozlišování je tzv. silná oddělovací teze, která staví rozdíl mezi normami a principy do pozice rozdílu logického, který je patrný v případě jejich kolize. Zastáncem silné oddělovací teze je právě Dworkin a Alexy.

Kromě uvedených tří tezí existuje množství jiných kritérií pro rozlišování mezi normami a principy. Rozlišovacím kritériem tak může například být to, zda právní principy představují pouze důvody pro normy či samy normy. Jejich nejbarvitější katalog nabízí Esser, který rozlišuje mezi principy axiomatickými, rétorickými, dogmatickými, imanentními a informativními, principy právními a principy práva, výstavbovými a hodnotovými principy. Podle Essera, který je též v podstatě zastáncem silné oddělovací teze, rozdíl mezi normami a principy spočívá nikoliv ve stupni obecnosti, ale v jejich kvalitě.²³⁰ Podle Essera neobsahuje princip žádný závazný odkaz bezprostředního charakteru pro určitý problémový okruh²³¹, neboť není sám pokynem, ale důvodem, kritériem a zdůvodněním takového odkazu.

Podobnost s dále rozebíranou Dworkinovou teorií kolize principů lze sledovat i u Canarise²³², podle kterého v případě dvou odporujících si norem je minimálně jedna neplatná, zatímco principy, které charakterizuje jako protichůdně působící formule, rozvíjejí svůj vlastní obsahový smysl teprve ve společné hře vzájemného doplňování a ohraničování.

K. Larenz rozlišuje mezi „otevřenými“ a „právní normy formujícími“ principy.²³³ Právní princip je „právo formující“, pokud jej lze zkonkretizovat do jednoho bezprostředně použitelného pravidla. Příkladem je zásada volnosti volby formy smlouvy nebo zásada *nulla poena*... . Od norem se široce formulovanou hypotézou (*Tatbestand*) se tyto principy liší tím,

²²⁸ Srov. např. Kramer, E. A.: Funktionen allgemeiner Rechtsgrundsätze – Versuch einer Strukturierung, in: Koziol, H.; Rummel, P. (eds.): Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydlinski, Wien 2001, str. 199: „...rozhodující je stupeň abstrakce (*Abstraktionsgrad*) a jím způsobená chybějící bezprostřední schopnost subsumpcie...“.

²²⁹ Holländer, P.: Nástin filosofie práva, úvahy strukturální, Všehrd, Praha 2000, str. 50.

²³⁰ Esser, J.: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, str. 95.

²³¹ Tamtéž, str. 50.

²³² Canaris, C.-W.: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969, str. 26 a 116.

²³³ Larenz, K.: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York, 1979, str. 463 an., citováno dle Alexy, R.: Rechte und Prinzipien, in: Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt 1995, str. 187.

že jim přísluší výlučné postavení, které se odvíjí od jejich obsahu nebo jejich role, kterou hrají v právním řádu, nikoliv však od jejich formy.

III. 3. 1. 3. 1. Dworkinova teorie právních principů

Dworkinova teorie právních principů se opírá o tři prvky, které nacházejí své uplatnění ve dvou modelech práva. Prvním prvkem je představa o tom, že každý má určitá práva. Jsou-li tato práva domnělá či skutečná, se ukáže v potencionální kolizi s právem někoho jiného. Protože každý má určitá práva, je možné tato práva odhalit a poskytnout jim ochranu. Takové (subjektivní) právo se proměňuje na nárok na vítězství v případném sporu. I v případech, kdy je na první pohled obtížné rozhodnout, lze nalézt takové řešení, které je jediné správné (*one right answer*). Představa o jediném správném řešení tvoří druhý prvek Dworkinovy teorie. K nalezení správného řešení lze zkonstruovat dva modely pravidel, které tvoří třetí element jeho úvah.

Prvním modelem, který je možno pro nalezení správného řešení vzít v úvahu, je model právních norem, který je v podstatě založen na těchto čtyřech prvcích:

- 1) Právní systém se skládá výlučně z právních norem, které se používají způsobem vše nebo nic.
- 2) Právní normy platí výlučně na základě formálního kritéria svého původu.²³⁴
- 3) Pokud nevyplývá rozhodnutí z právních norem, rozhoduje soudce podle své úvahy.
- 4) Protože každá povinnost musí mít oporu v právu (tedy v právních normách) a pokud právní norma neexistuje, jako je tomu v obtížných případech, je třeba, aby ji soudce „nejdříve“ svým rozhodnutím založil.²³⁵

Je to model Hartův, model právně pozitivistický, na který Dworkin útočí. Představa soudce rozhodujícího podle svého uvážení²³⁶ je pro Dworkina nepřijatelná, protože soudce se

²³⁴ Např. Hartova *rule of recognition*.

²³⁵ Dworkin, R.: *Když se práva berou vážně*, OIKOYMENH, Praha 2001, Model pravidel I., str. 34-70.

²³⁶ Dworkin rozlišuje sám tři varianty uvážení (*discretion*): 1) Uvážení ve slabém slova smyslu, kdy má rozhodující orgán určitou míru uvážení, nemůže ale rozhodovat zcela podle své úvahy, neboť je vázán určitými pravidly. 2) Uvážení, kterým disponuje orgán rozhodující jako poslední instance v určité věci. 3) Uvážení zcela volné, kdy rozhodující orgán není ničím vázán. Dworkin, R.: cit. dílo, str. 54 an. Vztah mezi druhým případem a případem prvním a třetím není příliš jasný, protože jde o zcela jiný druh úvahy. Příkladem třetího druhu by mohlo být rozhodování o uložení trestu v rámci stanoveného rozpětí. Ačkoliv by se mohlo zdát, že takové rozhodování je diskrecí prvního typu, není tomu tak. Například trestní zákon stanoví řadu direktiv, podle kterých se má ukládat trest, jako jsou polehčující a přitěžující okolnosti, rozsah škody, osoba pachatele atd. Není ale nikde stanoveno, jakým způsobem se mají jednotlivé podmínky projevit, zda např. za každou polehčující okolnost bude odečten jeden měsíc od horní hranice trestní sazby a za každou přitěžující okolnost budou přičteny měsíce dva atd. I přesto, že soudce je určitými pravidly vázán, v určitém aspektu rozhoduje zcela podle své úvahy. Zajímavé v této souvislosti je, že jsou zřejmě jen velmi ojedinělé případy, kdy by byl uložen trest

vždy snaží najít argumenty pro své rozhodnutí²³⁷, a to i v případech, kdy disponuje diskrecí. Protože každý má svá určitá práva, která je možno nalézt, není představitelné, aby řešení bylo určeno na základě uvážení. Pro jiný postup ale právní pozitivismus neposkytuje dostatečné instrumentarium, takže je potřeba vytvořit jiný model pravidel, model principů. Ten se skládá v podstatě z těchto tří prvků:

- 1) Právní systém se skládá z právních norem a právních principů.
- 2) Platnost a váha principu se nedá určit na základě formálních kritérií tak, jako je tomu u právních norem obsažených v pramenech práva.
- 3) Chybí-li právní norma, lze k rozhodnutí dospět na základě principů, takže soudce nemá prostor pro volnou úvahu.²³⁸

Dworkinovo přesvědčení o existenci právních principů se opírá o empirický argument, neboť Dworkin se snaží ukázat, že mnoho případů, zejména těch, které označuje za obtížné (*hard cases*), je rozhodnuto na základě právních principů²³⁹. Dworkin dále poukazuje též na skutečnost, že mnoho právních norem je principy buď omezeno nebo prolomeno. Proto je potřeba na principy nahlížet jako na součást práva. Není přitom možné identifikovat právní princip prostřednictvím *rule of recognition*. *Rule of recognition* je formálním kritériem, které umožňuje odlišit právo od morálky, případně od jiných souborů společenských pravidel. Zjišťování právních principů však vyžaduje vzít v úvahu i morální požadavky. Tím je podle Dworkina vyvrácen první a druhý předpoklad právního pozitivizmu. Neudržitelnost třetí teze spočívá v tom, že existují principy poskytující soudci oporu pro rozhodnutí, takže tam, kde se soudce nemůže opřít o normu, má k dispozici právní princip, který je součástí právního řádu, takže soudce nemá volné uvážení v tom smyslu, že by nebyl vázán právem. Poslední teze je nesprávná v tom, že soudce odpověď nevytváří (tedy nezakládá svým rozhodnutím povinnost jedné ze stran), ale odhaluje, jaká práva strany mají.

Dworkin samozřejmě netvrdí, že se všichni na jedné správné odpovědi shodnou. Naopak předpokládá, že závěry o řešení určitého případu se budou lišit. Přesto je i v obtížných případech možno rozhodnout, neboť rozhodnutí nezávisí pouze na pravidlech, která v takových případech odpověď neposkytnou, ale právě též na právních principech. Principem rozumí Dworkin každý standard, který, aniž by byl právní normou, nabízí argument pro určité individuální subjektivní právo. Nejde proto v žádném případě o soudcovo

vyměřený jinak, než na počet měsíců (let), ačkoliv trestní zákon nepochybně umožňuje ukládat i tresty odstupňované po dnech.

²³⁷ Srov. k tomu Dworkinem kritizované stanovisko Hartovo in: Hart, H. L. A.: *The Concept of Law*, 2nd edition, Clarendon Press Oxford 1998, str. 132

²³⁸ Dworkin, R.: cit. dílo, str. 71-101.

²³⁹ Srov. příklady uváděné shora.

subjektivní hodnocení, ale o rozhodnutí, které se opírá o pravidla (principy), jež je soudce povinen odhalit.

Pokud existuje více principů, které si navzájem odporují, je potřeba zohlednit jejich vzájemnou váhu. Přitom samozřejmě neexistují žádné exaktní měřicí metody, takže závěr, který princip je důležitější než jiný, bude často kontroverzní. Přesto je podle Dworkina integrální součástí každého principu to, že dimenzi důležitosti má, takže otázka, jak důležitý určitý princip je, je smysluplná.

Jak tuto otázku zodpovědět, Dworkin již jednoznačně neříká. Tím, kdo by tento problém byl schopen vyřešit, je mýtický soudce Herkules, který „všechno zná a všechno ví“, takže je schopen vytvořit nejsprávnější myslitelnou teorii práva (*soundest theory of law*)²⁴⁰, která poskytuje správné a pravdivé řešení každého případu. Nejlepší teorií je taková, která obsahuje ty principy a hodnoty, které ústavní předpisy, zákonné předpisy a dosavadní rozhodnutí nejlépe zdůvodňují.

Určitým návodem pro řešení, ovšem nikoliv návodem vyčerpávajícím, je Dworkinova představa o integritě v právu²⁴¹, která představuje prostřední cestu mezi zpět hledícím konvencionalismem²⁴² a dopředu hledícím právním pragmatismem²⁴³. Koncepce integrity v právu je založena na představě, že soudce se musí přidržet toho, co již bylo v právu dosaženo, je povinen respektovat dosavadní rozhodnutí, zákony a také samozřejmě právní principy, a to na základě kreativní interpretace, a zároveň zohledňuje, co další soudci budou považovat za vhodné zohlednit v budoucnu. Ve vztahu k právním principům je proto potřeba vzít v úvahu, jakým způsobem určitý princip bude působit do budoucna.

Jedním z paradoxů Dworkinovy teorie je fakt, že je vybudována na představě nepřípustnosti ničím neomezenou soudcovské diskrece, kdy by soudce měl rozhodnout podle svého uvážení nevázaného žádnými pravidly. Jaká pravidla však omezují soudcovu diskreci při výběru právních principů, již Dworkin neuvádí. V tomto směru soudce diskreci má.

²⁴⁰ Dworkin, R.: cit. dílo, str. 89.

²⁴¹ *Integrity in law*, Dworkin, R.: *Law's Empire*, London 1991, str. 225-275.

²⁴² Konvencionalismus lze ztotožnit v naší terminologii s právním pozitivismem. Dworkin rozlišuje 'striktní' konvencionalismus, který omezuje právo na explicitně formulované zdroje, jako jsou zákony či precedenty, a 'slabý' konvencionalismus, který je ochoten za právo uznat i to, co je v rámci uznaných zdrojů implicitní. Konvencionalismus přiznává jednotlivcům práva, která plynou z dřívějších politických rozhodnutí (zákonodárce, soudce tvořícího precedent). Srov. Dworkin, R.: cit. dílo, str. 124.

²⁴³ Pragmatismus v Dworkinově pojetí představuje opačnou teorii než právní konvencionalismus. Popírá, že by jednotlivci měli práva plynoucí z dřívějších politických rozhodnutí, pokud by existence takového práva byla pro společnost nevýhodná. Protože je obtížně představitelné, že by lidé neměli žádná práva, tvrdí pragmatismus, že soudci se musí někdy chovat, jako kdyby lidé práva měli, protože takový přístup bude z dlouhodobého hlediska pro společnost výhodnější. Srov. Dworkin, R.: cit. dílo, str. 152.

III. 3. 1. 3. 1. 1. Rozdíl mezi právními normami a právními principy

Protože právní řád se podle Dworkina skládá z právních norem a právních principů, je potřeba určit rozdíly mezi těmito druhy pravidel. Rozdíl podle Dworkina spočívá v odlišné logické struktuře, která ovlivňuje způsob aplikace právních principů na straně jedné a právních norem na straně druhé. „Logickou strukturu“ je potřeba chápat v širokém slova smyslu.

Podle první teze definující rozdíl mezi normami a principy jsou právní normy aplikovány způsobem „vše nebo nic“. Jsou-li dány okolnosti odpovídající hypotéze (antecedentu) právní normy, přicházejí v úvahu jen dvě možnosti: právní norma buď platí a pak musí být její důsledky přijaty, nebo neplatí a pak nepřináší nic, co by vedlo k rozhodnutí. Skutečnost, že existují výjimky z právních norem, na věci nic nemění. Pravidlo představované právní normou lze definovat úplně, tj. vypočítat všechny v úvahu připadající potencionální výjimky, které se stávají součástí právní normy, resp. její hypotézy. Oproti tomu právní principy přímo rozhodnutí nediktují, pouze představují důvody, které hovoří pro to či ono řešení. Jiné principy jim mohou protiřečit, avšak nelze je považovat za výjimky z pravidla. Je proto nemožné formulovat pravidlo vyjádřené právním principem v plném rozsahu se všemi výjimkami a použít jej způsobem „vše nebo nic“.

Druhá teze popisující rozdíl mezi principy a normami se opírá o tezi první. Podle této druhé teze mají principy rozměr důležitosti, která se projevuje v okamžiku jejich kolize. V takovém případě princip s větší vahou (důležitostí) určuje výsledek, aniž by však byl princip označený za méně důležitý neplatný, jako je tomu u právních norem. V jiném případě může být váha principů opačná. Pokud případ kolize nastane u právních norem, jedna z nich bude prohlášena za neplatnou. Rozhodnutí, která z kolidujících norem platí, určuje například pravidlo *lex posterior...*

Podstatný moment spočívá v tom, že uvedený způsob rozlišování je rozlišováním podle platnosti, což znamená, že neplatná právní norma bude z právního řádu eliminována jinak, než ustupující právní princip. Z toho je patrné, že toto rozlišování není rozlišováním podle stupně. Rozlišovací kritéria jsou kritérii nikoliv komparativními, ale klasifikačními. Tomu odpovídá skutečnost, že Dworkin odmítá odlišování právních norem a principů podle stupně jejich obecnosti (generality).²⁴⁴

²⁴⁴ Alexy, R.: *Rechte und Prinzipien*, in: *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt 1995, str. 184.

III. 3. 1. 3. 2. Alexyho vymezení pojmu právní princip, tři oddělující teze, právní princip jako příkaz k optimalizaci²⁴⁵

Alexyho teorie je vybudována na základech teorie R. Dworkina, kterou z části kritizuje, z části přejímá a doplňuje.

III. 3. 1. 2. 2. 1. Alexyho kritika Dworkinovy teorie

Alexy kritizuje Dworkinovu představu o způsobu užití právních norem způsobem „vše nebo nic“, který je založen na tom, že lze nalézt všechny myslitelné výjimky z právní normy, i ty dosud neznámé, takže lze dospět ke všem možným případům použití právní normy. Není-li to z určitého důvodu možné, nelze s jistotou podle právní normy rozhodnout.

Lze-li vypočítat všechny výjimky z právních norem, mělo by to být možné i u právních principů v tom smyslu, že v případě principů by mělo být možné poznat všechny jejich protiklady.

Mezi normami a principy proto existuje pouze relativní rozdíl, takže je třeba nalézt takovou verzi teze o aplikaci právních norem metodou „vše nebo nic“, která se známým výjimkám přizpůsobí. Teoreticky by bylo možno uvažovat o právních systémech, které sestávají výlučně z právních norem, jež nepřipouštějí žádné výjimky kromě těch, které jsou výslovně vyjádřeny. Moderní právní řády však takového typu nejsou, o čemž svědčí praxe.

Skutečnost, že si nemůžeme být nikdy jisti, zda nelze najít další novou výjimku z pravidla, lze vysvětlit právě vztahem mezi normami a principy. Dworkin v této souvislosti předpokládá, že každá právní norma může být učiněna nepoužitelnou kvůli existenci principů²⁴⁶. Právě existence principů vylučuje použitelnost způsobu aplikace právních pravidel metodou „vše nebo nic“ jako rozlišujícího kritéria. Pokud totiž nepoužitelnost právní normy v důsledku existence principu nevede k úplné neplatnosti právní normy, je právě díky principu vytvořena výjimka z právní normy. Akceptujeme-li stanovisko, že protiklady k principům nelze přesně vypočítat, pak je třeba se domnívat, že nelze vypočítat ani všechny možné případy jejich použití. Tím pádem ale nelze vypočítat ani výjimky z právních norem.

Teorii rozlišování pomocí přípustnosti aplikovatelnosti právních norem metodou „vše nebo nic“ lze zachránit jednoduše: není-li možné vypočítat všechny výjimky z pravidla, je

²⁴⁵ Alexy, R.: cit. dílo, str. 177-287, tentýž *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt 1986, str. 71-103, tentýž: *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, in: Schilcher, B.; Koller, P.; Funk, B.-Ch. (Hrsg.): *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien 2000, str. 31-52.

²⁴⁶ Případ *Riggs vs. Palmer*.

možné k právní normě připojit klausuli jako např. „... když podle právního principu není nic jiného přikázáno...“. Takový závěr má však nevýhody, a to zejména skutečnost, že je třeba zjistit, zda tato klausule je či není naplněna, což se rovná nutnosti zjistit použitelnost principu. Stejný charakter mají ovšem i právní normy, obsahují-li všeobecné klausule o výhradách typu (...není-li třeba postupovat tak a tak). Právní normy doplněné principy mají zcela stejný charakter. Charakter „vše nebo nic“ u právních norem s klausulí o výhradách přichází v úvahu teprve tehdy, je-li výhrada vyjasněna. Obdobná situace nastává ale i u právních norem, ve kterých jsou užity výrazy typu „proti dobrým mravům“, „spravedlivý“, „rozumný“ atd., tedy normy s otevřenou strukturou vyžadující upřesnit nejdříve svůj obsah.

Hlavní nevýhoda ovšem spočívá v tom, že i právní principy lze použít metodou „vše nebo nic“, a to tehdy, připojíme-li k nim dodatek „ledaže existuje nějaký jiný princip vedoucí k opačnému výsledku“. Pokud tento dodatek nepřipojíme, plyne závěr přímo právního principu, proti kterému nic nestojí. Pouhá možnost aplikovatelnosti právních norem metodou „vše nebo nic“ proto nepředstavuje žádné rozlišovací kritérium.

III. 3. 1. 2. 2. Alexyho vlastní teorie rozlišování norem a principů

Jako možné kritérium zavádí Alexy tzv. teorém kolize, který představuje druhé možné kritérium rozlišování norem a principů. Tento teorém by měl platit u norem, nikoliv u principů. Je založen na tom, že principy mají dimenzi váhy, takže při jejich konfliktu, kolizi, ustoupí ten, jehož váha je slabší. I v jeho případě je možné vyjít z rekonstrukce principů a norem za použití klausule o výhradách.

Běžně dochází k tomu, že existují dvě či více norem, jejichž aplikační důsledky se vylučují a přitom tyto normy neobsahují klausuli o výhradě²⁴⁷, která by umožňovala stanovit přednost mezi nimi. Pokud takovou klausulí obsahují, není problém jejich kolizi vyřešit. Pokud ji však neobsahují, kolize se vyřeší zavedením výjimky. Ačkoliv by takto bylo možno postupovat i u principů, rozdíl spočívá v tom, že jednou zvolené řešení (zavedení výjimky z právní normy) platí pro všechny další případy. Oproti tomu se u principů výsledek kolize může lišit případ od případu.²⁴⁸ Jakmile je zjištěno, že dvě normy spolu kolidují, od okamžiku, kde se tato kolize zjistí, nelze dále o kolizi hovořit, neboť je odstraněna zavedením

²⁴⁷ Výhradu typu „... nestanoví-li tento zákon jinak ...“

²⁴⁸ Takové stanovisko zastává J. Raz: Raz, J.: *Legal Principles and the Limit of Law*, *The Yale Law Journal* 81 (1972), srov. 832 an., citováno dle Alexy, R.: *Rechte und Prinzipien*, in: *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt 1995, str. 192.

výjimky. U principů tomu tak není, neboť v závislosti na okolnostech případu lze upřednostnit jeden či druhý.

Nelze-li v případě střetu dvou norem kolizi odstranit zavedením výjimky, musí být jedna z norem neplatná. Dworkinova teorie kolize se proto hodí na právní normy neobsahující klausuli výhrady. Mnoho kolizních případů se ovšem odstraní samo, budeme-li k nim připojovat klausuli s výhradou odkazu na principy.

Pokud bychom chtěli aplikovat teorém kolize na oblast principů, je potřeba nejdříve provést některá omezení. Především je potřeba vyloučit případy kolize použitelných a „nepoužitelných“ principů.²⁴⁹ Ani v takto omezené oblasti však není teorém kolize vždy použitelný. Tak je tomu zejména u tzv. absolutních principů, tj. těch, o nichž nelze říci, že musí ustoupit v případě kolize, byť je v konkrétním případě jejich váha menší²⁵⁰. To ale fakticky neznámá z hlediska formálního zacházení s předpisem nic jiného, než že stejně jako v případě právní normy je obsah a dosah určitého pojmu upřesněn na základě sémantických pravidel. K tomu ovšem teorém kolize jako nástroj pro rozlišování principů a norem není uzpůsoben. Je proto potřeba vyloučit i takové případy.

Tím se dospěje k situaci, kdy je nezbytné používat právní principy bez klausule obsahující výhradu, neboť pokud by tomu tak bylo, byla by kolize vyloučena (resp. bylo by možné takový případ snadno vyřešit). Jako příklad uvádí Alexy kauzu Lebach.²⁵¹ Pro

²⁴⁹ Jako příklad uvádí Alexy „abstraktní princip rovnosti“, ze kterého například vyplývá, že v případě způsobené škody ponese škodu ten, kdo je bohatší. Tento princip však se stávajícími principy odpovědnosti za škodu vůbec nelze srovnávat, ačkoliv by s nimi v obecné rovině (tedy teoreticky) mohl kolidovat. Taková kolize se řeší prostou neplatností jednoho z principů.

Dále je třeba zohlednit skutečnost, zda určitý princip je či není součástí právního řádu. Příslušnost k právnímu řádu zde Alexy chápe široce tak, že stačí, je-li určitý princip argumentem alespoň v jednom rozhodnutí. Je proto potřeba rozlišit kolizi mezi principem patřícím a nepatřícím k právnímu řádu a mezi dvěma principy nádevší pochybnost k témuž právnímu řádu patřícím. Pro ty má teorém kolize platit, tj. je možno hovořit o přednosti jednoho principu před druhým. To ovšem posouvá případy kolize principů do zcela jiné roviny, než jsou případy protikladů právních norem a zároveň tím dochází k omezení rozsahu oblasti, ve které může ke kolizím docházet.

²⁵⁰ Alexy jako příklad uvádí čl. 1 odst. 1 Základního zákona: „Lidská důstojnost je nedotknutelná.“ Žádný soud podle Alexyho nemůže říci, že nějaký jiný zájem, např. zájem státu, vyžaduje porušení lidské důstojnosti. Při interpretaci pojmu „nedotknutelnost“ je ale možné vznést argumenty, které nelze odlišit od zdůvodnění na základě vztahu přednosti mezi principy. Spolkový ústavní soud ve věci BVerfGE 30,1 uvedl: „Co nedotknutelnost osoby podle čl. 1 odst. 1 Základního zákona vyžaduje, závisí od zjištění, za jakých okolností může být dotčena lidská důstojnost. Evidentně to není možné říci obecně, ale s ohledem na okolnosti konkrétního případu. Alexy, R.: Rechte und Prinzipien, in: Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt 1995, str. 199.“

²⁵¹ BVerfGE 35, 202: V roce 1969 byli zavražděni čtyři vojáci strážící muniční sklad. V roce 1972 byl jeden z pachatelů podmíněně propuštěn. Ve stejné době německá televizní stanice zamýšlela o této události vysílat dokumentární pořad. Proti tomu se bránil propuštěný pachatel s tím, že obnovená publicita případu ztíží jeho opětovné začlenění do společnosti. Nižší soudy návrh na vydání předběžného opatření zamítly, Spolkový ústavní soud vysílání zakázal. Proti sobě stály dva kolidující principy, a to princip práva na ochranu osobnosti (čl. 2 Základního zákona) a princip svobody tisku (čl. 5 Základního zákona). Spolkový ústavní soud těmto dvěma právům přiznal stejnou váhu, resp. odmítl, že by některý z nich měl mít přednost. Bylo proto potřeba „s přihlédnutím k typickým okolnostem případu a i zvláštním okolnostem případu rozhodnout, který zájem má

hodnocení myšlenkového postupu je v tomto případě podstatné, že Spolkový ústavní soud nepoužívá ustanovení o základních právech jako klasické právní normy, takže nehovoří o jejich rozporu, ale o napětí mezi nimi. Pokud se pak říká, že jedno z ustanovení o základních právech má přednost před druhým, dochází soud k tomuto závěru na základě poměrování dober.

Přesně to podle Alexyho odpovídá Dworkinově teorii. Přesto je možné tuto situaci rekonstruovat ještě jinak, a to tak, že uznání kolize jako stav určitého napětí mezi dvěma pravidly nevede bez dalšího k normativním důsledkům (tj. zákazu jednoho chování a povolení chování jiného, podle toho, který princip upřednostníme). Z jednoho či druhého pravidla vyplývá zákaz (dovolení) pouze tehdy, jsou-li obě pravidla vzájemně zohledněna a zároveň z jejich vztahu neplyne žádné jiné řešení. Přijmeme-li takové východisko jako klausuli o výhradě při formulaci pravidla, kolize tím bude odstraněna. Takto ovšem nelze dospět k odlišení mezi normami a principy, protože jak kolize principů, tak kolize norem lze rekonstruovat v zásadě shodně, případně ke shodným důsledkům lze dospět zavedením klausule výhrady. Proto je nutno hledat jiné odlišující kritérium, kterým je podle Alexyho *prima facie*²⁵² charakter právních principů na straně jedné ve srovnání s charakterem právních norem na straně druhé.

Vlastností právní normy je, že u ní nastupuje jí předvídaný následek tehdy (možno říci vždy tehdy), jsou-li splněny známé předpoklady vyjádřené v právní normě. Následkem se rozumí určité jednání, které musí být realizováno. Pokud někdo na základě principu chce zavést výjimku z normy, nese povinnost argumentovat takový postoj. U principů, které mají být omezeny jinými principy, je tomu jinak. Platná právní norma obsahuje na rozdíl od principů ustanovení pro rozhodnutí případu, které nejdříve musí být překonáno, má-li dostat přednost princip.

Právní norma je tedy příkazem, a to příkazem definitivním, který platí tehdy, není-li vyloučen buď výjimkou, klausulí výhrady či v důsledku principu. Principy nemají takový charakter, protože nemají povahu definitivního příkazu, ale pouze *prima facie* příkazu, tedy příkazu relativního. Z toho, že právní princip má hrát určitou roli v právním případě, neplyne, že to, co princip vyžaduje, bude v konečném důsledku také platit.

ustoupit“. V takových případech musí být kolidující principy uvedeny do „praktického souladu“ Každé odvažování je založeno na vnitřním subjektivním porovnání potřeb, takže se tento proces nedá prostředky logické analýzy popsat, protože takové hodnocení není vedeno žádnou metodou, která by byla závazná, resp stanovila závazné požadavky na prováděné hodnocení. Úkolem právní vědy je v takových případech přiblížit se co nejvíce jádru věci, ačkoliv takový cíl zůstane nedosažitelný

²⁵² *Prima facie* je nutno chápat jako „dostatečný, aby způsobil následky, pokud není něčím zpochybněn“

Právní normy mají vzhledem ke svému obsahu určitou historickou existenci. Principy mají ohledně svého obsahu takovou historickou existenci pouze relativní s ohledem na ostatní principy. Jejich obsah je ve vztahu ke konkrétnímu případu vždy stejný. Neexistuje proto žádný důvod některý z nich upřednostnit. Proto musí ten, kdo chce na základě principů získat pravidlo pro řešení případu, dosáhnout toho, aby protichůdný princip ustoupil. Je otázkou, zda lze shledat určitou logickou vlastnost norem a principů, která by takový postup zdůvodňovala a vysvětlovala.

Takovou vlastnost by bylo možno spatřovat v tom, že právní normy přikazují, zakazují nebo mění něco, co může být splněno nebo nesplněno, zatímco právní principy dávají pokyn k jednání, které může být realizováno ve větší či menší míře.²⁵³

Do jaké míry bude jednání přikázané právním principem realizováno, závisí na okolnostech a právních i faktických možnostech. Míru dosažitelnosti vyjadřuje princip přiměřenosti, který zachycuje vztah mezi prostředky a cíli. Jinak řečeno, právní principy představují přikazy k optimalizaci (*Optimierungsgebote*), čímž se blíží k finálním normám (*Zielvorschriften*).²⁵⁴ Lze si to představit tak, že právní principy stanoví, co *má být* v ideálním případě, přičemž se nepředpokládá, že toho bude dosaženo zcela, ale předpokládá se pouhé aproximativní splnění.

Právě určení toho, co má být v ideálním případě, je výrazem *prima facie* charakteru principů. Výpověď o skutečném normativním charakteru principů dává informaci o faktických a právních možnostech. *Prima facie* charakter výpovědi vztažené pouze k ideálu je proto významně slabší, než je tomu u výpovědi vztažených výlučně k právním normám.

Uvedené rozlišovací kritérium je vhodnější než teorém kolize proto, že jednak vysvětluje povahu principů hlouběji, jednak umožňuje dosáhnout řešení i v případě, kdy mají být použity tzv. absolutní principy. V neposlední řadě je toto řešení vhodné z toho důvodu, že poskytuje základ pro logické rozlišení mezi principy a normami, které odpovídá silně rozlišovací tezi. Každé pravidlo totiž obsahuje buď pravidlo chování, které musí být splněno za všech okolností (*reales Sollen*) nebo pravidlo chování, které má být dodrženo za určitých okolností, případně nemusí být dodrženo zcela (*ideales Sollen*).²⁵⁵

²⁵³ Např. „jezdí se vpravo“, což lze buď splnit nebo nesplnit, proti „svoboda podávání zpráv je chráněna“.

²⁵⁴ Alexy vcelku výstižně tento rozdíl mezi principy a normami charakterizuje tím, že právní normy představují *reales Sollen*, zatímco právní principy *ideales Sollen*. Alexy, R.: cit. dílo, str. 204.

²⁵⁵ Alexy z tohoto důvodu vylučuje z pojmu principu pravidla jako „nulla poena sine lege“ či pravidlo, že trestné je jen takové jednání, které bylo za trestné dříve označeno, ačkoliv se zpravidla tato pravidla jako princip označují. Larenz proto navrhuje, aby se v této souvislosti rozlišovalo mezi veřejnými a právní normu formujícími pravidly. Princip *nullum crimen sine lege* je na první pohled v Alexyho terminologii právní normou: buď je určité jednání popsáno v zákoně jako trestný čin, nebo není. Je-li popsáno jako jednání trestné, jde o trestný čin, jinak nikoliv. Ovšem pokud pod tato pravidlo zahrneme též kvalitativní požadavky na formální

III. 3. 1. 2. 2. 3. Normy a principy jako důvody v Alexyho teorii²⁵⁶

Logický rozdíl mezi normami a principy vede k tomu, že jak normy, tak principy představují dva druhy „důvodů“. Principy vystupují jako *prima-facie* důvody, zatímco normy jako důvody definitivní. Otázkou je, vůči čemu vystupují pravidla jako důvody. Můžeme je chápat jako důvody pro jednání, jako důvody pro pravidla chování či jako důvody pro individuální výrok o tom, co má být (*konkrete Sollensurteile*). Alexy chápe normy a principy jako důvody pro pravidla chování. Vzhledem k tomu, že Alexy považuje principy za důvody norem, zdá se, že nelze hovořit o tom, že by principy mohly být důvody pro konkrétní výroky o nutném chování (individuální normy). Tak tomu ale podle Alexyho není; i právní principy mohou vést ke konkrétním výrokům. Rozdíl je v tom, že právní norma vede k určitému výroku, který, jsou-li splněny příslušné podmínky a neexistují-li výjimky, je právní normou diktován. Norma zakládá definitivní subjektivní práva, a je proto definitivním důvodem. Oproti tomu principy jsou pouze důvody *prima facie*, protože cesta k určitému výroku, který má být učiněn na základě principu, je otázkou stanovení určitého vztahu preference. Právní principy proto zakládají pouze *prima facie* práva, jejichž naplnění závisí ještě od dalších skutečností. Stanovení vztahu preference je ale řízeno určením pravidla, jak tento vztah vyřešit, a to podle kolizního zákona²⁵⁷. Z toho vyplývá, že princip je důvodem pro stanovení pravidla, které je důvodem pro konkrétní výrok. Principy jako takové ale nejsou nikdy důvodem pro konkrétní výrok.

Je ale otázka, zda takové chápání principů jako důvodů obstojí v takových případech, kdy právní princip sám o sobě postačí k vyvrácení právní normy, protože v takovém případě zakládá sám o sobě princip *definitivní* důvod. Jako příklad lze uvést „Dworkinovu“ kauzu *Riggs vs. Palmer*.

vyjádření popisu skutkové podstaty z hlediska jasnosti, jednoznačnosti, nízké míry vágnosti atd., vystupuje jako princip vyžadující, aby zákon byl co možná nejvíce jasný a určitý. Jistě je rozdíl mezi skutkovou podstatou trestného činu „kdo se dopustí společensky škodlivého jednání bude potrestán“ a jednáním popsaným „kdo jiného úmyslně usmrtí, bude potrestán“. Z jiného hlediska může tento princip vystupovat ve smyslu zákazu extenzivního výkladu trestního práva (nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 404/99) či zákazu analogie v neprospěch (nález Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 178/2000).

²⁵⁶ Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt 1986, str. 90-92.

²⁵⁷ K tomuto pojmu srov. dále.

III. 3. 1. 4. Holländerova kritika Dworkinovy a Alexyho silné odlišující teze²⁵⁸

P. Holländer kritizuje silnou odlišující tezi z důvodu jejího logického deficitu, který spočívá v tom, že v případě kolize právních norem jde o situaci, kdy k logicky neslučitelnému závěru vedou dispozice pravidel (tj. subsumpční podmínky v hypotéze pravidel jsou shodné)²⁵⁹, zatímco v případě principů jde o kolizi subsumpčních podmínek. Jde proto o „srovnání nesrovnatelného“, pokud se principy a normy porovnávají tímto způsobem, resp. o popis procesů „ve dvou odlišných možných světech“.²⁶⁰ Dworkinovo a Alexyho rozlišování vedoucí k formalizovanému odlišování právních norem a právních principů v případě kolize proto Holländer odmítá a přiklání se k slabé odlišující tezi.

Holländer má zřejmě pravdu, že při takovémto rozlišování dochází ke srovnání nesrovnatelného. Závěr ale závisí též na tom, jakým způsobem bude provedena rekonstrukce případu.²⁶¹ Problém je navíc v tom, že mnoho principů lze jen obtížně převést do podoby kondicionálních pravidel, což je nezbytný předpoklad pro to, aby mohly být porovnány z hlediska svých důsledků. Kondicionální podoba totiž nutně musí zahrnovat otevřenou hypotézu (antecedent), protože jinak by nebylo možno váhat, zda má či nemá být právní princip použit. Byla-li by hypotéza uzavřena, vedla by dispozice k „definitivnímu důsledku“ (v Alexyho terminologii).

V zásadě jde o to, na co upozorňuje Alexy, totiž že právě právní principy se často na první pohled navzájem nevylučují, což Alexy vyjadřuje tak, že dovolení jednoho chování neimplikuje zákaz chování druhého.²⁶² Jejich střet je proto nutno řešit v určité „zvláštní“ situaci, tj. tehdy, mají-li platit oba současně (jsou splněny podmínky jejich hypotézy).

²⁵⁸ Holländer, P.: Deficit Dworkinovy a Alexyho koncepce logického vymezení právních principů, in: Boguszak, J. (ed.): Právní principy, Pelhřimov 1999, str. 7 a násl., tentýž: Nástin filosofie práva: úvahy strukturální, Praha 2000, str. 55 a násl.

²⁵⁹ Příkladem může být například konflikt těchto hypotetických norem – (1) V obci je nejvyšší povolená rychlost 50 km/h., (2) Na silnicích první třídy je v obci povolena nejvyšší rychlost 90 km/h. První norma obecně stanoví maximální rychlost 50 km/h na všech typech silnic v obci, druhá norma představuje ve vztahu k první normě speciální úpravu, která se vztahuje na silnice první třídy. Prohlášením druhé normy za *lex specialis* tento konflikt, který se ukazuje v zásadě zdánlivý, vyřešíme tak, že budeme aplikovat druhou normu. První norma v rozhodování nebude aplikována vůbec, neboť k ní nebude přihlédnuto žádným způsobem.

²⁶⁰ Holländer, P.: Nástin filosofie práva: úvahy strukturální, Praha 2000, str. 55 a násl. Holländer to ukazuje na základě Alexym uváděné kauzy, kde se dostalo do konfliktu právo na ochranu života a zájem na řádném chodu spravedlnosti (BverfGE 51, 324). Tyto dva zájmy stojí proti sobě a nelze říci, že by jeden byl výjimkou či speciálním ustanovením. Proto Holländer míní, že v případě kolize principů se nedají srovnávat ani dispozice (což by za předpokladu stejných podmínek v hypotéze byl konflikt právních norem), ani hypotézy, které jsou též zcela odlišné.

²⁶¹ Alexym uváděný příklad týkající se televizního pořadu o propuštěném vězni Holländer „rekvalifikoval“ na spor v oblasti jednoduchého práva, jehož základem byla příslušná ustanovení BGB o ochraně osobnosti, takže soud musel zkoumat subsumpční podmínky zákonných ustanovení.

²⁶² Alexy, R.: Rechte und Prinzipien, in: Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt 1995, str. 200.

III. 3. 1. 5. Doplnění Holländerovy kritiky a obrana Alexyho

Domnívám se, že Holländerovu kritiku je proto třeba doplnit tak, že v případě právních principů nejde ani tak o kolizi hypotéz samotných principů, jako spíše o kolizi právních principů převedených do podoby relativně konkrétních kondicionálních pravidel. Lze to ukázat na Alexym uváděném a Holländerem převzatém příkladu v kauze kolize práva na život na straně jedné a zájmu na řádném chodu spravedlnosti na straně druhé. Teoreticky by v rozporu stojící pravidla-principy mohla být vyjádřena takto: (1) Jestliže hrozí újma na životě, nesmí být trestní řízení prováděno. (2) Trestní řízení musí být vedeno bez průtahů. Šlo by o právní principy vyjádřené jako dvě kondicionální pravidla, fakticky právní normy, z nichž jedna by vylučovala druhou. Je samozřejmě možné zvolit jinou rekonstrukci použitých pravidel, jež by determinovala řešení případu jiným způsobem. Z rekonstruovaných pravidel totiž vyplývá řešení zřejmě jednoznačné – přednost dostane ochrana života před zájmem na urychleném rozhodnutí ve věci.²⁶³

Pokud připustíme, že aplikovaná pravidla byla rekonstruována správně, dospějeme ve shodě s Alexym k závěru, že v jiné situaci bude řešení jiné, a to v závislosti na tom, zda budou splněny subsumpční podmínky prvního pravidla (totiž (ne)hrozící újma na životě).

Jinými slovy, nelze říci, že by Alexym uváděný příklad byl svou podstatou jiný než případ aplikace dvou právních norem. Záleží na tom, jakým způsobem budeme s pravidly, jež ovlivňují řešení, zacházet.

Pokud by měly být principy aplikovány ve formě pravidel s kondicionální strukturou, nedochází k žádnému vyvažování, ale k určení přednosti jednoho pravidla před druhým.²⁶⁴ Určité poměřování může nastat pouze při úvaze, zda ten či onen princip má být vůbec použit. V závěru však soudce dá přednost jednomu principu a aplikuje jej jako takový. Buď dojde k závěru, že má být použit jeden princip a nikoliv druhý a použije jej, což se odrazí ve výroku rozhodnutí, neřekne ale, že se má použít princip pouze zčásti. Čili soudce jeden z principů ve svém rozhodnutí upřednostní a použije jej v celém rozsahu.²⁶⁵

²⁶³ Je třeba připustit, že řešení je v tomto případě podmíněno spíše intuicí, než pravidly právní logiky. Lze kupříkladu použít argument, že pokud by obžalovaný v důsledku urychleného soudního jednání zemřel, nesplnilo by trestní řízení účel. Dále lze argumentovat tak, že odložením soudního jednání až do uzdravení obžalovaného nebude účel trestního řízení zmařen, protože obžalovaný nakonec souzen bude. A tak dále. Pro tyto úvahy ale dvě „holá“ pravidla stojící proti sobě neposkytují oporu.

²⁶⁴ Srov. k tomu též stanovisko Kühnovo, které bude dále rozebíráno a podle kterého je právním principem pravidlo, které „lze vyjádřit ve formě kondicionální věty“. Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, str. 136.

²⁶⁵ Podstata rozhodování se zřejmě bude lišit tam, kde se posuzuje individuální kauza a tam, kde dochází k abstraktnímu porovnávání (bez kontextu určitého konkrétního případu) zákonné úpravy s ústavním pořádkem, jako tomu bylo v případě rozhodování Ústavního soudu o institutu tzv. anonymního svědka v trestním řádu

Na Alexyho obranu je nutno uvést, že právní principy spojuje s jejich aproximativním charakterem, takže Holländerova kritika opírající se o odlišující tezi založenou na rozdílném zacházení s principy a normami v podmínkách kolize není zcela adekvátní. Zdá se, že označení určité skupiny pravidel jako *Optimierungsgebote* je pro Alexyho teorii mnohem zásadnější, než rozlišování mezi principy a pravidly na základě logického rozdílu při řešení jejich kolize, neboť Alexy sám poukazuje na to, že rozlišování na pozadí kolize rozdíl neukáže.

Důležitým prvkem Alexyho teorie, který je potřeba mít na paměti a který do značné míry jeho teorii ovlivňuje, je skutečnost, že Alexy přiznává charakter principů ustanovením o základních právech a svobodách²⁶⁶, které na ústavní úrovni bez dalšího vedou ke zdání, že kolize jejich důsledků nelze řešit jinak, než právě poměřováním. Tato koncepce je relativně problematická, protože základní práva jsou zpravidla vyjádřena tak, že připouštějí téměř ve všech případech²⁶⁷ ze svého absolutního charakteru výjimku, případně určité pravidlo přednosti.²⁶⁸

Vraťme se k Holländerově tezi, že způsob, jakým právní principy a právní normy určují řešení v případě kolize dvou pravidel stejného druhu nepomůže při rozlišení principů a norem. Domnívám se totiž, že pomocí kolize principy a normy odlišit lze, pokud Holländerův závěr, který jinak lze považovat za správný, poněkud převrátíme.

Jestliže existují dvě pravidla, která mají odlišné subsumpční podmínky, a přesto mají být na určitou kauzu aplikována (půjde o rozdílné hypotézy těchto pravidel), půjde o dva kolidující právní principy právě tehdy, když dojdeme k závěru, že obě pravidla jsou relevantní pro daný případ, a musíme vyřešit i rozpor jejich hypotéz a nejenom jejich dispozic. Jinými slovy, ačkoliv lze souhlasit s tím, že rozlišovat právní normy a právní principy pomocí kolize dost dobře nelze, neboť jde o odlišné myšlenkové operace, je možné vést dělicí hranici

(nález publikovaný pod č. 214/1994 Sb.). Zde Ústavní soud musel vzít především v úvahu dopad zkoumané úpravy na celou množinu různých případů.

²⁶⁶ K přenosu této teorie do českého prostředí a ke způsobu řešení kolize dvou základních práv Ústavním soudem srov. Holländer, P.: Dotváření Ústavy judikaturou Ústavního soudu, in: ed. Kysela, J.: Deset let Ústavy České republiky (východiska, stav, perspektivy), Sborník příspěvků, Eurolex Bohemia, Praha 2003, str.135 a násl.

²⁶⁷ Přesto lze nalézt některá bezvýjimečná práva: např. právo podle čl. 7 odst. 2 Listiny: „Nikdo nesmí být mučen ani podroben krutému, nelidskému nebo ponižujícímu zacházení nebo trestu.“, které je zcela bezvýjimečné, či obdobně bezvýjimečný čl. 3 Evropské úmluvy na ochranu lidských práv: „Nikdo nesmí být mučen nebo podrobován nelidskému či ponižujícímu zacházení anebo trestu.“

²⁶⁸ Například právo šířit informace je podle naší Listiny omezeno tak, že „Svobodu projevu a právo vyhledávat a šířit informace lze omezit zákonem, jde-li o opatření v demokratické společnosti nezbytná pro ochranu práv a svobod druhých, bezpečnost státu, veřejnou bezpečnost, ochranu veřejného zdraví a mravnosti.“ Právo na ochranu osobnosti je omezeno tak, že „Každý má právo na ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života.“ Střet těchto dvou „principů“ se ovšem nebude řešit jejich vyvažováním, ale zkoumáním subsumpčních podmínek jako u právních norem. Pokud se dospěje k závěru, že šíření určitých informací je „neoprávněné“, bude zakázáno. Tímto způsobem bude zavedena výjimka nikoliv z principu, ale z právní normy, kterou obě ustanovení jsou.

pomocí *podstaty* takové myšlenkové operace. Jde-li o případy dvou pravidel s identickou hypotézou (identickými subsumpčními podmínkami) a odlišnou dispozicí, jde o právní normy, jde-li o pravidla, jež lze obě použít a která nejsou v logickém rozporu, avšak vedou k protichůdným závěrům, jde o právní principy.²⁶⁹

Vyjádřeno ještě jinak, je-li možno v kolizi stojící pravidla převést na společného jmenovatele shodné hypotézy, přičemž dispozice povedou k různým logicky neslučitelným závěrům, půjde ve skutečnosti o konflikt právních norem. Pokud se společného jmenovatele shodné hypotézy nalézt nepodaří, půjde o právní principy.

III. 3. 1. 6. Základní zásady práva dle H. Coinga²⁷⁰

Ze zcela jiného úhlu zkoumá právní principy, resp. základní zásady H. Coing. Jeho teorie je pokusem o návrat k přirozenému právu, k ideji práva. Problém je samozřejmě v tom, zda vůbec přirozené právo existuje, zda lze jeho příkazy vědecky zpracovat a jaký obsah přirozené právo má. Metodou nemá být přirozenoprávní racionalismus 18. století, jelikož toto pojetí je pevně spjato s přesvědčením, že přirozené základní zásady právní lze chápat jako pravidla rozumného jednání lidských bytostí, tedy je příliš spojeno s lidmi, což neodpovídá poznatkům, které byly o lidech a o sociální realitě získány.

Coing se proto uchyluje k metodám duchovních věd, neboť právo je výtvořem lidským. Metody duchovních věd musí poukázat na smysl duchovních sil, které právo tvoří. Jejich hlavním úkolem je odhalit hodnoty, od nichž se odvozují právní principy a ukázat, jak se tyto principy v pozitivním právu uskutečňují a jaký význam pro právní vědu mají.

Východiskem Coingových úvah je teze o účelu a úkolu práva, podle které veškeré pozitivní právo představuje mírový řád sociální společnosti, takže každé „pravé“ právo musí představovat mravně ospravedlněný, vnitřně spravedlivý mírový řád, který se opírá o určité mravní hodnoty²⁷¹. Z tohoto vztahu plyne otázka, zda vnitřní spojení správného práva s mravními hodnotami je nezbytně vyjádřeno v pozitivním právu, tedy zda mravní hodnoty, které se v pravém právu projevují, vedou k určitým, vnitřně nezbytným právním pravidlům, zatímco určité jiné právní normy vylučují. Základní zásady, které ze spojení práva s morálkou

²⁶⁹ Srov. jiným způsobem rekonstruovaný Alexyho příklad o televizním vysílání pořadu o propouštění vězni: Proti sobě zde stojí dvě pravidla (subjektivní práva), a to 1) právo na ochranu osobnosti a 2) právo na svobodu šíření informací. Sarna o sobě tato pravidla nevedou k rozporu, do rozporu se dostávají až v okamžiku aplikace na konkrétní kauzu. Srov. též Weinberger, O.: Norma a instituce (Úvod do teorie práva), MU Brno, 1995, str. 176.

²⁷⁰ Coing, H.: Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg, 1947.

²⁷¹ Coing, H.: tamtéž, str. 54.

plynou, představují cíle a zároveň kritéria veškerého pravého práva, od míry jejichž uskutečnění závisí, zda určitý pozitivně právní řád bude označen jako pravé právo či nikoliv.

Podle Coinga je nutno uznat, že takové principy, které určují, co je správné právo, existují. Existují právní zásady, které bezprostředně pramení z mravních hodnot, které leží v základech každého pravého práva. Takové základní hodnoty jsou spojeny s právem tím, že mají normativní účinky, neboť požadují od lidí určité jednání, jako je například dodržování závazků, spravedlivé jednání oproti svévoli, pravdomluvnost atd. Proti těmto hodnotám lze postavit určité „protihodnoty“ jako nepravda, zbabělost proti statečnosti atd. Tím se vytváří jakási protiřád, která může mít odraz též v realitě sociálního života. Tyto „protihodnoty“ tak vytváří protiklad práva jako mírového pořádku.

To, že je možno z mravních hodnot odvodit pomocí vnitřních zákonitostí určité právní zásady, je možné jen proto, že se určité sociální situace stále opakují. Tyto sociální situace nacházejí odraz v konstantních požadavcích mravních hodnot. Tím vzniká možnost požadavky morálních hodnot práva porovnat s typickými sociálními situacemi (s nimiž právo počítá jako s hypotézami právních norem) a uspořádat je do základních zásad.

Pravidla, která takto vzniknou, mají vůči pozitivnímu právu význam vůdčích pravidel a zároveň pravidel hraničních: vůdčí pravidla jsou to proto, že je pozitivní právo při regulaci vztahů musí respektovat, hraniční proto, že pokud respektována nebudou, nebude takový právní řád jako pravý, mravně odůvodněný.

Tím je zároveň řečeno, z jakého důvodu mají takové zásady platnost: skutečnost, že je právní řád obsahuje, dává jistotu, že pozitivní právní řád je vnitřně odůvodněný a mravně ospravedlněný. Otázkou samozřejmě zůstává, co se stane, pokud se pozitivní právo proti těmto zásadám zpronevěří, jaké účinky takové zásady proti pozitivnímu právu mohou mít. Z toho vyplývají další otázky: na koho se takové zásady obracejí a jaké jsou sankce. Podle Coinga jsou jejich adresáty všichni lidé, tedy nejen zákonodárné sbory či soudy, ale všichni jsou jimi povoláni je prosazovat. Sankcí je právo na odpor v aktivním i pasivním smyslu. Skutečnost, že se např. určitý zákon protíví těmto zásadám, z něj však nečiní pouhé Nic. Zákon zůstává součástí řádu, chybí mu však mravní rozměr. Je možno se mu postavit na odpor, a to pasivně (soudce se vzdá své funkce) nebo aktivně, kdy jej soudce prostě odmítne aplikovat.

V existenci pravého práva tak zároveň leží cosi anarchistického, řád ohrožujícího. Úkolem pozitivního práva je sociální život svázat a usměrnit, je proto ale potřeba v pozitivním právu vytvořit jakési ventily, kterými by bylo možno pravé právo usměrňovat.

Rozdíl mezi právními principy a mravními příkazy jako takovými spočívá v tom, že mravní příkazy se vztahují k jednotlivci a jeho vztahu k jiným jednotlivcům, zatímco právní principy jsou především příkazy zákonodárci, kterému ukazují cestu k spravedlivému, vnitřně ospravedlněnému sociálnímu řádu. Protože se právní principy vztahují k sociálnímu řádu, patří do oblasti práva. Tím je ale jasné, že právní principy se týkají stejné části norem, která je předmětem přirozenoprávního myšlení. Je tedy možno souhrn právních zásad označit jako přirozené právo.

Význam Coingovy teorie pro tuto práci spočívá nejen v relativně specifickém pohledu na charakter právních principů, jejich spojení s morálkou a v představě o jejich přirozenoprávní podstatě, ale i v tom, že Coing se zaměřuje i na oblast aplikace práva a na úlohu, kterou právní principy při aplikaci práva hrají. Právě oblast aplikace práva (*Rechtsanwendung*) je oblastí, kde by právní věda měla vyvinout úsilí o objasnění všech podstatných zákonitostí, neboť v pozadí aplikace práva stojí vlastní úkol právní vědy, a tím je analýza a deskripce metod nalézání práva.²⁷²

Podle Coinga nespočívá hlavní význam právních principů odvíjejících se od mravních hodnot při zjišťování, co je právem, pouze v tom, že dávají odpověď na tuto otázku, neboť k tomu postačí většinou pouhý význam slov. Právní principy především dávají odpověď na otázku, co je spravedlivé v konkrétním případě. Takto položená druhá otázka koriguje význam otázky první. Příkladem nutnosti zkoumat tuto otázku jsou situace, kdy se řeší, zda nejde o zneužití práva, jednání v rozporu s dobrými mravy, *Treu und Glauben* apod.

Základní hodnoty v právu a základní zásady právní představují nezbytný prostředek k porozumění smyslu pozitivního právního řádu, neboť nám dávají všeobecné pojmy, s nimiž jediné lze uchopit konkrétní právní řád v jeho jedinečnosti.

Ve vztahu k aplikaci práva je otázkou, zda jde o pouhou logickou činnost, „počítání s pojmy“, neboť v takovém případě by musela právní věda vypracovat právo jako určitý logický systém. Podle Coinga by mělo být nesporné, že aplikace práva, zejména soudcovské rozhodování, není výsledkem ryze logického procesu, totiž subsumpce konkrétních životních skutečností pod hypotézu zákona, ale – zajisté vázané – volní rozhodování. Je tomu tak proto, že právní pojmy (včetně základních zásad) a způsob právního myšlení slouží zákonodárci jako podklad pro jeho rozhodnutí. Jejich znalost je proto pro soudce, který zákon používá, důležitá, nelze ale nikdy získat komplexní pohled na právo prostřednictvím logické operace a takto zdůvodnit rozhodnutí. Přístup, podle kterého soudce musí subsumovat skutečnosti pod

²⁷² Tamtéž, str. 134.

právní normu, je jen výrazem toho, že soudce musí být poslušný zákonu. Pokud je ale aplikace vázaným volným rozhodováním, pokud je takové volní rozhodování proti zákonu, čím je vázáno? Soudce je vázán tím, že musí respektovat zákonodárcem akceptované hodnoty, tedy je vázán pojetím spravedlnosti, která je podkladem právního řádu.

Právní řád je podle Coinga výsledkem řešení sociálních konfliktů, který je určován podle příslušných hodnot. Pokud je takto zákonodárcem určen výsledek konfliktu na základě určitého mravního východiska, musí soudce vycházet při svém rozhodování z téhož východiska. Jedinou výjimkou, kdy by tomu tak nebylo, jsou normy, které spočívají na pouhém oprávnění k výkonu moci či zohledňují určité účely, pouze těm je soudce podřízen, pokud nedospěje při výkonu své funkce k tomu, že je nutno poslušnost těmto normám odmítnout. Soudcova poslušnost vůči zákonu zahrnuje dvě různé formy podřízenosti: závazek k respektování určitých mravních hodnot a dále závazek k provádění pokynů respektujících určitý účel. V prvním případě je soudce v konečném stupni vázán pouze svým vlastním mravním vědomím.

Podle Coinga je úkolem právní vědy pro oblast aplikace práva přispět k tomu, aby při aplikaci práva v konkrétním případě bylo možno nejdříve zjistit, jaké kolidující zájmy jsou ve hře, zda jsou ve vztahu rovnocenném či podřazeném, a podle toho potom přistoupit k použití zákona. Je přitom potřeba ukázat na mravní hodnoty, které se případu týkají, nikoliv pouze vytvořit logicky uzavřený pojmový systém.

Coingova teorie je přínosná v tom, že dopřává soudci relativně široké argumentační instrumentarium pro jeho rozhodování. Zároveň váže soudcovo rozhodování požadavkem dodržení mravních hodnot, které se projevují v základních zásadách právních. V tomto směru se Coingova představa o právních principech neliší od řady jiných teorií o právních principech. Problematická je jeho teorie pro přílišný deduktivní charakter jeho úvah. Ačkoliv nelze říci, že by jím nalézané základní zásady byly nesprávné či pochybné²⁷³, přesto je patrná určitá míra arbitrárnosti při postupu, jakým jsou tyto zásady nalézány, a to navíc ve vztahu k proklamovanému přirozenoprávnímu charakteru právních principů.

²⁷³ Coingův výčet právních zásad je skutečně obsáhlý. Začíná u svobody jednotlivce, která se odvíjí od způsobilosti k právům, zahrnuje svobodu pohybu, nedotknutelnost obydlí, soukromé vlastnictví, ochranu soukromí atd., přes svobodu shromažďovací a spolčovací. Další zásady se týkají existence člověka ve společnosti, takže vycházejí ze zásady *neminem laedere* (z ní vyplývá zákaz ublížit na zdraví či porušovat vlastnické právo). Zásada rovnosti zahrnuje požadavek ochrany podřízených před zvláštními, zákaz lichvy či povinnost nahradit způsobenou škodu, zákaz zneužívání práv či zákaz šikanózního výkonu práva, atd. Další zásady se týkají výkonu státní moci, která musí být omezena ústavou a zákony, podléhat dělbě moci a respektovat základní práva (jež představují i omezení moci zákonodárce). Z přirozeného práva plyne podle Coinga i právo na existenci korporací a právo na jejich autonomii, což se může týkat např. národnostních menšin, územních celků (zejména členských států ve federacích), univerzit, církví a rodin.

III. 3. 1. 7. Esserova teorie právních principů

Esserova práce²⁷⁴ je významná tím, že se zabývá přímo působením právních principů při rozhodování, při „soudcovském dotváření práva“, při kterém dochází k překonání rozdílu mezi právem a morálkou (mravy či politikou): „Úkol, který je svěřen soudci, musí mu umožnit rozhodnout z hlediska spravedlnosti a věcné přiměřenosti“.²⁷⁵

Pojem právního principu vymezuje Esser tak, že „právní princip není žádným právním pravidlem, žádnou právní normou v technickém smyslu, pokud neobsahuje žádný závazný návod bezprostředního druhu pro určitou oblast otázek, nýbrž vyžaduje nebo předpokládá judiciální nebo legislativní vypracování takových návodů. Právní principy, oproti právním normám, jsou obsahem proti formě.“²⁷⁶

Esser především zastává názor, že je obtížné, ne-li nemožné, odlišit principy pozitivního právního řádu od principů právně etických. Tvrdí však, že je potřeba rozlišovat mezi principy, které jsou platným právem a principy, které se platným právem teprve stanou tak, že budou vytvořeny jako normy soudci. Jak dále uvidíme, toto rozlišování však v jeho teorii ztrácí fakticky význam, protože Esser již dále nečiní mezi uvedenými principy rozdíl, pouze určuje okamžik, kdy dochází k přechodu. Staví se tedy na stanovisko, že je možné, aby se právní principy staly součástí pozitivního práva a přestaly být pouhými vodítky (*guides*). K tomu dochází v okamžiku, kdy jsou právotvornými akty legislativy, právní vědy či právního života institucionálně zakotveny. Zároveň tím dává kladnou odpověď na otázku, zda jsou právní principy též prameny práva: ano, jsou, a to jako součást masy práva (*corpus iuris*), ke kterému přináležejí.²⁷⁷

Esser v podstatě zastává názor, že právní principy mohou existovat mimo pozitivní právo (zde je ovšem zjevný protiklad, na který se upozorňuje dále), mohou se však v určitém okamžiku stát vodítky pro rozhodnutí, a tím se stávají součástí práva pozitivního. Jeho teorie je založena na rozdílu mezi kasuistickým myšlením a myšlením založeným na kodifikacích, tedy myšlením axiomatickým, které „ignoruje otevřené hodnotové principy, maximy, paremie atd.“²⁷⁸

Kategorizace principů, kterou Esser podává, je zajímavá svou variabilitou. Esser rozlišuje principy axiomatické v konstruktivním slova smyslu, principy rétorické ve smyslu

²⁷⁴ Esser, J.: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.

²⁷⁵ Tamtéž, str. 69.

²⁷⁶ Tamtéž, str. 50.

²⁷⁷ Tamtéž, str. 132.

²⁷⁸ Tamtéž, str. 77 a 142.

základních myšlenek a principy dogmatické²⁷⁹. Z jiného hlediska rozlišuje principy imanentní (nezbytné)²⁸⁰ a konstruktivní²⁸¹, principy juristické a principy práva²⁸², výstavbové a hodnotové principy²⁸³, principy heuristické²⁸⁴ a informativní a normativní a institucionální principy²⁸⁵.

Pokud jde o zdroje, prameny právních principů, nedává Esser jejich jednoznačný popis. V podstatě spatřuje prameny principů jak v právu samotném, tak v právní vědě, jakož i v judikatuře. Metodologicky problematická je jeho teorie v tom, že považuje i principy („právní“) za pravidla existující mimo pozitivní právo. V tomto smyslu je jeho teorie teorií transformační.²⁸⁶ K transformaci dochází podle něj právě při rozhodování, neboť pouze kasuistika v praxi říká, co je po právu.²⁸⁷ Z tohoto důvodu se jeho teorie stává předmětem kritiky zastánců pozitivně právního přístupu, resp. normativní teorie. Kelsen shrnuje znaky takto vytvořené teorie tak, že tvorba právních norem (v jeho terminologii generálních i individuálních) je ovlivněna „zásadami morálky, politiky a mravů, které jsou zaměřeny na právotvorné autority a vyžadují určitý obsah právních norem“. Tyto zásady vedou k tomu, že jim právní normy více či méně odpovídají.

Kelsen zpochybňuje tezi o transformaci citovaných zásad do práva spočívající v tom, že morálka, politika či mravy se stávají součástí práva z toho důvodu, že jsou soudcem použity. Stávají se součástí práva proto, že soudce má možnost je právem učinit svým rozhodnutím. Jsou-li takové zásady opakovaně aplikovány, stávají se dokonce i generální právní normou, jejíž obsah jim odpovídá. Samy o sobě však zůstávají uvedené zásady mimo právo. Lze to parafrázovat tak, že nabývají reálného významu skrze právo, avšak je potřeba je vnímat odděleně.

²⁷⁹ Tamtéž, str. 47. Za axiomatický považuje Esser například princip smluvní volnosti, za princip rétorický například princip ochrany dobré víry při právním jednání.

²⁸⁰ Tamtéž, str. 73. Za imanentní (nezbytné – *notwendige*) považuje Esser takové, které jsou nezbytným předpokladem pro fungování určitého pozitivního zřízení, jejich existence není na rozdíl od jiných principů pochybná, ale spíše samozřejmá. Do protikladu k imanentním principům staví principy „potřebné“ (*nützliche*), které musí být do práva teprve transformovány, neboť v systému práva dosud neexistují, a to jako výsledek řešení určitého střetu zájmů.

²⁸¹ Tamtéž, str. 77. Konstruktivní jsou principy stanovící materiální obsah, nikoliv pouhé formální kritérium.

²⁸² Tamtéž, str. 90. Principy juristické jsou „pracovní“ principy právníků, jakési *lege artis*, jako například „*nemo dat, quod non habet*“ či „*genera non perueni*“. Principy práva jsou oproti tomu principy v materiálním smyslu, tj. takové, které lze bezprostředně odvodit z příslušného textu.

²⁸³ Tamtéž, str. 156. Výstavbové principy jsou výrazem určité materiální volby hodnot, zatímco hodnotové principy určité materie (např. ochrana dlužníka) podmiňují určitý právní institut samy o sobě.

²⁸⁴ Tamtéž, str. 185. V heuristickém smyslu mají význam zejména v anglo-americkém právu, neboť slouží jako shrnutí heuristického charakteru (nikoliv však pojmově závazného) *ratio iuris*.

²⁸⁵ Tamtéž, str. 79 a 171. Institucionální jsou takové principy, které shrnují či zobecňují stávající legislativní či judičiální normotvorbu. Jsou ospravedlnitelné, neboť instituce, které jsou v nich vtěleny, jsou konkrétními prvky či hodnotami právního řádu.

²⁸⁶ Kelsen, H.: *Všeobecná teorie norem*, Masarykova univerzita, Brno, 2000, str. 128.

²⁸⁷ Esser, J.: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956, str. 151.

Jádro Kelsenovy kritiky Esserovy teorie spočívá v tom, že princip právní moci rozhodnutí, díky kterému se přenáší obsah mimoprávních zásad do práva, propůjčuje soudům „skoro neomezenou moc“, což ve svém důsledku omezuje požadavek materiálně přiměřené zákonnosti soudních rozhodnutí. Kelsen proto zastává názor, že za „právní“ mohou být principy morálky, politiky a mravů označeny jen potud, pokud ovlivňují tvorbu právních norem příslušnými právními autoritami. Podrží si však svůj charakter a musí být od právních norem odlišovány. Označení za „právní“ neznamena, že jsou právem. Skutečnost, že ovlivňují tvorbu práva, neznamena, že se stávají součástí pozitivního práva, pozitivizovány jsou jenom normy, jichž jsou principy obsahem. Pokud nebudou rozlišeny hranice mezi právní normou a právní zásadou, setrou se zároveň hranice mezi právem a morálkou, politikou a mravy.

To je jistě pravdivé vzhledem k Esserově představě, že zásady ovlivňující pozitivní právo jsou pozitivním právem samotným²⁸⁸. Pojem práva je tak rozšiřován nad právní normu, čímž je odstraňována každá pevná hranice mezi právem a morálkou či politikou. Kelsen dovozuje, že „takto mohou být všechny faktory, které skutečně ovlivňují tvorbu práva a zejména pak stranické a třídní zájmy, kvalifikovány a ospravedlněny jako právo“.

III. 3. 1. 8. Siltalova teorie právních principů²⁸⁹

Tato teorie je vybudována na kombinaci myšlenek Harta, Dworkina a Summarse, resp. jejich vzájemné kritice. Vychází ze tří základních prvků Dworkinova modelu pravidel zahrnujícího principy, a z Hartovy kritiky této teorie, kterou Hart činí v postskriptu k druhému vydání knihy *The Concept of Law*²⁹⁰. Hartův argument se týká principiálně neurčitého charakteru právních principů, pokud jde o jejich normativní sílu, když poukazuje na to, že princip byl v případě *Riggs v. Palmer* schopen vyvrátit zcela platnou bezvýjimečnou právní normu obsaženou v zákoně. Tím je ovšem striktní kvalitativní rozdíl mezi normou a principem vyrovnán. Měl-li by být tento rozdíl udržen tak, aby Dworkinova teorie byla konzistentní, musel by být případ konstruován jako střet dvou principů, nikoliv normy a principu.

²⁸⁸ Esser, J.: tamtéž, str. 134.

²⁸⁹ Siltala, R.: *A Theory of Precedent, From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, str. 41 a násl.

²⁹⁰ Hart, H. L. A.: *The Concept of Law*, 2nd edition, Clarendon Press Oxford 1998, str. 259-263.

Siltala používá dále Summersovu teorii kategorií právní formality.²⁹¹ Summers rozlišuje 1) autoritativní formalitu, 2) obsahovou formalitu, 3) interpretační formalitu a 4) závaznou formalitu. V každé kategorii může být stupeň právní formality vyšší nebo nižší.²⁹²

Spojitosť mezi Dworkinovou a Summersovou teorií lze spatřovat v tom, že v obou teoriích jde o definici právních norem a právních principů s odkazem na stupeň právní formality zakotvené v takovémto typu právních pravidel. Siltala pro účel porovnání norem a principů vytváří, částečně inspirovaná Summersovou teorií, pět kritérií pro jejich rozlišení:

- 1) konstitutivní formalita
- 2) systémová formalita
- 3) závazná formalita
- 4) strukturální formalita
- 5) metodologická formalita

Ad 1) Konstitutivní formalita, resp. formalita validity je definována buď jako formální, na pramen vázaný důvod platnosti pravidla, nebo jako obsahový důvod platnosti pravidla. Právní normy jsou uznávány za pravidla platná silou jejich formálního pramene původu (ve Dworkinově teorii „pedigree“). Právní principy takové kritérium nesplňují, je třeba u nich hledat slovy Dworkina „institucionální podporu“ či „pocit nezbytnosti“, resp. jejich soulad „s nejsprávnější teorií práva“. Podle Dworkina jsou normy aplikovány způsobem buď-nebo, zatímco principy „více či méně“. Podle Summerse se právní normy vyznačují vysokým stupněm konstitutivní formality, zatímco právní principy stupněm nízkým.

²⁹¹ Atiyah, P. S., Summers, R. S.: *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Reasoning*, Clarendon Press, Oxford, 1987, str. 11-21.

²⁹² Autoritativní formalita se rozděluje do dvou subkategorií: formalitu platnosti a formalitu řádu. Právní validita se vztahuje ke kvalitě právního nástroje v tom smyslu, zda má normativní, závaznou sílu v určitém právním systému. Některá právní kritéria jsou zcela orientována na pramen (zdroj), takže mají vysoký stupeň autoritativní formality, zatímco jiná jsou orientována na obsah, takže jejich stupeň formální autority je nižší. Formalitu řádu lze chápat jako odkaz například na Kelsenovu stupňovitou výstavbu právního řádu, ve které jsou platné právní normy seřazeny podle formálního pramene, ze kterého pocházejí.

Obsahová formalita je určena dvěma kritérii: stupněm arbitrážnosti úředního výroku při stanovení obsahu právní normy, a to v protikladu k úloze obsahově determinovaných důvodů, a dále nadřazení či podřazení jejich stanovených cílů.

Interpretační formalita se vztahuje k úloze doslovného významu při interpretaci (pojem doslovný význam je ovšem sám o sobě problematický, protože každý význam je vždy vázaný na kontext, ve kterém je výraz použit). Vysoký stupeň interpretační formality je dán tehdy, pokud se soud omezí právě na doslovný význam právní normy. Nízký stupeň je naopak dán tehdy, pokud soud přihlídně vedle doslovného významu též k účelům, ratio legis apod.

Kategorie závazné formality označuje schopnost právního argumentu převážit argumenty jiné, případně vyloučit nosné důvody z oblasti diskrece, nebo alespoň zmenšit jejich relativní váhu při uvážení. Pokud nelze právní argument (rozuměj argument právní normou) převážit protichůdným argumentem teleologického či axiologického charakteru, je dán vysoký stupeň závazné formality; nízký stupeň je dán naopak tehdy, pokud je situace opačná. Z jiného pohledu lze na tento druh pohlížet jako na stupeň nemodifikovatelnosti práva v soudním rozhodnutí.

Ad 2) Systémová formalita je chápána jako stupeň vnitřní koherence v rámci souboru právních pravidel. Systém právních norem nemůže akceptovat existenci kolidujících pravidel (podle Dworkina). Naopak „systém“ právních principů může velmi dobře zahrnovat soubor pravidel vzájemně neslučitelných nebo nekompatibilních, jejichž vztah bude určen vyvažováním a poměřováním jejich relativní váhy za okolností každého nového případu. Princip, který bude vzhledem k okolnostem posouzen jako „slabší“, neztratí svůj potenciaální význam pro další případy.²⁹³ V důsledku toho mohou být právní normy seřazeny do podoby uzavřeného, vnitřně koherentního systému práva uspořádaného např. stupňovitě dle představ Kelsena, zatímco právní principy tvoří neuzavřený, volně uspořádaný soubor (tj. nikoliv systém) argumentů pro a proti. Systém právních norem vykazuje vysoký stupeň systémové formality, zatímco soubor právních principů stupeň nízký.

Ad 3) Závazná formalita je definována jako závazná síla platného právního argumentu, tj. míra schopnosti vyloučit neformální, obsahové argumenty v rozhodování, nebo přinejmenším oslabit vliv takových argumentů v soudcovské diskreci. Právní normy v tomto smyslu kladou mnohem silnější požadavek pro to, aby byly následovány, než právní principy. Podle Dworkina právní norma diktuje, činí nevyhnutelným určitý výsledek, zatímco princip směřuje rozhodnutí určitým způsobem, avšak nikoliv způsobem rozhodujícím. Právní normy tak mají vysoký stupeň závazné formality, zatímco právní principy stupeň nízký. Zde se ovšem naplno projevuje deficit Dworkinovy teorie, neboť pokud právní princip je schopen vyvrátit právní normu (jde o střet norma – princip), pak nikoliv pouze naznačuje řešení, ale řešení diktuje.

Ad 4) Strukturální formalita ukazuje rozdíl mezi principy a normami založený na tom, že určitá právní norma výsledek vždy diktuje, přičemž ostatní normy lze postavit případně do pozice výjimky. Okruh výjimek u právních norem je vždy konečný, což u právních principů neexistuje. V tom spočívá „logický“ rozdíl mezi normami a principy. Lze tak rozlišovat mezi pravidly *binárními* (tj. právními normami, které mohou mít „hodnotu“ ANO nebo NE) a pravidly *stupňovatelnými* (tj. právními principy). Obojí varianty lze ještě podrobněji popsat tak, že právní normy mohou být „definitivní“, nepřipouštějící výjimku, a takové, které lze

²⁹³ Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1999, str. 35: „Principy přežijí neporušeny, pokud nepřevládnu.“

prohlásit za neplatné (*defeasible*). Právní principy naproti tomu mohou být „překonatelné“ a „vysoce přesvědčivé“, tj. takové, které nelze opominout.

Ad 5) Metodologická formalita je definována jako stupeň formality při výkladu či vážení právních pravidel při rozhodování. Rozsah přijatelných výkladových alternativ se rozšiřuje od přísně doslovného výkladu až po případy, kdy určité materiální předpoklady, hodnotové či axiologické povahy mohou mít zásadní vliv na rozhodnutí. Zde je tedy základ pro rozlišování mezi jednoduchými a složitými případy, u prvních si lze vystačit s právními normami, u druhých s právními principy.

Z provedené charakteristiky právních principů a právních norem vyplývají následující závěry, které se týkají stupně deontického charakteru těchto dvou druhů pravidel. Právní principy, na rozdíl od právních norem, vykazují nízkou míru deontického charakteru, protože jen v nízké míře odpovídají kritériím formální validity (konstitutivní formalita), nevytvářejí koherentní bezkonfliktní systém pravidel, ale pouze volně uspořádaný soubor argumentů pro a proti (systémová formalita), nesměřují k jednoznačným závěrům (závazná formalita), jsou stupňovány podle své vnitřní „logické“ struktury (strukturální formalita) a nemohou být vykládány ve smyslu přesného přiřazování významu použitým pojmům, ale jsou spíše porovnávány navzájem (metodologická formalita). Právní principy tedy nezakládají silné, standardní, samy o sobě dostatečné důsledky právně relevantních faktů. Skutečnost, že právní principy poskytují pouze slabé závěry, tedy slabé normativní důsledky určitých skutečností, je nutno přičítat právě jejich axiologickému a teleologickému charakteru. Jejich deontická formalita, jako souhrnné označení pro všechny druhy formality shora uvedené, je proto velmi slabá.

Siltalovu teorii lze řadit ke slabé odlišující tezi, protože není založena na popisu odlišného způsobu použití právních principů na rozdíl od právních norem, ale spíše se snaží odlišit právní normy a právní principy prostřednictvím různých vnějších kritérií. Je zajímavá relativně komplexním výčtem kritérií, které mají pomoci právní normu od právního principu odlišit. Při její aplikaci ovšem dojdeme k tomu, že jako právní princip neumožňuje označit ta pravidla, která jsou obsažena v právních textech, neboť ta mají vysoký stupeň konstitutivní formality, ačkoliv právní principy mají mít stupeň konstitutivní formality nízký. Například princip *nullum crimen sine lege* by tak principem být nemohl, je-li výslovně v právním řádu zakotven. Rozlišování principiálního charakteru pravidel v závislosti na způsobu jejich vyjádření, od nějž se do značné míry odvíjejí ostatní kritéria, je proto diskutabilní.

Navíc je otázka, která se ostatně naskýtá u každé teorie založené na slabé oddělující tezi, zda má vůbec rozlišování mezi principy a normami význam, pokud jejich hlavní rozdíl nespočívá v odlišném způsobu použití při aplikaci práva. Siltalova teorie sice určité rozdíly mezi normami a principy ve způsobu jejich aplikace naznačuje, nejde však o rozdíly zásadní povahy.

III. 3. 1. 9. Rozdíl mezi právními principy a právními normami podle teorie J. R. Sieckmanna a U. Neumanna²⁹⁴

Tato teorie je postavena na rozdílu mezi normami a principy spočívajícím v tom, že jde o pravidla nacházející se na dvou úrovních. Právní normy jsou pravidla nacházející se v rovině jednání (*Regelungsebene*), právní principy jsou pravidla zdůvodňující normy (rovina argumentační či rovina zdůvodňování – *Begründungsebene* či *Argumentationsebene*).²⁹⁵

Základem teorie je rozlišení obou druhů pravidel podle platnosti (*Geltungsbegriffe*). Výrazem „platnost“ se rozumí jejich normativní relevance jako nejmenší společný jmenovatel. To znamená, že pokud principy a normy platí, lze z nich dovodit, co je právem přikázáno. Pojem platnosti je tedy definován podle své funkce, nikoliv podle formálních kritérií. Právním normám je přiznávána „silná“ (absolutní) platnost, principům platnost slabá („*prima facie*“). Pokud takto rozdělíme platnost pravidel, je jasné, že nelze již dále hovořit o závaznosti ve smyslu příkazů k určitému jednání, protože určité jednání může být v konkrétním případě buď přípustné, nebo nepřípustné. Závaznost pravidla pro určitou situaci totiž není v konkrétním případě odstupňovatelná.

Tento problém lze překonat tím, že budeme hovořit o rozdílu nikoliv platnosti, ale rozdílu při regulaci. Takto je chápání principů jako postupně naplnitelných (*graduell erfüllbare*) pravidel slučitelné s představou závaznosti ve smyslu neohrazeného povinného chování. Bylo by možné namítat, že kritérium postupné naplnitelnosti je nesprávné, protože se obvykle vznáší námitka, že i normy mohou být naplněny jen do určité míry (např. závazek je splněn včas, avšak nikoliv v plném rozsahu). Tato námitka ale není zcela relevantní, protože

²⁹⁴ Neumann, U.: Die Geltung von Regeln, Prinzipien und Elemente, in: Schilcher, B.; Koller, P.; Funk, B.-Ch. (Hrsg.): Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Wien 2000, str. 115 an.

²⁹⁵ Srov. též Alexy, R.: Theorie der Grundrechte, Frankfurt 1986, str. 90 an.

z hlediska uloženého chování je jasné, že povinnost nebyla splněna zcela, ačkoliv obsahově o tom lze uvažovat²⁹⁶.

S konceptem postupné naplnitelnosti jsou spojeny problémy spočívající v tom, že požadavek maximální možné míry naplnění pravidla (principu) nedává žádné pevné vodítko. Východiskem je takové řešení, podle kterého právní princip sestupuje do roviny jednání tak, že je podle kritérií potřebnosti a přičitatelnosti transformován na „binární“ strukturu.

Kritérium postupné naplnitelnosti má relevanci v rovině zdůvodňování (*Begründungsebene*), neboť při zdůvodňování norem lze příslušným závěrům, jejichž normativní relevance se opírá o platné principy, přiznat platnost v rozličné míře. Postupná naplnitelnost nepramení ze struktury pravidla, ale z jeho lokalizace na příslušné rovině. Zda bude pravidlo v rovině jednání naplněno postupně nebo podle principu *vše nebo nic*, není rozhodující. Tak například pravidlo *pacta sunt servanda* lze v rovině jednání buď splnit nebo nesplnit (odstupňovatelná je míra splnění smlouvy, nikoliv míra splnění normy), zatímco v rovině zdůvodnění může vést k různým výsledkům vzhledem ke konkurujícím principům (*clausula rebus sic stantibus*) a tím pádem může být v právním řádu uskutečněno v různé míře.

Pokud provedeme toto rozlišení, je třeba rozlišit pojem platnosti ve vztahu k principům a normám. Nejde o rozdíl v závaznosti, ale o rozdíl v platnosti. Platnost právní normy znamená závaznost v rovině jednání. Platnost principu oproti tomu znamená, že je potřeba při vytváření pravidel zohlednit hledisko s určitou tendencí. Principy v tomto smyslu tvoří normativně závazné konstrukční elementy norem.

Neumann propojuje svoji teorii s Alexyho teorií kolize principů a norem, kterou lze dobře vysvětlit právě na základě toho, že oba druhy pravidel se nacházejí na různých úrovních. Protože principy vyžadují, aby byly zohledněny při vytváření norem, nelze dost dobře hovořit o kolizi mezi nimi v širokém slova smyslu. Lze hovořit o kolizi principů pouze v úzkém (*schwachen*) smyslu, spíše o konkurenci principů.

Ke kolizím tak dochází na dvou různých úrovních s různým řešením. Na úrovni roviny chování je kolize řešena výjimkou, zatímco na úrovni zdůvodňování dochází k formulování pravidla vztahu mezi dvěma kolidujícími pravidly.

Kolize mezi dvěma pravidly se řeší na dvou různých úrovních podle toho, jak jsou interpretována – zda jako normy či principy. Od tohoto závěru se odvíjí, zda bude jejich

²⁹⁶ Například místo 1000 Kč zaplatím pouze 999 Kč. Pravidlo (splnit závazek celý) nebylo dodrženo, ale po obsahové, tedy faktické stránce byl tento stav téměř dosažen. Jiným příkladem může být faktické tolerování překročení příkázané rychlosti jízdy v rozsahu cca + 10%.

konflikt řešen jako konflikt norem na úrovni jednání, či jako konflikt principů na úrovni zdůvodňování.

Omezování principů na rovinu zdůvodňování ovšem vyvolává otázku, zda tím určité principy neztrácejí svoji relevanci, protože v rovině jednání se universální normativní potence principů ztrácí. Tento problém lze vyřešit prostřednictvím diskursu, který popsal K. Günther.²⁹⁷ Günther navazuje na Habermasův diskursivní model, podle kterého jsou platná všechna ta pravidla jednání, na kterých se všichni dotčení mohou shodnout. Protože tento model se nezdá pro všechny případy přiměřený, vzniká potřeba diskursu zdůvodňující pravidlo, jehož platnost se v diskursu určuje, doplnit diskursem o použití pravidla, který určí, zda lze pravidlo v konkrétním případě použít. Problém, který je takto možné řešit, vzniká ovšem jen tehdy, pokud se nabízí jiné řešení v rovině jednání podle příslušných pravidel jednání (tj. právní řešení) a řešení na úrovni morální. Ve zcela obecné rovině lze základní tezi vyjádřit takto: O přiměřenosti určitého pravidla v konkrétní situaci lze rozhodnout jen při zohlednění všech okolností situace, což není v případě rozhodnutí o platnosti pravidla v diskursu zdůvodnění už proto možné, že ho nelze porovnat se všemi možnými případy jeho užití. Řešení je tedy spatřováno v diskursu o použití pravidla, ve kterém bude rozhodnuto z hlediska koherence normového systému, které z pravidel bude muset ustoupit bez ztráty své platnosti.

Uvedená teorie se zdá být relativně vhodným skloubením dvou přístupů, které představuje silná a slabá oddělovací teze. Na straně jedné totiž neklade rovnítko mezi právní normy a právní principy při jejich aplikaci, což je nevýhoda slabé oddělovací teze, na straně druhé umožňuje zapojit do rozhodovacího procesu též právní principy, což je nevýhoda silné oddělovací teze, která nepodává dostatečně přesvědčivé odpovědi na otázku, kdy skutečně jde o právní princip a kdy již nikoliv.

III. 3. 1. 10. Pojem právního principu v české a slovenské právní vědě

Problematika právních principů je v české i slovenské právní vědě relativně často předmětem zájmu právních teoretiků²⁹⁸. Typické je, že většina definic právních principů je formulována na právně pozitivistické bázi, resp. se pokouší o propojení teorie právních principů s pozicemi zákonného pozitivizmu. Zároveň se právním principům propůjčuje, alespoň ve většině případů, normativní charakter, neboť jde o pravidla stanovící, co má být.

²⁹⁷ Günther, K.: Der Sinn für Angemessenheit., in: Rechtstheorie 20 (1989), str. 163.

²⁹⁸ Svědčí o tom nejenom dva sborníky vydané v České republice (Boguszak, J. (ed.): Právní principy, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999) a na Slovensku (monotematické číslo Právny obzor č. 3/2003), ale i řada článků a dalších publikací citovaných na jiných místech této práce.

V některých případech, jako například u P. Holländera, je tomu tak proto, že stanovisko silné odlišující teze je pro něj z důvodů jím uváděných nepřijatelné, takže se přiklání k definici principů jako axiomů uvnitř normového souboru, z čehož vyplývají jejich další znaky. Těmi jsou působení principů jako regulativních idejí uvnitř normového souboru, vysoký stupeň obecnosti subsumpčních podmínek a těsné spojení s metanormativními východisky normového souboru. Zároveň jde o pravidla používaná metodou proporcionality a specifikace (tj. zaváděním výjimek, ovšem nikoliv definitivních výjimek, ale výjimek relativních). Na rozdíl od tradičních znaků axiomů slouží právní principy též jako interpretační východiska jednoduchého práva.²⁹⁹

Holländerovo stanovisko je podle mého názoru jakýmsi mostem mezi tradiční charakteristikou právních principů jako právních norem svého druhu, které se liší hledisky slabé odlišující teze, a zároveň jejich chápáním jako pravidel odlišujících se od právních norem charakteristikou silné odlišující teze. Jakkoliv lze proti silné odlišující tezi namítat její „logickou“ nesprávnost, není podle mě zcela důsledná ani Holländerova „třetí cesta“. Používání principu proporcionality (*Verhältnismässigkeitgrundsatz*), který umožňuje nakládat s principy metodou vyvažování (tj. určování jejich důležitosti porovnáváním zvolených prostředků a sledovaných cílů), je založeno právě na jejich odlišném charakteru od právních norem. Domnívám se, že slabá odlišující teze vyžaduje používat právní principy metodou vše nebo nic a neumožňuje je poměřovat. Poměřování je možné pouze z toho hlediska, který z nich má určit řešení, takže řešení budou určovat nikoliv oba principy ve vzájemném vztahu, ale pouze jediný z nich. Jejich logická struktura je totiž podle slabé odlišující teze stejná, jako u právních norem, takže střet dvou neslučitelných principů by musel být vyřešen zavedením výjimky či prohlášením jednoho z nich za neplatný. Tak tomu ale není, protože oba v rozporu stojící principy zůstávají součástí právního řádu. Prostřední cesta je proto nedůsledná v obou směrech.

Navíc mnoho principů kritéria Holländerovy teze prostě nesplňuje. Princip *pacta sunt servanda*, *nullum crimen sine lege* apod. jsou velmi konkrétní, i pokud jde o jejich subsumpční podmínky, které spočívají v tom, že tyto principy musí být akceptovány za všech okolností (alespoň za současného stavu práva). Další znak právních principů, totiž že jsou regulativními idejemi, dostatečně nevypovídá o tom, jakým způsobem mají či nemají být používány, zda například mohou být opomenuty, musí být zachována alespoň jejich podstata

²⁹⁹ Holländer, P.: Deficit Dworkinovy a Alexyho koncepce logického vymezení právních principů, in: Boguszak, J. (ed.): Právní principy, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 17; otázka pramenů právních principů v Holländerově pojetí je řešena na jiném místě.

atd. Zejména u právních principů, které jsou výsledkem abstrakce souboru právních norem, si nelze dost dobře představit, že by působily vůči takovému souboru norem jako regulativní ideje.

Konzistentní je v tomto ohledu naopak pojetí J. Boguszaka, podle kterého lze právní principy vždy vyjádřit v podobě podmínkové normativní věty.³⁰⁰ Aplikují se na základě subsumpce a střet mezi nimi se řeší zavedením výjimky. Jejich odlišnost od právních norem spatřuje J. Boguszak v tom, že fakticky nemohou být vyloučeny z práva či pozbyt „platnosti“, protože pak by „právo přestalo být právem v mezích daného typu právní kultury“³⁰¹. Jejich podstatu proto spojuje s finálními normami³⁰², a to v rámci axiologického stádia subsumpce relevantních skutečností pod hypotézu právní normy, která, je-li otevřená, tj. připouští-li hodnocení, zároveň umožňuje zvažovat účelnost toho či onoho řešení.³⁰³

Lze se ztotožnit i s charakteristikou Weinbergerovou, pro něž je právní princip normativně stanoveným hlediskem právního hodnocení při právním rozhodování.³⁰⁴ Zároveň právní principy představují měřítko relativního vážení, takže není nepřijatelné, že směřují rozhodnutí k odlišným, neslučitelným důsledkům.³⁰⁵

A. Gerloch vymezuje právní principy jako nejobecnější pravidla chování, jako regulativní ideje, které v normativní podobě vyjadřují obecné cíle práva, jimiž jsou základní hodnoty.³⁰⁶

E. Barány nahlíží na právní principy jako na pojítko mezi právem a jinými normativními systémy, zejména s morálkou. Zároveň jde o pravidla přispívající k relativní jednotě a bezrozpornosti právního systému a též k jeho kompatibilitě s jinými normativními systémy.³⁰⁷ Proto jsou právní normy pravidly, která lze realizovat velmi různorodým

³⁰⁰ Boguszak, J.: Právní principy, hodnoty, finalita, in: Boguszak, J. (ed.): Právní principy, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 26, tentýž Boguszak, J.: Pojetí, druhy a význam právních principů, in: Právní obzor č. 3/2003, str. 241-246, zejm. str. 243.

³⁰¹ Boguszak, J.: Právní principy, hodnoty, finalita, in: Boguszak, J. (ed.): Právní principy, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 27, dále též Boguszak, J.: Pojetí, druhy a význam právních principů, in: Právní obzor 3/2003, str. 241.

³⁰² Koneckonců to je i Alexyho myšlenka, podle které principy mají charakter stanovení cílů. Srov. k tomu výše.

³⁰³ Boguszak, J.: cit. dílo, str. 31.

³⁰⁴ Weinberger, O.: Formální charakteristika právních a právně-politických principů, in: Boguszak, J. (ed.): Právní principy, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 41.

³⁰⁵ V knize Weinberger, O.: Norma a instituce, Brno 1995, str. 80, jsou principy charakterizovány jako abstraktní právní pravidla, která přímo neurčují, jaké chování má být nebo jaké chování je dovoleno.

³⁰⁶ Gerloch, A.: Princip právní jistoty v soudobém právu, in: Boguszak, J. (ed.): Právní principy, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 77 Takové pojetí odpovídá shora uvedenému chápání právních principů v práci U. Neumanna.

³⁰⁷ Barány, E.: Principy ve vztazích práva a morálky, in: Právní obzor, č. 3/2003, str. 292-293.

konáním, jelikož se týkají relativně velkých částí pozitivního práva a uskutečňují se v míře dané faktickými a právními možnostmi.³⁰⁸

Pro J. Prusáka představují právní principy právní normy s nejvyšší mírou abstrakce, které určují aplikaci, tj. i subsumpci a interpretaci právních odvětví, zákoníků, zákonů a jednotlivých částí právních předpisů.³⁰⁹

Nakonec je možno upozornit na pojetí Kühnovo, který považuje právní princip za právní pravidlo, vyjádřitelné kondicionální větou, jež tvoří základ právního institutu, zákona, právního nebo právních odvětví či právního řádu jako celku, z čehož vyplývá, že má pro tuto část práva mimořádný stupeň důležitosti a vyznačuje se vysokým stupněm obecnosti, přičemž obvykle vyjadřuje vyšší hodnoty právního řádu.³¹⁰ V této definici opouští Kühn silnou odlišující tezi, ke které se na jiném místě své práce hlásí, alespoň pokud jde o některé právní principy.³¹¹

V podstatě tak lze opakovat výhrady, které byly uvedeny u Holländerovy koncepce, totiž to, že třetí cesta mezi silnou a slabou odlišující tezí není schůdná, protože není zcela důsledná.

III. 3. 2. Právní principy a hodnoty

Hodnoty se zpravidla chápou jako „konečné účely“, jejichž dosahování je prostředkem pro zajišťování takových hodnot.³¹² Skutečnost, že mezi právními principy a hodnotami je určitý vztah, dokládají některé ze shora podaných definic, resp. je patrné, že právní principy jsou s hodnotami velmi často spojovány, případně se zdůrazňuje hodnotový charakter právních principů.

Příkladem může být Gerlochovo vymezení principů jako „nejobecnějších pravidel chování, v koncentrované podobě vyjadřujících obecné cíle práva, kterými jsou základní hodnoty (život, svoboda, rovnost, jistota, majetek a další až po nejobecnější hodnotu, hodnotu spravedlnosti), k jejichž naplnění a ochraně působení práva směřuje“.^{313,314}

³⁰⁸ Barány, E.: Právne princípy medzi prirodzeným a pozitívnym právom, in: Boguszak, J. (ed.): Právní principy, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 56.

³⁰⁹ Prusák, J.: Právne princípy a pramene slovenského práva, in: Právny obzor, č. 3/2003, str. 266.

³¹⁰ Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, str. 136

³¹¹ Tamtéž, str. 93.

³¹² Boguszak, J.: Právní principy, hodnoty, finalita, in: Boguszak, J. (ed.): Právní principy, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 32. Podrobněji srov. tentýž: K teorii tvorby práva (hodnoty, normy, právní principy), Právnická fakulta UK, jubilejní sborník, Praha 1998, str. 167-180.

³¹³ Gerloch, A.: Záměrnost a spontánnost v působení práva, in: Právnická fakulta 1348-1998, jubilejní sborník, Právnická fakulta UK, Praha 1998, str. 187.

Obdobně R. Alexy říká, že principy a hodnoty jsou si úzce příbuzné, a to jednak proto, že stejně jako u principů lze i u hodnot hovořit o jejich kolizi a o jejich odvažování, jednak proto, že stupňovatelné naplňování principů odpovídá stupňovatelné realizaci hodnot.³¹⁵ Alexy převádí pravidla na hodnoty naopak s tím výsledkem, že získává model hodnot, z něž vyplývá, co je nejlepší, a model principů, z něž vyplývá, co má být. Proto rozdíl mezi principy a hodnotami spočívá podle Alexyho v tom, že principy mají deontologický charakter, zatímco hodnoty mají charakter axiologický.³¹⁶

Rozdíl mezi principy a hodnotami lze spatřovat v jejich rozdílném původu. Tento rozdíl do určité míry koriguje Alexyho tezi o „převoditelnosti principů a hodnot“. Hodnoty totiž mohou stát před právem či mimo právo, nemusí být nezbytně součástí práva. Oproti tomu principy jsou získávány z práva, jehož jsou součástí. Hodnoty v tomto smyslu nemusí být zdůvodňovány, nebo jsou zdůvodňovány např. politicky či eticky, takže lze říci, že platí samy o sobě, bez dalšího. Oproti tomu právní principy vyžadují zdůvodnění platnosti, která se opírá o příslušnost k právnímu řádu.

Z jiného hlediska lze na právní principy nahlížet jako na určité modely, k nimž by se soubory právních norem měly přibližovat. Hodnoty v tomto směru takový „normativní“ charakter nemají. Hodnotám jako takovým je často připisován rigidní či fundamentální charakter, zatímco principy jsou chápány jako pluralitní. Principy platí z tohoto důvodu jako základní pravidla založená na výjimkách, resp. vedou k určitému odvažování. Hodnoty samy o sobě oproti tomu vyžadují absolutnost či bezkompromisnost. (Příkladem může být diskuse nad přípustností trestu smrti, jehož odpůrci považují život za hodnotu, která nesmí být nikdy dotčena, zatímco jeho zastánci zdůrazňují hodnoty jiné, vzájemně neslučitelné.³¹⁷) „Hodnoty se stávají principy, pokud jsou uznány ze strany právního řádu. Tím ztrácejí svůj rigidně fundamentalistický charakter, neboť musí konkurovat jiným právním principům. Pokud někdo bere v úvahu absolutní hodnoty, staví se mimo pozitivní právo a argumentuje přirozenoprávně“.³¹⁸

³¹⁴ Jindy se ovšem právní principy a hodnoty směřují: Prusák, J.: Principy v práve, Právní obzor č. 3/1997, str. 221.

³¹⁵ Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt 1986, str. 125. Alexy se ovšem v této souvislosti může opírat o fakt, že Spolkový ústavní soud velmi často hovoří o hodnotách, přičemž podle Alexyho „věty o hodnotách lze převést na věty o principech a věty o principech lze převést na věty o hodnotách, aniž by došlo ke ztrátě obsahu jedné či druhé“ (tamtéž).

³¹⁶ Tamtéž, str. 133.

³¹⁷ Argumentů na obou stranách je samozřejmě více. Možnost justičního omylu, nevratnost vykonaného trestu, nutnost ochránit společnost před pachateli závažných trestných činů atd.

³¹⁸ Röhl, F. K.: *Allgemeine Rechtslehre, Ein Lehrbuch*, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin 1994, str. 277

Ne všechny hodnoty musí mít svůj odraz v právních principech. Naopak, ne každý princip musí mít hodnotový obsah. Stejně tak dobře ale mohou existovat i právní normy s výrazným hodnotovým akcentem, resp. jasně chránící určité hodnoty.³¹⁹

Typická je představa o úzkém vztahu právních principů a hodnot pro Dworkina. Problém je ovšem v tom, že Dworkin se nijak nezamýšlí nad akceptovatelností hodnot, o kterých hovoří, protože ty jsou v jeho chápání spjaty jednak s morálkou, takže se zdá, že o „platnosti“ hodnot nelze pochybovat, jednak si vybírá hodnoty „nekontroverzní“.

Je třeba říci, že vztah právních principů a hodnot nepodává tak výraznou výpověď o podstatě či specifických znacích právních principů, jako je tomu při srovnání principů a norem. Srovnávání principů a hodnot je jedním z rozlišujících kritérií při popisu principů ve srovnání s normami. Není však a nemůže být kritériem rozhodujícím.

Hodnoty hrají jistou roli i v procesu aplikace práva, liší se však tím, že nestanoví právní měří. Zdá se, jako by deontologický charakter získávaly hodnoty svým vyjádřením v principech. Pokud ale aplikujeme právní pravidlo (normu) s otevřenou hypotézou i dispozicí, můžeme k hodnotám též přihlížet. V takovém případě však hodnota nevystupuje v podobě deskriptivního výroku (svoboda je právem chráněná hodnota), ale v podobě výroku preskriptivního (svoboda má být chráněna). Pokud bychom v této souvislosti hovořili o „principu ochrany svobody“, je to jen jiné označení pro tentýž prvek, budeme-li ochotni takovému principu propůjčit deontologický charakter.

III. 3. 3. Právní principy a právně politické cíle

Toto rozlišování má též základ v Dworkinově teorii, resp. v rozlišení mezi *principles* a *policies*. Právně politické cíle lze přirovnat k teleologickému pozadí právního řádu³²⁰.

V Dworkinově koncepci právně politický cíl ukazuje, čeho má být dosaženo, tj. v obecné rovině pokrok v určité ekonomické, politické nebo sociální oblasti, zatímco princip má být dodržován proto, že jde o požadavek vyplývající ze spravedlnosti nebo z nějaké dimenze morálky.³²¹ Argument právně politickým cílem ospravedlňuje poskytnutí určité výhody proto, že její poskytnutí bude z hlediska celospolečenského prospěšné, zatímco argument principem ospravedlňuje rozhodnutí proto, že určitá osoba na něj má právo.

³¹⁹ Např. § 219 trestního zákona (vražda) chrání hodnotu lidského života.

³²⁰ Weinberger, O.: *Filosofie, právo, morálka (Problémy praktické filosofie)*, MU Brno 1993, str. 70, cituje Kühn, Z.: *Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře*, Karolinum, Praha 2002, str. 95.

³²¹ Dworkin, R.: *Když se práva berou vážně*, Praha 2001, str. 22 a násl.

III. 3. 4. Vlastní vymezení pojmu právní princip

Prvním předpokladem v následujících úvahách bude deontologický charakter právních principů, skutečnost, že stanoví určité měří. Otázkou však zůstává, za jakých podmínek má být toto měří realizováno.

V zásadě přicházejí v úvahu dva přístupy. První z nich uvažuje o právních principech jako o výrocích stanovících, co má být, stejně jako tomu u právních norem³²², druhý jim takový charakter odpírá³²³.

Nejdříve se zaměříme na přístup druhý. O. Weinberger říká, že právní principy jsou abstraktní právní pravidla, která přímo neurčují, jaké chování má být nebo jaké chování je dovoleno. To znamená, že popírá jejich přímou aplikovatelnost. Přesto podle něj přispívají k řešení těch právních vztahů, které jsou závislé na hodnocení a soudcovském uvážení. Jinými slovy, právní principy se nepoužívají tak jako právní normy, neboť právní principy nelze aplikovat subsumpcí. K řešení případů přispívají tím, že stanoví kritéria pro hodnotící úvahy.³²⁴

Takové stanovisko není podle mého názoru důsledné. Pokud určité pravidlo stanoví, co má být, udává též způsob řešení určité situace. Tak působí každá právní norma, když stanoví, co má za určitých skutkových okolností být.

I právní princip stanoví, co má být. Lze z něj dovodit, jaké chování je dovoleno nebo zakázáno. Pokud ale do rozhodovacího procesu vstoupí jiný právní princip, který vede k odlišným důsledkům, než princip první (stanoví po obsahové stránce neslučitelné měří), tvrdí se, že pak nemusí být žádný z těchto principů naplněn zcela. Který princip převáží, je věcí hodnotící úvahy. Mají-li právní principy vystupovat jako determinanty rozhodnutí, pak především tehdy, není-li právní norma jednoznačná nebo například připouští úvahu soudu apod. Aby rozhodnutí bylo přesvědčivé, případně aby nemohlo být označeno za arbitrární, musí být o určité argumenty opřeno.

Pokud soudce používá právní principy jako argumenty, jak s nimi zachází? Zřejmě tak, že právnímu principu přizná charakter pravidla určujícího, co má být. Je obtížné si

³²² Srov. např. Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: *Teorie práva*, Eurolex Bohemia, Praha 2001, str. 269: „Při interpretaci a aplikaci je tedy nutno s nimi (*tj. s právními principy*) zacházet stejně jako s jinými platnými normami...“

³²³ Weinberger, O.: *Norma a instituce (Úvod do teorie práva)*, Brno 1995, str. 79.

³²⁴ Weinberger, O.: *Formální charakteristika právních a právně-politických principů*, in: Boguszak, J. (ed.): *Právní principy*, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 41: „Princip je normativně stanovené hledisko právního hodnocení, ke kterému nutno hledět v hodnotící úvaze determinující právní rozhodnutí.“

představit jinou podobu, ve které by právní princip mohl rozhodnutí ovlivnit. Soudce sám musí myšlenkovou operací dojít k tomu, jaké měří právní princip vyjadřuje. Musí dospět k závěru, co je třeba vykonat, aby bylo dosaženo určitého řešení. Není v tomto momentu podstatné, zda soudce dojde k řešení pomocí subsumpcie (tj. zachází s právním principem stejným způsobem jako s právní normou), důležitý je závěr, že právní princip řešení určuje relativně přímo. Nepřímot řešení, na kterou O. Weinberger klade důraz, je spíše dána existencí kolidujících principů a relativní obtížností řešení takové kolize.

Pokud by právní principy vedly k určitému závěru přímo, což je řešení z těch, které se nabízejí, podle mého soudu vhodnější, je třeba si ujasnit, jakým způsobem k tomu přispívají.

Slabá odlišující teze nám neposkytuje žádné specifické řešení zohledňující rozdíly mezi normami a principy, protože je z hlediska způsobu aplikace nerozlišuje. Zároveň však připouští, že právní principy jsou aplikovány, dostanou-li se do rozporu, podle principu proporcionality a specifikace (Holländer), tedy fakticky odvažováním či poměřováním. To je diskutabilní, protože pokud jsou právní principy stejně jako právní normy pravidly kondicionální struktury (je-li p , má být q), pak nemůže řešení spočívat v tom, že právní principy budou poměřovány, ale prostě jeden bude představovat výjimku z druhého. Tuto výjimku bude potřeba stanovit podle některého interpretačního pravidla (*lex specialis* apod.).

Tuto situaci lze znázornit tak, že princip č. 1 stanoví: je-li p^1 , má být q^1 . Princip č. 2 stanoví: je-li p^2 , má být q^2 . Pokud se tyto dva principy setkají v kolizi, lze jejich vztah vyjádřit takto: Je-li p^1 a zároveň p^2 , má platit q^2 . Princip č. 2 takto představuje výjimku z principu č. 1, nelze však říci, že by toto řešení bylo jediné možné. Stejně tak můžeme dospět k závěru opačnému. Protože hypotéza je otevřená, je věcí hodnocení, kdy bude dána přednost dispozici q^1 a kdy dispozici q^2 .³²⁵ Poměřování, které navrhuje použít Holländer, zde nepřichází v úvahu, protože pokud se liší právní principy od právních norem vysokým stupněm obecnosti, hodnotovým obsahem atd., není zde mezi nimi žádný podstatný rozdíl, což by vedlo k závěru zřejmě nepřijatelnému, totiž že jsou poměřovány i právní normy.

Je třeba říci, že uspokojivé řešení nám neposkytne ani silná odlišující teze, která počítá s poměřováním či vyvažováním právních principů v situaci kolize. Domnívám se, že

³²⁵ Princip rovnosti lze vyjádřit takto: Princip č. 1: Nacházejí-li se dva subjekty ve stejném postavení, má s nimi být zacházeno stejně. Princip č. 2: Je třeba chránit nabytá práva. Bude přijat zákon, který se dotkne práv dříve nabytých proto, aby subjekty vstupující do stejných právních vztahů po přijetí zákona měly stejná práva jako subjekty, které do druhově stejných vztahů vstoupily před přijetím zákona. Právní pravidlo lze rekonstruovat například takto: Nacházejí-li se dva subjekty ve stejném postavení, má s nimi být zacházeno stejně, ledaže by tím bylo dotčeno nabyté právo. Lze je ale rekonstruovat i naopak: Pokud někdo nabyl určitá práva, mají mu být tato práva ponechána, ledaže by rovné postavení subjektů ve stejných právních vztazích vyžadovalo, aby mu byla tato nabytá práva byla odebrána. Nelze podle mého mínění obecně říci, které rekonstrukce je správná, protože přicházejí v úvahu obě.

podmínky, za nichž se zachází s právními principy, nejsou odlišné od slabé odlišující teze, pouze jsou jinak formulovány.

I koncepce silné odlišující teze vychází z kondicionální struktury právních principů. Problém je ale právě ve vyvažování či poměřování. Jestliže mají právní principy kondicionální strukturu, pak je otázka, jak v nich vyjádřit tu část pravidla, jež poměřování připouští. Z. Kühn možné řešení navrhuje. Právní princip podle silné odlišující teze může být vyjádřen takto (jde o princip rovnosti): „Pokud se adresáti právních norem nacházejí v zásadně stejných situacích a zároveň s ohledem na okolnosti daného případu nepřeváží jiný právní argument, potom má objektivní právo určovat adresátům právních norem stejná subjektivní práva a povinnosti.“³²⁶ K tomu dodává, že „podmínky uplatnění principu tak nejsou předem jednoznačně determinovány a jejich aplikaci lze v konkrétní situaci vyloučit tím, že v procesu poměřování převáží jiný právní argument“. Pravděpodobně jen obtížně lze nalézt jiný způsob vyjádření možnosti vyvažovat či poměřovat určitý právní princip jiným principem, pokud chceme zachovat jeho kondicionální strukturu.

Deontická povaha právního principu je ovšem takovým způsobem značně oslabena, pokud jeho následky lze takto snadno vyloučit jiným standardem, jehož určení závisí pouze a výlučně na tom, kdo pravidlo aplikuje, tj. na soudci. Lze to ukázat na několika hypotetických případech. Princip legality vyžaduje, aby státní orgány při výkonu státní moci postupovaly podle zákona. Princip legality by bylo možno podle Kühna parafrázovat takto: „Státní orgány jsou povinny postupovat podle zákona, ledaže není dán důvod, aby takto nepostupovaly.“ Samozřejmě lze namítnout, že nejde v tomto případě o princip, ale o právní normu, případně o právní princip tzv. absolutní, nepřipouštějící výjimky, ovšem v řadě případů se posuzuje, zda a *do jaké míry* se výkon státní moci udržel *ještě* v mezích zákona.³²⁷ Problematičtější situace může nastat v případě, kdy je principiální povaha přiznána základním právům

³²⁶ Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, str. 84.

³²⁷ Srov. např. nález Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 298/05: „Z mezi ústavnosti vybočuje postup Policie ČR, při němž ve fázi před zahájením trestního stíhání, kdy ještě není jasně vymezen skutek ani stanoven okruh osob podezřelých, provedla úkon upravený v hlavě čtvrté trestního řádu – prohlídku jiných prostor – jako každý úkon, aniž by přezkoumatelným způsobem zdůvodnila, proč provedení úkonu nebylo možné odložit na pozdější stádium trestního řízení. Výzva „zejména“ použitá v zákonném ustanovení § 158 odst. 3 trestního řádu znamená, že výčet úkonů, k nimž je dle citovaného ustanovení policejní orgán oprávněn, je demonstrativní. Provedení prohlídky jiných prostor, tedy úkon, jehož provedení je upraveno v ustanovení § 83a trestního řádu v rámci hlavy čtvrté, označené marginální rubrikou „zajištění osob a věcí“, nelze v této časové fázi trestního řízení provést jinak než jako neodkladný nebo neopakovatelný úkon.“

Z jiného pohledu lze výjimky z této zásady shledat v případě, kdy státní orgán jedná často na základě pouze velmi vágně formulované právní normy bez nějaké bližší konkretizace, takže je možné uvažovat o tom, zda postup státního orgánu je stále *secundum legem*. Srov. k tomu např. nález Ústavního soudu č. 186/1997 Sb., kterým zrušil příliš vágní ustanovení zákona č. 123/1992 Sb. pro nadměrnou neurčitost jeho ustanovení, které umožnilo vyhostit cizince bez bližší specifikace podmínek (za závažné porušení zákona o pobytu cizinců nebo jiného obecně závazného právního předpisu), a to mimo jiné s odkazem na čl. 2 odst. 3 Ústavy.

a svobodám, jak činí Alexy. Tak například právo na život by pak mělo podobu: „Každý má právo na ochranu života, pokud s ohledem na okolnosti případu nepřeváží jiný právní argument“. Takový závěr by byl jistě absurdní.

Z. Kühn sice svůj příklad doplňuje tezí, podle které řada pravidel nepřipouští žádné výjimky, takže žádný jiný princip nemůže převážet, nicméně toto doplnění nemůže zpochybnit námitku proti takovému vyjádření právního principu. Tak například *princip nullum crimen sine lege* označuje Kühn za „evidentně bezvýjimečný“.³²⁸ To ale nemusí být tak docela pravda, neboť kupříkladu Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod umožňuje trestat jednání, jež byla v době spáchání trestná podle „obecných právních zásad uznávaných civilizovanými národy“ (čl. 7 Úmluvy). Je sice možné namítnout, že tyto zásady nahrazují zákon, takže zásada *nullum crimen sine lege* je dodržena, nicméně stejně tak lze tvrdit, že tyto obecné zásady představují určitý spontánní prvek, který umožňuje potrestat za jednání, jež jsou v rozporu s určitým obecným přesvědčením, avšak rozhodně nejsou definována ve formě, která má kvalitu zákona (zejména v aspektu předvídatelnosti a určitosti právní úpravy).³²⁹

Za zásadní problém při konstrukci právních principů jako kondicionálních norem je třeba považovat způsob, jak vyjádřit jejich hypotézu. Je tomu tak proto, že hypotéza obecně stanoví „jsou-li dány takové a takové podmínky, má být ...“. Právě určení podmínek, za nichž má princip platit, představuje největší problém. Považujeme-li právní principy za pravidla po obsahové stránce natolik zásadní, že bez nich právní řád přestane být právním řádem, za jednotící východiska právního řádu, obecná dobra, abstraktní důsledky právních norem, pak je možno se ptát, za jakých okolností mohou nastat podmínky, které právní princip třeba i jen z hlediska aplikačního vyřazují z právního řádu. Podle mého mínění musí být právní principy přítomny v právním řádu vždy, za všech podmínek, takže vymezovat jakékoliv užší podmínky, za nichž by měly platit, považují za zbytečné. Zásadu *nullum crimen sine lege* nelze dost dobře omezit slovy „za těch a těch podmínek nemusí být trestnost činu stanovena zákonem“ (alespoň v kontextu současného chápání práva). Obdobně to platí i pro další principy. Domnívám se tedy, že nelze eliminovat působení právních principů jakýmkoliv podmínkami, jež by byly přítomny v hypotéze, tedy domnívám se, že právní principy

³²⁸ Tamtéž. Obdobně Alexy hovoří o „absolutních principech“. Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt 1986, str. 94, které nemohou být neplatné, protože neplatné mohou být pouze „slabé principy“. Absolutní principy jsou takové, které v kolizi s jiným principem vždy zvítězí, takže jejich naplnění závisí pouze na faktických, nikoliv právních mezích. Shora uvedený příklad týkající se práva na život by zřejmě Alexy za takový absolutní princip označil.

³²⁹ K problematice předvídatelnosti práva srov. též Eichlerová, K.: *Přístupnost a předvídatelnost práva*, Právník č. 2/2001, str. 121-146.

hypotézu ve smyslu subsumpčních podmínek mít nemohou. Z. Kühn ovšem takovou možnost odmítá s ohledem na jím zastávané pojetí právních principů.³³⁰

Právní principy je proto podle mého mínění třeba považovat za pravidla, která mají finální strukturu. Na podporu této teze lze uvést několik argumentů.

Prvním argumentem je povaha právních principů jako příkazů k optimalizaci (Alexy), jež je podle mého soudu správnou výpovědí o jejich povaze. Problematická je podle mého mínění snaha propojit „příkaz k optimalizaci“ s kondicionální podobou pravidla. Pokud právní principy jako pravidla stanovící určité měří mají být splňovány (naplňovány) v rozdílném stupni v závislosti na konkrétních okolnostech případu, avšak musí být respektovány za všech okolností (tj. nikoliv „pokud v závislosti na okolnostech jiný argument nepřeváží“), což odpovídá jejich významu v právním řádu, je pro takové pravidlo teleologická (finální) struktura velmi vhodná.

V případě finálních norem má normativní význam určení účelu, cíle.³³¹ Jak tohoto účelu dosáhnout, není přesně stanoveno.³³² Jestliže vyjdeme z toho, že finální pravidlo nemusí být zcela splněno, ale že je třeba usilovat o maximální možnou míru jeho splnění, a že za nedodržení finálního pravidla je třeba považovat nikoliv nedosažení účelu, ale nevyvinutí dostatečného úsilí k jeho splnění³³³, pak není problém při argumentaci právními principy v rozhodování uvést důvody, proč nemá být cíl sledovaný určitým principem v daném případě naplněn.

Dalším argumentem je relativně častý hodnotový obsah právních principů. Pro hodnoty je typické, že nejsou v procesech aplikace práva reflektovány vždy ve stoprocentní míře, ale naopak že určitá hodnota je vyvážena jinou hodnotou a výsledné řešení může být kompromisem mezi nimi. Právě dosahování určitých kompromisů mezi pravidly, jež ve svých důsledcích stojí proti sobě, je relativně snadné tam, kde v úvahu přicházející pravidla mají být vskutku použita, nicméně není považováno za nežádoucí, nejsou-li v závěrečné fázi rozhodování zohledněna (nebo jsou zohledněna jen zčásti), neboť to jejich povaha umožňuje (jako je tomu u finálních norem).

Naopak tam, kde má být použito kondicionální pravidlo, je pocíťováno jako nežádoucí, není-li nakonec reflektováno, ledaže je dán důvod pro to, aby nebylo aplikováno

³³⁰ Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, str. 79.

³³¹ Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: Teorie práva, Eurolex Bohemia, Praha 2001, str. 254.

³³² Povaha právních principů jako finálních pravidel bývá kritizována kvůli oslabenému deontickému charakteru právních principů vzhledem k jejich teleologické struktuře, ovšem deontologický charakter právních principů vyjádřených v kondicionální podobě shora uvedeným způsobem je též podle mého mínění slabý a navíc otevřený případné arbitrarnosti.

³³³ Srov. Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: Teorie práva, Eurolex Bohemia, Praha 2001, str. 255.

vůbec (například je vyloučeno z použití podle zásady *lex specialis* apod.). V případě právních principů je tento problém třeba řešit, trváme-li na jejich kondicionální struktuře, způsobem výše uvedeným (a který lze lapidárně vyjádřit tak, že „princip je třeba aplikovat, není-li důvod jej neaplikovat“).

Poukazuje se na skutečnost, že finální pravidla neposkytují dostatečnou oporu pro rozhodování na rozdíl od „pevných pravidel jestliže-pak kondicionálních programů“. Poukazuje se též na to, že není „zcela jisté, zda sama teoretická koncepce finálních norem je korektní“.³³⁴ Je ale třeba souhlasit s J. Boguszakem, že problematiku finálních norem je v současné právní teorii třeba zohlednit a že je třeba přiznat i finálním pravidlům normativní charakter. Vždyť například *acquis communautaire*, jak poukazuje J. Boguszak, je založeno do značné míry na pravidlech finálních.³³⁵

Domnívám se tudíž, že finální charakter pravidel nemusí být na překážku jejich použití v procesech aplikace práva a že právě tento finální charakter v případě právních principů podle mého názoru velmi dobře umožňuje jejich poměřování, případně umožňuje, aby působily jako příkazy k optimalizaci a umožňuje též respektování hodnot, jež vyjadřují.

Je třeba připustit, že ne všechna pravidla, jež jsou tradičně označována jako právní principy, je možné vyjádřit v podobě finálních pravidel, tedy ve struktuře „aby bylo ‘p’, smí být ‘q’ a má být ‘r’“. Například pravidlo *pacta sunt servanda* lze ve finální podobě vyjádřit relativně obtížně. Bylo by možno jej rekonstruovat například tak, že každé ujednání má být vždy *zcela* dodrženo s tím, že hypotéza v tomto případě může zůstat nevyjádřena, protože je samozřejmá („byla-li uzavřena dohoda, ...“). Nemožné bude ve finální podobě vyjádřit interpretační zásady *lex specialis* a další, které ale nejsou principy v pravém slova smyslu, ale „pouze“ interpretačními pravidly.³³⁶

Aby byl tento přístup z hlediska metodologického konzistentní, je třeba problém řešit tak, že těmto pravidlům bude principiální povaha odepřena. Naopak charakter finálních pravidel lze poměrně snadno shledat například u principů právní jistoty, různých principů právního státu, principu proporcionality, ale i zásady *nullum crimen sine lege*, zásady legální licence a mnoha dalších. Bude-li principiální povaha určitým pravidlům odepřena, neznamená to, že je nebude možno aplikovat. Bude tím pouze řečeno, že je nelze aplikovat takovým

³³⁴ Knapp, V.: *Teorie práva*, C.H. Beck, Praha 1995, str. 160.

³³⁵ Srov. k tomu Boguszak J.: *Právní principy, hodnota a finalita*, in: Boguszak, J. (ed.): *Právní principy*, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 33-34.

³³⁶ Kelsen v této souvislosti dovozuje, že tento a ostatní derogační principy jsou pozitivně právní principy, nikoliv principy logické, které by existovaly bez ohledu na právní úpravu. „Derogační principy nejsou žádnými logickými zásadami, nejsou-li výslovně stanoveny, nebo jako mlčky stanovené předpokládány, konflikty norem zůstávají nevyřešeny. Kelsen, H.: *Všeobecná teorie norem*, Masarykova univerzita, Brno, 2000, str. 140.

způsobem, jakým se podle názorů zastánců zejména silné odlišující teze právní principy používají.

Finální povaha pravidel by byla pravděpodobně problematická v případech, kdy by za právní principy byla považována základní práva a svobody. Je jen těžko představitelné, že by tak významná pravidla, představující nejzákladnější záruky postavení člověka ve společnosti a vůči státu, měla mít charakter pravidel, která je sice třeba naplnit v maximální možné míře, ale pokud se tak nestane, nebudou z toho vyvozeny žádné důsledky (jak již bylo řečeno, finální norma je porušena tehdy, není-li vyvinuto potřebné úsilí k jejímu splnění). Finální charakter by proto bylo třeba přiznat základním právům pouze v tom smyslu, že jejich naplnění musí být **vždy** stoprocentní a není možné z nějakého důvodu základních práv a svobod nedbat.

Nakonec je třeba objasnit, za jakých podmínek mají právní principy, jimž je přiznána finální povaha, působit. Finální normy totiž vzhledem ke své struktuře v zásadě neobsahují skutkovou podstatu, na jejímž naplnění závisí, zda nastane dispozice. Je samozřejmé, že i z finální normy vyplývá, za jakých podmínek se má použít nebo to vyplývá z kontextu, ve kterém se finální norma nachází. Například je-li norma „v příštím roce dosáhnout zvýšení HDP o 3 %“³³⁷, je zřejmé, že tato norma má být vzata v potaz všude tam, kde určité rozhodnutí může přispět ke zvýšení HDP.

Mají-li mít právní principy povahu finálních pravidel, je třeba určit, za jakých okolností je třeba je použít. Odpověď na tuto otázku je poměrně jednoduchá. Podle mého názoru je třeba je použít **vždy**, což znamená, že všude tam, kde právní úprava z určitých důvodů není tak úplná, aby rozhodnutí ve věci bylo jednoznačné, je třeba k principu přihlídnout. Je dokonce možno pozorovat a na konkrétních příkladech ukázat, že právní principy jsou brány v potaz i tam, kde je právní úprava dostatečně jasná a určité řešení nabízí. Pro jejich možné použití v téměř každé situaci svědčí též to, že zpravidla vyjadřují určitou představu o tom, co je dobré. Není žádný důvod nezahrnout do aplikačních úvah pravidlo, jež vyjadřuje určité dobro. (Ve většině případů to ale vzhledem k jednoznačnosti právní úpravy bude nadbytečné.) Toto tvrzení lze tedy zdůvodnit přesvědčením, že právní principy (alespoň některé) představují axiomatický základ právního řádu.³³⁸ Právní princip (například princip rovnosti v jednom z jeho mnoha aspektů) vyjádřený v podobě finálního pravidla může znít takto: „Za všech okolností má být právní úprava přijatá zákonodárcem taková, aby mezi subjekty ve stejném postavení nevznikaly neodůvodněné rozdíly“.

³³⁷ Příklad převzat z Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: *Teorie práva*, Eurolex Bohemia, Praha 2001, str. 253.

³³⁸ Holländer, P.: *Nástin filosofie práva, úvahy strukturální*, Všehrd, Praha 2000, str. 58.

Výhody vyjádření právních principů v podobě finálních pravidel lze spatřovat v následujícím:

- 1) Finální pravidla lze poměrně snadno poměřovat (vyvažovat) a lze se vyhnout přitom určitému nebezpečí, jež vyplývá z principu vyjádřeného v podobě kondicionální, a to části pravidla „nepřeváží-li vzhledem k okolnostem případu jiný argument“,
- 2) v právním principu vyjádřeném v podobě finálního pravidla lze snadno skloubit hodnotový a normativní aspekt v tom smyslu, že určitá hodnota není v konkrétním případě zcela naplněna, aniž by to bylo považováno za nepřípustné, a navíc dochází k tomu, že hodnota nabývá určitým způsobem normativní charakter³³⁹,
- 3) finální pravidlo lze bez jakýchkoliv rozpaků považovat za příkaz k optimalizaci; takový charakter je považován částí teorie za podstatný znak právních principů,
- 4) lze požadovat aplikaci právních principů (nebo alespoň přihlídnutí k nim) i tam, kde právní úprava je dostatečně zřetelná, ale přesto se dospěje k závěru, že je třeba se od jednoduchého subsumpcí získaného závěru odchýlit (důvodem je skutečnost, že finální pravidlo postrádá jasnou hypotézu, jež omezuje dosah jeho aplikace a jež by případně mohla vést k závěru, že nelze právní princip aplikovat právě proto, že subsumpcní podmínky v hypotéze nejsou dány),
- 5) a především, vyjádřením právních principů v podobě pravidel finálních lze vytyčit dělicí hranici mezi právními normami a právními principy, a zároveň tak ospravedlnit odlišný způsob v zacházení s nimi (v případě právních norem podle pravidla *de omni et nullo*, v případě právních principů pomocí poměrování), a to tím způsobem, že právním principem bude pravidlo vyjádřitelné v podobě finální, právní normou pravidlo, jež bude vyjádřitelné jedině v podobě kondicionální; odlišení právních principů od ostatních finálních norem by problémem činit nemělo jednak vzhledem k tomu, že finální normy zpravidla stanoví určitý zcela konkrétní cíl, jednak právní principy mají zpravidla zřetelný hodnotový obsah.

³³⁹ Výše jsem se pokusil ukázat, že i určitá hodnota, je-li brána jako argument pro rozhodnutí, nabývá určitým způsobem normativní povahy – „Má být chráněna (dosažena) určitá hodnota.“

Určité nevýhody související s tímto pojetím spočívají v tom, že

- 1) je třeba připustit, že procesy aplikace práva jsou též ovládány finálními pravidly a nejenom pravidly kondicionálními,
- 2) je třeba připustit, že ne všechna pravidla, jež jsou tradičně označována jako principy, lze vyjádřit v podobě finálního pravidla; tento problém lze samozřejmě řešit tím, že takovým pravidlům bude odepřen charakter právních principů a bude s nimi zacházeno jako s běžnými právními normami. Specifické problémy mohou vzniknout zejména tehdy, pokud za právní principy budeme považovat základní práva a svobody.

K bodu ad 4) je nutné ještě dodat, že v tomto případě jde o poměrně specifickou problematiku střetu právní normy a právního principu (jako finálního pravidla), která bude reflektována níže v souvislosti s popisem funkcí právních principů.

III. 4. Vydání rozhodnutí (výběr možných alternativ rozhodnutí)

Vydání rozhodnutí je poslední fází procesu aplikace práva. Samozřejmě zde nepůjde o to, jakým způsobem je rozhodnutí formálně utvářeno, sdělováno účastníkům řízení, ale o to, jakým způsobem je určován jeho obsah, tedy jakým způsobem jsou zvažovány argumenty, které mají být použity.

Základem pro určení obsahu rozhodnutí je pravidlo obsažené v dispozici právní normy, které by mělo diktovat výsledek. Určení obsahu dispozice může být komplikované ve dvou případech. Prvním případem je situace, kdy není jednoznačné, jaké chování je přesně stanoveno a je proto nutno původně relativně abstraktní pravidlo konkretizovat vzhledem k okolnostem případu. V takovém případě se zpravidla postupuje tak, že jsou zvažovány argumenty svědčící tomu či onomu závěru. Jak plyne ze shora uvedeného, jako argumenty mohou být použity mimo jiné i pravidla mající povahu právních principů. Pokud bychom vyšli z předpokladu, že právní principy jsou pravidly teleologické povahy, bylo by potřeba při jejich použití jako argumentů přihlížet k tomu, do jaké míry budou cíle sledované takovým principem (např. dosažení vysokého stupně právní jistoty, preference smluvně určeného obsahu práv a povinností před úpravou zákonnou, tedy preference principu autonomie vůle apod.) dosaženy. Domnívám se, že určení toho, který princip a do jaké míry bude či nebude zohledněn, je pouze věcí úvahy orgánu aplikujícího právo.

V této souvislosti totiž opakovaně narážíme na otázku, v jakých případech je možné a nebo případně nutné použít argument právním principem, respektive v jakých případech je to zcela vyloučené. Pokusil jsem se výše poukázat na to, že v případě naprosté většiny principů, které jsou v praxi používány, lze nalézt, řečeno slovy Dworkina, jejich „institucionální podporu“, kterou je nicméně podle mého názoru potřeba chápat úžeji, než činí on. Institucionální podporou by v podmínkách kontinentálního právního řádu bylo možno rozumět například to, že právní principy jsou výsledky abstrakce či zobecnění právních norem, resp. jejich skupin, obsažených v právních předpisech. Málokdy asi bude sporu o tom, zda určitý právní princip je či není součástí právního řádu, i když lze takové případy nalézt.³⁴⁰ Ve většině případů je jasné, že určitý právní princip je součástí právního řádu a jiný není (např. princip *minima non curat praetor* apod.).

Lze do jisté míry souhlasit s Holländerem, pokud tvrdí, že právní principy se vyznačují otevřeností, zejména pokud jde o jejich hypotézu. Zde nejde o to, že pojetí právního principu zastávané v jeho úvahách je odlišné od této práce. Holländer podle mého mínění poukazuje na to, že není jisté, kdy má být právní princip použit, protože jeho subsumpční podmínky připouštějí uvážení. Já se naopak domnívám, že právní princip musí být při rozhodování zohledněn vždy, což je logické, pokud řekneme, že tvoří obecné východisko určité právní úpravy apod. Těžko by bylo představitelné, že by tomu bylo naopak. Navenek ovšem většina rozhodnutí vystupuje tak, že jsou aplikovány pouze právní normy, protože ty jsou samy o sobě dostatečnou oporou pro výrok rozhodnutí, takže uchýlovat se k principiálním argumentům není nutné. Pouze tehdy, kdy právní norma nediktuje řešení jednoznačně, je možné se s odkazy na principy setkat.

Takovým způsobem ovlivňují právní principy aplikaci práva podle Podlecha a Schlinka, kteří vytvářejí konkurenční teorii k Alexyho pojetí právních principů ovlivňujících aplikaci práva svým charakterem příkazů k optimalizaci.

R. Alexy popisuje aplikaci principů na pozadí ústavního práva, resp. ústavně právních norem. Alexyho teorie principů jako příkazů k optimalizaci je založena na představě, že rozhodnutí je výsledkem kombinace norem, principů a určitého procesu. K tomuto závěru dospívá na základě úvahy, inspirované zřejmě Dworkinem, že by teoreticky bylo možno konstruovat právní systém obsahující pouze normy. Podle Alexyho takový model vede k tomu, že soudce musí rozhodnout za situace, kdy příslušná norma neexistuje a nelze ji zjistit ani na základě výkladu či určitou juristickou metodou, bez jakéhokoliv právního základu, což

³⁴⁰ Příkladem by mohl být již uváděný princip *cessante ratione legis, cessat lex ipsa*, o jehož opoře v českém právním řádu lze mít důvodné pochybnosti.

shledává nepřijatelným. Soudci totiž zbývá pouze volné uvážení, které se maximálně může opírat o mimoprávní kritéria. Takové situace by se bylo možno vyvarovat jen tehdy, bylo-li by zákonodárství v tomto směru dokonalé a úplné. Toho ale není možné dosáhnout z důvodů logických, sémantických a metodologických. Navíc by takové zákonodárství vytvářelo poměrně velké množství mezer, neboť určitost a jistota by byla možná jen při úplném vše-nebo-nic charakteru norem, který jinak k mezerám vede. Právě problém mezer vyplývajících z otevřenosti práva je podle Alexyho stejný pro všechny právní řády.

Jiným zdrojem možných problémů je potencionální úplné ponechání obsahu práva na vůli zákonodárce. Taková situace se týká zejména základních práv, která musí být zákonem provedena, což může vést až k tomu, že budou fakticky zcela vyprázdněna. Tomu lze zabránit jedině tím, že se s nimi bude zacházet jako s principy.

Výhodou takového systému je značná míra právní jistoty, což je velmi důležitý, avšak nikoliv jediný požadavek praktického rozumu na právní systém.³⁴¹ Další požadavky se vztahují k morálním a politickým nárokům.

Proti systému norem lze postavit model sestavený z principů, který by se vyznačoval takovou mírou nejistoty a slabosti, že by byl v úplném protikladu k požadavku právní jistoty. Je proto potřeba konstruovat smíšený model norem a principů, který spojuje výhody vázanosti normami a zároveň bude nabízet právní kritéria pro rozhodnutí jakéhokoliv případu. Tím lze řešit každý případ mezer na základě teze uzavřeného systému založeného na principech, a to na základě racionální rekonstrukce.

Alexy se brání proti potencionálním třem námitkám, které by bylo možno proti jeho modelu vznést. Námitka materiální spočívá v tom, že teorie principů opřená o hodnoty může vést ke zničení liberální svobody (Forsthoff). Tato námitka ale opomíjí, že i svoboda je jedním z principů, který vyžaduje, aby bylo maximum dovoleno a minimum zakázáno. Problémem je pouze stanovení optimální míry naplnění tohoto principu a tu lze racionálně rekonstruovat. Druhá námitka je kompetenční a je výrazem obavy z přenosu značné míry pravomoci z parlamentů na soudy. Tato námitka však opomíjí, že principy jsou nejen materiální, ale i formální, mezi nimi je základním rozhodovací pravomoc zákonodárce. Třetí námitka je metodologická a spočívá v tom, že přijetím principů do právního systému se nic nezíská, neboť na jejich základě lze zdůvodnit cokoliv, a je proto lhostejné, zda budou principy zahrnuty do systému. Soudní rozhodnutí budou pouze skrývána za principy. Uzavřenost, kterou teorie principů slibuje, se zdá pouze zdánlivá, neboť pouze zaručuje, že

³⁴¹ Radbruch, G.: Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart, 1973, § 9

bude vždy po ruce právní argument, nikoliv to, že právní systém obsahuje řešení. Tuto námitku by bylo možno vyvrátit, bylo-li by možno vytvořit řád principů nebo hodnot, který by vedl v každém případě k právě jednomu řešení kontrolovatelným způsobem.

Takový řád však vytvořit nelze. Místo toho lze ale vytvořit jakýsi slabý řád, který se skládá ze tří prvků: 1) ze systému podmínek přednosti, 2) ze systému odvažovacích struktur, 3) ze systém *prima facie* předností.

Podmínky přednosti udávají, za jakých předpokladů je jednomu principu nutno přiznat přednost před principem jiným. Takové podmínky lze částečně zjistit z již existujících pravidel, částečně jsou formulovány jako faktické okolnosti (*Tatbestand*) nového pravidla. Odvažování proto probíhá pod hlediskem, že se stejné případy mají posuzovat stejně. Důsledkem je vznik nového pravidla, které říká, že při existenci určitých podmínek přednosti je určitý prostředek v souladu nebo v rozporu s právem.

Alexy hovoří o zákonu kolize platném pro všechny kolize principů.³⁴² Konkrétně tento zákon zní: *Podmínky, za kterých má jeden princip přednost před principem jiným, tvoří skutkové okolnosti (Tatbestand) jednoho pravidla, které vyjadřuje právní důsledky (Rechtsfolge) předcházejícího principu.*³⁴³ Takový postup je však nedostatečný proto, že pokud bude tato představa akceptována, budou v průběhu času vznikat nová pravidla, která budou mít zpětný vztah k principům.

Podmínky přednosti proto nebudou v konečném důsledku vůbec určovat průběh odvažování, ale pouze formulovat jeho výsledek. Problém spočívá přirozeně jednak v tom, kde mají být podmínky přednosti hledány, jednak v tom, jakým způsobem vlastně odvažování probíhá. Proto je nutno formulovat zákon odvažování, který podle Alexyho zní takto: *Čím vyšší je stupeň nenaplnění nebo porušení určitého principu, o to větší má být důležitost naplnění principu jiného.*³⁴⁴

Röhl kritizuje zákon odvažování s tím, že podstata tohoto pravidla nespočívá v ničem jiném, než v principu přiměřenosti, který je v tomto případě zcela bezobsažný, neboť neznamená nic jiného, než že kolidující principy musí být nahlíženy ve vztahu, tedy jako relativní pravidla. Použití takového pravidla vzhledem k jeho nezbytné relativní povaze pouze vyjadřuje pořadí preferencí, jejichž význam a důležitost tvoří základ pro jakékoliv poměrování, je nestabilní, takže je nestabilní i váha jednotlivých hodnot.

³⁴² Alexy, R.: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt 1986, str. 79 an.

³⁴³ Tamtéž, str. 74.

³⁴⁴ Tamtéž, str. 146.

Systém *prima facie* předností neobsahuje sice žádná definitivní zjištění, ale místo toho ukládá argumentační břemeno. Toto argumentační břemeno má podobu procedurálních pravidel praktického diskursu; mezi nejzákladnější mají patřit požadavek jazykové a pojmové jasnosti, empirické informovanosti, způsobilosti k zevšeobecnění a nezátíženosti předsudky.³⁴⁵

Röhlova kritika tohoto modelu se dá shrnout tak, že aplikace práva nezačíná v bodě nula, kdy mají všechny hodnoty a preference stejný význam. Naopak, v průběhu času získávají jednotlivé elementy větší či menší míru důležitosti prostřednictvím konkrétního zákonodárství, případně prostřednictvím rozhodování v konkrétních věcech. Pak je možno klást opakovaně otázku, co leží blíže, aby této relativní váze ustoupilo?

Právě v tom spočívá problém, že pořadí přednosti vzniklé v průběhu času nelze jednoduše popsat, neboť s každým rozhodnutím ve prospěch nějaké hodnoty se zvyšuje stupeň jejího naplnění. Dříve nebo později se dospěje k okamžiku, že míra naplnění určité hodnoty je tak veliká, že fakticky vylučuje hodnoty jiné, a v takovém okamžiku je potřeba upřednostnit právě jinou hodnotu, protože jinak by bylo nutno na její existenci rezignovat. Je proto potřeba určit, v kterém okamžiku má k takovému zlomu dojít, což už Alexy nečiní, resp. odkazuje na svoji teorii racionální argumentace obsahující soubor vykládacích pravidel a argumentů.

V konečném důsledku to tedy nejsou věcné argumenty, které přesvědčují o správnosti výsledku, ale pouze procedura argumentace, která zda nastupuje na místo Dworkinova Herkula.

Teorie odvažování Podlecha a Schlinka jako určitého procesu se snaží vyplnit hluché místo v Dworkinově a Alexyho teorii. Podlech a Schlink připisují ústavním principům funkci pouhých argumentačních pravidel.³⁴⁶ Jako zvláštní vlastnost norem ve srovnání s principy se zdůrazňuje způsobilost právních norem k subsumpci. Podle Podlecha a Schlinka spočívá tato vlastnost v tom, že normy mohou být používány na základě sémantické interpretace. Tím se chce říci, že normy jsou sestaveny z rozličných faktických skutečností (*Tatbestand*) a právních následků (*Rechtsfolge*), které prostřednictvím výkladu dostávají konkrétní význam, takže je možno je nakonec subsumovat. „V případě právních norem, které vstupují do procesu

³⁴⁵ Alexy, R.: Rechte und Prinzipien, in: Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt 1995, str. 230.

³⁴⁶ Röhl, F. K.: Allgemeine Rechtslehre, Ein Lehrbuch, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin 1994, str. 282.

subsumpce jako premisa, lze otázku, které skutečnosti s právním řádem jsou či nejsou slučitelné, zodpovědět explikací pojmů použitých v právní normě“.³⁴⁷

Ostatní pravidla, jimž tato vlastnost chybí, mohou mít v každém případě pragmatický význam, kterým ukazují cestu vedoucí k rozhodnutí. Podlech popisuje pravidlo rovnosti podle čl. 3 Základního zákona, které parafrázuje takto: „Pokud neexistuje žádný dostatečný důvod pro nerovné zacházení, musí veřejná moc se všemi osobami spadajícími do jedné uznané skupiny zacházet jako s rovnými.“ Výraz „dostatečný důvod pro nerovné zacházení“ nedovoluje označit určitou množinu možného jednání veřejné moci jako nepřipustnou. Tím ale není ustanovení čl. 3 Základního zákona nadbytečné. Pravidlo má totiž jeden pragmatický obsah: Stát musí důvody pro odlišné zacházení uvést. Význam ustanovení proto spočívá v tom, že neříká, co s ním je či není neslučitelné, ale nařizuje jednání, na němž závisí, co je či není s tímto pravidlem slučitelné. Myslí se samozřejmě proces zdůvodnění rozhodnutí, nikoliv dodržení procesních pravidel určitého řízení. Proto Podlech označuje tento článek jako argumentační pravidlo: nelze-li určitou diferenciaci rozumně zdůvodnit, je protiústavní.³⁴⁸

Schlink rozšiřuje tento úhel pohledu tím, že všechna základní práva považuje za argumentační pravidla. Základní práva a ústavní principy nejsou sice sémanticky zcela bezobsažná, ale jejich význam spočívá v určitém způsobu udávání směru. Lze totiž říci, zda určité základní právo je dotčeno. Určité argumenty jsou přípustné, jiné zakázané. Z toho neplynou ale bez dalšího jakékoliv právní důsledky. Ty musí být totiž nejdříve argumentačně podloženy. Získávání a propracování argumentů se řídí principem přiměřenosti. Pokud se nedaří dosáhnout nějakého jasného řešení, pak deficit v odvažování padá na stát, který porušil určité základní právo. Příklad na případu Lebach: z toho, že vysíláním určitého pořadu bude dotčeno právo na ochranu osobnosti určitého jmenovaného pachatele, a že zákazem vysílání bude porušena svoboda šíření informací, neplyne žádné řešení, ale pouze úkol prozkoumat, zda lze prokázat, že příslušný zásah je způsobitelný a nezbytný k dosažení ústavně legitimního cíle při volbě co nejmenšího omezení“.

F. Röhl k této teorii kriticky dodává, že je snad přípustné říci, že důvody rozhodnutí ve věci Lebach a více méně i v ostatních obdobných případech lze formulovat jako pravidla. Jedná se ale přitom o rekonstrukci. *Ex post* je možné každé rozhodnutí vysvětlit jako použití určitých pravidel. Problémem je situace před rozhodnutím. *Ex ante* nedávají základní práva

³⁴⁷ Schlink, B.: *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin 1976, str. 197, citováno dle Röhl, F. K.: *Allgemeine Rechtslehre, Ein Lehrbuch*, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin 1994, str. 283.

³⁴⁸ Fakticky jde ale o pouhé vyjádření skutečnosti, že rovnost se nechápe jako kategorie absolutní, ale relativní. Nerovnost je proto přípustná, není-li nastolena na základě libovolně zvolených kritérií a nesleduje-li nelegitimní cíl.

a jiné principy ve skutečnosti nic víc, než výzvu ke kvalifikovanému zdůvodnění rozhodnutí. Každopádně je ale rozdíl v tom, s jakými úmysly ten, kdo rozhoduje, k případu přistupuje, zda se soustředí pouze na jediný konkrétní případ nebo zda prvotně stanoví určité pravidlo, podle kterého případ rozhodne.

Zajímavý přístup k používání právních principů při aplikaci práva nabízí G. Otte, který považuje právní principy za pravidla s otevřeným prostorem pro jednání. Zatímco právní norma musí být vždy použita, ačkoliv například obsahuje pojmy umožňující různý výklad, případně dává orgánu aplikujícímu právo možnost uvážení, právní princip je charakteristický tím, že poskytuje otevřený prostor pro jednání (*Spielraum*), který se liší například od právní normy umožňující uvážení v tom, že následek nemusí být z takového pravidla nezbytně vyvozen, jsou-li splněny předpoklady stanovené v hypotéze. To znamená, že právní princip je pravidlo, které nemusí diktovat, jako to činí právní norma, nezbytný právní následek, ačkoliv podmínky pro jeho užití mohou být splněny³⁴⁹. Právě v tom spatřuje Otte *Spielraum*. Jeho teorie principů je z tohoto důvodu do určité míry shodná s mým pojetím (k právním principům jako finálním pravidlům nemusí být za všech okolností přihlíženo, pouze v případě, že jsou pochybnosti o důsledcích aplikovaných právních norem, mohou právní principy ovlivnit rozhodnutí), a zároveň protikladná k Holländerově teorii, podle níž je právní princip neurčitý, pokud jde o antecedent, nikoliv pokud jde o konsekvent.³⁵⁰

Nejistota ohledně právního následku tak v případě principů vyvolává otázku, zda má vůbec být právní následek v konkrétním případě z principu vyvozen, případně který z možných následků má být vyvozen, což právě otevírá prostor (volné pole činnosti) pro možná rozhodnutí. Aplikační struktura principu potom podle Otta zní takto: Pokud je T, pak má být spíše R, pokud nemá být T. Následek R není určen, takže adresát právní normy je víceméně odkázán na to, aby na základě existujícího T rozhodl, zda má R vůbec být. Zpravidla je ale rozhodování komplexnější, protože je závislé na více pravidlech, takže je nezbytné provést zhodnocení více relevantních faktorů. Jejich hodnocení může mít různou povahu. Může jít o zvažování toho, zda k určitému faktoru vzhledem k jeho existenci přihlížet či vůbec nepřihlížet, či zda posuzovat stupeň naplnění jednotlivých faktorů (čím více T, tím spíše R), kdy je výsledek závislý na stupni, v jakém jsou dány okolnosti T, které pak určují

³⁴⁹ Otte, G.: Die Anwendung von Rechtsnormen mit und ohne Spielraum, in Schlicher, B.; Koller, P., Funk, B.-Ch. (Hrsg.): Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Wien 2000, str. 148.

³⁵⁰ G. Otte totiž odmítá, že by charakter právního principu mělo pravidlo, které zakládá prostor pro možnost rozhodnout se, zda jej aplikovat či nikoliv, pokud tato možnost vyplývá z antecedentu. Zde jde pouze o neurčitou právní normu, která připouští hodnocení podmínek v sobě obsažených s tím, že závěr spočívá v tom, zda má či nemá být vůbec použita, pokud ovšem použita být má, pak konsekvent, byť může být neurčitý, řešení diktuje. Tamtéž.

stupeň následku R. Jako praktický příklad uvádí Otte určování míry náhrady škody v závislosti na míře zavinění či v závislosti na stupni majetnosti odpovědného subjektu³⁵¹.

Takto lze podle něj postupovat nejen u pravidel, která přímo s určitým stupňováním počítají, ale i u pravidel, která chrání určitá dobra či směřují k dosažení určitých cílů. Ve shodě s Alexym považuje za vhodný příklad též základní práva³⁵², která podle něj mohou být „bez problémů“ označena jako principy, protože neurčují konkrétní právní následky, ale vyžadují hodnotící rozhodnutí svých adresátů.

S tímto závěrem již nelze podle mého mínění souhlasit. Povaha základních práv, resp. potencionální možnost jejich omezení zákonem až na prakticky nulovou úroveň samozřejmě svádí k tomu, aby základní práva byla považována za právní principy. Ovšem vzhledem k Ottově dřívější charakteristice principů jako pravidel s volným polem působnosti, které vede ke zvažování, zda určitý následek má či nemá nastat, protože jej direktivně neurčují, ale pouze jej stanoví jako možný, takže záleží na adresátovi, zda tento možný důsledek využije či nikoliv, povaze a smyslu základních práv odporuje, neboť by bylo jen obtížné možno se smířit s tím, že je závislé na úvaze adresáta, zda k určitému ustanovení o základním právu přihlídnout či nepřihlídnout, ponechává-li vzhledem ke své principiální povaze prostor pro uvážení.

Uvedená charakteristika způsobu užití právních principů při jejich aplikaci a rozdílného způsobu jejich aplikace ve srovnání s právními normami je podle mého názoru přiléhavá. Vskutku se zdá, že právní principy nevyžadují, aby byly aplikovány za všech okolností, resp. k jimi určovanému následku nemusí být vždy přihlídnuto (to umožňuje právě volný prostor působnosti, který je jim podle Otta ve srovnání s právní normou vlastní). Zároveň to ale podle mého mínění neznamená, že výsledek aplikace, totiž rozhodnutí, s nimi může být v rozporu. Zpravidla totiž bude výsledek aplikace v souladu s tím, co potencionálně vyžaduje právní princip, protože stále platí, že právní principy alespoň ve většině případů představují společný základ právních norem, či jejich skupin. Pouze v případech, kdy právní norma nemá jednoznačný konsekvant, lze k právním principům přihlídnout jako k determinantám rozhodnutí.

Otázkou ale zůstává, a to je druhý problémový okruh otázek souvisejících s aplikací právních principů spolu s právními normami, za jakých okolností může právní princip zvrátit

³⁵¹ Tamtéž, str. 149. Srov. v této souvislosti např. i ustanovení § 450 občanského zákoníku: *Z důvodů zvláštního zřetele hodných soud náhradu škody přiměřeně sníží. Vezme přitom zřetel zejména k tomu, jak ke škodě došlo, jakož i k osobním a majetkovým poměrům fyzické osoby, která ji způsobila; přihlédne přitom také k poměrům fyzické osoby, která byla poškozena. Snížení nelze provést, jde-li o škodu způsobenou úmyslně.*

³⁵² Tamtéž, str. 150.

právní důsledek diktovaný jednoznačně právní normou, tedy zda a za jakých okolností může právní princip vést k tomu, že právní norma bude derogována ve smyslu interpretačně aplikačním. Z. Kühn takové případy označuje jako aposteriorní otevírání uzavřené normy³⁵³, aplikace principu contra legem³⁵⁴, případně jako problém řešení axiologických mezer³⁵⁵. Vzhledem k tomu, že tyto otázky související s funkcemi právních principů, resp. do určité míry s jejich prameny, bude jim věnována zvláštní kapitola.

³⁵³ Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, str. 154 an.

³⁵⁴ Tamtéž, str. 175 an.

³⁵⁵ Tamtéž, str. 205 an.

IV. Prameny právních principů

Pokud připustíme, jako to činí řada autorů, že právní principy tvoří součást práva, je potřeba též zodpovědět otázku, kde by měly být hledány. Všechny moderní právní řády mají kromě jiného jedno společné: z mnoha dobrých důvodů se klade důraz na předvídatelnost práva. Předvídatelnost práva lze zajistit jen tehdy, jsou-li samotné zdroje právních pravidel, která ukládají jednotlivcům povinnosti, případně jim zakládají práva, určitým způsobem identifikovány.

Pokud by tomu tak nebylo, právo by ztratilo jednak svoji schopnost regulovat společenské vztahy *pro futuro*, jednak by ztratilo svoji legitimitu, která se podle mého mínění opírá z podstatné části právě o jeho předvídatelnost, ačkoliv předvídatelnost práva jistě není jediným důvodem legitimity práva. K dalším důvodům legitimity lze řadit například tvorbu práva k tomu zvoleným zákonodárným sborem, rozhodování soudů, jsou-li soudní rozhodnutí uznávána za pramen práva atd.

V dnešní době se zdá vznikat napětí mezi formalizovanými prameny práva, které poskytují informaci o pravidlu chování vzhledem k zvláštní formě, v níž jsou právní pravidla vyjádřena (právní předpis, mezinárodní smlouva, soudní rozhodnutí apod.) a prameny, které lze označit jako materiální. Materiálním pramenem práva se v tomto případě nemyslí ve shodě s částí české právní vědy společensko historické determinanty obsahu práva³⁵⁶, ale samotná pravidla platící fakticky v „důsledku svého obsahu“³⁵⁷. Přijatelnost této dichotomie zdrojů práva bude hodnocena dále. Snad by bylo vhodnější označit pravidla platící v důsledku svého obsahu za „zdroj práva“ a pojem „pramen práva“ vyhradit pro označení formy, kterou na sebe právní pravidla berou a pomocí které je lze jako pravidla právní identifikovat. Věc však není tak jednoduchá. Hovoří-li se totiž o právních principech jako pramenech práva, zpravidla se mezi formálním a materiálním chápáním pojmu „pramen“ důsledně nerozlišuje, resp. oba pojmy se do určité míry z hlediska svého obsahu překrývají.³⁵⁸ Fakticky, jak bude ukázáno dále, jde o to, že se v praxi v některých případech při používání právních principů zachází s pojmem pramen práva teoreticky nedůsledně, protože i při velmi širokém chápání tohoto pojmu se jednak nedostatečně reflektuje, v čem může spočívat zdroj právních principů, jednak se nedostatečně zohledňují meze, v nichž se soudce může při hledání právních pravidel

³⁵⁶ Gerloch, A. · Teorie práva, 3. rozšířené vydání, Plzeň 2004, str. 74.

³⁵⁷ Holländer, P · Nástin filosofie práva úvahy strukturální, Praha 2000, str. 49.

³⁵⁸ Oproti tomu hovoří-li se o právním předpisu či soudním precedentu jako prameni práva, nevzniká pochyb, že se má na mysli formální pramen práva

pohybovat.³⁵⁹ Z tohoto důvodu, a též vzhledem k tomu, jaká terminologie je používána v literatuře i v praxi soudů, budou i nadále nikoliv formalizované zdroje právních principů označovány za jejich „pramen“.³⁶⁰ Snad tak lépe vynikne určitá problematičnost takových koncepcí.

V právní teorii a vědě, případně v právní praxi se existence materiálních pramenů v uvedeném významu a jejich relevance pro aplikaci práva akcentuje zejména v případech, kdy se zdá, že existuje „málo použitelného práva“, tj. nedostatečné množství právních pravidel obsažených ve formálních pramenech práva, podle kterých by bylo možno případ rozhodnout. Příkladem mohou tzv. obtížné případy či mezery v právu.

Situace, ke kterým v takových případech dochází, jsou podle mého mínění mírně paradoxní, neboť za situace, kdy právní pravidlo pocházející z formálního pramene chybí, by teoreticky přicházelo v úvahu rozhodnout podle volné soudcovské úvahy. Přesto je zpravidla vynaloženo nemalé úsilí na to, aby bylo zdůvodněno a prokázáno, že použití takových „materiálních“ pravidel má oporu v těch či oněch skutečnostech, jež se zdají následně blížit k okruhu pravidel určitým způsobem formalizovaných. Typicky tyto situace nastávají v právu evropském, které se z relativně velké části skládá z pravidel původně nikoliv formalizovaných, ale „nalezených“ či vytvořených Evropským soudním dvorem.³⁶¹

Z trochu jiného pohledu musí řešit otázku pramenů práva jiná mezinárodní instituce, Evropský soud pro lidská práva. Důvodem je skutečnost, že Evropský soud pro lidská práva vykonává jurisdikci nad více než 40 členskými státy Rady Evropy. Přitom text Úmluvy je společný pro všechny, a proto se logicky pojetí pramenů práva liší stát od státu. Soud ovšem musí k vymezení okruhu pramenů práva přistupovat pokud možno jednotně, aby se státy nemohly bránit proti nařčením z porušování Úmluvy poukazy na soulad postupu státních orgánů s právem. Úmluva totiž dovoluje řadu práv omezit „zákonem“ ze stanovených důvodů. Zatímco v právních řádech našeho typu je pojem zákon relativně určitý, problém spočívá v tom, že anglický text Úmluvy hovoří o důvodech omezení některých práv a svobod, které jsou „*prescribed by law*“, tedy právem v širším smyslu než pouze zákonným právem. Evropský soud proto tenduje k chápání pramenů práva v materiálním smyslu. Nutno ovšem

³⁵⁹ Snad nejde ani tak o nedůslednost nebo o nepřijatelný postup, ale spíše o určité zjednodušení celé koncepce existence právních principů, resp. o jednu z možných koncepcí, která právě vzhledem k určitému zjednodušení a zkratkovitosti podání vyvolává pochybnosti.

³⁶⁰ Srov. k tomu též Šišková, N.: Vývoj doktríny základních práv v judikatuře Evropského soudního dvora, Právník č. 4/2003, str. 350: „Pramenem práva jsou obecné zásady právní jen výjimečně.“

³⁶¹ Příkladem mohou být pravidla o bezprostředním účinku evropského práva, bezprostřední použitelnosti, či o přednosti evropského práva, z jiné oblasti potom například pravidla o odpovědnosti za škodu způsobenou porušením práva evropských společenství (rozsudek *Francovich* nebo *Brasserie du Pechuer*) atd. Srov. např. Tichý, L. a kol.: Evropské právo, 1. vyd. Praha, C. H. Beck 1999, str. 202 an., str. 231 an.

podotknout, že nikoliv ve smyslu shora uvedeném, tj. že obsah práva je určován výlučně podle obsahu pravidla chování (jakkoliv absurdně to může znít), protože určitá míra formalizmu se i zde vyžaduje. V zásadě se dá říci, že „zákonem“, respektive „právem“ (law) se myslí pravidla v určité formě, svým adresátům známá či jimi seznatelná.³⁶² K posunu samozřejmě dochází v situaci, kdy se již vytvoří natolik konstantní soubor rozhodnutí, že není nezbytné odkazovat na materiální zdroje právních pravidel, ale na dřívější rozhodnutí, která představují „více formalizovaný“ pramen práva.

Je zřejmé, že uznání formalizovaného práva svědčí právní jistotě, zatímco materiální „zdroje“ pravidel určených podle jejich obsahu naopak požadavek právní jistoty narušují. Mají-li být používány, je zcela nezbytné jejich použití řádně zdůvodnit.

K otázce pramenů právních principů je podle mého mínění potřeba přistupovat tak, že určení okruhu zdrojů, z nichž lze právo čerpat, je pozitivním rozhodnutím systému práva. To znamená, že právní řád sám stanoví, co je možné považovat za zdroj právních pravidel. Vždy je to rozhodnutí pozitivní, ačkoliv nemusí být výslovně či samo o sobě formalizované.

Příkladem málo formalizovaného kritéria může být stanovisko Dworkinovo, který o možných zdrojích právních pravidel říká: *„Jejich původ jako právních principů není v nějakém konkrétním rozhodnutí zákonodárného sboru nebo soudu, ale v pocitu vhodnosti, který se časem zformoval mezi právníky i na veřejnosti. Jejich neochabující síla je dána tím, že tento pocit vhodnosti přetrvává. (...) Kdyby se po nás chtělo, abychom zdůvodnili tvrzení, že určitý princip je principem právním, uvedli bychom všechny dřívější případy, ve kterých se tento princip připomínal nebo kde figuroval v odůvodnění. Uvedli bychom rovněž všechny*

³⁶² Příkladem může být rozhodnutí ve věci Kopp proti Švýcarsku (1998): „Výraz „v souladu se zákonem“ vyžaduje za prvé, aby inkriminované opatření mělo nějaký podklad ve vnitrostátním právu; za druhé odkazuje na kvalitu tohoto práva, přičemž vyžaduje, aby bylo dotčené osobě dostupné, aby tato osoba navíc byla schopna předvídat, jaké pro ni má důsledky, a aby bylo slučitelné s právním státem. ... Soud poznamenává, že kritérium kvality práva v tomto kontextu odkazuje především na aspekty předvídatelnosti a absenci svévole.“ Text rozhodnutí je citován v českém překladu. Proto se zde objevuje výraz „v souladu se zákonem“. Jiným případem je kauza Špaček proti České republice, kde Soud přiznal postavení „zákonu“ účetním zásadám, které byly publikovány ve Finančním zpravodaji, tedy pravidlům, které jsou zcela mimo české chápání pojmu „zákon“, jak jej má na mysli např. čl. 11 odst. 5 Listiny: „Soud dále poznamenává, že v roce 1991 Špaček SW, předchůdkyně stěžovatele, aplikovala účetní zásady obsažené v Zásadách, které byly publikovány ve Finančním zpravodaji č. 5. Domnívá se proto - i za předpokladu, že Zásady a Postup publikované ve Finančním zpravodaji, nebyly obecně závaznými právními předpisy, zavazujícími občany a právnické osoby všeobecně ve smyslu tehdy platného vnitrostátního práva - že Špaček SW přijala Finanční zpravodaj jako oficiální veřejný zdroj závazných předpisů a řídila se jím při vedení účetnictví v souladu s účetními zásadami, podle § 25 zákona o soukromém podnikání občanů. Soud je toho názoru, že Špaček SW v době, kdy přecházela od jednoduchého k podvojnému účetnictví, věděla o způsobu, jakým Ministerstvo financí publikovalo účetní zásady a mohla si snadno vyhledat informace o všech možných přechodných ustanoveních, v případě nutnosti za pomoci odborníků. Vskutku, nikdy nebylo tvrzeno, že Špaček SW nebo stěžující si společnost nevěděly o ustanoveních příslušných Finančních zpravodajů. Navíc s přihlédnutím k tomu, že stěžovatel jako právnická osoba, na rozdíl od individuálního daňového poplatníka, mohl a měl požádat o pomoc kompetentní odborníky, bylo uveřejnění Postupu ve Finančním zpravodaji dostatečné.“ Jistě není potřeba zdůrazňovat, že takové chápání pramene práva je velmi širokým oproti chápání našemu.

zákony, které nejspíš tento princip dokládají (ještě lepší by bylo, kdyby byl tento princip připomenut v preambuli nebo se o něm hovořilo ve zprávách výboru či v jiných dokumentech zákonodárského sboru, které tento zákon provázejí) ³⁶³ Bude-li právní řád jako takový toto stanovisko akceptovat, lze to považovat za „pozitivní rozhodnutí“ systému. Problematické samozřejmě je, jakým způsobem bude možno „změřit“ míru akceptace tohoto stanoviska, protože pro právního pozitivistu, který je ochoten spatřovat zdroj práva pouze v právních předpisech či jinak formalizovaných pramenech, je takový postoj nepřijatelný.

Příkladem jiného „pozitivního rozhodnutí systému“ může být široké vymezení práva Evropským soudem pro lidská práva. V tomto případě je samozřejmě potřeba poukázat na to, že ze strany jednotlivých členských není možné samostatně zpochybnit vymezení pramene práva provedené Soudem, protože nad Soudem již není další instance, která by byla oprávněna jeho stanovisko změnit. Určení okruhu pramenů práva je proto provedeno autoritativním a nezpochybnitelným způsobem, který je dán výsadním postavením Soudu. Lze se ale domnívat, že členské státy takový postup akceptují. Pokud by jej neakceptovaly, bylo by teoreticky možné, aby se pokusily dosáhnout změny Úmluvy, vyloučily jurisdikci Soudu v některých otázkách výhradou k Úmluvě, případně v krajním případě Úmluvu vypověděly. Ačkoliv je každé z navrhovaných řešení obtížné, možná dokonce nemožné realizovat, lze v chování států, které se nesnaží proti závěrům plynoucím z judikatury podniknout žádná opatření, spatřovat pozitivní rozhodnutí systému.³⁶⁴

V zásadě obdobně jako Dworkin, i když z trochu jiného úhlu pohledu, odpovídá na otázku, od kterého okamžiku jsou principy pozitivním právem, J. Esser tak, že právem se principy stávají v okamžiku *„jakmile a pokud byly institucionálně vtěleny právotvorným aktem zákonodárství, právní vědy nebo života práva; v tomto rámci jsou všechny právní principy procesně chráněné prvky pozitivního práva, ať už jde o systémové či výstavbové principy materiálního práva, maximy, formule a pravidla právní vědy, uznané základní figury právních řádů všech kulturních národů nebo pouhé normy právního myšlení a techniky.*“ Tím je zároveň podle Essera zodpovězena i otázka, zda právní principy jsou prameny práva samy o sobě, na kterou odpovídá kladně, ačkoliv rozlišuje význam právních principů též pro zákonodárce (v širším smyslu pro normotvůrce), pro kterého představují prvotně pouhé směrnice (*guides*).³⁶⁵

³⁶³ Dworkin, R.: Když se práva berou vážně, OIKOYMENH, Praha 2001, str. 64-65.

³⁶⁴ Uznávám samozřejmě absurditu představy, že by se členský stát Rady Evropy vzepřel judikatuře Evropského soudu tím, že by usiloval o změnu Úmluvy. Teoreticky by to však možné bylo.

³⁶⁵ Esser, J.: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, str. 132-134; nutno dodat, že Esserovi byl v tomto případě inspirací R. Pound, který se ve své práci Hierarchy of Sources and

Podle mého mínění je zde ale zásadní rozdíl mezi Dworkinovým a Esserovým pojetím zdrojů³⁶⁶ právních principů a principů „platících v důsledku svého obsahu“³⁶⁷, resp. základních právních principů a zvyklostí, které „jsou pramenem práva obecně, a to i v systému psaného práva“, přičemž mají „charakter samostatného pramene práva pouze praeter legem (čili pokud psané právo nestanoví jinak)“³⁶⁸. Nelze totiž přehlédnout, že jak u Dworkina, tak i u Essera jsou právní principy součástí práva až v okamžiku, kdy mají jistou „institucionální oporu“, zatímco podle Holländera jsou platné samy o sobě. Holländer si je samozřejmě vědom toho, že v takovém případě není určení obsahu práva vázáno žádnými pravidly, čemuž se snaží čelit, řečeno slovy Ústavního soudu, „...možností činit odpovědná individuální rozhodnutí a předkládat je na základě přesvědčivé argumentace veřejnosti k posouzení.“³⁶⁹

V tom ale spočívá zásadní rozdíl, protože v takovém případě již právní pravidlo (princip) neplatí v důsledku svého obsahu, ale platí proto, že bylo v rozhodnutí použito. Hranice mezi právními principy platícími „v důsledku svého obsahu“ a platícími proto, že byla převzata do soudního rozhodnutí (tedy majícími „institucionální oporu“) je přirozeně velmi subtilní a nejasná. Přesto tato hranice existuje a její existenci je možno ve shodě s Ústavním soudem hledat právě v nutnosti přesvědčivé existenci takového pravidla zdůvodnit. Pokud by totiž měly právní principy skutečně platit v důsledku „svého obsahu“, bylo by možno učinit právním principem cokoli, např. i nadřazenost jednoho etnika nad druhým. Tento extrémní příklad byl zvolen úmyslně, aby bylo patrné, že koncepce pramenů právních principů existujících „praeter legem“, což je sám o sobě vůbec relativně diskutabilní koncept, nelze obecně akceptovat.

Slabina Dworkinovy a Esserovy, ale nakonec i Hartovy³⁷⁰ teorie zdrojů právních principů, ovšem slabina velmi relativní, je v tom, že součástí práva se právní princip stává

Forms in Different Systems of Law, Harvard Law Rev, 7, str. 475 a násl., ptá, zda se *ideály*, kterými myslí i principy, pohybují nad právem (míněno pozitivním) či v jeho rámci. Na tuto otázku odpovídá kladně, protože odmítá omezovat pojem právního řádu na soubor předpisů a chápe pod pojmem princip „autoritativní východiska právní argumentace, používaná kontinuálně a legitimně v případech, kdy právní případy nejsou regulovány pravidly v užším smyslu“ (tj. v naší terminologii normami). Cit. dle J. Esser, tamtéž, pozn. pod čarou č. 149.

³⁶⁶ Používat pojem „prameny“ se nezdá být v této souvislosti adekvátní, protože hrozí jednak terminologická nejasnost, jednak přílišné významové zúžení.

³⁶⁷ Holländer, P.: *Nástin filosofie práva: úvahy strukturální*, Praha 2000, str. 49.

³⁶⁸ Holländer, P.: *Deficit Dworkinovy a Alexyho koncepce logického vymezení právních principů*, in: Boguszak, J. (ed.): *Právní principy*, Pelhřimov 1999, str. 19.

³⁶⁹ Nález Ústavního soudu č. 30/1998 Sb. Otázkou samozřejmě zůstává, jak postupovat, není-li argumentace přesvědčivá.

³⁷⁰ Srov. Hartovu *rule of recognition*, která může mít i podobu jednoho jediného rozhodnutí, jímž bude určité právní pravidlo identifikováno jako pravidlo platného práva: Hart, H. L. A.: *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1998, str. 102

v okamžiku, kdy je určitým způsobem podepřen orgánem majícím příslušnou pravomoc, resp. autoritu. V takovém případě samozřejmě hrozí, že se obsah práva změní v důsledku faktické normotvorby prováděné soudy prostě tak, že soudy budou opakovaně (možná by stačilo i jen jednou) uznávat určitý princip za právní, takže ten se v důsledku toho stane součástí práva. Rozlišovat je však potřeba dva momenty, které je nutno vztáhnout ke konkrétnímu právnímu řádu. Za prvé je nutno se ptát, zda použitý právní princip má či nemá oporu ve stávajícím právu, zda jej lze či nelze opřít o právní předpisy, o dosavadní judikaturu, tedy o to, co lze za stávající situace identifikovat jako právo. Pokud by tomu tak nebylo, tj. pokud by nebylo možno nalézt pro právní princip oporu v „dosavadním stavu práva“, tj. pokud by takové pravidlo existovalo v úrovni úvah *de lege ferenda*, pak není žádný důvod činit jej součástí práva, ledaže by bylo lze legitimně v rámci druhého momentu dospět k závěru, že orgán aplikující právo je oprávněn takové pravidlo vytvořit, jako je tomu v angloamerickém typu právní kultury.³⁷¹

Je proto potřeba rozlišovat, zda je samo o sobě pozitivním rozhodnutím systému, že je či není možné případně určité pravidlo vytvořit, tj. přenést jej do oblasti práva třeba i z mimoprávních zdrojů, což znamená, že právní pravidlo bude mít takový obsah, jaký má v extralegální oblasti, či zda takový postup možný není. Jde tedy o systémové omezení orgánu aplikujícího právo, které ale spočívá spíše v tom, jakým způsobem je přípustné argumentovat, tedy jaké argumenty je přípustné používat, než v tom, že by byl okruh práva jednoznačně otevřený či uzavřený.

Ukázkou vztahu mezi právem „platicím jako součást politické či společenské morálky“³⁷² a pozitivním právem je náleží Ústavního soudu č. 145/2002 Sb. Je dokladem toho, kam až mohou představy o propojení těchto dvou elementů dosáhnout, je zároveň ukázkou soudcovského aktivismu a snahy o prolamování pozitivního práva v duchu tendencí rozšiřovat pojem práva mimo zřetelně ohraničené meze.³⁷³

³⁷¹ Ovšem i zde bude soudce s největší pravděpodobností hledat institucionální oporu a pouze tehdy, pokud by ji nenalezl, formuloval by sám právní pravidlo, jako tomu bylo v případě *Donoghue v. Stevenson* (1932, A.C. 562, 1932 S.C.) (případ hlemýžďe rozdrcené v lahvi piva), který byl rozhodnut za použití principu „korektivní spravedlnosti“, jenž požaduje, aby každé provinění (*wrong*) bylo napraveno.

³⁷² Holländer, P.: *Nástin filosofie práva: úvahy strukturální*, Praha 2000, str. 49.

³⁷³ V náleží Ústavní soud posuzoval ústavnost jedné z novel zákona o daních z příjmů, která retroaktivně postihovala určité úkony relevantní z hlediska zdanění příjmů, přičemž šlo o retroaktivitu pravou. Problém byl v tom, že jednání, které bylo dosud právně irelevantní, mělo být dodatečně zpětně zdaněno. Ústavní soud v tomto případě vyhověl návrhu a retroaktivní ustanovení zrušil. Uvedl k tomu následující: „*Jestliže tedy v hodnotovém řádu a vědomí společnosti se konsensuálně etabloval určitý vzor a způsob sociálního myšlení a jednání, kterému se z nejrůznějších důvodů, např. v důsledku tlaku určitého politického systému, nemohlo dostat normativního vyjádření, potom právní úprava tohoto jednání, obsahující retroaktivitu, zůstává zcela v souladu s principy právního a demokratického státu. Jinými slovy, odporovalo by naopak principům spravedlnosti, jestliže by se v takových případech práva retroaktivita nedostala ke slovu. To vše však by tím výrazněji mělo naznačit, že*

Ona zmiňovaná relativní nevýhoda Dworkinovy a Esserovy koncepce spočívá v tom, že v případě soudcovského aktivismu, resp. v případě, kdy dojde přímo ke zneužití práva, nebude existovat žádný záchranný mechanismus proti tomu, aby právo přestalo být „dobré a spravedlivé“ v obecně chápaném slova smyslu. Ačkoliv je zřejmé, že hodnocení práva jako „správného a spravedlivého“ je hodnocením opírajícím se o prvky stojící mimo právo, je takové hodnocení práva možno z hlediska externího pozorovatele provést a zkoumat, zda proměny práva jsou pozitivní či negativní. O to tu teď ale nejde. Ona relativní nevýhoda takového systému je relativní v tom, že i tam, kde se soudcům nepropůjčuje možnost právo tvořit a normotvorná pravomoc je výlučně v rukou zákonodárnému sboru, neexistují žádné definitivní záruky proti zneužití práva. Snad jediný rozdíl je v tom, že v systému uznávajícím soudcovskou tvorbu práva bude případně docházet k proměnám práva nekoncentrovaně, zatímco u druhého systému budou změny vycházet od jediného orgánu.

IV. 1. Obecně k pramenům právních principů

Pramenem právních principů budeme rozumět kritéria, pomocí kterých je lze identifikovat. Pokud budeme pramen právních principů chápat v tomto smyslu, pak je zřejmé, že pramen principů lze určit jak pomocí kritérií formálních, tak materiálních (obsahových). Pokud bychom pojem pramene vymezili tak, že jde o pramen v němž se právní principy nacházejí, šlo by pouze o kritéria formální, tedy o určení formy, kterou na sebe právní principy berou. Na některá formální kritéria již bylo poukázáno výše. Příkladem může být Kelsenova základní norma či Hartovo pravidlo uznání.

práva retroaktivita nemá v právním státu místo tam, kde zákonodárce se již dříve mohl "dostat ke slovu", nicméně tak neučinil.“ Chápáno doslova to znamená, že pokud bude existovat určité společenské přesvědčení o nesprávnosti nějakého počínání, je možno dodatečně doplnit takové společenské přesvědčení o právní sankci, a to v případě, kdy politické tlaky zabrání přijetí příslušné úpravy pro futuro. V době dokončování této práce byl zamítnut nový trestněprávní kodex (sněmovní tisk č. 744, usnesení Poslanecké sněmovny ze dne 21. 3. 2006), ze kterého byla v průběhu projednávání vypuštěna skutková podstata trestného činu zneužívání informací v obchodním styku. Její vypuštění následně vedlo k zamítnutí celého kodexu v Poslanecké sněmovně, která o návrhu zákona rozhodovala poté, kdy jí byl návrh vrácen Senátem. V duchu citovaného nálezu by tedy bylo možno vést následující úvahu: i kdyby byl trestní kodex přijat, bylo by možno skutkovou podstatu trestného činu do kodexu zařadit později třeba i retroaktivně, protože hlasování v Senátu a Poslanecké sněmovně jednoznačně ukázalo, že společenské přesvědčení vyžaduje stíhat případy tzv. „tunelování“, které skutková podstata uvedeného trestného činu postihuje. Kdyby byl tedy trestní kodex nakonec přijat, například z toho důvodu, že je zcela nezbytné nahradit stávající trestní zákon, přesto by bylo zřejmé, že prvotnímu zakotvení zmiňované skutkové podstaty bránily určité politické důvody (nelze pochybovat o motivech vedoucích k vyřazení této skutkové podstaty z trestního kodexu). Jediným problémem by pak byl zákaz trestněprávní retroaktivní úpravy v Listině. S určitou mírou ironie je možné ve světle stanoviska Ústavního soudu konstatovat, že požadavek „spravedlnosti“ by měl i v tomto případě dostat přednost před požadavkem právní jistoty, zejména přihlíde-li by se k míře škod, které takové jednání působí z hlediska jednotlivců a celé společnosti.

Z komparativního hlediska uvádí V. Knapp jako možné varianty kritérií pro určení jednotlivých právních principů v rámci konkrétního právního řádu následující přehled:

- a) zákon sám prohlašuje obecné zásady právní za právní normy, nebo k nim obecně odkazuje a ukládá soudci, aby je aplikoval,
- b) zákon obecnou zásadu právní vtělí do své normy, takže působí nikoliv jako obecná zásada právní, ale jako právní norma
- c) obecná zásada právní není vtělena v zákonný text, ale je uznávána a působí tím, že je dobrovolně akceptována anebo působí jako interpretační pravidlo
- d) obecná zásada právní je známa, ale zákon její působení vylučuje
- e) obecná zásada právní v určitém právním systému není známa.

Je zřejmé, že to je přehled opírající se o formální kritéria, který je použitelný pro právní řády založené na výlučnosti zákonného práva, tedy v zásadě pro kontinentální typ právní kultury, a to ještě s výhradami, neboť například značné množství pravidel správního práva ve Francii bylo vytvořeno rozhodovací činností správních úřadů, resp. soudů.³⁷⁴ I pro oblast common law by musel být výčet mnohem širší.

Příkladem první varianty může být ustanovení § 7 ABGB: *Zůstane-li právní případ ještě pochybný, musí býti rozhodnut podle přirozených zásad právních.* Samozřejmě zde vzniká otázka, jaký je obsah těchto principů, stejně jako otázka, kde je má soudce hledat. Takové vymezení vztahu ostatních pravidel tvořících právní řád k právním principům má ten důsledek, že z formálního hlediska jsou právní principy součástí práva, z materiálního hlediska se může zdát, že jejich obsah je nutno hledat mimo právní řád. Tak tomu ale být nemusí, protože řada „přirozených“ zásad právních může mít i z hlediska obsahového silnější či slabší normativní oporu v zákonném právu, čili je možné na ně usuzovat právě skrze pozitivně právní ustanovení. Není ovšem vyloučeno, že takové přirozené zásady budou hledány i po obsahové stránce mimo právo, jak například judikoval rakouský Nejvyšší soudní dvůr ve svém rozhodnutí z 2. 3. 1915, podle kterého přirozené zásady právní představují „v určitém čase panující právní vědomí lidu obsažené v logických zákonech myšlení“³⁷⁵.

³⁷⁴ Srov. k tomu např. Pomahač, R.: Právní principy dobré správy, in: Boguszak, J (ed.): Právní principy, Pelhřimov 1999, str. 187-198.

³⁷⁵ Jacoby, S.: Allgemeine Rechtsgrundsätze: Begriffsentwicklung und Funktion in der europäischen Rechtsgeschichte, Berlin 1997, str. 98; vlastní překlad.

Zcela jiný přístup, v podstatě striktně pozitivněprávní, byl zastáván za první republiky, kdy se za přirozené zásady právní považovala ustanovení o základních právech v Ústavní listině.³⁷⁶

V každém případě byly určité hranice obsahovému určení právních principů nastaveny, neboť nemohly mít jakýkoliv obsah, ale musely být „přirozené“. I přes značnou vágnost tohoto pojmu by zřejmě bylo možno, i když ne způsobem nepochybným, vést dělicí hranici mezi „přirozenými“ a „nepřirozenými principy“.

V textech zákonů se setkáme s různě formulovanými odkazy na právní principy. Tak například obchodní zákoník odkazuje v § 1 odst. 2 na „zásady, na nichž spočívá“. Zde je jasně určeno, v jakém okruhu je nezbytné tyto zásady hledat, totiž pouze v rámci obchodního zákoníku, nikoliv mimo něj.

Jiným příkladem možného řešení vztahu mezi pozitivním právem a principy stojícími jakoby mimo něj je návrh nového občanského zákoníku, který v § 2 odst. 3 hovoří o „zásadách obecně uznaných za přirozené zásady právní“, a ukládá se též posoudit právní případ podle „přirozených zásad právních“. Zde se klade důraz na „obecné uznání“ takových zásad. Vyloučeny by proto měly být zásady, které nebudou „obecně uznány“. Je samozřejmě otázkou, jakým způsobem bude míra uznání posuzována a ve kterých případech půjde o uznání obecné (zřejmě tedy bez výhrad sdílené), a co se stane, budou-li používány principy stupně „obecného“ sdílení nedosahující. V každém případě i takové vymezení vztahu právních principů a výslovně pozitivního práva je pozitivním rozhodnutím systému, které je v podmínkách kontinentálního řádu postaveného na primátu zákonného práva nezbytné.

Druhý Knappem udávaný případ fakticky naráží na vztah mezi právním principem a právní normou. Pokud Knapp říká, že právní princip se vtělením do zákonného textu stává právní normou, přiklání se ke stanovisku, že mezi nimi není z hlediska formálního žádný rozdíl, a zároveň se tak dostává do protikladu vůči Alexymu, který zejména pravidla zakotvená na úrovni ústavní (konkrétně základní práva) považuje naopak za principy. V pojetí této práce není takové propojení právních principů a právních norem v plném rozsahu akceptovatelné, protože charakter právního principu si pravidlo udrží tehdy, lze-li hodnotit míru jeho naplnění jako finálního pravidla, byť zároveň může mít podobu pravidla kondicionálního (tedy právní normy).³⁷⁷ V zásadě se dá ale souhlasit s tím, že řada pravidel,

³⁷⁶ Srov. Rouček, F., Sedláček, J.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, V. Linhart, Praha 1935, str. 144.

³⁷⁷ Např. zásada *nullum crimen sine lege* je kondicionálním pravidlem, pokud zkoumáme otázku, zda lze stanovit trestné činy například vyhláškou, finálním pravidlem je, pokud zkoumáme kvalitu zákona (jasnost, určitost), v němž je skutková podstata zakotvena.

kteřé jsou z různých důvodů prezentovaných v rámci slabé odlišující teze považovány za principy, má charakter právní normy.

Teprve ve třetím případě se pozitivně právně omezený okruh právních principů prolamuje jejich uznáním z důvodů obecného přesvědčení (na rozdíl od případu prvního, kdy je na ně činěn přímý odkaz z pozitivního práva). Pak mají působit tato pravidla na základě dobrovolné akceptace či jako interpretační pravidla. Tato skupina případů tedy otevírá prostor pro *opinio communis doctorum*. Z tohoto důvodu jde ale o případy potencionálně problematické, protože je opět otázkou míra měřitelnosti oné shody, jejíž dosažení je v tomto případě kvalifikačním kritériem pro uznání existence právního principu v rámci právního řádu. Podle Knappa jsou příkladem zásady *pacta sunt servanda* či *lex in retro non agit*. Tyto příklady jsou podle mého mínění nepřesné, a spíše by bylo možno řadit je do druhé skupiny. Zásada *pacta sunt servanda* je vyjádřena v řadě ustanovení občanského zákoníku, zákaz retroaktivity v Listině pro oblast trestního práva, v obecné rovině pak vyplývá z charakteristiky právního státu.

Je-li podle čtvrté varianty „právní zásada známa, ale zákon její působení vylučuje“, není zcela jasné, jak takovému vymezení rozumět. Vyloučení působnosti právního principu pozitivním explicitním rozhodnutím systému totiž může znamenat, že pokud by k takovému vyloučení nedošlo, znamenalo by to platnost zásady, a to zřejmě v rámci třetí skupiny případů, totiž na základě obecného přesvědčení o její relevanci. Případně je možné se na věc dívat i tak, že pozitivně právní vyloučení zásady je zavedením výjimky z obecně uznaného pravidla, takže se taková zásada může objevit v případech, na kterou její vyloučení nedopadá.³⁷⁸ Knapp jako příklad uvádí *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse*

³⁷⁸ Příkladem takové zásady může být několikrát zmiňovaná zásada *cessante ratione legis cessat lex ipsa*, která byla použita ke zrušení ustanovení zákona, která se jevila jako nadbytečná vzhledem ke zrušení jiných ustanovení, a která je prolomením pravidla, podle kterého zákonodárná moc (tedy i oprávnění derogovat právní normy) je svěřena výlučně zákonodárci a Ústavnímu soudu pouze tehdy, je-li zákon v rozporu s ústavním pořádkem. Nadbytečné ustanovení není v rozporu s ústavním pořádkem, je maximálně obsoletní. Takových ustanovení je v právním řádu jistě více a není úkolem Ústavního soudu je z tohoto důvodu zrušit. Ačkoliv by se tedy mohlo zdát, že tato zásada nemá v našem právním řádu místo, lze právě výlučnost zákonodárné normotvorby považovat ze výjimku z její existence. Připouštím, že takové vysvětlení nemusí být obecně akceptovatelné. Srov. k tomu náleží Ústavního soudu č. 424/2001 Sb.

Jiným příkladem může být zásada *in dubio mitius* (v pochybnostech mírněji), kterou Ústavní soud nesprávně vztahuje k případům nejednoznačné právní úpravy. Je-li podle něj právní úprava nejednoznačná, má být zvolen výklad pro subjekt práva příznivější (*in dubio mitius*). Srov. k tomu náleží sp. zn. IV. ÚS 666/02: „Za situace, kdy právo umožňuje dvojitý výklad, nelze pomínout, že na poli veřejného práva mohou státní orgány činit pouze to, co jim zákon výslovně umožňuje; z této maximy pak plyne, že při ukládání a vymáhání daní dle zákona (čl. 11 odst. 5 Listiny), tedy při de facto odnětí části nabytého vlastnictví, jsou orgány veřejné moci povinny ve smyslu čl. 4 odst. 4 Listiny šetřit podstatu a smysl základních práv a svobod - tedy v případě pochybností postupovat mírněji (*in dubio mitius*)“ Tento způsob užívání zmiňované zásady je nesprávný, protože je potřeba v právních otázkách vždy dospět k určitému a konkrétnímu závěru, nikoliv závěru dvojnásobnému či dokonce víceznačnému. Ačkoliv je závěr Ústavního soudu o tom, že je potřeba volit výklad méně zatěžující, správný, nelze jej opřít o uváděnou zásadu, protože ta se vztahuje k pochybnostem o skutkových okolnostech, a to zejména v právu

habet, která je prolomena v § 486 občanského zákoníku a § 446 obchodního zákoníku, což je přesně naposled uvedená situace, neboť s uvedenými výjimkami tato zásada prostě platí.³⁷⁹

Poslední skupinu právních principů tvoří principy zjišťované na základě srovnání (buď historického nebo prováděného ke stejnému časovému okamžiku). O takové případy totiž může jít jen tehdy, je-li určitá zásada známa v jednom právním řádu a v druhém není „známa“, tedy v něm neplatí. V rámci jednoho právního řádu totiž nelze přijít na to, že v něm taková zásada neplatí, protože pokud není známa, nemůžeme vědět, že může být známa. Otázkou je, zda se určitá zásada v právním řádu nemůže v některém okamžiku objevit, byla-li mu dříve neznámá. Vývoj právních řádů vykazuje určité sblížení, které je výraznější tam, kde existuje určitý společný základ, jako je tomu u členských států Evropské unie, pro které představuje evropské právo společný základ ovlivňující a pronikající domácí právní řády. V takových případech je snadno představitelné, že se určitý princip „právnímu řádu neznámý“ stane jeho součástí. I v takových případech by však měl mít právní princip institucionální oporu. Knapp uvádí jako příklad zásadu *nemo turpitudinem suam allegare potest*. Tato zásada podle něj má pouze jednu drobnou výjimku v § 40a občanského zákoníku, což ji přesto zařazuje do této kategorie. Domnívám se, že i v tomto případě lze shledat více pravidel, která existenci této zásady v českém právním řádu potvrzují a že tedy nejde o zásadu neznámou. Například podle § 469 občanského zákoníku nedědí ten, kdo se dopustil trestného činu proti zůstaviteli, jeho manželu, dětem nebo rodičům anebo zavrženého jednání proti projevu poslední vůle zůstavitelovy. Podle § 469a občanského zákoníku lze vydědit potomka, který se chová v rozporu s představou o tom, jak by se potomek ke svému předkovi chovat měl.

V zásadě obdobně jako Knapp popisuje zdroje právních principů J. Boguszak takto:

a) pozitivní principy práva, tedy normy explicitně formulované v textech normativních aktů, které následně hrají rozhodující roli v právním institutu, normativním aktu, v odvětví systému práva nebo v celém systému,

soukromém, kde představuje modifikaci zásady *in dubio pro reo* platné v trestním právu, jelikož v soukromém právu není zcela nezbytné dosáhnout úplné jistoty, ale stačí v některých případech i určitá míra pravděpodobnosti. Správně se tedy Ústavní soud opírá o požadavek minimalizace zásahů do práv a svobod, který skutečně vyžaduje zvolit takový výklad, který bude příznivější, protože pak bude zásah do práv menší (např. práva vlastnického, jako tomu bylo v citovaném nálezu). Se zásadou *in dubio mitius* to však nemá nic společného. V každém případě Ústavní soud s touto zásadou zachází tak, jako kdyby její existence byla odůvodněna tím, že státní moc musí být vykonávána striktně v mezích zákona, což v tomto případě není, protože se postupuje „mírněji“.

³⁷⁹ Srov. k tomu ale i nálezy Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 103/96, ve kterém Ústavní soud dovodil, že stát mohl zřídit právo osobního užívání k pozemku i tehdy, nebyl-li jeho vlastníkem, tedy převedl více práv, než sám měl, a proti tomu rozsudek Nejvyššího soudu 22 Cdo 1077/99, který naopak zmiňovanou zásadu respektuje: „*Jestliže stát převzal pozemek bez právního důvodu nebo na základě neplatného právního úkonu, nestal se jeho vlastníkem a k tomuto pozemku nemohlo být platně zřízeno právo osobního užívání pozemku (§ 39, § 199 odst. 1 obč. zák. ve znění účinném do 31. 12 1991).*“

b) implicitní principy práva, tedy pravidla traktovaná jako premisy nebo důsledky zákonných ustanovení nebo norem,

c) extrasystémové principy práva, které nejsou součástí systému práva, jsou však s ním spjaty, právní systém se jich může dovolávat jakožto pramenů pravidel rozhodování při aplikaci práva, nalézají se též v právní makrokomparatistice anebo společenských pravidlech (morálka, mravy) přijatých právní praxí či naukou.³⁸⁰

V podstatě nejobecnější je z tohoto hlediska právně pozitivistická definice Weinbergerova, podle kterého právní principy:

- a) mohou být obsahem platných právních předpisů,
- b) se stávají platným právem vyjádřením v precedencích (tam kde právní řád jako pramen práva s precedenty počítá),
- c) lze je odvodit abstrahováním ze souboru předpisů, resp. precedentů,
- d) jsou vytvořeny soudcem na základě jeho pravotvorné kompetence.³⁸¹

IV. 1. 1. Právní předpis jako pramen právních principů

Pro právní pozitivisty je právní předpis hlavním, v některých případech jediným zdrojem právních principů, a to zejména v rámci kontinentálního typu právní kultury. Zřetelně tento přístup vyjadřuje například J. Prusák, který požaduje, aby platnost principů byla ověřitelná rekogniční normou v hartovském smyslu: „*Se zřetelem na uvedené skutečnosti je třeba trvat na stanovisku, že otázku, či určitá norma se vyznačuje znakem platnosti, anebo ne, je možné a nutné ověřit jen pomocí postupů vypracovaných Kelsenem a Hartem. Takové jsou požadavky ústavnosti a zákonnosti.*“³⁸²

Z mého pohledu je podstatná ta skutečnost, zda právo jako systém ukazuje mimo svůj vlastní obsah či nikoliv. Pokud ukazuje mimo svůj vlastní obsah, je možno hledat právní principy mimo explicitní psané právo, což je pozitivní rozhodnutí systému. Jinak je potřeba právní principy hledat v mezích práva psaného. Používání výrazu „psané právo“ zde navozuje dojem, že právní principy jsou „nepsané“. V návaznosti na shora uvedené Knappovo, Boguszakovo a Weinbergerovo členění je potřeba říci následující:

³⁸⁰ Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: *Teorie práva*, Eurolex Bohemia, Praha 2001, str. 268; J. Boguszak se zde inspiroval Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit (ed. A.-J. Arnaud et al.), Paris 1993, str. 474-476.

³⁸¹ Weinberger, O.: *Norma a instituce (Úvod do teorie práva)*, Brno 1995, str. 81.

³⁸² Prusák, J.: *Právní principy a prameny slovenského práva*, Právny obzor č. 3/2003, str. 266.

Právní principy mají na pozitivní zákonné právo dvojí vliv. Za prvé vystupují jako koncepční ideje, které ovlivňují obsah právních předpisů. Například pokud položíme za základ soukromého práva zásadu autonomie vůle, bude právní předpis obsahovat minimum kogentních norem a maximum norem dispozitivních. Zde jde tedy o ovlivnění obsahu práva cestou shora; právní princip vystupuje jako jednotící idea vyjadřující představy o tom, v jakém duchu se má právní úprava nést. V takovém případě ale právní princip nepůsobí normativně, pouze ovlivňuje rozhodnutí zákonodárce. V rámci konkrétní zákonné úpravy, tedy platného právního předpisu, může však princip autonomie vůle působit i normativně. Kupříkladu vyvstanou-li pochybnosti o tom, zda je určitá právní norma kogentní či dispozitivní, lze s poukazem na zvolenou tendenci dovozovat spíše dispozitivnost než kogentnost právní normy. V tomto směru lze právní princip využít k určení normativních důsledků. Zde jde tedy o působení jednak shora dolů, jednak zdola nahoru.

Při aplikaci práva však mohou právní principy působit pouze jedním směrem, totiž zdola nahoru. To jsou takové případy, kdy nelze říci, že by normotvůrce vzal za základ právního předpisu určitý princip, tj. že by cílevědomě usiloval o dodržení určitého jednotícího hlediska. V takovém případě lze na právní princip usuzovat pouze jako na důsledek právní normy, resp. souboru právních norem. Příkladem může být princip *ex iniuria ius non oritur*, o kterém podle mého soudu nelze říci, že by zákonodárce jeho existenci zvažoval při přípravě kodexu. Na jeho existenci lze proto usuzovat z jednotlivých ustanovení občanského či obchodního zákoníku. Principy tohoto druhu mají proto povahu implicitních důsledků právních norem [tedy v zásadě bod c) v Knappově typologii, bod b) v typologii Boguszakově a bod c) v typologii Weinbergerově].

Domnívám se, že právních principů tohoto druhu je většina. Jinak řečeno, většina právních principů, se kterými se běžně operuje, má povahu takovýchto deduktivních důsledků právních norem, resp. jde o principy vzniklé zobecněním či abstrakcí z právních norem nebo jejich souborů. Jak bylo shora ukázáno na příkladech uváděných Knappem, obtíže mohou nastat v těch případech, kdy nepanuje shoda ohledně určitého principu, takže nemusí být zcela jisté, zda takový princip platí či neplatí.³⁸³ V těchto případech se bude pozitivní nebo negativní závěr opírat o množství argumentů, které lze ve prospěch existence právního

³⁸³ Tak například za potvrzení existence principu *ex iniuria ius non oritur* lze považovat například ustanovení o nemožnosti vydržet, není-li držitel v dobré víře, ustanovení o dědické nezpůsobilosti, pokud se dědic dopustí trestného činu vůči zůstaviteli atd. Takové důkazy ovšem podle mého názoru nejsou dostatečné pro to, aby uvedený právní princip byl sám o sobě důvodem pro řešení určitého případu. Lze například uvažovat o situaci, kdy tzv. sprejér vytvoří na zdi cizího domu nějaký obraz. Tento obraz lze jistě považovat za dílo ve smyslu autorského zákona (zák. č. 121/2000 Sb.). Otázka zní, zda požívá takové dílo ochrany autorským zákonem a zde jej může vlastník domu bez nebezpečí postihu ze zdi odstranit. Zmíněná zásada povede jistě k apriorní odpovědi, že tak učinit smí, avšak pro správnou odpověď je třeba zkoumat konkrétní právní úpravu.

principu přinést, resp. konkrétněji, kolik právních norem lze „převést“ na jeden společný princip. Nakonec je třeba upozornit na nezbytnost zkoumat, zda i v případě, že existenci takového implicitního principu je možno opřít o dostatečné množství právních norem, neexistuje taková právní norma, která je v konkrétním případě jednoznačnou výjimku z principu.

Trochu jiným případem jsou výslovně zakotvené právní principy, o jejichž existenci nemůže být sporu, právě proto, že jsou výslovně zakotveny. V takových situacích může být problematická maximálně otázka, zda má mít takové pravidlo charakter právní normy či právního principu. Výslovně vyjádřenými principy se zde myslí pravidla typu „co není zakázáno, je dovoleno“ (čl. 2 odst. 3 Listiny), princip legality (čl. 2 odst. 2 Listiny), *nullum crimen sine lege* (čl. 39 Listiny) atd. V naprosté většině případů však nemají charakter principů „základní zásady“ zákonů, které bývají vypsány v některém z prvních ustanovení zákona.

IV. 1. 2. Soudní rozhodnutí jako pramen právních principů

V poslední době lze pozorovat i v rámci kontinentálního typu právní kultury změny v přístupu k judikatuře jako prameni práva. Soudní rozhodnutí přesto, že jim je formálně odírána v kontextu kontinentálního práva povaha pramenů práva, v mnoha případech působí fakticky jako precedenty.^{384,385} V některých případech ale rozhodnutí soudu pouze navozuje zdání, že představuje precedent v určité věci, a to i tam, kde by teoreticky bylo možno očekávat, že soud by byl případně povolán právo tvořit. Tak je tomu v mnoha rozhodnutích Evropského soudu pro lidská práva, z jejichž odůvodnění by se mohlo zdát, že soud odkazuje na svá dřívější rozhodnutí, která tak mají charakter precedentů. Většinou jde ale o určitou zkratku ve vyjádření, která odkazuje sice na dřívější rozhodnutí, avšak v tomto dřívějším rozhodnutí je podán například výklad některého článku Úmluvy.³⁸⁶ Pramenem práva proto není ono dřívější rozhodnutí, ale Úmluva.

³⁸⁴ Srov. např. Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, zejm. str. 268 a násl., který na mnoha místech uvádí argumenty svědčící tomu, že soudci přes snahu o pouhé nalézání práva v některých případech právo spíše tvoří.

³⁸⁵ Při zadání hesla „ustálená judikatura“ do počítačového programu ASPI bylo vyhledáno přes 400 rozsudků pouze Nejvyššího soudu, kde se tento termín používá jako argument pro rozhodnutí soudu.

³⁸⁶ Viz např. rozhodnutí ve věci Perna proti Itálii, rozsudek č. 48898/99, Přehled rozsudků Evropského soudu pro lidská práva č. 2/2002, str. 87 an., ASPI Publishing, Praha 2002 – „Soud připomíná základní principy, které vyplývají z jeho judikatury ve vztahu k čl. 10: ...“

Závěr, zda soudní rozhodnutí může být pramenem právního principu, závisí v každém případě na to, zda právní řád soudním rozhodnutím přiznává povahu pramene práva obecně tak, jako tomu je v zemích angloamerického práva či například v právu evropském.

Je potřeba rozlišovat, zda soudní rozhodnutí je skutečně pramenem právního principu v tom smyslu, že soud určitý dosud „neexistující“ princip prohlásí za existující a platný, či zda soud existenci právního principu pouze deklaruje. V mnoha případech soud prohlásí určitý princip za platný, přitom je ale zřejmé, že takový princip lze odvodit například z právních norem jako jejich implicitních důsledků. Je-li tomu tak, nelze považovat soudní rozhodnutí za pramen principu v pravém slova smyslu, ale pouze za jeden ze způsobů, jakým je právní princip v právním řádu deklarován obdobně, jako jeho existenci může konstatovat například doktrína. Za pramen právních principů v pravém slova smyslu by tedy bylo možno považovat soudní rozhodnutí jen tehdy, kdyby skutečně existence právního principu byla do té doby sporná, resp. by nebylo jisté, zda jej lze odvodit z jiného pramene práva.

Ačkoliv je zřejmé, že okruh právních principů se v průběhu doby mění, objevují se nové principy, jako například principy konstitucionalizmu či některé „moderní“ principy několika posledních desetiletí, jejichž vznik je podle mého soudu vázán spíše na zákonné právo, resp. na právní předpisy, z nichž následně soudní rozhodnutí principy odvozují, resp. explicitně formulují.

Pro český právní řád by mělo platit, že soudní rozhodnutí nejsou pramenem právních principů. V tomto směru neposkytuje náš právní řád podle mého soudu dostatečnou oporu pro závěr, že by se soudní rozhodnutí stala zdrojem obecně závazných pravidel chování. Výjimkou by v určitém rozsahu a v některých případech mohla být rozhodnutí Ústavního soudu, která jsou ve smyslu čl. 89 odst. 2 Ústavy závazná pro všechny orgány a osoby a Ústavní soud proto dovozuje, že závěry v nich obsažené mají obecnou platnost.³⁸⁷ Ovšem

³⁸⁷ Srov. např. nález sp. zn. II. ÚS 355/02, kde se uvádí: „V souladu s četnou judikaturou Ústavního soudu (rozhodnutí Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 184/96, sp. zn. III. ÚS 200/2000, sp. zn. I. ÚS 77/97, sp. zn. II. ÚS 23/97, sp. zn. II. ÚS 156/95, sp. zn. I. ÚS 70/96, sp. zn. IV. ÚS 197/96 - Sbíрка nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek 7, nález č. 32; svazek 20, nález č. 151; svazek 12, nález č. 142; svazek 9, nález č. 109; svazek 5, nález č. 9; svazek 7, nález č. 29; svazek 8, nález č. 77 - a další) je právní názor obsažený v odůvodnění rozhodnutí Ústavního soudu, resp. v jeho právní větě, má-li obecnou povahu, obecně závazný, závazný při řešení typové shodných případů.“ Citovaná pasáž je tzv. právní větou, která byla publikována ve Sbírce nálezů a usnesení č. 28, usnesení č. 35, str. 437. Je třeba upozornit, že tato pasáž vůbec neodpovídá textu vlastního rozhodnutí, ačkoliv je pravda, že nálezy, které jsou v textu citovány, obecnou závaznost nálezů Ústavního soudu dovozují. Ve vlastním textu nálezu se uvádí: „Podle jiného možného výkladu ust. čl. 89 odst. 2 Ústavy, rozhoduje-li Ústavní soud o zrušení zákonů nebo jiných obecně závazných právních předpisů či jejich jednotlivých ustanovení podle čl. 87 odst. 1 písm. a) a b) Ústavy, vystupuje Ústavní soud v pozici tzv. negativního zákonodárce, a jeho rozhodnutí mají všeobecnou závaznost: když právní předpis zruší, přestane být tento závazný pro všechny subjekty; pokud jej nezruší, jsou všechny subjekty povinny jej i nadále dodržovat, přičemž závazná je samozřejmě jen výroková část nálezu o tom, že se návrh na zrušení právního předpisu zamítá nebo naopak, že se právní předpis ruší. Předmětem diskuse při tomto pohledu zůstává nadále otázka závaznosti

i Ústavní soud sám je vázán právními předpisy, a to minimálně ústavním pořádkem. Není podle mého mínění opora pro závěr, že by Ústavní soud sám některé principy přímo ve svých rozhodnutích vytvářel. Jak bude ukázáno níže, principy jsou Ústavním soudem většinou nalézány v textu předpisů tvořících ústavní pořádek.

Je sice nezpochybnitelné, že soudní rozhodnutí často právní normu dotvoří či někdy dokonce přetvoří, jen zřídka, pokud vůbec, by ale bylo možno objevit případy norem, a tím spíše principů, které jsou soudem skutečně vytvořeny, tedy vycházejí *ex nihilo*. Fakticky tedy rozhodnutí českých soudů mohou mít charakter precedentů, z hlediska formálně právního by tomu tak ale být nemělo.³⁸⁸

Vzniká zde ovšem určitý problém spočívající v tom, že existuje jen velmi úzká hranice, často závislá na subjektivním posouzení, mezi právním principem ještě z platného práva (nebo vůbec z něčeho jiného) odvozeným a pravidlem, které se natolik od stanového obsahu pozitivní právní úpravy vzdálilo, že jej po obsahové stránce nelze nijak verifikovat. Tu je podle mě třeba zvolit restriktivní přístup a v případě, kde soud (pokud mu není umožněno případ vyřešit bez ohledu na chybějící normu, jako je tomu v angloamerickém právu) nenajde dostatečnou oporu pro existenci určitého právního principu, takový princip prostě nepoužít. Je to podle mého názoru především důraz na racionalitu soudcovského rozhodování (a contrario hrozící arbitrárnosti), který by měl k naznačenému přístupu směřovat.³⁸⁹ Nelze totiž nevidět, že přece jen pro některé principy dovozené například Ústavním soudem lze jen velmi těžko hledat oporu v textu právního předpisu.

Soudní rozhodnutí podle mého názoru představují v kontinentálním typu právní kultury spíše pramen poznání právního principu. Takový přístup umožňuje podrobit názor

odůvodnění takového nálezu, přesněji otázka závaznosti nosných důvodů odůvodnění. Nepochybné však je, že odůvodnění nálezu je neoddělitelně spjato s jeho výrokem a právě (jen) v jeho rámci musí být vykládáno. Pokud tedy Ústavní soud rozhoduje v individuálních případech, jsou jeho nálezy závazné pouze ve smyslu kasačním avšak nikoli ve smyslu precedenčním. V těchto případech tedy obecná závaznost rozhodnutí Ústavního soudu dána není, přestože přece jen nepřímou - svou propracovaností a povahou argumentace - by měla judikatura Ústavního soudu rozhodovací praxi obecných soudů v oblasti ústavnosti usměrňovat. Pro precedenční působení nálezů Ústavního soudu neexistuje pozitivně právní podklad, když pomíneme problematický čl. 89 odst. 2 Ústavy (Šmíček, V. Ústavní stížnost, Linde Praha, a s., 2001, s. 267 an.). Protože v právní větě jsou citovány nálezy „v individuálních věcech“, je otázka, zda právní věta vzhledem ke svému rozporu s textem odůvodnění má vůbec nějakou vypovídací hodnotu. Rozhodnutí Ústavního soudu v individuálních věcech tedy podle mého mínění nejsou obecně závazná, ale jsou závazná pouze v daném individuálním případě, i když v praxi právní názor v nich uvedený má nepochybně nemalý význam při rozhodovací činnosti obecných soudů v obdobných případech.

³⁸⁸ K tomu je třeba dodat, že v odůvodnění rozhodnutí se někdy nedočteme, odkud určitý princip pochází, spíše se konstatuje, že existuje. Jde však v takových případech zpravidla o principy, jež skutečnou institucionální oporu mají. Dále je potřeba říci, že pokud se určitý princip označí „za obecný právní princip“ bez bližšího zdůvodnění, znamená to, že je potřeba hledat jeho zdroj jinde. Kde, to už zpravidla rozhodnutí neříká.

³⁸⁹ Srov. k tomu Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, str. 244 a tam zmíněnou ideologii racionální a legální aplikace práva.

soudu ohledně existence určitého principu kritice a nepovažovat soudní rozhodnutí za jediný pramen právního principu. Naopak je možné v případech, kdy se soud na určité principy odvolává, jeho závěry prověřit a případně odmítnout pomocí srovnání jiných pramenů práva, především právních předpisů.

Je proto třeba souhlasit s O. Weinbergerem, že soudní rozhodnutí mohou být pramenem právních principů pouze tam, kde právní řád uznává precedentní rozhodování soudů v úzkém slova smyslu. Avšak i v takových případech je často zdroj právního principu jinde, než v soudním rozhodnutí, jak ukazují případy uváděné v této práci.

IV. 1. 2. 1. Exkurs: Rozhodnutí Evropského soudního dvora jako pramen právních principů

Pro demonstraci role, jakou může hrát judikatura soudu při formulování právních principů, je možno poukázat na přístup Evropského soudního dvora. Evropské právo je totiž v některých aspektech alespoň v určitých oblastech právem soudcovským, neboť nemůže být sporu o tom, že Evropský soudní dvůr skutečně některá pravidla vytvořil svojí judikaturou.

V evropském právu existují právní principy na několika úrovních. Za prvé jde o principy, které stojí v pozadí uspořádání Společenství, vztahu mezi Společenstvím a členskými státy, charakteru komunitárního práva atd. Tyto principy jsou z velké části výslovně zakotveny ve Smlouvě o založení evropského společenství (SES). Jde například o princip rozdělení pravomocí mezi Společenství a státy (čl. 5 SES), který zahrnuje jednak výlučnou pravomoc Společenství, sdílenou pravomoc vykonávanou v souladu s výslovně zakotvenou zásadou subsidiarity a s tím související princip spolupráce. Na této úrovni ale existují i principy, o nichž nelze přímo říci, že by bylo pro ně možno hledat oporu v textu Smlouvy. Například princip bezprostředního účinku směrnic byl dovozen Evropským soudním dvorem a nelze přitom říci, že by jej bylo možno opřít o text Smlouvy.³⁹⁰ Podle T. Tridimase jde v takových případech o principy, které, ač nejsou výslovně zakotveny v zakládacích aktech Společenství, byly „nalezeny“ Soudem induktivním procesem.³⁹¹

Další skupinu principů evropského práva tvoří principy odvozené od *rule of law*, které se vztahují převážně k postavení jednotlivce vůči Společenství, resp. k národním orgánům plnícím úkoly Společenství na státní úrovni. Do této skupiny je možno řadit například princip

³⁹⁰ Rozhodnutí ve věci C-9/90 Francovich; čl. 249 odst. 3 (SES) přitom zní: „Směrnice je závazná pro každý stát, kterému je určena, pokud jde o výsledek, jehož má být dosaženo, přičemž volba formy a prostředků se ponechává vnitrostátním orgánům.“

³⁹¹ Tridimas, T.: *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, 1999, str. 3.

rovnosti, proporcionality, právní jistoty, ochrany legitimních očekávání a samozřejmě též základní práva.

Poslední skupinu principů tvoří principy hmotného práva Společenství, které se týkají jednotlivých politik Společenství, případně důsledky některých základních práv.³⁹²

Je pravděpodobné, že některé z uváděných principů evropského práva by shora uvedenou definici právních principů nesplnily. Zde jde ale spíše o analýzu soudních rozhodnutí jako potencionálního pramene právních pravidel.

Pokud jde o první skupinu principů evropského práva, je patrné, že z velké části mají tyto principy oporu v textu Smlouvy, takže nelze hovořit o tom, že by rozhodnutí Soudního dvora byla jejich pramenem. Spíše je možno považovat rozhodnutí za pramen poznání principů, které jsou v rozhodnutích vykládány, precizovány a samozřejmě i aplikovány na jednotlivé případy. Pouze v těch případech, kdy nelze, jako tomu je u principu bezprostředního účinku, jednoznačně uvést text Smlouvy jako pramen principu, lze uvažovat o tom, že by rozhodnutí skutečně byla jejich pramenem.

Mnohem zřetelněji plní rozhodnutí Soudního dvora úlohu pramenů práva v případě druhé skupiny právních principů. Tyto principy jsou totiž odvozovány Soudním dvorem z právních řádů členských států, avšak jsou Soudním dvorem přizpůsobovány pro specifické úkoly a cíle Společenství.

Tyto principy jsou podle Tridimise získávány z právních řádů členských států způsobem, který je obdobný vývoji *common law* anglickými soudy.³⁹³ Soudní dvůr může uznat za obecný princip evropského práva i takový, který není uznáván ve všech členských státech a stejně tak se může lišit i okruh právních principů aplikovaných Soudním dvorem od okruhu právních principů aplikovaných soudy jednotlivých států. Tridimas o nich říká, že svým způsobem pocházejí z práva členských států, jsou ale Soudním dvorem podle okolností rozšířeny, zúženy, přeformulovány či transformovány tvůrčím soudcovským rozhodováním. Z hlediska obsahu mají pro evropské právo dvojí význam. Jednak jako principy *rule of law* limitují evropské instituce při výkonu jejich pravomocí, jednak vzhledem k tomu, že jsou vytvářeny Soudním dvorem, ukazují na tvůrčí úlohu Soudního dvora při aplikaci evropského práva. Soudní dvůr tak v průběhu doby vytvořil³⁹⁴ princip rovného zacházení

³⁹² Tamtéž.

³⁹³ Tamtéž, str. 4.

³⁹⁴ T Tridimas používá slovo *recognized*, které by se dalo doslova přeložit jako *uznal*; výstižnější bude ale překládat jej jako vytvořil, protože slovo „uznal“ by vyžadovalo další vysvětlení v tom smyslu, že jde o principy „národního“ původu, avšak rozhodovací činností Soudního dvora učiněné součástí evropského práva.

a nediskriminace, princip proporcionality, princip právní jistoty, princip ochrany legitimních očekávání, princip ochrany základních práv, princip práva na soudní ochranu.

Skutečnost, že jde o principy opravdu vytvořené pro oblast evropského práva Soudním dvorem, zřetelně dokládá například princip ochrany základních práv ve smyslu Evropské úmluvy na ochranu lidských práv a základních svobod již roce 1970³⁹⁵, tj. v době, kdy žádný z dokumentů evropského práva neobsahoval ani zdánlivý odkaz na tuto Úmluvu.³⁹⁶ Obdobně to platí pro princip zákazu diskriminace, který, ačkoliv měl výslovnou oporu v textu Smlouvy o založení Evropského společenství, neobsahoval takový zákaz v obecné rovině. Přesto tento princip dovedl Soudní dvůr.³⁹⁷ Obdobně to platí pro ostatní vyjmenované principy, byť některé z nich poté, kdy je vytvořil Soudní dvůr, byly výslovně zakotveny v předpisech evropského práva.

Lze proto konstatovat, že judikatura Evropského soudního dvora vytvořila řadu právních principů, které specifickým způsobem ovlivňují evropské právo. Ačkoliv se Evropský soudní dvůr po obsahové stránce významně inspiroval principy odvozenými z právních řádů členských států, lze z hlediska formálního hovořit o tom, že Soudní dvůr je skutečně tvůrcem těchto principů. Teprve jeho rozhodnutí tyto principy učinila součástí evropského práva, ve kterém do té doby, než je Soudní dvůr našel, prostě neexistovala.

Právě principy vytvářené Evropským soudním dvorem jsou proto názorným příkladem principů, jejichž pramenem jsou soudní rozhodnutí. Postavení Evropského soudního dvora je v tomto aspektu významně odlišné od postavení nejvyšších soudů či ústavních soudů jednotlivých zemí kontinentálního typu právní kultury.

IV. 1. 3. Právní věda jako pramen právních principů

Právní věda jako pramen právních principů ve výše uvedeném výčtu O. Weinbergera jako pramen právních principů chybí. J. Boguszak ale považuje za právní principy též „extrasystémové principy práva, tj. takové, které nejsou součástí systému práva, jsou s ním však spjaty vzhledem k vymezení systému práva, o který se jedná. Právní systém se může dovolávat těchto principů jakožto pramenů pravidel rozhodování při aplikaci práva nebo jako

³⁹⁵ Rozhodnutí ve věci C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft [1970] ECR 1125.

³⁹⁶ Ke změně v evropském právu v tomto směru došlo až přijetím Smlouvy o Evropské unii v roce 1992 s platností od 1. 1. 1993, která v čl. 6 odst. 2 zakotvuje následující ustanovení: „Unie ctí základní práva zaručená Evropskou úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod podepsanou v Římě dne 4. listopadu 1950 a ta, jež vyplývají z ústavních tradic společných členským státům, jako obecné zásady práva Společenství“ Evropská společenství ovšem respektovala díky judikatuře Soudního dvora tato základní práva v době přijetí Smlouvy o Evropské unii již přes 20 let.

³⁹⁷ Spojené věci 117/76 a 16/77 Ruckdeschel v. Hauptzollamt Hamburg – St. Annen [1977] ECR 1753.

směrnice interpretace práva“ Jde přitom o principy, které „prakticky patří k pramenům práva jakožto *opinio communis doctorum*“.³⁹⁸

Právní věda má jistě pro aplikaci práva a vůbec pro celé právnícké myšlení zásadní význam. Samozřejmě především způsob právního myšlení, kterému se právníci učí na právníckých fakultách, ovlivňuje fungování právního řádu. Právní věda má proto při poznávání právních principů své nezastupitelné místo a její závěry jistě ovlivňují i aplikační praxi, ať už jde o snahu postihnout podstatu právních principů, jejich charakter, případně i vymezit jejich zdroje. Působení je ale oboustranné, právní věda se naopak inspiruje závěry plynoucími z judikatury.³⁹⁹

Nedomnívám se však, že by doktrína sama o sobě formulovala určité principy v tom smyslu, že by je vytvářela jako pravidla *de lege lata*. Její pozice je v tomto směru podle mého názoru ještě slabší, než pozice judikatury. Je samozřejmě otázkou, jaká úloha je právní vědě připisována pozitivním právem a v jakých souvislostech. V úvodních pasážích této práce byla skutečnost, že i doktrína se považovala za pramen práva, označena za jeden z důvodů zavedení přísné vázanosti soudů zákonem. Kořeny takového přístupu lze najít již v římském právu.⁴⁰⁰ Stejně tak například *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* z roku 1756 počítal s doktrínálním výkladem jako jedním z možných pramenů práva, byť subsidiárním. V právu mezinárodním je za pramen práva uznávána též „nauka nejvíce kvalifikovaných spisovatelů různých národů jakožto pomůcka pro určování právních pravidel.“⁴⁰¹

Záleží samozřejmě též na tom, jakou úlohu právní věda sama sobě vymezí. Například podle H. Kelsena bylo úkolem právní vědy pouze popisovat, nikoliv hodnotit.⁴⁰²

Domnívám se, že právní věda by měla především usnadňovat poznání práva, nikoliv přímo aktivně právo vytvářet. Lze soudit, že takové úmysly nelze právní vědě ani připisovat. Ve vztahu k právním principům tak plní právní věda spíše úlohu zdroje jejich poznání, klasifikace apod. Zřejmě jen málo právních principů platí v důsledku toho, že byly

³⁹⁸ Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: *Teorie práva*, Eurolex Bohemia, Praha 2001, str. 268-269.

³⁹⁹ Což je patrné zejména tam, kde soudci jsou významnými právními vědci, jako je např. prof. P. Holländer, soudce Ústavního soudu. Nelze ovšem v takových případech neshledat jistý paradox, kdy soud odkazuje na názory doktríny a doktrína odkazuje na názory soudu, přičemž „soud“ a „doktrína“ jsou totožné osoby. Srov. např. Holländer, P.: *Soudce dnes: bariéra postmoderní dekonstrukce nebo industriální továrna na rozhodnutí?*, Soudce č. 8/2001, str. 2-16, kde autor odkazuje na některé nálezy „svého“ senátu (III. ÚS) či naopak nálezy Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 2/03, kde se k podpoře stanoviska o rozsahu závaznosti nálezů Ústavního soudu odkazuje na knihu Filip, J., Holländer, P., Šimíček, V.: *Zákon o Ústavním soudu, komentář*, C.H.Beck, 1. vydání, 2001, str. 286 – 287.

⁴⁰⁰ Srov. např. tzv. citační zákony císaře Konstantina z r. 321 n. l.

⁴⁰¹ Čl. 38 odst. 2 Statutu Mezinárodního soudního dvora.

⁴⁰² Kelsen, H.: *Ryzí nauka právní, Metoda a základní pojmy*, Orbis, Praha – Brno 1933, str. 1: „*Ryzí nauka právní je teorie pozitivního práva. Jakožto teorie chce svůj předmět výlučně a jediné poznávat. Pokouší se odpovědět na otázku co je právo a jaké je právo, nikoliv však na otázku, jaké právo být má nebo jaké se má vytvořit. Jest právní vědou, nikoliv právní politikou.*“

„vytvořeny“ právní vědou v pravém slova smyslu. Spíše jde o situace, kdy právní věda přispívá k poznání právních principů, které abstrahuje z právních předpisů, soudních rozhodnutí apod.

Právní vědě nelze samozřejmě klást žádné překážky v rovině úvah *de lege ferenda*. V každém případě by však měla zůstat zřetelná hranice mezi vytvářením právních principů a jejich přibližováním, poznáváním ve formálních pramenech práva.

Významnou úlohu právní vědy lze spatřovat ve schopnosti reflektovat právní vývoj a případně přenášet obsahy již formálně neplatných právních pravidel dále. Výše bylo několikrát řečeno, že mnoho právních principů dříve výslovně zakotvených v právu již takové explicitní vyjádření postrádá. Právě díky právní vědě zůstávají součástí právního myšlení a jsou aplikovány v praxi. Je však třeba rozlišovat případy, kdy určitý dříve známý a platný princip již postrádá normativní oporu a je proto na místě jej nadále neaplikovat, od případů, kde lze stále normativní oporu, byť možná jen „slabou“, implicitní, v právním řádu nalézt. Příkladem může zásada *ignorantia legis non excusat* vyjádřená výslovně v § 2 ABGB, kterou je dnes potřeba dovozovat například z požadavku materiální publicity právních předpisů apod.

IV. 1. 4. Právní principy jako pramen práva sám o sobě

Snahy o přehlednou klasifikaci právních principů založenou na formálním kritériu jeho určení komplikuje skutečnost, že poslední dobou sílí tendence považovat právní principy za prameny práva samy o sobě.⁴⁰³ To znamená, že jde o pravidla, která jsou součástí práva díky tomu, jaké chování z nich vyplývá. V dworčinovském pojetí proto, že přetrvávají v právním myšlení z důvodu „pocitu vhodnosti“, jindy proto, že jsou přirozeně dobré a správné (I. Telec) či právě proto, že platí v důsledku svého obsahu (Holländer).

V takových případech je ale potřeba se ptát, zda je možno je nalézt z objektivního hlediska, či zda je jejich nalézání záležitostí subjektivní, takže se bude případ od případu lišit nejen jejich počet, ale hlavně obsah.

I když se právní principy podle tohoto pojetí mají identifikovat v podstatě pouze podle svého obsahu, přetrvává potřeba se ptát, jaká je v takových případech vnější forma právních principů, jsou-li samy pramenem práva? A dále: není-li jasná forma právních principů, jak může být poznatelný jejich obsah? Vždyť přece forma jakéhokoliv jevu nám pomáhá jej určit

⁴⁰³ Srov. k tomu specificky ve vztahu k evropskému právu Šišková, N.: Vývoj doktríny základních práv v judikatuře Evropského soudního dvora, Právník č. 4/2003, str. 350: „Pramenem práva jsou obecné zásady právní jen výjimečně.“

a odlišit od ostatních jevů. Smlouvu poznáme díky tomu, že je buď vyslovena nebo napsána, člověk je člověkem proto, že jeho tělo a mysl tvoří celek a právní norma je závazným pravidlem chování proto, že je obsažena v příslušném prameni, což je jediný způsob, jak ji odlišit od požadavků morálky, pravidel společenského chování atd.

Jediná jasná skutečnost v koncepci právních principů jako samostatného pramene práva je ta, že mají existovat určitá pravidla, jež sama jsou právem (stanoví, co má být), ale nelze je identifikovat podle formy. Pak je ještě jasné, že musí být obecná a že musí jít o principy, což vzhledem k nejasnosti výrazu právní princip nic zásadního neobjasňuje.

V teoretické koncepci by právní principy, které jsou samostatným pramenem práva, měly mít postavení tzv. autonomního pramene práva⁴⁰⁴. Jejich určitelnosti to však ani v nejmenším nepřispívá.

Kriticky se lze k pojetí právních principů jako samostatného pramene práva vyjádřit na podkladě známého nálezu Ústavního soudu č. 30/1998 Sb.⁴⁰⁵, kde Ústavní soud deklaroval právě existenci právních principů jako autonomního pramene práva. Ústavní soud zde totiž neposuzoval jen konkrétní kauzu, ale „*spor o chápání práva v demokratické společnosti.*“ V návaznosti na takto vymezený „problém“ Ústavní soud vyslovil názor, že „*Moderní demokratická psaná ústava je společenskou smlouvou, kterou se lid, představující ústavodárnou moc (pouvoir constituant), ustavuje v jedno politické (státní) těleso, zakotvuje vztah individua k celku a soustavu mocenských (státních) institucí. Dokument institucionalizující soustavu základních obecně akceptovaných hodnot a formující mechanismus a proces utváření legitimních mocenských rozhodnutí nemůže existovat mimo veřejností akceptovaného kontextu hodnot, spravedlnostních představ, jakož i představ o smyslu, účelu a způsobu fungování demokratických institucí. Jinými slovy nemůže fungovat mimo minimálního hodnotového a institucionálního konsenzu. Pro oblast práva z toho plyne závěr, že pramenem práva obecně, jakož i pramenem práva ústavního, a to i v systému psaného práva, jsou rovněž základní právní principy a zvyklosti.*“ (vlastní zvýraznění) „*Tuto tezi potvrzují nejen teoretické analýzy, ale především dějiny 20. století, spjaté s existencí totalitních států. Mechanické ztotožnění práva s právními texty se stalo vítaným nástrojem*

⁴⁰⁴ Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, str. 127 an., kde autor přejímá závěry polských právních teoretiků L. Moravského a M. Zirk-Sadowského, kteří rozlišují autonomní prameny práva (tj. taková pravidla, jež mohou být na čemkoliv jiném nezávislým základem soudcovského rozhodnutí) a neautonomní prameny práva (taková pravidla, jež mohou být základem soudcovského rozhodnutí jen v závislosti na autonomním prameni práva, nikoliv sama o sobě). Sami tito autoři považují principy pro oblast polského práva za neautonomní pramen práva.

⁴⁰⁵ Nález se týkal výkladu běhu 15ti denní lhůty pro vrácení zákona prezidentem Poslanecké sněmovně, konkrétně v souvislosti se zákonem č. 243/1997 Sb. (novela zákona č. 246/1992 Sb., o ochraně zvířat proti týrání)

totalitní manipulace Učinilo zejména z justice poslušný a nemyslicí nástroj prosazování totalitní moci “

Argumentace Ústavního soudu není zcela srozumitelná. Za prvé není vůbec zřejmý vztah mezi minimálním hodnotovým a institucionálním konsensem a tím, že pramenem práva (myšleno zjevně autonomním) by měly být právní principy. Soudě naopak podle Ústavy a Listiny, lze se domnívat, že minimální konsensus je na tom, že pramenem práva jsou právní předpisy přijímané zákonodárným sborem, tedy zákony, ústavní zákony a případně též zákonná opatření. Toto základní pravidlo koneckonců sám Ústavní soud zdůrazňuje.

Je samozřejmě nutné souhlasit s tím, že hodnoty obecně ve společnosti sdílené, a tedy ve společnosti existující, jsou, jakožto výsledek společenského konsensu osob, které jsou spolu spjaty různými pouty (společné zvyky, tradice, potřeby, zájmy, původ, jazyk atd.), vtěleny coby představy o správném uspořádání vzájemných vztahů **do určitých forem**, jež pak tvoří ústavní (základní, fundamentální) a další (v běžných zákonech vyjádřená) pravidla pro institucionalizované řešení konfliktů ve společnosti. Tímto způsobem dochází k zakotvení rozhodovacích procesů a utvoření mocenských institucí, které legitimovány právě společnou vůlí a rozhodnutím alespoň většiny dotčených osob, řídí a usměrňují další vývoj ve společnosti.

Není však možné souhlasit s tím, že by takový (minimální) konsensus měl být zachycen jakkoliv jinak (tj. v libovolné formě), přičemž by byl relevantním při řešení právních případů. Ústavní soud si totiž protiřečí. Jestliže na jedné straně říká, že ve společnosti sdílené hodnoty jsou vtěleny do psaných norem (ústavních, ale je možno se domnívat že i zákonných), pak tvrzení, že pramenem práva jsou rovněž základní právní principy a zvyklosti (z kontextu nutno vyrozumět, že jde o standardy nepsané), vyvolává otázku, na základě čeho jsou takové standardy pramenem práva. Jinými slovy, kdo je oprávněn (legitimován) určit, co má být považováno za pramen práva? Jestliže totiž na jedné straně jsou společností sdílené hodnoty obsaženy v psaných textech, pak, pokud by měly existovat i další hodnoty, měly by být také v těchto ústavních (ale i zákonných) textech obsaženy. Všeobecnou akceptaci určitých hodnot manifestuje společnost právě tím, že je zakotvuje do takové podoby (formy), jejíž obsah je každému srozumitelný a nebo je alespoň relativně snadno zjistitelný. Sdílelo-li by určité společenství i některé další hodnoty, pak se naskytá otázka, proč je také do určitých forem nepojalo, jsou-li natolik důležité, že je zájem na tom, aby se podle nich postupovalo.

Při realistickém pohledu na věc je potřeba si uvědomit, že společností sdílené hodnoty jsou, jak už z vlastní povahy hodnot tohoto druhu vyplývá, často vysoce obecné, resp.

abstraktní. Proto, i když jsou zakotveny v ústavních textech, je třeba je určitým způsobem interpretovat. Primárním vodítkem pro jejich interpretaci je právě jejich formální zakotvení a slovní vyjádření v právních textech.

Proto se domnívám, že tvrzení Ústavního soudu o tom, že vedle práva psaného jsou pramenem práva i základní právní principy nevyjádřené v právních textech, je nesprávné. Jestliže existují ve společnosti určité hodnoty, jež mají natolik zásadní význam, že vyjadřují základní představy o charakteru společenských vztahů, pak nic nebrání moci ustavující, aby je včlenila do příslušných normativních textů. Stejně tak nebrání nic moci ustavené (zákonodárci), aby tyto hodnoty učinil předmětem ochrany na úrovni zákonů.

Z toho plyne závěr, že pokud z textů právních předpisů nelze vyvodit racionální a přesvědčivou argumentaci zdůvodněný závěr o existenci určitého principu v psaném právu, pak není na místě se takového principu dovolávat. Je na ústavodárci, popř. i zákonodárci, aby tento princip, nebo dokonce konkrétní normu přijal, resp. jej jiným způsobem zakotvil a vyjádřil.

Tvrdí-li Ústavní soud, že ztotožnění práva s právními texty vedlo ke vzniku totalitních států, pak zjevně vychází z myšlenky, že existence určitých základních právních principů nevyjádřených přímo v ústavě je především pojistkou proti tomu, aby se stát nestal totalitním. To ale vůbec není nejisté. Jestliže se ve státě vytvoří struktury, které povedou ke vzniku totalitního (totálního) státu, pak ani existence psané ústavy vyjadřující ty nejdemokratičtější zásady takovému zvratu nezabrání.⁴⁰⁶ Tím méně tomu zabrání principy v právních normách nevyjádřené.

Navíc, pokud Ústavní soud v nálezu poukazuje na to, že „mechanické ztotožnění práva s právními texty se stalo vítaným zdrojem totalitní manipulace“, není vůbec jasné, z čeho toto konstatování pramení. Jestliže soudy (které má zde Ústavní soud zejména na mysli) aplikovaly psané právo, lze jen těžko považovat takový postup za nesprávný. Problém, domnívám se, byl totiž právě v tom, že soudy zákony vykládaly ve světle určitých principů, což posouvalo smysl zákonů směrem, který sledovala vládnoucí ideologie.⁴⁰⁷ Nedomnívám

⁴⁰⁶ Je možné v tomto případě odkázat na alegorii, kterou podává L. Fuller (Fuller, L. L.: *Morálka práva*, Oikoymen, Praha 1998), o problému „odporného udavače“, který je dán do kontextu s hypotetickým režimem „Purpurových košil“, které vytvořili totalitní stát bez (počáteční) obsahové změny platných předpisů. Tuto alegorii lze podle mého názoru použít na většinu totalitních režimů, včetně režimu nastoleného u nás po roce 1948. Srov. k tomu Gerloch, A., Hřebejk, J., Zoubek, V.: *Ústavní systém České republiky – základy českého ústavního práva*, 3. vydání, Prospektrum, Praha 1999, str. 49, kde se uvádí, že „Ústava 9. května je příkladem přímo flagrantního rozporu mezi ústavním textem, zákony a právní praxí“.

⁴⁰⁷ Poměrně plasticky tuto skutečnost dokládá Kühnem citovaná Zpráva předsedy Nejvyššího soudu Československé socialistické republiky J. Ondřeje, či směrnice pléna Nejvyššího soudu Československé socialistické republiky k hlavním ideologickým problémům v rozhodovací činnosti soudů a státních notářů publikovaná ve Sběrce soudních rozhodnutí, 1974. V této směrnici bylo řečeno, že „soudci musí ve své

se, že ani v dnešní době by tomu mělo být jinak, než že se soudy budou primárně držet textu zákona.⁴⁰⁸

Princip dělby moci, který je zřejmě nejdokonalejším ze všech nedokonalých mechanismů působících proti koncentraci moci, naopak předpokládá (alespoň v chápání demokratického právního státu), že soudy budou vázány tím, co je vyjádřeno v textech právních předpisů (primárně zákonů). To ale neznamená, že jejich rozhodování bude zcela mechanické. I soudy mohou (a musí) vzít za základ svého uvažování různé hodnoty, spravedlnostní představy apod., ovšem podle mého názoru jen tehdy, jsou-li v právních předpisech vyjádřeny.⁴⁰⁹

Ústavní soud si byl koneckonců vědom toho, že koncepce nepsaných právních principů je problematická vzhledem k možnosti jejich poznatelnosti. Ústavní soud proto nastolil i otázku poznatelnosti takových principů, resp. otázku, zda jejich formulování je věcí libovůle, či nikoliv.

Je totiž zřejmé, že případná arbitrárnost při formulování obsahu právních principů by znehodnotila samu povahu principů, zejména legitimitu možnosti se jich dovolávat. Proto Ústavní soud vymezil dvě garance, jak libovůli čelit. První garancí je podle něj „mravní a kulturní kontext odpovědnosti“, druhou pak soustava demokratických institucí utvářejících dělbu moci. Je zjevné, že Ústavní soud zvažoval otázku poznatelnosti a formulace principů v souvislosti s tím, do jaké míry jsou ospravedlnitelné co do obsahu a způsobu vytváření. Kládl přitom důraz na racionalitu a samozřejmě i všeobecně sdílené hodnoty, jež by měly stát v pozadí.

Domnívám se nicméně, že „kulturní a mravní kontext odpovědnosti“ je kritérium dosti nejasné a neposkytuje podle mého názoru dostatečnou záruku proti možné arbitrárnosti rozhodování.⁴¹⁰ Princip dělby moci je narušen v okamžiku, kdy soud začne právo vytvářet.

Na úkor „kulturního a mravního kontextu odpovědnosti“ by bylo lépe posílit legitimitu rozhodnutí přesvědčivými verifikovatelnými argumenty (v terminologii Z. Kühna „legálním a racionálním výkladem“), což se právě v rozebírané věci nestalo.

rozhodovací činnosti vycházet z pozic marxismu-leninismu a ze současného stavu společenského rozvoje objasněného v dokumentech vrcholných stranických orgánů“. Soudcům „bylo přikázáno následovat marxisticko-leninskou světovou ideu“. Citováno z: Kühn, Z.: Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace, Analýza příčin postkomunistické právní krize, C. H. Beck, Praha 2005, str. 57.

⁴⁰⁸ Lze odkázat na § 3 odst. 1 navrhovaného nového občanského zákoníku, podle kterého se „Nikdo se nesmí dovolávat slov právního předpisu proti jeho smyslu.“ Nikoliv tedy text zákona, ale jeho smysl (který zřejmě bude odlišný od jeho textu!) by měl být určující pro výklad zákona. (sic!)

⁴⁰⁹ Např. § 39 či § 424 občanského zákoníku, tj. dobré mravy.

⁴¹⁰ Zejména u orgánu, který si je vědom toho, že nad ním není již nikdo, kdo by jeho závěry byl oprávněn korigovat.

Vztah psaného práva a právních principů Ústavní soud zasadil do rámce kontinentální právní kultury: „V systému psaného práva má přitom obecné právní pravidlo charakter samostatného pramene práva pouze *praeter legem* (čili, pokud psané právo nestanoví jinak). I v českém právu takto platí a je běžně aplikována řada obecných právních principů, které nejsou výslovně obsaženy v právních předpisech. Příkladem je právní princip, dle něhož neznalost práva neomlouvá, nebo princip nepřipustnosti retroaktivity, a to nejenom pro odvětví práva trestního. Jiným příkladem jsou výkladová pravidla a *contrario*, a *minore ad maius*, a *maiore ad minus*, *reductio ad absurdum* apod. Dalším, a to moderním ústavním nepsaným pravidlem, je řešení kolize základních práv a svobod principem proporcionality.“

I na tomto místě je argumentace Ústavního soudu nepřesvědčivá. Ve shodě s většinou autorů⁴¹¹ se domnívám, že určitý princip, aby byl právním principem, nemusí být výslovně (explicitně) vyjádřen v psaném právu. Případy, kdy explicitně vyjádřen je, nejsou příliš časté. Navíc je v takových případech principiální charakter takového pravidla obvykle zastřený nebo není na první pohled zřetelný. Zcela postačí, jestliže právní princip lze z právního předpisu odvodit „reduktivními nebo deduktivními úsudky“⁴¹², tedy lze-li jej odvodit výkladem, pomocí pravidel logického uvažování, systematiky právního řádu atd.

Ústavní soud tvrdí, že celá řada těchto principů je aplikována *praeter legem*. Tento názor je zjevně v rozporu se základními ústavními pravidly českého práva. *Praeter legem* se mohou chovat jednotlivci, nikoliv státní orgány. Toto tvrzení lze vyvrátit argumentem opírajícím se o povinnost všech státních orgánů vykonávat státní moc jen způsobem stanoveným zákonem (čl. 2 odst. 3 Ústavy); pro soudy je toto pravidlo vyjádřeno také v čl. 95 Ústavy. Je-li soud při svém rozhodování (při aplikaci práva) vázán zákonem, nemůže aplikovat žádný princip *praeter legem*. Může aplikovat jen ta pravidla, která jsou v zákonech vyjádřena. Mají-li snad povahu právních principů, jsou aplikována na základě zákona, nikoliv *praeter legem*. Pokud by soud postupoval *praeter legem*, porušil by čl. 95 Ústavy.⁴¹³

Nepřesvědčivost argumentace Ústavního soudu vyplývá též z výčtu obecných právních principů (zajisté pouze příkladného). Například princip „*ignorantia legis (iuris) non excusat*“ (i když jde spíše o fikci, zejména v současném českém právu), je určitě velmi důležitý. Přesto nelze říci, že by jej nebylo možno dohledat v pozitivním právu. Jak upozorňuje V. Pavlíček⁴¹⁴, tento princip byl výslovně vyjádřen již v Obecném zákoníku

⁴¹¹ Např. J. Boguszak, O. Weinberger a další.

⁴¹² Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: *Teorie práva*, Eurolex Bohemia, Praha 2001, str. 268

⁴¹³ Je zarážející, že Ústavní soud tyto pozitivněprávní argumenty vůbec nerozvedl.

⁴¹⁴ Pavlíček, V.: Několik poznámek k právním principům v procesu transformace ústavních systémů, in: Boguszak, J. (ed.): *Právní principy*, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 135.

občanském (viz § 2 ABGB). Domnívám se, že i v současném právu jej lze nalézt. Jestliže čl. 52 Ústavy stanoví, že „k platnosti zákona je třeba, aby byl vyhlášen“, pak lze podle mého názoru z tohoto ustanovení dovodit, že pokud byla právní norma vyhlášena (a to způsobem stanoveným zákonem), je možné její dodržování vyžadovat.⁴¹⁵ Nedomnívám se tedy, jak z rozebíraného nálezu Ústavního soudu plyne, že tento princip je aplikován *praeter legem*. Bylo by paradoxní, kdyby jeden z důležitých principů neměl mít oporu v psaném právu.

Princip zákazu retroaktivity je nepochybně principem značného významu. Ani v tomto případě ale nejde o princip aplikovaný *praeter legem*. V této souvislosti je jeho aplikace *praeter legem*, tj. pokud psané právo nestanoví jinak, obzvláště absurdní, protože pak by k takovému zákazu nemohl soud přihlížet, je-li retroaktivita v zákoně výslovně zakotvena, což je většina případů. Ústavní soud v jiných souvislostech tento princip vcelku logicky a přesvědčivě dovozuje z pojmu právní stát.⁴¹⁶

Stejně tak pokud jde o princip proporcionality, je možné najít pro něj oporu v ústavním předpisu.^{417, 418}

Ústavní soud si je dále vědom skutečnosti, že definovat obecná právní pravidla pouze podle jejich obsahu je velmi problematické (jak již bylo řečeno, jsou-li samy právní principy pramenem práva, pak nemají žádnou zjevnou formu). Proto se pokouší určit alespoň některé znaky, které by mohly k identifikaci právních principů vést pokud jde o jejich formu. Rozvíjí tezi o podobnosti, resp. shodném základu, obecných právních principů a zvyklostí (právních obyčejů). Ústavní soud je srovnává a dochází k závěru, že „*pro vznik právního obyčeje je nutné obecné přesvědčení o potřebě dodržovat obecné pravidlo chování (opinio necessitatis)*

⁴¹⁵ Viz k tomu Pavlíček, V., Hřebejk, J.: Ústava a ústavní řád České republiky, komentář, 1. díl, Ústavní systém, Linde, Praha 1998, 2. vydání, str. 199.

⁴¹⁶ Viz např. nálezh. č. 131/1994 Sb. (Sbírka nálezů ÚS, svazek 1, nálezh. č. 25, str. 189 násl.): „V ústavním pořádku České republiky výslovný zákaz retroaktivity pro oblast trestního práva hmotného zakotvuje čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, všeobecný zákaz retroaktivity lze dovodit z čl. 1 Ústavy České republiky, podle něhož je Česká republika právním státem.“

⁴¹⁷ Srov. například Pavlíček, V.: Několik poznámek k právním principům v procesu transformace ústavních systémů, in: Právní principy, Ed. J. Boguszak, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 135, a Ústavní soud tak v jiné souvislosti činí: „Ústavní soud chápe, že formulace zákona skýtá příležitost pro různý výklad, má však za to, že restriktivní výklad Vrchního soudu v Praze neodpovídá zcela evidentně ani smyslu zákona, ani cíli zákonodárce a že porušuje princip přiměřenosti v právním státě vyjádřený v čl. 4 odst. 4 Listiny, podle něhož při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu.“ (Nález č. 128/1997 Sb. (Sbírka nálezů ÚS, svazek 8, nálezh. č. 50, str. 23 násl.) Je možné k tomu dodat, že princip přiměřenosti lze nalézt i v jiných ustanoveních Listiny. Jde podle mého o veškerá ustanovení, která umožňují prolomit určité právo „v případech nezbytných v demokratické společnosti, je-li to potřeba pro ochranu práv a svobod druhých...“. Lze se tedy domnívat, že jde o další nepřesnost v argumentaci.

⁴¹⁸ Na druhou stranu nelze nevědět, že Ústavní soud se na své teze opakovaně odvolává, viz např. nálezh. publikovaný pod č. 410/2001 Sb. Právní principy v tomto nálezu spojil s „obecnými zásadami právními evropského práva“, které pro něj právě z toho důvodu, že jde o právní zásady společné všem zemím, činí závazným primární komunitární právo, jehož jsou součástí. V době přijetí nálezu nebyla Česká republika členem Evropských společností.

a dále jeho zachovávání po dlouhou dobu (*usus longaevus, resp. longa consuetudo*). Obě tato hlediska jsou definičními hledisky i pro vymezení obecného právního principu (hlediskem odlišujícím obecný princip a právní obyčej je zejména míra jejich obecnosti)“.

Nakolik právní obyčej nemají již dlouho místo v českém právním řádu⁴¹⁹, je podle mne nevhodné spojovat zejména právní princip s nutností dlouhodobého zachovávání. Pokud jde o *opinio necessitatis*, šlo by jej snad dovést z toho, že právní princip někdy vyjadřuje určité hodnoty, respektive je jejich odrazem. Je-li pak hodnota předmětem společenského konsensu, je i princip, který hodnotu vyjadřuje, výsledkem společenského konsensu. V případě *consuetudo longa* je toto přirovnání chybné. Mělo-li by být znakem právního principu jeho dlouhodobé zachovávání, pak by bylo problematické například aplikovat princip přiměřenosti, princip legitimního očekávání apod., které jsou principy veskrze moderními. Kritériem dlouhodobého zachovávání by odůvodnil Ústavní soud nejvýše principy římského práva⁴²⁰, popřípadě snad některé principy formulované v počátcích vzniku konstitucionalismu.

Nález Ústavního soudu vychází z koncepce *praeter legem* existujících právních principů, jež jsou autonomními prameny práva. Z důvodů, jež byly výše uvedeny, nelze považovat takovou koncepci za správnou a též v některých svých aspektech jsoucí v rozporu se základními ústavními pravidly fungování právního řádu.

Je třeba říci, že Ústavní soud zpravidla nezastává tak radikální stanovisko. V jiné souvislosti například Ústavní soud judikoval, že „soud 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.“⁴²¹ Dále pak v jiném nálezu⁴²² „přitom účel a smysl zákona nelze hledat jen ve slovech a větách předpisu. V právním předpisu jsou a musí vždy být obsaženy i principy

⁴¹⁹ Boguszak, J., Čapek, J.: *Teorie práva*, 2. vydání, Codex Bohemia, Praha 1997, str. 27 an. Srov. však nálezy č. 285/2001 Sb., v němž Ústavní soud uvedl: „Ústavní soud rovněž konstatoval, že dlouhodobě praktikovaný ústavní postup, který odpovídal určitému hodnotovému a institucionálnímu konsensu ústavních orgánů a opakovaně potvrzoval určitou interpretaci ustanovení Ústavy, je třeba chápat jako ústavní zvyklost, kterou nelze při výkladu Ústavy pominout“

⁴²⁰ Mezi principy římského práva ovšem v žádném případě nepatřil zákaz retroaktivity. Římské právo bylo dokonce v jistém směru na retroaktivitu založeno. Srov. Skřejpek, M.: *Retroaktivita a římské právo*, Právník č. 6/2001, str. 617-631.

⁴²¹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 21/96 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 7, nálezy č. 13, str. 87 násl.).

⁴²² Nález sp. zn. IV ÚS 275/96 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 6, nálezy č. 104, str. 9 násl.).

uznávané demokratickými právními státy. Za takový stát se Česká republika také prohlašuje v čl. 1 své Ústavy.“

Z. Kühn, který zastává koncepci právních principů jako autonomního pramene práva, uznává, že „pouze menšina právních principů má autonomní povahu“.⁴²³ Nelze je přitom podle jeho názoru hledat „v nadoblačných sférách přirozeného práva“. Pokud ale tvrdí, že „právní princip lze racionálně rekonstruovat analýzou právního řádu“, tedy že „některé právní principy vychází z funkcionálního pojetí právního řádu jako významového celku“ a že nelze říci, že „zdrojem takovýchto principů je soubor všech právních předpisů daného právního řádu. Tyto principy nejsou normativním důsledkem právního řádu, ale jsou ve funkcionálním slova smyslu jeho normativním předpokladem. Racionální rekonstrukcí právního řádu a jeho společenské funkce lze například dospět k názoru, že v našem právu existují principy *Pacta sunt servanda* a *Neminem laedere*, bez jejichž existence přestává právní řád být funkčním a racionálním systémem.“⁴²⁴, pak to nepovažují za správné.⁴²⁵ Uvedené principy lze podle mého názoru mnohem racionálněji získat rekonstrukcí nikoliv celého právního řádu, ale spíše jeho jednotlivých odvětví (tedy právních předpisů právní odvětví vytvářejících).⁴²⁶

Navíc, i když připustíme, že právní principy lze rekonstruovat analýzou právního řádu, je třeba tímto právním řádem myslet především psané právo (případně též precedenty, jsou-li za pramen práva uznány). Dost těžko je totiž lze rekonstruovat z něčeho jiného. I kdybychom totiž připustili, že alespoň některé právní principy existují *praeter legem*, nemáme žádný jiný zdroj, z kterého je zjistit, než tu relativně stabilní část právního řádu, který tvoří právní předpisy. Nemůžeme totiž zjistit právní principy z toho, co samy mají tvořit (tedy z jakéhosi souboru pravidel stojících mimo psané právo). Nemůžeme zjistit něco z něčeho, co je vytvořeno tím, co chceme zjistit. V takovém případě se zjevně pohybujeme v kruhu, který je prolomen (a tady z něj vede cesta) právě odkazem na pozitivní právo.

Na podporu toho, co bylo řečeno, je možné poukázat na některá problematická rozhodnutí Ústavního soudu, v nichž byly skutečně aplikovány právní principy *praeter legem*. Otázkou stále zůstává, zda správně.

⁴²³ Kühn, Z : Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, str. 129.

⁴²⁴ Tamtéž, str. 128.

⁴²⁵ Zajímavé je, že v mnoha směrech propracovaném římském právu neměla zásada *nullum crimen sine lege* velké opodstatnění, protože šla „přímo proti duchu římského práva“. Srov. Skřejpek, M. cit. dílo, str. 617.

⁴²⁶ Je sice možná pravda, že „povinnost nikomu neškodit tu objektivně je, aniž by nutně musela být zakotvena v právním předpise ...“ (tamtéž, str. 122), nicméně takové konstatování je bez faktického významu, pokud právní úprava nestanoví konkrétní pravidla o odpovědnosti za škodu (rozlišení odpovědnosti za zavinění a bez zavinění, podmínky vzniku odpovědnosti atd.), nehledě k tomu, že rozhodující není příkaz nikomu neškodit, ale sankce s porušením tohoto principu spojené.

V nálezu č. 34/1994 Sb. se Ústavní soud zabýval návrhem na zrušení zákona č. 39/1993 Sb., o pokutách a kaucích za nedodržování zákonů upravujících transformaci zemědělských družstev a nápravu majetkových křivd v oblasti vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku. Podstatou tohoto zákona bylo, že zavedl sankce vůči osobám, jež by svým jednáním zpomalily průběh transformace českého zemědělství, jejíž základy položil zákon č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku (zákon o půdě).

Ústavní soud judikoval, že je jeho věcí, „*aby chránil proces transformace a privatizace zemědělství, které jsou integrální součástí ekonomických reforem, neboť další výstavba demokratického státu, stojícího na prahu svého vývoje, nezbytně předpokládá i existenci hospodářského základu demokracie, tedy v českých podmínkách dovršení ekonomické reformy.*“ Dále Ústavní soud v nálezu uvedl, že „*zpomalování transformace zemědělského majetku a pomalé vyrovnávání s tím souvisejících restitučních nároků znamená i opožďování průběhu ekonomické reformy v zemědělství. Tato situace není v souladu se smyslem a duchem Ústavy, která v čl. 1 definuje Českou republiku mimo jiné jako demokratický stát založený na úctě k právům a svobodám člověka a občana, a není v souladu ani s Listinou, která mezi základní lidská práva a svobody řadí i právo vlastnit majetek a v čl. 2 stanoví, že stát je založen na demokratických hodnotách. Dopršení ekonomické reformy (a to i v zemědělství) je jednou ze záruk, které mají zabránit potenciálnímu zvratu rodící se demokratické společnosti zpět k systému paternalistického, a tím i totalitního státu, založeného na kolektivistickém chápání ekonomiky*“.⁴²⁷

Je třeba podotknout, že z žádného ustanovení Ústavy či Listiny ani nepřímo nevyplývá, že zcela privatizované zemědělství by nutně muselo tvořit páteř českého hospodářství. Na rozdíl od dřívějších ústav⁴²⁸ je Ústava ČR z hlediska ekonomického bezpochyby neutrální. Neuplatňuje se princip odstupňované ochrany vlastnictví, naopak čl. 11

⁴²⁷ K tomu je nutné ještě připojit několik poznámek: Snad by bylo možno namítnout, že v tomto nálezu se o žádný princip (ve smyslu určitého právního východiska pro řešení některých problémů), natož pak o princip právní, vůbec nejedná. Jinými slovy, že pojmy jako privatizace, tržní hospodářství apod. jsou prostě otázkou ekonomicko-politickou. Tak by tomu snad mohlo být, ale pouze do okamžiku, než bude řečeno, že nedostatečně transformované zemědělské hospodářství z převažujících kolektivních forem hospodaření na zcela privátní odporuje „*duchu a smyslu Ústavy*“. Jakmile tržní hospodářství a privatizované zemědělství budou zahrnuty pod pojem „*duch a smysl Ústavy*“, je nutné je považovat za pojmy právní a tedy i právní principy. Proto je nutné, pokud Ústavní soud zahrnul privatizované zemědělství pod výraz „*duch a smysl*“ Ústavy, učinit závěr, že musí jít o principy právní, byť se z textu ústavních norem dají vyvodit jen s obtížemi (resp. dle mého názoru vůbec). Navíc je nutné je považovat za princip právní už proto, že je Ústavní soud vzal za základ svého uvažování, tedy je podpořil autoritou státního orgánu, kterým je.

⁴²⁸ Viz např. čl. 7 odst. 2 úst. zákona č. 100/1960 Sb., Ústava Československé socialistické republiky, ustanovení „*ekonomické povahy*“ mají někdy i ústavy jiných států - srov. např. čl. 55 Ústavy Slovenské republiky, čl. 20 Ústavy Polské republiky (viz Pavlíček, V. a kol.: Transformace ústavních systémů zemí střední a východní Evropy, I. část, Praha 1999, str. 244).

Listiny stanoví, že vlastnické právo všech vlastníků má stejný zákonný obsah a ochranu. Kolektivní formy hospodaření jsou zejména v oblasti zemědělství vcelku běžné, což je možno doložit porovnáním s ostatními státy Evropy, které jsou považovány za demokratické. I jinak Listina vychází z principiální rovnosti všech subjektů.

Nelze samozřejmě zpochybnit právo zákonodárce stanovit sankce za porušení určitých povinností, jež plynuly ze zákona o půdě. Lze však zpochybnit kompetenci Ústavního soudu takové politické rozhodnutí podpořit.

Že se Ústavní soud cítí povolán chránit principy tržní ekonomiky dokládá i nález⁴²⁹, ve kterém si Ústavní soud odůvodnil dostatečnou naléhavost návrhu na zrušení určitého ustanovení⁴³⁰ zák. č. 72/1994 Sb., o vlastnictví k bytům, aniž by vyžadoval vyčerpání všech opravných prostředků, „důležitosti stanovení hranic ústavně přípustného omezení vlastnického práva v demokratickém právním státě založeného na úctě k právům a svobodám člověka a občana, a tím v oblasti ekonomické na principu tržního hospodářství“. Navrhovateli Ústavní soud nálezem vyhověl, příslušné ustanovení zrušil a tím princip tržního hospodářství podpořil.

IV. 2. Závěrem k problematice pramenů právních principů

Za právní principy je podle mého názoru nutné považovat v kontextu kontinentální právní kultury především takové standardy, které jsou **výslovně** zakotveny v ústavních či běžných zákonech, případně v mezinárodních smlouvách, pokud jsou tyto smlouvy aplikovatelné, a to ať jsou vyjádřeny v jediném ustanovení nebo na různých místech normativního aktu. Případy explicitního vyjádření právních principů jsou nicméně podle mého názoru nepříliš časté. Záleží ovšem, jak se na problém díváme. Pokud přiznáme charakter právních principů např. základním právům a svobodám, bude výslovně vyjádřených právních principů v právním řádu značné množství.

Dále je možné za právní principy považovat taková pravidla, která lze z psaného práva odvodit, **abstrahovat**. Při takovém způsobu nalézání právních principů hraje největší roli doktrína a judikatura.

Nelze považovat za správné, jsou-li aplikovány právní principy, které oporu v textu právního předpisu postrádají, tzv. *praeter legem*. Je podle mého názoru přesnější říci, že

⁴²⁹ Nález č. 280/1996 Sb. (Sbírka nálezů ÚS, svazek 6, nález č. 99, str. 213 násl.)

⁴³⁰ Pro srozumitelnost uvádím znění zrušeného ustanovení § 22 odst. 4 zákona č. 72/1994 Sb.: „Smlouvu o převodu vlastnictví bytu ozbrojených složek lze uzavřít jen s předchozím souhlasem příslušných orgánů ozbrojených složek nebo příslušných ministerstev.“

pokud umožní právní norma použít i jiné standardy a nebo tyto jiné standardy mají obsah odvoditelný z obsahu právních norem, nejde již při jejich aplikaci o postup *praeter legem* či o rozhodování podle „extralegálních standardů“⁴³¹. Jakmile totiž právní norma připustí užití dobrých mravů, spravedlnosti apod., činí taková pravidla součástí práva, takže ani vlastní výraz extralegální není zcela přesný.

Pojetí vyznačující se relativně rozvolněným přístupem k různým standardům, na základě kterých je stanoven obsah práv a povinností jednotlivce, často dostatečně nereflexuje ústavně právní problematiku s tím související.⁴³²

Současný demokratický právní stát odvozuje svoji legitimitu od svrchovanosti lidu⁴³³, která stále představuje základní východisko současného pojetí vztahu společnosti a státu. Lid jako suverén vytváří, konstituuje, v daném prostoru a čase soustavu (státních) institucí, jimž svěřuje správu společenských záležitostí. Tyto instituce zároveň vybavuje nástroji, které potřebují k plnění svých úkolů, jsou vybaveny pravomocí. Svou pravomoc mohou vykonávat pouze v mezích, které jsou jim stanoveny, překročí-li ji, přestává být takový výkon pravomocí legitimní.

Historický vývoj vedl k poznání, že pokud se soustředí veškerá veřejná moc u jediného orgánu, může velmi snadno dojít k jejímu zneužití. Jedním ze způsobů, jak takovému nebezpečí čelit, je dělba moci. Vztahy mezi jednotlivými mocemi jsou charakterizovány jednak oddělením těchto mocí, jednak systémem brzd a rovnováh, který umožňuje korigovat excesy jedné z mocí zásahy ostatních složek.^{434,435}

⁴³¹ Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, str. 132.

⁴³² Ústavní soud v této souvislosti uvedl, že „Demokratický systém čelí možné libovůli při formulování „nepsaného práva“ dvojnásobným způsobem. Nesdílí v našem prostředí tak hluboce zakořeněnou skepsi k možnosti činit odpovědná individuální rozhodnutí a předkládat je na základě přesvědčivé argumentace veřejnosti k posouzení.“ (nález č. 30/1998 Sb.) Obávám se, že tato skepse ke namístě. Uvědomíme-li si, že v České republice je zhruba 2600 soudců, z nichž každý by mohl teoreticky na stejnou kauzu mít jiný názor pod vlivem „nepsaného“ práva, pak je třeba brát závěr Ústavního soudu se značnou rezervou. Samozřejmě je jiná pozice Ústavního soudu, jehož právní názor v zásadě již nikdo nemůže zvrátit, než soudce okresního soudu, nad nímž jsou ještě minimálně dvě instance (odvolací a dovolací, Ústavní soud v to nepočítaje).

⁴³³ Pavlíček, V. a kol.: Ústavní právo a státopěda, I. díl, Obecná státopěda, Linde, Praha 1998, str. 81 násl.

⁴³⁴ Srov. k tomu Rütters, B.: Dotváření práva soudci, Soudce č. 8/2003, str. 1: „V parlamentní demokracii reprezentuje legislativa lid, soudní moc naproti tomu vykazuje aristokraticko-akademické prvky stavovství, pokud soudci nevděčí za svůj úřad lidové volbě (jak je tomu částečně ve Švýcarsku). Pokud si soudní moc přivlastňuje funkci stanovování norem, která jí podle ústavy nepatří, znamená to omezování demokratického principu zákonodárství, tedy obrát od demokratického právního státu k oligarchicko-aristokratickému státu.“ S tímto názorem lze bez výhrad souhlasit. Srov. k tomu též Brösl, A.: Úvahy na téma právní stát, Právní obzor, č. 2/1991, str. 54-59, tentýž: K principům právního státu, in: Právní obzor č. 5/1995, str. 359-362.

⁴³⁵ Srov. též Hamilton, A., Madison, J., Jay, J.: Listy federalistů, Olomouc 1994, Federalista č. 47, str. 266 a násl.

Moc zákonodárná je legitimována k tomu, aby obecně závaznými pravidly ukládala povinnosti a přiznávala práva. Moc soudní poskytuje těmto právům ochranu řídě se přitom zákony, případně jinými pravidly, jsou-li též obsaženy v uznaných formách práva.

Z uvedeného vychází základní představa o právním státu jako státu, v němž se (jednoduše řečeno) výkon veškeré veřejné moci, jakož i veškeré další dění, řídí zákony^{436, 437}.

Současné pojetí právního státu je doplněno navíc o charakteristiku státu ústavního, tedy takového, kde je veškerá činnost poměřována nejen zákony běžnými, ale i ústavními, které představují základ celého právního řádu⁴³⁸.

K pojmu právní stát je dnes dále připojován přívlastek „materiální“, tj. takový, kde se legitimita výkonu státní moci neodvozuje jen od dodržování procedurálních pravidel (formální právní stát), ale jehož základem jsou i obecně sdílené hodnoty, které státu propůjčují legitimitu. Legitimita výkonu státní moci se tedy v současné době neodvozuje od pouhé legality, ale i od všeobecně sdíleného obsahu těchto zákonů. Koncepce formálního právního státu, jenž svou legitimitu opíral o pouhou legalitu, je v současné době již překonána. Proto současné pojetí právního státu odmítá hodnotovou neutralitu norem a za legitimní pravidla (alespoň pokud jde o ta základní) považuje jen ty, které z obecně sdílených hodnot vycházejí. Celé toto pojetí materiálního právního státu je navíc doplněno dalšími aspekty, jako jsou například principy pluralitní reprezentativní demokracie, která nevychází z pouhého většinového rozhodování, ale i z ochrany menšiny.⁴³⁹

Z toho dovozují, že pokud je jednou z hlavních charakteristik současného státu, že jde o stát právní (a ústavní), musí se veškeré konání řídit pravidly, jež jsou vyjádřeny v uznaných pramenech práva. Za pramen práva je možné považovat jen takovou formu, o které to sám systém stanoví. Jestliže je stanoveno, že soud je vázán zákonem, musí při svém rozhodování brát v úvahu jen ta hlediska, která zákon připouští. Jestliže je ústavní soud povolán k ochraně ústavnosti, je povinen se držet pravidel, které z ústavy vyplývají. Jestliže je zákonodárce

⁴³⁶ Pavlíček, V a kol. Ústavní právo a státověda, I. díl, Obecná státověda, Linde, Praha 1998, str. 71; Boguszak, J., Čapek, J. Teorie práva, 2. vydání, Codex Bohemia, Praha 1997, str. 162 následující.

⁴³⁷ J. Filip v této souvislosti uvádí, že pojmu právní stát se připisuje až sto různých atributů. Filip, J. Ústavní právo (1), Masarykova univerzita, Brno 1999, str. 199. I. Telec uvádí 32 možných konsekvencí pojmu právní stát. Viz Telec, I. Metodika výkladu právních předpisů, nakl. Doplněk, Brno 2001, str. 34-36.

⁴³⁸ Srov. k tomu Zupančič, B. M. Od souboje ke smlouvě, aneb co vlastně ustavuje Ústava?, Právník č. 6/1998, str. 476-510. Autorova myšlenka o nezbytnosti zajistit legitimitu každé složce moci ve státě, jejíž míra ovlivňuje rozsah pravomocí takové složky moci a míru možnosti ovlivňovat chod státu a společnosti, je i v současné době stále aktuální.

⁴³⁹ Srov. Pavlíček V a kol. cit. dílo, str. 81.

vázán ústavou (zde jde o vztah moci ustavující a ustavené⁴⁴⁰), musí přihlížet k pravidlům v ústavě zakotveným.

Mají-li být určité principy označeny za právní, musí být vyjádřeny v některém z uznaných pramenů práva. Jsou-li takto skutečně zachyceny, mají povahu právních pravidel, která mají být aplikována, jsou-li pro to splněny podmínky. Z toho také vyplývá jejich závaznost. Nejsou-li určité standardy zachyceny v žádné z uznaných forem práva, nelze o ně opřít rozhodnutí orgánu, který je povolán k tomu, aby právo pouze nalézal, nikoliv vytvářel.

Je třeba připustit, že právní i ústavní normy jsou někdy konstruovány tak, že z nich zcela jednoznačně a nepochybně nevyplývá, co má být. Vzhledem k tomu, že právo představuje složitý vzájemně provázaný soubor pravidel různého obsahu, vstupují do rozhodovacích procesů nejrůznější faktory (soudcovské uvážení, dobré mravy, různé hodnoty atd.).

Jako další argument proti koncepci *praeter legem* působících právních principů je třeba vzít v úvahu současnou situaci v systému dělby moci. Zatímco období před 2. světovou válkou bylo charakterizováno vychylováním dělby moci ve prospěch moci výkonné, po druhé světové válce lze pozorovat odchylky ve prospěch moci soudní, která je významně posilována.

Tento stav souvisí především s rozvojem ústavního soudnictví, ale i správního soudnictví, který byl vyvolán důrazem kladeným na potřebu soudní ochrany (nejen) základních práv a svobod. „Svět přelomu 20. a 21. století je judicializován; soudci rozhodují i o otázkách jim dříve vzdálených.“⁴⁴¹ Běžně se dnes uznává, že zejména ústavní soudy jsou do značné míry též politické orgány.⁴⁴² Nelze se domnívat, že vychýlení moci ve prospěch moci soudní není nebezpečím pro právní stát. Soudní moc není z tohoto hlediska v odlišném postavení oproti moci výkonné v tom smyslu, že by soudci byli neomylní a vždy byli schopni nalézt jediné správné řešení každého případu. „Kulturní a mravní kontext odpovědnosti“ je proto potřeba spatřovat především v restriktivním přístupu k otázce nalézání práva za pomoci „extralegálních standardů“.

⁴⁴⁰ Pavliček, V a kol. Ústavní právo a státověda, I díl, Obecná státověda, Linde, Praha 1998, str. 182, Pavliček, V, Hřebejk, J. Ústava a ústavní řád České republiky, komentář, 1 díl, Ústavní systém, Linde, Praha 1998, 2. vydání, str. 58

⁴⁴¹ Kysela, J., Kühn, Z. Kreace ústavních soudů ze srovnávací perspektivy, Časopis pro právní vědu a právní praxi, č. 1/2003, str. 1

⁴⁴² Srov. k tomu Novak, M. Ústavní soud mezi právem a politikou, Právník č. 5/2001. Lze to koneckonců pozorovat i na diskusích souvisejících se jmenováním ústavních soudců českého ústavního soudu v létě 2003, kdy ze šesti prezidentem navržených kandidátů byli schváleni pouze dva politici (ministr spravedlnosti a senátorka – předsedkyně ústavně právního výboru Senátu)

Na závěr lze uvést hlavní důvod, který podle mého přesvědčení vysvětluje relativně slabý odpor proti snaze nalézat právní pravidla *praeter legem*. Jde o to, že velká většina v praxi používaných principů má skutečně pozitivněprávní oporu. Jejich použití proto není kritizováno, jelikož, i když to soudce nezdůvodní v rozhodnutí, je možné téměř vždy najít právní předpis, v němž oporu mají.⁴⁴³

⁴⁴³ Teprve tehdy, pokud skutečně nelze právní princip z právního předpisu nijak odvodit, setkává se takový postup s kritikou. Srov. např. Pavlíček, V.: Několik poznámek k právním principům v procesu transformace ústavních systémů, in: Právní principy, Ed. J. Boguszak, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 133, kde autor (podle mého názoru oprávněně) kritizuje závěry Ústavního soudu týkající se „ekonomických principů“.

V. Funkce právních principů v právním řádu

Právní principy jsou přítomny v rozličných situacích právního myšlení. V té míře, v jaké vyplývají z právních předpisů, představují určitý spojovací článek mezi jednotlivými právními normami či jejich komplexy, ovlivňují výklad právních norem a určující i směr právního uvažování z obecnějšího hlediska. Každý právník jistě provádí, snad i podvědomě, srovnávání právních norem, které chce aplikovat, mimo jiné i s těmito obecnými pravidly. Představa o jejich existenci a jejich obsahu, tedy jejich znalost, ovlivňuje normativní úsudky, protože v některých případech nastávají při aplikaci práva situace, kdy doslovné použití určitého ustanovení (právní normy v něm obsažené) vyvolává pochybnosti o správnosti závěrů, k nimž text právního předpisu vede. Tato pochybnost vyplývá z „předvedění“⁴⁴⁴, tedy z dosavadních znalostí toho, kdo právo aplikuje. Nedílnou součástí interpretova předvedění je i znalost právních principů.

Lze proto rozlišovat působení právních principů v oblasti normotvorby na straně jedné, a v oblasti aplikace práva na straně druhé.

Právní principy mají též nezanedbatelný význam z hlediska noetického, tedy při poznávání a pochopení konkrétního právního řádu a ovlivňují tak i způsob právního myšlení.

V. 1. Funkce právních principů při aplikaci práva

Z předcházejícího výkladu je základní funkce právních principů pro proces aplikace práva dostatečně patrná. Právní principy jsou právní pravidla, a proto určují, co má být. Žádoucí měří není zpravidla zcela jednoznačně seznatelné, neboť jde často o pravidla abstraktní v tom smyslu, že jejich obsah nelze obvykle dovodit pouze z textu jednotlivého ustanovení, ale spíše určitou úvahou o celkové koncepci a struktuře právního řádu. Nicméně deontický charakter nepostrádají. Specifikem právních principů, které je odlišuje od právních norem, je skutečnost, že velmi často nabývají různého významu, takže jeden a týž princip je

⁴⁴⁴ Autor této práce položil studentům svého semináře otázku týkající se nutnosti zastoupení advokátem v řízení o ústavní stížnosti, kterou podává stěžovatel-advokát, na základě ustanovení § 30 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu „Fyzické a právnické osoby jako účastníci nebo jako vedlejší účastníci řízení před Ústavním soudem musí být zastoupeny advokátem v rozsahu stanoveném zvláštními předpisy.“ Účastníci semináře, studenti prvního ročníku, nezateneni znalostmi obdobných případů povinného advokátního zastoupení, které připouštějí výjimku (zejména případy dovolání v civilním řízení) z povinného advokátního zastoupení, má-li účastník řízení sám právníké vzdělání, se bez jakýchkoliv pochybností shodli, že advokát – stěžovatel zastoupen být musí. Přesto tato otázka byla původně řešena Ústavním soudem negativně (nález sp. zn. I ÚS 89/94) a teprve později došlo v jeho judikatuře k obratu (stanovisko Pl. ÚS-st.-1/96)

schopen výsledek aplikace práva ovlivnit v několika směrech, byť samozřejmě ve více případech⁴⁴⁵ Právní norma takovou vlastnost zřejmě nemá. Její aplikací na určitý případ se pravděpodobně vždy dojde k témuž výsledku. Nemá tím být řečeno, že právní norma má vždy zcela jednoznačný (tedy jediný) význam; v jejím případě je ale víceznačnost dána zpravidla relativně neurčitými výrazy, kterými je právní norma vyjádřena, zatímco právní princip nabývá různých významů jako celek.

Pokud přiznáme právním principům povahu pravidel, pak se jejich základní funkce shoduje s funkcí právních norem, tj. že právní principy představují právní argument, o němž soudce opírá svůj výrok v určitém případě.⁴⁴⁶

Z. Kuhn zdůrazňuje, že principiální argumentace má význam především v těch případech, kdy je právní řešení případu nejasné, „*pokud má vykládaný zákon vícero možných významů, eventuálně pokud poskytuje na právní otázku nedostatečnou odpověď. V takovém případě je obvyklé, že se soudce přidrží toho významu, který je s právním principem nejvíce konformní*“⁴⁴⁷ Jde proto podle něj především o tzv. složité případy, tj. případy, kdy odpověď na otázku *quid iuris* je nejasná.

S ohledem na množství divergentních situací označovaných jako složité případy⁴⁴⁸ se domnívám, že tato charakteristika není zcela výstižná. Právní principy jsou totiž používány i tam (možno snad říci především tam), kde je právní norma vyplývající z textu právního předpisu dostatečně jasná a dává jednoznačný podklad pro rozhodnutí, avšak soudce se z **nějakého důvodu** domnívá, že by její význam měl být jiný, než jaký se na základě jejího vyjádření zdá být, a to právě s ohledem na existenci právního principu. Pak je ale třeba položit otázku, zda je aplikace principu na místě a zda je soudce oprávněn právní princip použít. Kde je hranice mezi legitimním použitím principu a jeho použitím excesivním? Jistě lze považovat za správné, pomůže-li právní princip dotvořit význam právní normy, pokud je právní norma skutečně nejasná vzhledem k neurčitosti svého vyjádření, systematickým souvislostem apod. Lze ale souhlasit s tím, že právní princip dotvoří (respektive přetvoří) i význam právní normy, který jasný je?

⁴⁴⁵ Srov. např. níže uváděné konsekvence principu právní jistoty.

⁴⁴⁶ Autoři R. Summers a M. Taruffo uvádějí právní principy jako jeden z možných právních argumentů, jež jsou společně snad všem právním kulturám. Cituje Kuhn, Z. Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, str. 148.

⁴⁴⁷ Tamtéž. Kuhn cituje N. MacCormicka a R. Summese.

⁴⁴⁸ Ať už to je Dworkinem uváděný případ *Riggs vs. Palmer*, Kuhnem uváděný nálezný Ústavního soudu č. 30/1998 Sb. (lhůta pro vrácení zákona prezidentem republiky), případně některé nálezy uvedené dále.

Domnívám se, že právní princip je často používán v situacích, kdy dostatečně jasná pravidla (právní normy) jsou postačujícím podkladem pro rozhodnutí, nicméně soudce je ovlivněn „dalším právem“ (právními principy), o němž se domnívá, že je třeba jej použít.

V každém případě je výčet situací, ve kterých má právní princip své uplatnění, uváděný Z. Kühn, vcelku ilustrativní a přehledný, neboť podává poměrně plastický přehled o možném užití právních principů při aplikaci práva. Podle Z. Kühna lze právní principy použít především v těchto případech:

- 1) Při určení otevřenosti antecedentu právní normy v případech, kdy doslovné znění zákona vede k negativnímu závěru,
- 2) při posuzování subsumpce skutkového stavu pod antecedent právní normy, je-li antecedent vyjádřen relativně neurčitě, nebo dovodí-li soudce z jiných důvodů, že význam právní normy není jasný,
- 3) při určení konsekventu právní normy v případě, že konsekvent je vyjádřen relativně neurčitě, nebo má-li soudce možnost diskrece, nebo dovodí-li soudce z jiných důvodů, že význam konsekventu není jasný.⁴⁴⁹

Na jiných místech své práce zkoumá funkci právních principů též v případech

- 4) řešení obtížných případů
- 5) při řešení mezer v právu.⁴⁵⁰

Všechny uvedené situace se do určité míry překrývají. Pokud bychom přistoupili na Z. Kühnem převzatou Dworkinovu tezi, podle které právní principy mají význam zejména v obtížných případech aplikace práva (*hard cases*), zatímco v jednoduchých případech lze vystačit s „obyčejnou“ právní normou, pak by všechny uváděné případy použití právních principů mohly být označeny za obtížné případy, protože při řešení všech těchto situací mohou (ale nemusí) mít právní principy svůj význam. Je proto možné začít následující pasáže pokusem o vymezení tzv. obtížných případů, resp. pokusem o zpochybnění teze o jejich existenci.

⁴⁴⁹ Kühn Z Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, str. 149

⁴⁵⁰ Tamtéž, str. 41 an, str. 200 an

V. 2. Právní principy a obtížné případy

S určitým zjednodušením lze říci, že na tvrzení o existenci tzv. složitých případů založil Dworkin svoji teorii právních principů. Mnoho případů nelze podle něj rozhodnout na základě právních norem, které představují jakési jednoduché právo. Proto je při řešení takových případů potřeba použít právní principy, které správnou cestu ukáží. Pro Dworkina je v této souvislosti nepřijatelné, že by soudce, nemá-li dostatek právních norem, mohl rozhodnout na základě diskrece, neboť každý má svá práva daná (*right thesis*)⁴⁵¹, takže lze nalézt pro každý případ správnou odpověď (*one right answer thesis*). Dworkin ovšem uznává, že jediná správná odpověď může být pro každého někde jinde.

Představu o existenci obtížných případů zastávají i jiní autoři. Problematická je skutečnost, že lze jen obtížně nalézt definici obtížného případu, kterou by bylo možno obecně akceptovat. Podle Z. Kühna angloamerické právní teorie obtížným případem zpravidla rozumějí právní případy, „které představují opravdový argumentační problém o správnosti výkladu práva, který nemůže být řešen odkazem na jednoznačné ustanovení“.⁴⁵² Sám Z. Kühn vymezuje složité případy tak, že jde „velkou plejádou nejrůznějších výkladů, které nejsou pouhým logickým (či přinejmenším kvazilogickým) výkladem právního textu nebo jiného pramene práva“.⁴⁵³ V návaznosti na tuto definici je třeba upozornit, že výklad právního textu není nikdy ryze logickou operací. Logickou operaci lze provádět až poté, kdy si ujasníme význam slov, jimiž je právní norma vyjádřena. Tato fáze ale v žádném případě logickou operací není. Logický může být pouze způsob, jakým je informace o obsahu právní normy porovnávána se skutkovými okolnostmi a z toho vyvozeny závěry.

Propracovaným pokusem o vymezení tzv. obtížných případů je práce S. Guesta⁴⁵⁴, který analyzuje obtížné případy ve smyslu Dworkinovy a Hartovy teorie. Poté, co přečteme podstatnou část jeho knihy, nakonec ale zjistíme, že kombinací Dworkinovy a Hartovy teorie dospívá k jejich jakémusi propojení spočívajícímu v tom, že Hartovo pravidlo uznání lze vztáhnout i na právní principy, takže největší rozpor mezi těmito teoriemi je odstraněn. Nakonec je jeho vymezení obtížných případů na základě příkladů uváděných Dworkinem a Hartem překvapivě jednoduché. Za obtížné případy považuje ty, ve kterých mají být aplikována právní pravidla obsahující abstraktní výrazy s nejednoznačným významem a dále

⁴⁵¹ Dworkin, R · Dworkin, R · Když se práva berou vážně, OIKOYMENH, Praha 2001, str 113.

⁴⁵² Kühn, Z Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, str 42

⁴⁵³ Tamtéž, str 45

⁴⁵⁴ Guest, S Ronald Dworkin, Stanford University Press, Kalifornie, 1991.

pravidla obsahující odkazy na různá mimoprávní pravidla, resp. hodnotové úsudky, tedy případy vyžadující určitou míru diskrece, resp. jinou terminologií interpretaci.⁴⁵⁵ Za jednoduché případy (*easy, clear cases*) pak považuje případy, které jsou založeny na tzv. *plam fact view*, tedy na jednoduchém posouzení obsahu právního pravidla vyjádřeného jednoznačnými slovy v příslušném textu. Rozlišování jednoduchých a složitých případů je tak založeno na jakémsi jádře (*core*) práva, jehož podstatou jsou případy jasné, a na polostínu (*penumbra*) ostatních případů, kdy již přímo jasné není, co má podle práva být. Pro Dworkina představují takové obtížné případy klíčový moment, protože právě tyto případy testují základní principy práva, neboť nemůže jít než o víceméně hraniční případy rozhodované s větší či menší mírou arbitrárnosti. Právě možnost vyvarovat se hrozící arbitrárnosti aplikací právních principů je centrem Dworkinovy pozornosti.

Na základě jednotlivých konkrétních případů uváděných různými autory lze tzv. obtížné případy klasifikovat takto:

- 1) Právní norma, která má být aplikována, je nejednoznačná vzhledem k použitým výrazům.
- 2) Neexistuje právní norma, kterou by bylo možno použít.
- 3) Existují dvě pravidla vztahující se k případu, která se navzájem vylučují a je proto potřeba mezi nimi provést volbu.
- 4) Existuje právní norma, která se má na posuzovaný případ použít, je jednoznačná, ale přesto z určitého důvodu použita nebude nebo bude modifikována.

Východiskem řešení každého případu aplikace práva je určení pravidel, podle kterých má být případ posouzen. O jednoduchých případech se tvrdí, že jsou řešeny jednoduchým logickým sylogismem, v němž první premisu představuje právní norma, druhou premisu informace o skutkovém stavu a konečně závěr je pouhým důsledkem těchto premis. Zpravidla existuje více právních norem vztahujících se na konkrétní případ, ty však řešení nekomplikují, protože lze na základě výjimek stanovit jejich vzájemné vztahy a tím k závěru dospět.

⁴⁵⁵ Tamtéž, str 211

V. 2. 1. Nejednoznačnost právní normy z důvodu výrazů použitých při jejím vyjádření v textu, případně nejednoznačnost právní normy vyplývající ze systému právních norem

Obtížné případy jsou v souvislosti s nejasným významem pojmů obsažených v právním textu odsouvány do „polostínu“ dosahu právní normy. Oproti tomu jednoduché případy se nacházejí v jádru právní normy. Jde tedy o situace, kdy nejsou pochybnosti o tom, co právní norma nařizuje (pochybnosti o dispozici), stejně tak nejsou pochybnosti o tom, za jakých podmínek má být aplikována (pochybnosti o hypotéze).

Pokud přistupujeme k vymezení obtížných a jednoduchých případů takto, pak neplatí, že existují obtížné a jednoduché případy aplikace práva. Platí totiž, že existují pouze obtížné případy aplikace práva. Určení pravidla chování vyjádřeného jakýmkoliv textem totiž vždy vyžaduje porozumění textu a určení významu jednotlivých slov. Protože význam jednotlivých slov je určen územ, protože může doznat kdykoliv změny a protože každý člověk může mít jinou představu o významu jednotlivého pojmu, nelze se domnívat, že pro určité případy je právní pravidlo „pevně dáno“, že nemůže být chápáno odlišně. Samozřejmě lze nalézt ustanovení, o jejichž významu vůbec nikdo nebude pochybovat, to však neznamená, že by o nich pochybovat nebylo možno. Předpokladem by samozřejmě bylo nesdílet obecně akceptovaný význam jednotlivých pojmů, či jejich spojení apod. Jednoduché případy proto zůstanou jednoduché do okamžiku, než o nich bude vyslovena pochybnost⁴⁵⁶

Lze-li z důvodu jednoznačného textu, o němž se nepochybuje, chápat jednoduché případy jako případy nekontroverzní, nesporné, u kterých nevystane ani stín pochybnosti, složité případy bude nutno chápat jako takové, kdy určité pochybnosti jsou dány v podstatě apriorně. Mohou to být příklady, kdy použité výrazy potřebují vysvětlení, protože jsou nejasné, příliš obecné, takže není jasné, zda vůbec zahrnují určitý případ či naopak příliš konkrétní, takže není jasné, zda lze určitý případ pod ně zařadit.⁴⁵⁷ Lze se domnívat, že takových relativně nejasných ustanovení, která vyžadují interpretaci, byť třeba jen za určitých okolností, je spíše většina.

Navíc řada ustanovení, která jsou sama o sobě dostatečně jasná, se mohou stát nejasnými v souvislostech, tj. v porovnání s jinými ustanoveními.⁴⁵⁸ Tyto a jiné problémy se

⁴⁵⁶ Typickým příkladem bude shora uváděný příklad týkající se povinného zastoupení stěžovatele-advokáta jiným advokátem. Nic v textu nenasvědčovalo tomu, že by advokát-stěžovatel nemusel být zastoupen. Přesto tato povinnost nebyla původně vyžadována.

⁴⁵⁷ Příkladem může být skutková podstata trestného činu soulož mezi příbuznými, kdy není jasné, zda se vztahuje též na osoby, které jsou v příbuzenském poměru z důvodu osvojení.

⁴⁵⁸ Lze použít stejný příklad jako v předchozím případě, kdy se v § 245 trestního zákona hovoří o „příbuzném v pokolení přímém“ nebo „sourozenci“. Podle zákona o rodině osvojením vzniká mezi osvojitelem a osvojenecm

snaží řešit právní hermeneutika tím, že poskytuje pravidla, podle kterých lze postupovat a dosáhnout tak určitého výsledku, který lze považovat v určitém ohledu za správný. I kdyby takový výsledek správný nebyl z „objektivního“ hlediska, bude mít dodržení pravidel výhodu v tom, že ve všech podobných případech bude výsledek interpretace stejný. V některých případech, zdánlivě složitých, dospějeme za použití interpretačních metod nakonec k jednoznačnému řešení. Jindy nám však ani souběžné použití všech možných pravidel odpověď neposkytne, resp. pochybnosti neodstraní.

Protože jsem přesvědčen, že každé ustanovení musí být tak či onak interpretováno, jednotlivým použitým znakům musí být dán význam, který však může být vždy zpochybněn, je podle mého názoru nemožné takovým způsobem vést dělicí hranici mezi jednoduchými a složitými případy, protože každý případ může být považován za složitý a naopak složitý případ může být považován za jednoduchý. Záleží pouze na tom, do jaké míry budeme ochotni připustit pochybnosti o významu určitého právního textu.

Právě pro takové varianty obtížných případů, budeme-li ochotni je za obtížné považovat, lze zvažovat Kühnem uváděné použití právních principů při otevírání antecedentu právní normy a při posuzování nejasného antecedentu či konsekventu právní normy.

V. 2. 1. 1. Právní princip jako prostředek posuzování otevřenosti právní normy

Z. Kühn se domnívá, že právní principy je možné použít k „otevření“ antecedentu právní normy. Mělo by tedy jít o případy, kdy apriorní význam právní normy je „na první pohled jasný“, a to vzhledem k jazykovému vyjádření právní normy. Jinými slovy, taková norma nepotřebuje žádný výklad.⁴⁵⁹

V určitých situacích ale z důvodu, o němž se domnívám, že není snadno vysvětlitelný, dospějeme k závěru, že takový jednoznačný význam není správný. Jako příklad lze uvést Dworkinův případ Riggs vs. Palmer, který již byl několikrát zmíněn. Problematický moment při posuzování otevřenosti či uzavřenosti právní normy spočívá v tom, že není vůbec jasné, ve kterých případech je aposteriorní otevření právní normy přípustné. Navíc není ani jasné, jakým způsobem tak učinit. Z. Kühn k tomu uvádí, že řešení této otázky je složité a „podílí se na něm řada neinstitucionálních faktorů“.⁴⁶⁰ Takové konstatování ovšem k uspokojivé

takový poměr, jaký je mezi rodiči a dětmi, a mezi osvojencem a příbuznými osvojitele poměr příbuzenský. Ažkoliv by ze systematického hlediska měl být závěr nepochybný, přesto ustanovení pochybnosti vyvolává

⁴⁵⁹ Z. Kühn přitom cituje J. Wróblewskeho, Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, str. 154

⁴⁶⁰ Kühn, Z. tamtéž, str. 154.

odpovědi na otázku, kdy to možné ještě je a kdy již nikoliv, nevede.⁴⁶¹ Jediné, co je v této věci jasné, je, že to musí být „neinstitucionální faktory“ (tj. argumenty stojící v zásadě mimo právo, Kühnovou terminologií extralegální standardy), pomocí kterých je právní norma *ex post* otevřena. Pokud by totiž byla otevřena pomocí faktorů institucionálních, nešlo by vůbec o její dodatečné otevření, ale o její pouhou interpretaci například ve vztahu k ústavním normám apod. Šlo by spíše o systematický výklad zohledňující všechny relevantní právní normy připadající v úvahu. Tím však není vysvětleno, zda vůbec, a pokud ano, kdy k tomu může dojít.

Domnívám se, že základem všech „neinstitucionálních faktorů“ je určitá představa o spravedlnosti. Z hlediska pozitivně právního takové vysvětlení jistě příliš uspokojivé není. Navíc je zřejmé, že výběr neinstitucionálních faktorů je záležitostí arbitrární, stejně jako je arbitrární rozhodnutí, kdy takový neinstitucionální faktor použít a kdy již nikoliv.

Z jiné perspektivy, byť v zásadě se stejným výsledkem, lze problém vnímat jako otázku sepětí morálky a práva.⁴⁶² Právě morálku nebo přirozenoprávní ideje (čili takové představy, které každý považuje za samozřejmě spravedlivé) lze považovat za onen neinstitucionální faktor, který vede k odlišnému výkladu zákona, než který vyplývá z právního textu.

Při popisování vztahu přirozeného práva a pozitivního práva, resp. práva a morálky, nabízí právní věda celou řadu přístupů. Příkladem může být Hartova teze o minimálním přirozenoprávním obsahu práva⁴⁶³, nebo teze Weinbergerova, který klade důraz na přípustnost argumentace přirozeným právem^{464, 465}.

⁴⁶¹ Je možné uvést příklad z českého prostředí: v tisku byly mnohokrát rozebírány případy odměn vyplácených vedoucím činitelům různých finančních a jiných institucí, kteří, přestože údajně způsobili svým zaměstnavatelům obrovské finanční ztráty svým jednáním, dostávali v souladu se smlouvami tzv. „zlaté padáky“, tj. vysoké odměny vyplácené při odchodu z funkce. Zákonodárce na takovou situaci reagoval až později, novelou obchodního zákoníku (§ 66 odst. 3): „Společnost plnění neposkytne, jestliže výkon funkce zřejmě přispěl k nepříznivým hospodářským výsledkům společnosti, anebo při zaviněném porušení právní povinnosti v souvislosti s výkonem funkce.“ Nedomnívám se, že by bylo před účinností novely možné napadnout platnost „manažerských smluv“ pro rozpor s principem *ex iniuria ius non oritur* (pokud za *iniuria* považujeme špatný výkon funkce).

⁴⁶² Srov. např. Kühn, Z.: cit. dílo, str. 187, kde popisuje teze R. Alexyho o nevyhnutelném spojení práva a morálky.

⁴⁶³ Hart H. L. A.: *The Concept of Law*, 2nd edition, Clarendon Press Oxford 1998, str. 193-199.

⁴⁶⁴ „Prosté tvrzení, že existuje přirozené právo, je zcela bezvýznamné; jen zdůvodnění platných přirozenoprávních principů, které lze uplatnit jako argumenty v právnických argumentacích, je relevantní pro právní filosofii a juristickou metodologii“. Řešení nalézá O. Weinberger ve „funkčním určení práva“, tedy v tom, že právo plní určité funkce ve společnosti, a protože existují „určité přirozené reakce a způsoby chování“, které považuje za „přirozené rudimenty spravedlnosti“, lze zde shledat určitý „přirozený základ, který nás nutí tvořit normy a instituce takovým způsobem, že vyrůstají z přirozených antropologických reakcí a struktur a že přitom provádíme vždy také hodnocení z hlediska postulatů spravedlnosti.“ Weinberger, O.: *Přirozené právo a právní argumentace*, Právník č. 3/1993, str. 193 an.

Z uvedených pohledů, které se podle mého mínění co do podstaty příliš neliší, se zdá, že primárním důvodem pro závěry o obsahu pravidla chování lišícího se od obsahu, který by vyplýval z textu právního předpisu, není argument určitým právním principem. Je jím v první řadě přesvědčení, že existuje lepší výklad, pokud jej provedeme ve světle určitého přirozeného základu⁴⁶⁶, byť je tímto přirozeným základem třeba morální přesvědčení. Slovy Dworkina, pokud dojdeme v případě obdobném jako je příklad Riggs vs. Palmer k závěru, že zákon ve skutečnosti jasný není, je to zejména proto, že „my sami máme důvod se domnívat, že vrazi by dědit neměli“.⁴⁶⁷

Domnívám se, že v tomto případě dochází k určitému posunu v uvažování. Pokud bychom se zeptali neprávnicka, zda by vrah měl po své oběti dědit, bude odpověď pravděpodobně záporná. Pokud bychom se zeptali na důvod, proč by dědit neměl, důvodem by mohl být například argument založený na přesvědčení, že by to bylo nespravedlivé, nemorální, případně že by to bylo nelogické, protože v takovém případě by lidé byli přímo nabádáni k vraždění těch, po nichž mají dědit.

Soudce se nemůže uchýlit k pouhému argumentu morálkou, protože v takovém případě by právo od nepráva vůbec nebylo odlišitelné. Nicméně soudce může mít k dispozici právní princip, který mu umožní rozhodnout pomocí právního argumentu. Nejde ovšem v tomto případě o neinstitucionalizovaný argument, ale naopak o argument institucionalizovaný, neboť tento princip lze z pozitivního práva odvodit včetně výjimek. Neinstitucionalizovaným argumentem by bylo například tvrzení, že „závěr o tom, že vrazi mohou dědit, je nespravedlivý podle obecného přesvědčení“.

Při argumentaci právními principy jde vždy o použití institucionalizovaných argumentů, je-li akceptována premisa, podle které je právní princip vždy tak či onak vyjádřen v „ostatním“ právu. Jedině takový princip, jehož existenci nelze analýzou právního řádu dovodit, by snad bylo možno v případě jeho aplikace označit za neinstitucionalizovaný argument.⁴⁶⁸ Je třeba podotknout, že v uvedeném příkladu je použití právního principu velmi silně podpořeno morálním názorem, protože vražda zůstavitele, po němž má vrah dědit, je jistě obecně považována za odsouzeníhodný čin.

Lze uvést jiný příklad s cílem relativizovat zdánlivě neochvějnou oporu, kterou právní princip *ex iniuria ius non oritur* poskytuje. Dworkin připouští, že platné právo stanoví

⁴⁶⁵ K přehledné deskripci možných pojetí vztahu práva a morálky v různých souvislostech srov. též Röhl, K. F.: *Allgemeine Rechtslehre*, Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann, 1994, str. 285-292.

⁴⁶⁶ Viz předchozí poznámku.

⁴⁶⁷ Dworkin, R: *Law's Empire*, London 1991, str. 70.

⁴⁶⁸ Typicky pro české právo právní princip *cessante ratione legis, cessat lex ipsa*.

z tohoto principu různé výjimky, z nichž institut vydržení práva k nemovitostem je nejznámější.⁴⁶⁹ Pokud bychom byli zcela důslední, musíme uznat, že právní princip *ex iniuria ius non oritur* by byl schopen otevřít též tuto apriorně uzavřenou normu „Oprávněný držitel se stává vlastníkem věci, má-li ji nepřetržitě ... po dobu deseti let, jde-li o nemovitost.“⁴⁷⁰ Význam této právní normy nikdo zřejmě nezpochybní. Její rozpor s právním principem je možno jednoduše odůvodnit tak, že představuje výjimku z pravidla, *lex specialis apod.*, takže aplikace principu nepřichází v úvahu. Avšak z morálního hlediska může být považováno za nepřijatelné, aby vlastník pozbyl vlastnické právo k nemovitosti jen proto, že se k ní někdo jiný chová jako vlastník a nemovitost užívá.⁴⁷¹

Rozdíl mezi prvním a druhým příkladem je v tom, že morální argument v druhé situaci je výrazně slabší. Je sice možná nemorální, že někdo pozbude nemovitost v důsledku vydržení, ale je mnohem více nemorální, že někdo získá majetek vraždou.

Uvedené příklady vedou k závěru, že to není právní princip, který v daném případě určil řešení, ale že to je určitá morální či spravedlnostní představa, která na sebe vzala podobu právního principu. Respektive je to morální představa, jež ospravedlnila použití právního principu. V případě zůstavitelova vraha má soudce silný morální důvod dědictví nepřiznat, v případě vydržení je tento morální důvod výrazně slabší. Proto soudce v prvním případě otevře uzavřenou právní normu aplikací právního principu, v druhém případě nikoliv.

Z toho vyplývá otázka, zda soudce, který je povinen aplikovat především právní normy nalezené v právním předpisu, nepřekročí rozsah své pravomoci, pokud rozhodne naznačeným „morálním“ způsobem. Soudce není přece oprávněn nepřiznat dědictví pro rozpor s dobrými mravy, zákon v této souvislosti žádnou takovou podmínku v hypotéze právní normy nezná. Je tedy soudce oprávněn přiznat či nepřiznat právo na základě své úvahy o morálce? Domnívám se, že by tato otázka měla být řešena způsobem, který zajistí jednotu rozhodování. Je-li základem řešení případu určitá morální úvaha, nebude možné k jednotlivým případům přistupovat stejně. Jediným správným řešením by podle mého názoru bylo oslabení principiálního aspektu kauzy a upřednostnění pozitivněprávních argumentů při rozhodování jednotlivých případů.

⁴⁶⁹ Dworkin, R.: Když se práva berou vážně, OIKOYMENH, Praha 2001, str. 44.

⁴⁷⁰ § 134 občanského zákoníku.

⁴⁷¹ Opomímám zde skutečnost, že oprávněná držba jako podmínka vydržení vzniká nejčastěji z důvodu neplatného právního titulu (například kupní smlouvy), takže zde zpravidla je projev vůle původního vlastníka, kterým dává najevo, že chce vlastnické právo k věci pozbyt. Jednání vydržitele proto není morálně zavrženímhodné.

Z určitého hlediska je rozebíraný Dworkinův příklad ukázkou axiologické mezery v právu (srov. níže), která spočívá v nedostatečné právní úpravě nezohledňující možnost vraždy zůstavitele dědicem.

Pokud budeme souhlasit se závěrem, že případ aposterioriho otevření apriorně uzavřené právní normy je především zohledněním určitých morálních či spravedlnostních představ, lze jen obtížně akceptovat další Z. Kühnem uváděné příklady k této funkci právních principů.⁴⁷²

První z nich je výše rozebíraný nálezn č. 30/1998 Sb., v němž Ústavní soud dovodil existenci obecných pravidel počítání času, které platí i pro ústavní právo. Za prvé, v otázce počítání času lze jen ztěžji spatřovat nějaký morální prvek či hlubší spravedlnostní úvahu. Za situace, kdy ústavní právo nezná zvláštní úpravu počítání času, není důvod dovozovat existenci obecných pravidel počítání času. Není důvod nepočítat lhůtu bez ohledu na dny pracovního klidu. Pokud by snad absentovala ustanovení o počítání v jednoduchém právu, mohla by taková úprava být považována za nespravedlivou.⁴⁷³ Za druhé, nelze přijmout tezi o obecných pravidlech počítání času, neboť římské právo například na svátky nedbalo.⁴⁷⁴

I další uváděný příklad je co do podstaty problému obdobný. Šlo opět o běh lhůty, tentokrát podle zákona o konkurzu a vyrovnání (§ 22 odst. 2 zák. č. 328/1991 Sb.). Toto ustanovení stanovilo dvouměsíční lhůtu pro přihlášení pohledávky do konkurzu. V zákoně přesně nebyl stanoven běh lhůty. Obecné soudy doslovným výkladem dovodily, že případně-li poslední den lhůty na neděli, končí lhůta v neděli. Ústavní soud⁴⁷⁵ aplikoval „obecné pravidlo počítání času“ a dovodil, že lhůta má končit v pondělí. Domnívám se, že ani zde nelze shledat žádný morální či spravedlnostní aspekt. Argumentem je zde spíše skutečnost, že soud, u kterého je nutné pohledávku přihlásit, v neděli nepracuje, takže uplatnění práva je věřiteli znemožněno. Uplatnění obecného pravidla počítání času je tedy sice namístě, ale odkaz na analogii zákona by byl přesvědčivější.⁴⁷⁶

⁴⁷² Kühn, Z.: cit. dílo, str. 155 a 156.

⁴⁷³ Pokud by totiž například hmotněprávní prekluzivní lhůta pro podání žaloby měla končit v sobotu, kdy soudy nepracují, bylo by to jistě považováno za nespravedlivé, protože by byl znemožněn reálný výkon práva. V takovém případě by snad bylo možné principiální výklad akceptovat. Avšak v případě prezidenta, který je ústavním činitelem a v zásadě permanentně fungujícím orgánem, takový důvod odpadá. To samé platí i pro Poslaneckou sněmovnu, která v zásadě musí fungovat nepřetržitě. Dost těžko by asi prezident či poslanci mohli v nějaké kritické situaci (např. válečný stav) říci, že rozhodnou „až po neděli“.

⁴⁷⁴ Srov. Bartošek, M.: Encyklopedie římského práva, Academia, Praha 1994, str. 265, heslo tempus: „Do lhůty se započítávají všechny dny nepřetržitě za sebou.“

⁴⁷⁵ Nález sp. zn. IV. ÚS 365/97 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 12, nálezn č. 108, str. 103 an.).

⁴⁷⁶ Svou roli jistě sehrála skutečnost, že v době rozhodování IV. senátu již byl přijat plenární nálezn č. 30/1998 Sb., takže senát měl snadnou argumentační povinnost (zaštitil se prostě názorem pléna).

Domnívám se proto, že principiální aposteriorní otevírání uzavřených právních norem má jiný důvod, než je vlastní existence právního principu. Právní princip je spíše použit jako právní argument pro realizaci určité spravedlnostní či morální představy. Není ale jisté, zda je takový přístup správný.

Z uvedeného je patrné, že základním problémem je otázka, kdy lze „uzavřenou“ právní normu otevřít, případně dokonce otázka, kdy musí být otevřena. Pokud se postavíme na stanovisko, že rozhodující jsou neinstitucionální faktory, pak odpověď bude znít, že otevřena být nemusí nikdy, *může* však být otevřena.

Na věc je však možné se dívat též z druhé strany. Budeme-li principy považovat za argumenty institucionální, pak lze říci, že jde o argumenty, které musí být použity v každém rozhodnutí, pokud ovšem ostatní pravidla pro jejich užití poskytují prostor. Taková možnost přichází v úvahu zejména tehdy, kdy je k dispozici právní princip charakteru finální normy, která se pouze nabízí k použití, avšak použita být nemusí. Tak by tomu ale mohlo být pouze v případech, kdy právní norma je otevřená, nikoliv uzavřená. Pokud lze totiž interpretovat hypotézu nebo třeba i dispozici různými způsoby, lze argument principy použít k usměrnění interpretačního výsledku. Pak je ale nezbytné přistoupit na závěr, že právní princip k „aposteriornímu otevření apriorně uzavřené normy“ použít nelze. Takové řešení lze z obecného hlediska považovat za správné proto, že neumožní vznik nerovnosti mezi jednotlivými subjekty práva v závislosti na tom, kdo jejich kauzu bude posuzovat.⁴⁷⁷

⁴⁷⁷ Tuto situaci lze opět demonstrovat na některých případech z českého práva. Podle zákona č. 217/1994 Sb., o poskytnutí jednorázové peněžní částky některým obětem nacistické perzekuce, měly některé osoby nárok na odškodnění. Při doslovném výkladu zákona docházelo k tomu, že nárok na odškodnění byl upírán právním nástupcům osob „zemřelých ve vyšetřovací vazbě, vězeních, koncentračních a internačních táborech“. Tato podmínka se totiž vykládala v podstatě doslova tak, že pokud určitá osoba zemřela na následky vazby, vězení či držení v koncentračním táboře poté, kdy již vězněna nebyla (například díky osvobození), nárok na odškodnění nevznikal. Ústavní soud však v mnoha nálezech podobný doslovný výklad odmítal s tím, že odporuje smyslu a účelu zákona, že je potřeba zákon vykládat ve vztahu k jedinečnému případu tak, aby bylo možno odškodnění poskytovat spravedlivě (např. náleží Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 37/97). Takový přístup lze v obecné rovině schválit, neboť formalistický doslovný výklad by zřejmě nebyl v tomto případě na místě. Judikaturu Ústavního soudu lze však srovnat s rozhodnutím Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 A 1018/2002-OL-29, které se týkalo zákona č. 261/2001 Sb., o poskytnutí jednorázové peněžní částky účastníkům národního boje za osvobození, politickým vězňům a osobám z rasových nebo náboženských důvodů soustředěným do vojenských pracovních táborů. Nejvyšší správní soud řešil případ, kdy účastníkovi odboje chyběl jediný den k uznání nároku na odškodnění za jeden celý rok strávený v odboji. Rozdíl byl relativně podstatný, protože osoba, která se účastnila odboje po dobu kratší než jeden rok, měla nárok na 60000 Kč, zatímco osoba, která splnila podmínku jednoho roku v odboji, měla nárok na částku dvojnásobnou. Problém byl v tom, že žadatel o odškodnění strávil v odboji přesně 365 dní, ale protože onen rok byl rokem přestupným, musel by strávit v odboji 366 dní, aby měl nárok na vyšší odškodnění. Nejvyšší správní soud dovodil, že lhůtu jednoho roku je potřeba počítat analogicky tak, aby se konec lhůty označením shodoval se dnem, který určil její počátek. Dospěl proto k závěru, že žadatel má nárok na odškodnění pouze za necelý rok strávený v odboji. Právní norma byla v daném případě jasná, apriorně uzavřená, protože lhůta jednoho roku se skutečně v právu počítá tak, jak judikoval Nejvyšší správní soud. Přesto se nelze ubránit domněnce, že tento závěr není správný a že by bylo snad možno s poukazem na principy spravedlnosti, zejména pak princip rovnosti, dospět k závěru, že rokem se rozumí 365 dní. (V této souvislosti je např. otázkou, zda je „spravedlivé“, když například pachatel trestného činu nastupuje do výkonu trestu odnětí svobody, v němž

V. 2. 1. 2. Funkce právních principů při posuzování abstraktně vyjádřeného antecedentu a konsekventu právní normy

Normy s relativně abstraktně vyjádřeným antecedentem a konsekventem jsou v právu vcelku časté. Jejich výklad je z důvodu větší míry abstrakce relativně obtížný.

Proto je v takových případech použití právních principů při výkladu poměrně běžné, byť soudce v rozhodnutí často neuvede, že právní princip aplikoval. V případě relativně abstraktních právních norem je aplikace právních principů tak, aby závěrem bylo spravedlivé řešení případu, ospravedlnitelná. Zatímco v případě aposteriorního otevírání apriorně uzavřené právní normy je měněn jednoznačný smysl textu vyjadřujícího právní normu, v případě abstraktních právních norem jednoznačný význam právní normy není dán. Proto je možné použít takové prostředky, které jej pomohou zjistit.

Příkladem může být § 672a obchodního zákoníku týkající se konkurenčních doložek u smluv o obchodním zastoupení. Soud podle tohoto ustanovení může totiž „konkurenční doložku, která by omezovala zástupce více, než kolik vyžaduje potřebná míra ochrany zastoupeného, omezit nebo prohlásit za neplatnou.“ (Je třeba se držet v mezích odstavce 1 tohoto paragrafu, kde jsou stanoveny bližší podmínky pro obsah konkurenčních doložek.) Výraz „potřebná míra ochrany zastoupeného“ je relativně abstraktní. Je třeba jej zvážit především ve světle principu smluvní volnosti, který umožňuje dohodnout si libovolný obsah smlouvy. Dále je třeba vzít v úvahu princip „svobody podnikání“ vyplývající z čl. 26 Listiny (obchodní zákoník v prvním odstavci cit. ustanovení chrání před přílišným sebeomezením). Je zřejmě třeba vzít v úvahu i potřebu vytváření konkurenčního prostředí, již lze dovodit z předpisů veřejnoprávních (zákon o ochraně hospodářské soutěže) atd.

Obdobnou povahu má případ uváděný Z. Kühnem.⁴⁷⁸ Týká se otázky, zda bylo možno sjednat konkurenční doložku v pracovní smlouvě. Zákoník práce výslovně zakotvuje tuto možnost až od 1. 1. 2001. Do té doby tato otázka nebyla jasná a stala se i předmětem rozhodování Ústavního soudu, který měl posoudit její přípustnost v konkrétní případě.⁴⁷⁹ Obecné soudy platnost konkurenční doložky odmítly uznat.

Případ je zajímavý principiálností argumentace nejen Ústavního soudu, ale i soudů obecných. Obecné soudy totiž upřely omezující konkurenční doložce platnost s tím, že čl. 26 Listiny zaručuje právo podnikat, toto právo může být omezeno pouze zákonem (čl. 26 odst. 2)

si má odpykat 10 měsíců tak, výkon trestu zahájí v měsíci únoru, protože v takovém případě stráví ve vězení o dva až tři dny méně, než odsouzený, který nastoupí do výkonu trestu odnětí svobody až v březnu)

⁴⁷⁸ Kühn, Z.: cit. dílo, str. 158.

⁴⁷⁹ Nález Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 192/95 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 4, nález č. 73).

Listiny), což zákoník práce neumožnil pro svoji údajně kogentní povahu vyplývající z § 244 odst.1 zákoníku práce. Ústavní soud dospěl ale k opačnému závěru, podle kterého bylo možné konkurenční doložku sjednat, avšak jen za určitých podmínek. Dovodil totiž, že jelikož byla konkurenční doložka časově omezená a i jinak byla přiměřená co do svého obsahu omezením, jež z ní plynuly zavázané straně, nebyla v rozporu s principem rovnosti. Pokud by byla svým obsahem absolutní, znamenala by vznik nerovnosti na straně zavázané.

Domnívám se tedy, že případy norem s relativně abstraktně vyjádřenými hypotézami a dispozicemi představují na rozdíl od norem apriorně uzavřených situace, kdy je nejen přípustné, ale vysloveně vhodné v případě pochybností právními principy argumentovat.

Podíváme-li se na způsob, jakým právní principy ovlivňují v tomto případě výsledek interpretace právní normy (například ve světle uvedeného nálezu Ústavního soudu), lze dojít k závěru, že jde opět o jejich použití jako pravidel, která jsou v konkrétním případě poměřována s pravidly, jež potencionálně vedou k opačným závěrům, přičemž výsledkem je řešení, které je možno označit za proporcionální ve vztahu ke všem argumentům, jež vzal soud v úvahu. Jinými slovy, právní principy vystupují jako institucionalizované právní argumenty, jež vedou k určitému proporcionálnímu řešení případu.

K problematice abstraktnosti právních norem je nicméně potřeba říci, že nelze považovat za korektní takový postup soudce, kterým by dospěl k závěru, že význam právní normy není jasný z jiných důvodů [viz výše přehled funkcí právních principů, ad 2) a 3) in fine]. Jen obtížně si lze představit situaci, kdy by právní norma byla nejasná z jiného důvodu, než pouze pro abstraktnost v ní použitých výrazů, a zároveň by nešlo o situaci popsanou v předchozí pasáži týkající se apriorně uzavřených právních norem, případně níže v souvislosti s axiologickými mezerami v právu. Provedené rozlišení různých situací aplikace právních principů by se v takovém případě zcela setřelo. Jde totiž podle mého názoru o odlišné myšlenkové operace, a proto je potřeba rozlišení zachovat.

Pokud existuje z důvodu vyššího stupně abstraktnosti použitých výrazů ustanovení právního předpisu o nejasném významu, existuje více možností výkladu, z nichž některé jsou v rozporu s právními principy (nebo význam právního principu alespoň dostatečně nereflektují), jiné jsou naopak s právními principy v souladu. Pokud relevantní právní principy pramení z ústavních norem (jako tomu je ve výše uvedeném příkladu), nelze ústavněkonformní výklad provedený Ústavním soudem zhodnotit jinak, než že jde o systematický výklad, jehož předpokladem je, že norma nižší právní síly musí být v souladu s normou vyšší právní síly. Naopak, u apriorně uzavřené právní normy je její význam zřejmý, ale právní princip jej změní způsobem, který ze samotné právní normy nevyplývá. Z toho

plyne, že výklad abstraktních právních norem je hledáním jejich významu tak, aby byl v souladu s právními principy, zatímco v případě uzavřených právních norem se význam právní normy nepřizpůsobuje právnímu principu, ale právní princip jej mění.

Toto rozlišení není podle mého názoru samoučelné, neboť může přispět k hodnocení správnosti soudcovského výkladu právní normy a tedy i správnosti řešení případu. Postupu, kdy abstraktní právní normu, která není apriorně v rozporu s právním principem (je pouze neurčitá), soud vyloží v souladu s právním principem, nelze v zásadě nic vytknout. Pokud soud vyloží v souladu s právním principem právní normu, která je apriorně jednoznačná (a vede k závěru opačnému než právní princip), je třeba takový postup hodnotit podle mého mínění mnohem kritičtěji.

V. 2. 2. Neexistence použitelné právní normy (mezery v právu)

Použití právních principů při překonávání či odstraňování mezer v právu představuje další skupinu případů, při jejichž řešení mohou právní principy sehrát důležitou úlohu.

Nejdříve je nutné definovat pojem mezery v právu, neboť tento fenomén není ani zdaleka chápán jednotně.⁴⁸⁰ Na jedné straně stojí názory, které existenci mezer v právu z pozitivistického hlediska popírají. Na straně druhé stojí názory, které vycházejí nikoliv ze zcela z pozitivistických hledisek a existenci mezer v právu v určitém směru akceptují.⁴⁸¹

Tvrzení o existenci mezer v právu je zpravidla spojováno na straně jedné s představou o úplnosti právního řádu, který poskytuje řešení pro každý případ, na straně druhé s požadavkem představujícím základní kámen všech moderních právních řádů, kterým je povinnost soudce rozhodnout předložený případ, a to (pokud možno) podle práva. Soudce tak musí rozhodnout, i když je právní úprava nejasná nebo (byť třeba jen zdánlivě) chybí zcela. Tím ovšem vzniká napětí, protože má-li soudce rozhodnout podle práva, které však v určitém konkrétním případě neexistuje, nemůže buď rozhodnout podle práva, nebo musí mezeru určitým způsobem zaplnit.

Zvažovat existenci mezer v právu pouze v uvedeném kontextu by ovšem bylo příliš zužující, a to ve dvou směrech. Jednak se za případy mezer v právu považují i případy, kdy právní úprava poskytuje kritéria pro rozhodnutí, avšak tato kritéria jsou považována za nevhodná či nedostatečná, jednak lze uvažovat o mezerách v případech, kdy nevzniká nutnost autoritativního rozhodnutí, ale přesto je potřeba dobrat se k řešení určité otázky.

⁴⁸⁰ Srov. k tomu např. Rútters, B.: Dotváření práva soudci, Soudce č. 8/2003, str. 3 an.

⁴⁸¹ Tamtéž: „Každý právní řád, zpravidla dokonce každý zákon, je mezerovitý.“

Vrátíme-li se k tomu, že na problematiku mezer v právu existují dvě základní skupiny názorů, pak první skupinu představují názory, podle kterých lze o mezerách v právu hovořit jen *de lege ferenda*, nikoliv *de lege lata*.⁴⁸² V soukromém právu totiž mohou neexistující právní normu vytvořit autonomně sami účastníci právního vztahu. Pokud tak neučiní a neexistuje výslovná úprava, případ se rozhodne podle analogie (odmítnutí rozhodnout je nepřípustným *denegatio iustitiae*). Ve sféře veřejného práva platí, že státní moc lze uplatňovat v případech, mezích a způsobem stanoveným zákonem, takže pokud nějaká povinnost uložena zákonem není, nelze ji vynucovat. Mezery v právu podle této koncepce tedy neexistují.

Z těchto důvodů popírala mezery v právu především ryzí nauka právní. Rozlišovaly se přitom tzv. pravé (technické) a nepravé mezery v právu, což byl pojem zavedený E. Zitelmannem.⁴⁸³ Podle Zitelmanna byly pravé mezery takové, kdy „zákon vůbec nedává odpověď“, takže není možné nijak rozhodnout, ačkoliv je nutné řešení nalézt“. Nepravé mezery naopak jsou takové, kdy „zákon postrádá určení způsobu odvoditelného od obecného pravidla, jak naložit s určitým skutkový stavem“.⁴⁸⁴

H. Kelsen v návaznosti na Zitelmannovo členění mezer v právu uváděl, že „skutečná mezeru v zákoně v tom smyslu, že by nebylo lze nějaký spor rozhodnouti, poněvadž zákon nelze aplikovat v nedostatku ustanovení, která by se vztahovala na daný případ, neexistuje“. Řešení shledávala ryzí nauka právní v tzv. negativní normě, jejíž podstatou je, že právo stanoví určité povinnosti. Povinnosti, které nestanoví, nelze na jiném vyžadovat. Potencionální nárok je proto třeba zamítnout.

Pokud jde o pravé (nebo též technické) mezery, jde o případy, kdy „zákonodárce opominul něco normovati, co je nutno normovati, má-li vůbec být možná aplikace zákona“.⁴⁸⁵ Ovšem i existenci pravých mezer H. Kelsen popíral, neboť technické mezery jsou buď mezery v předchozím smyslu, nebo mezery spočívající v neurčenosti vyplývající z rámcového charakteru normy.⁴⁸⁶

⁴⁸² Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: *Teorie práva*, Eurolex Bohemia, Praha 2001, str. 100

⁴⁸³ Uvádí Holländer, P.: *Mezera v zákoně, § 7 o. z. o. a ryzí nauka právní* (Poznámky k úvaze Franze Bydlinského), in: ed: Tatiana Machalová: *Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení* (K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena), sborník z mezinárodní konference, MU Brno 2003, str. 131. K praxi Ústavního soudu při vyplňování mezer v právu srov. dále Holländer, P.: *Dotváření Ústavy judikaturou Ústavního soudu*, in: ed Kysela, J.: *Deset let Ústavy České republiky (východiska, stav, perspektivy)*, Sborník příspěvků, Eurolex Bohemia, Praha 2003, str. 126 a násl.

⁴⁸⁴ Citováno dle Canaris, C. W.: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin 1964, str. 132.

⁴⁸⁵ Kelsen, H.: *Ryzí nauka právní, Metoda a základní pojmy*, Orbis, Praha – Brno 1933, str. 45

⁴⁸⁶ V terminologii Z. Kúhna jde o tzv. rekogniční mezery. Srov. Kúhn, Z.: cit. dílo, str. 200 an. Rekogniční mezerou se rozumí případ, kdy právní úprava určitý případ řeší, pouze není jasné jak kvůli její neurčitosti apod

Proto H. Kelsen dovozoval, že tzv. mezera je mezerou v tom smyslu, že rozhodující orgán považuje řešení právním řádem diktované (ať už je to rozhodnutí zamítavé či nikoliv) za „neúčelné nebo nespravedlivé“. Tvrdil, že „mezery nejsou tudíž nic jiného, než jiným slovem pro diferenciaci mezi pozitivním právem a řádem, považovaným za lepší, spravedlivější a správnější.“⁴⁸⁷ Jinak řečeno, mezery v právu jsou pouze mezery nepravé. Jinými slovy se stejným důsledkem to vyjadřuje v současné době profesor B. Rütters: „Argument mezery je zvláště vhodný k tomu, aby se uvolnila ústavně právně zakotvená vázanost soudců zákony nebo se jí soudci zcela zbavili. Nezřídka svádí soudy, pokud nejsou spokojeny se zákonnou úpravou nějaké skutečnosti, k tomu, aby pro ně neuspokojivý zákon neuplatnily, ale vydaly se ‘pátrat po mezeře’.“⁴⁸⁸

Zitelmannovo a Kelseno chápání mezer v právu podrobil kritice C. Canaris, podle nějž je takové rozlišování neudržitelné, protože jednak není při takovém pohledu žádný rozdíl mezi pravými a nepravými mezerami, jednak je otázkou, zda mlčení zákona je skutečně mezerou, či zda jde o návod k použití argumentu *e silentio legis*.⁴⁸⁹

Představitelem druhého názorového proudu uznávajícího existenci mezer v právu je kromě jiných P. Holländer, který nepravou mezeru popisuje tak, že jde o případ, kdy chybí explicitní úprava určitého případu ve srovnání s existující explicitní úpravou případů obdobných, a to z pohledu principu rovnosti anebo jiných obecných právních principů.^{490,491}

Domnívám se, že častým případem takových nepravých mezer jsou především mezery v právní úpravě určitých procedur či postupů.⁴⁹² Jde především o situace, při nichž řešení

⁴⁸⁷ Kelsen, H.: Ryzí nauka právní, Metoda a základní pojmy, Orbis, Praha – Brno 1933, str. 45.

⁴⁸⁸ Rütters, B.: Dotváření práva soudci, Soudce č. 8/2003, str. 6.

⁴⁸⁹ Canaris, C. W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964, str. 133. Použitelnost, resp. existenci obecné negativní věty Canaris ovšem zpochybňuje. Tamtéž, str. 50.

⁴⁹⁰ Holländer, P.: Mezera v zákoně, § 7 o. z. o. a ryzí nauka právní (Poznámky k úvaze Franze Bydlinkého), in: Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení (K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena), sborník z mezinárodní konference, ed: Tatiana Machalová, MU Brno 2003, str. 131 (pozn. pod čarou č. 3). V zásadě jde o jiné vyjádření axiologické mezery v právu – viz dále.

⁴⁹¹ Příkladem aplikace této teorie v praxi je náleží Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 36/01, kde Ústavní soud popsal nepravou mezeru takto: „Pokud se vzhledem k uvedeným důvodům ustanovení § 5 odst. 1 věty druhé a § 8 odst. 3 věty druhé zákona o konkursu a vyrovnání ocitají v rozporu s čl. 1 a čl. 3 odst. 1 Listiny a s čl. 26 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech (dále jen "Pakt"), není to však jejich dikce, nýbrž mezera v zákoně, kterou vytváří. Protiústavním je tudíž opomenutí zákonodárce, jež má za následek ústavně neakceptovatelnou nerovnost (k doktrinárnímu pojetí pojmu opomenutí zákonodárce viz V. Šimíček, Opomenutí zákonodárce jako porušení základních práv. In: Deset let Listiny základních práv a svobod v právním řádu České republiky a Slovenské republiky. Eds. B. Dančák, V. Šimíček, Brno 2001, s. 144-159) V předmětné věci se přitom jedná o mezeru nepravou, jejímž obsahem je neúplnost psaného práva (jeho absence) ve srovnání s explicitní úpravou obdobných případů, tj. neúplnost z pohledu principu rovnosti, anebo z pohledu obecných právních principů. Ilustrací způsobu řešení takovéto mezery je náleží ve věci sp. zn. Pl. ÚS 48/95, v němž mezeru vytvořenou nerovností právní úpravy Ústavní soud normativně vyplnil pomocí ústavně-konformní interpretace příslušné zákonné úpravy (argumentu *a minori ad maius*), přičemž návrh na její zrušení, jelikož svojí dikcí nestála v rozporu s ústavním pořádkem, zamítl.“

⁴⁹² Lze to dovodit z uváděných příkladů.

určitého problému není svěřeno autoritativnímu rozhodnutí soudu či jiného orgánu, ale přesto je třeba jej znát. Z. Kühn v této souvislosti uvádí jako příklad situaci, kdy podle obchodního zákoníku svolává valnou hromadu společnosti jednatel, zákon však neřeší případ, kdy jednatel zemřel nebo odstoupil.⁴⁹³ Takový problém by zřejmě soud ani jiný orgán autoritativně neřešil.⁴⁹⁴

H. Kelsen obdobné případy řeší tzv. „přesunem normotvorné kompetence na nižší složku“, tj. tak, že z důvodu absence výslovné úpravy rozhodne o postupu ten, koho se taková situace týká.⁴⁹⁵ Rozhodně odmítá, že by šlo o mezeru v právu. Z. Kühn takový případ označuje jako mezeru v zákoně *sui generis*, jejímž častým znakem je, že je vyplňována nejen státními orgány, ale i osobami soukromého a veřejného práva.⁴⁹⁶

Podle Holländera existují v právu i mezery, které lze označit jako pravé. Příkladem pravé mezery je podle něj⁴⁹⁷ situace, kdy nebyl procesními řády upraven postup soudů po kasačních nálezech Ústavního soudu.⁴⁹⁸ I tento problém praxe, byť možná po určitých váháních, vyřešila v zásadě analogickým použitím procesní úpravy postupu při zrušení rozhodnutí nadřízeným soudem.⁴⁹⁹

Podíváme-li se pozorněji na oba přístupy, zjistíme, že zásadní rozdíl je v tom, do jaké míry jsou ochotny normativně zohlednit situaci, kdy se zdá právo neúplné. První přístup k tomu není ochoten vůbec, zatímco druhý je postaven na přesvědčení o nutnosti existenci mezery uznat a určitým způsobem ji „aktivně“ vyplnit obsahem. Obecně lze konstatovat, že první přístup skýtá větší míru právní jistoty, neboť je postaven na stanovisku, že pokud chybí právní norma, je prostě potřeba nárok zamítnout. Druhý přístup pak umožňuje řešit pozitivním (tedy nikoliv zamítavým či-li nikoliv obecnou zamítavou větou) výrokem i situace,

⁴⁹³ Kühn, Z.: cit. dílo, str. 207. Tento příklad ovšem Kühn podává při výkladu o tzv. axiologických mezerách, což jsou takové případy, kdy zákonodárce neupravil určité případy považované za relevantní, nebo je sice upravil, ale zvolené řešení je považováno za axiologicky nedostatečné.

⁴⁹⁴ Snad jedině v případě žaloby na neplatnost rozhodnutí valné hromady, která by byla podána pro porušení zákona při svolávání valné hromady.

⁴⁹⁵ Kelsen, H.: *Ryzí nauka právní, Metoda a základní pojmy*, Orbis, Praha – Brno 1933, str. 46.

⁴⁹⁶ Kühn, Z.: cit. dílo, str. 202. Na vysvětlenou je třeba dodat, že Kühn Kelsenův příklad přenosu normotvorné kompetence na nižší složku převádí do oblasti tzv. axiologických mezer, nicméně rozdíl mezi jím uváděným příkladem (svolání valné hromady společnosti, umřel-li jednatel) a Kelsenovým příkladem (svolání určitého kolegia předsedou, který zemřel, aniž by zákon řešil náhradní způsob svolání) není žádný.

⁴⁹⁷ Holländer, P.: *Mezera v zákoně, § 7 o. z. o. a ryzí nauka právní (Poznámky k úvaze Franze Bydlinského)*, in: *Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení (K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena)*, sborník z mezinárodní konference, ed: Tatiana Machalová, MU Brno 2003, str. 131 (pozn. pod čarou č. 3).

⁴⁹⁸ V současné době výslovnou úpravu již obsahuje trestní řád.

⁴⁹⁹ Vycházelo se přitom z analogického použití občanského soudního řádu a správního řádu (§ 63 zákona o Ústavním soudu). Fakticky ovšem nebyl zásadní problém v tom, jak dále postupovat po zrušení rozhodnutí nálezem Ústavního soudu, ale zda a do jaké míry jsou obecné soudy vázány nálezem Ústavního soudu, což řeší právě procesní řády, pokud jde o závaznost rozhodnutí instančně vyššího soudu.

kdy právní norma chybí.⁵⁰⁰ Navíc však umožňuje řešit jako tzv. mezeru i případ, kdy právní úprava existuje, avšak zdá se nedostatečná, tedy mezeru nazývanou nepravou. První přístup by takovou nepravou mezeru považoval za mezeru *de lege ferenda*. Úvaze *de lege ferenda* by však odmítal přiznat normativní relevanci.

Jak v případě pravých, tak i v případě nepravých mezer v právu jde podle mého mínění především o nalezení odpovědi na otázku, zda je daný případ právně relevantní tak, aby bylo skutečně potřeba jej autoritativně řešit. Je třeba klást důraz právě na autoritativní řešení. Pokud bude zvoleno řešení **konsensuální**, problém mezery práva nevznikne, protože nebude nikdo, kdo by přijaté řešení zpochybnil. Pokud je potřeba autoritativního řešení konstatována, je třeba najít způsob řešení mezery.

Je otázka, zda a v jakém rozsahu mohou hrát v těchto případech určitou úlohu právní principy a zda vůbec o mezerách v právu můžeme hovořit. Abychom o mezerách v právu mohli hovořit, musíme se postavit na stanovisko druhého přístupu, který mezery v právu uznává. Tu je však potřeba říci, jakým způsobem jsou mezery identifikovány a jakým způsobem jsou zaplňovány. Vhodnou teorií pro analýzu mezer v právu je teorie Canarisova, protože rozlišuje druhy mezer v právu podle toho, jakým způsobem je lze zjistit.

⁵⁰⁰ Takový stav zřejmě nastane po nálezů Ústavního soudu Pl. ÚS 20/05, kde Ústavní soud judikoval: „*Proto Ústavní soud trvá na naplnění základní funkce obecných soudů, tj. zajištění proporcionální ochrany subjektivních práv a právem chráněných zájmů, a požaduje, aby ji obecné soudy pronajímatelům poskytly tak, že nebudou zamítat jejich žaloby požadující určení zvýšeného nájemného s odkazem na nedostatek zákonné úpravy. Zamítání těchto žalob z důvodů souhrnně obsažených v rozsudku Nejvyššího soudu ze dne 31.8.2005, sp. zn. 26 Cdo 867/2004 (posléze využívaných v usneseních odmítajících dovolání pro nepřipustnost – viz usnesení sp. zn. 26 Cdo 80/2005, sp. zn. 26 Cdo 819/2005, sp. zn. 26 Cdo 1647/2005, sp. zn. 26 Cdo 1912/2005), považuje Ústavní soud za porušení čl. 36 Listiny.*“ Jádrem kritizovaných názorů Nejvyššího soudu spočívalo v následujícím: „*Takto konstituovaný nájemní poměr (šlo o nájem bytu) je rovněž vztahem závazkovým, který dle § 493 obč. zák. nelze měnit bez souhlasu jeho stran, pokud občanský zákoník nestanoví jinak. Jednostrannou změnu výše nájemného z bytů – jak předpokládá ustanovení § 696 odst. 1 obč. zák. – může stanovit zvláštní právní předpis, který však v současné době neexistuje. Občanský zákoník (ani jiný zákon) neumožňuje přitom soudu do závazkového nájemního vztahu zasáhnout změnou některé z jeho obsahových složek, včetně výše nájemného. Toto oprávnění přísluší moci zákonodárné a výkonné, do níž obecné soudy nejsou oprávněny se vměšovat, popřípadě ji suplovat (srov. čl. 2 odst. 1, 3 Ústavy).*“ Toto je – ve světle úvah Ústavního soudu – případ tzv. pravé mezery v právu v tom smyslu, že právní předpis neumožňuje jednostranně zvyšovat nájemné, protože prostě neexistuje. Slovy Kelsenovými ovšem nejde o mezeru proto, že na ni můžeme usuzovat jenom pohledem pozorovatele stojícího mimo právo, který má důvod se domnívat, že by taková úprava měla existovat. To ale zjistíme jen mimoprávní úvahou, protože pozitivní právo je v tomto ohledu uzavřené a z jeho obsahu nelze zjistit, že by taková úprava měla existovat. Z jiného pohledu ovšem o mezeru nejde proto, že soudy ji dle stanoviska Ústavního soudu mohou (dokonce musí) zaplnit, avšak nikoliv negativním výrokem, ale naopak výrokem pozitivním.

V. 2. 2. 1. Teorie mezer v právu podle C. Canarise⁵⁰¹

C. Canaris vymezuje mezeru v právu (zákonu) jako neplánovanou neúplnost zákona.⁵⁰² K určení mezery v zákoně je nezbytné najít kritérium, podle kterého bude možno na mezeru usuzovat. Mezery v právu je potřeba zkoumat na pozadí procesu aplikace práva, protože jediné při aplikaci práva se mezery v právu mohou projevit, což je dáno již zmíněným napětím mezi povinnostmi soudce rozhodnout a systémovou neúplností právního řádu.

Otázkou pak je, zda lze kritérium pro rozlišování mezer v právu nalézt přímo v zákoně či zda je třeba jej hledat mimo zákon (např. v přirozeném právu, obecném právním vědomí, v myslí soudce apod.). Stejným způsobem je pak potřeba hledat prostředky pro vyplnění mezery, které se mohou nacházet podle povahy buď *secundum legem* nebo *praeter legem*. Na základě těchto premis dospívá Canaris k závěru, že mezeru v právu představuje takový případ, kdy v pozitivním právu chybí úprava, ačkoliv ji právní řád ve svém celku poskytuje.⁵⁰³

Podle Canarise existují tři druhy mezer v právu, které se liší způsobem, jak je zjistit, a proto se liší i způsobem, jak je zaplnit, resp. překlenout.

První druh mezer v právu představují situace, kdy právní řád činí určitou životní situaci právně relevantní, avšak neposkytuje její řešení. Jinak řečeno, zákon určitou skutečnost činí právně relevantní, avšak již nestanoví, jaké konsekvence z její existence plynou. V takovém případě má soudce dvě možnosti: buď právo doplní, nebo odmítne rozhodnout. Protože druhá varianta je nepřipustná, je třeba zákon dotvořit.

Druhou variantu mezer lze zjistit při hledání účelu zákona, přičemž významnou roli hraje princip rovnosti. Pro řešení takových mezer jsou vhodné argumenty analogií, a fortiori, případně teleologická redukce či extenze.

Nakonec ve třetím případě slouží k odhalování mezer v právu všeobecné právní principy a hodnoty pozitivního práva. Při zkoumání relevance jejich používání však bude podle Canarise nejednou potřeba uchýlit se buď k ideji práva nebo k přirozené povaze věcí, tedy na určitou nadpozitivní úroveň.

Na základě takového vymezení způsobů nalézání mezer v právu popisuje Canaris jednak obecně uznávanou typologii mezer v právu, jednak vytváří typologii vlastní. Podle obecné typologie mohou být mezery v právu vědomé a nevědomé⁵⁰⁴, a to podle toho, zda si

⁵⁰¹ Canaris, C. W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964.

⁵⁰² Tamtéž, str. 16.

⁵⁰³ Tamtéž, str. 55.

⁵⁰⁴ Tamtéž, str. 134, příkladem vědomých mezer v právu mohou být například otázky nezpůsobitelného pokusu v trestním právu apod., které jsou v podstatě řešeny podle pravidel dotvořených doktrínou.

byl zákonodárce vědom, že ponechává určitou oblast neupravenou (což bývá zřídka) a že je proto na soudech či právní vědě, aby mezeru zaplnily. Z jiného hlediska se rozlišují mezery původní a následné. První z nich jsou zjevné již při vydání zákona, druhé se objeví až následně.⁵⁰⁵ Dále se rozlišují mezery zjevné a skryté podle toho, zda je význam zákona buď příliš úzký nebo příliš široký.⁵⁰⁶ Podle toho, jakým způsobem se projevuje neúplnost práva, rozlišují se mezery v rámci právní normy (pak chybí některá část právní normy), v rámci úpravy určitého institutu (pak chybí celá právní norma) a v rámci úpravy určitého odvětví (pak zůstává neupravena část právního odvětví, kdy chybí celý komplex norem).

Vlastní Canarisova typologie mezer v právu se opírá o kritizovanou Zitelmannovu typologii pravých a nepravých mezer v právu. Jakkoliv je toto rozdělení podle Canarise pochybné, lze přesto dospět k závěru, že „pravé“ mezery jsou takové, kdy soudce buď právo dotvoří nebo odmítne rozhodnout (což není přípustné), nepravé pak takové, které lze řešit na základě účelu zákona, případně principu rovnosti, analogie apod. Canarisova typologie mezer vychází ze způsobu jejich zjištění. Protože existují tři způsoby, jak zjistit mezery v právu, lze rozlišovat jejich skupiny takto:

1) Mezery funkcionální (protože způsobují disfunkci právního řádu), což jsou takové, kde ustanovení zákona vyžadují doplnění, protože opačný postup by byl v rozporu se zákazem odepření spravedlnosti,

2) mezery teleologické, kdy k dotvoření zákona vybízí jeho účel, a nakonec

3) mezery principiální či hodnotové, které vyplývají z existence principů či hodnot, které však nenalezly v pozitivním právu dostatečné vyjádření.⁵⁰⁷

Hranice jednotlivých druhů mezer jsou volné, proměnlivé. Podstatné rozlišující kritérium spočívá ve způsobu jejich určování a vyplňování. Zatímco u první skupiny mezer představuje jejich hledání a vyplňování zcela odlišné procesy (je potřeba najít jakékoliv pravidlo, které mezeru dotvoří), u druhé skupiny mezer je jejich hledání a vyplňování procesem totožným (používají se stejné argumenty pro jejich hledání a vyplňování). Mezery spadající do třetí skupiny mezer jsou hledány a vyplňovány metodami sice oddělenými, avšak jejich oddělení není tak patrné, jako u skupiny první a blíží se skupině druhé.

Canaris dovozuje, že u první skupiny mezer je možným či vhodným způsobem jejich zaplnění analogie, nejde však o prostředek nezbytný. U druhé skupiny je pro jejich zaplnění analogie nezbytná, případně je nezbytné použití argumentu a fortiori nebo teleologické

⁵⁰⁵ Tamtéž, str 135

⁵⁰⁶ Tamtéž

⁵⁰⁷ Tamtéž, str 141

redukce. V každém případě je zde řešení přímo těmito argumenty diktováno tak, že který prostředek slouží k odhalení mezery, ten je použit i k jejímu zaplnění. U třetí skupiny je problematická skutečnost, že o mezeru by šlo vždy tehdy, kdyby právní úprava principu odporovala, což není dost dobře možné, čili je potřeba zjistit případy nutných výjimek. Takový problém samozřejmě nevzniká tam, kde existuje skutečná mezera, kterou lze principem zaplnit, ale tam, kde jde o mezeru principiální či hodnotovou. Případně lze otázku položit obráceně – je určitý právní princip vyloučen z právního řádu výslovnou úpravou nebo jej lze použít ve zbytkových situacích?

Podle Canarise má právní princip takové vlastnosti, které jej vylučují z možnosti bezprostřední subsumpce. Právní principy tak pouze naznačují určité řešení. V uvedeném třetím případě tedy princip slouží k odhalení mezery a zároveň naznačuje možné řešení, ovšem vyžaduje konkretizaci. Aby mohla být prostřednictvím právního principu v takových případech zjištěna mezera, je potřeba prokázat, že právní princip nebyl dostatečně vyjádřen v zákoně (protože pak by šlo výjimku z principu, resp. jeho naplnění), což vyžaduje a) pozitivně zjistit, zda princip je součástí právního řádu, což lze provést odvozením principů ze zákona (redukcí, odkazem na ideu práva či přirozenou povahu věcí, a to zpravidla prostředky topického myšlení), b) negativně zjistit, že princip není vyloučen jako *celex* skrz účely vyššího stupně, totiž pozitivním právem.

Poté je možné mezeru zaplnit, přičemž princip ukazuje cestu, ale potřebuje a) vyjádřit v podobě pevné normy, což znamená, že je zařazen do jednoty právního řádu b) sladění s účely a jednotlivými ustanoveními pozitivního práva, což znamená 1) zohlednit principy vyššího řádu s hodnotami, které vyžadují omezení nových ustanovení na určité zvláštní případy, 2) zohlednit ochranu právně uznaných účelů, 3) určit jednotlivé technické normy, kterým princip nechává možnost naplnění.

Podle Canarise existují u všech druhů mezer případy, které nelze nijak zaplnit. U mezer prvního druhu jsou to případy, kdy platí zákaz analogie (např. trestní právo), u mezer druhého druhu platí někdy zákaz analogie, indukce a redukce, resp. teleologické redukce. U mezer třetího druhu nelze jejich zaplnění principy využít zejména tehdy, je-li potřeba zákon doplnit ryze technickými pravidly. Dále může použitelnost principů vyloučit zákaz použití analogie.

Canarisova typologie mezer v právu je sice propracovaná, avšak při bližším pohledu je patrné, že jednak je pojem mezery chápán odlišně od ostatních možných typologií, jednak se ty situace, které Canaris označuje za mezery, zpravidla v jiných teoriích nazývají jinak a řeší se jinými prostředky. Mezery prvního druhu představují prostě chybějící právní úpravu

některých situací, které jsou jinak právně relevantní, tedy absenci jakési pozitivně právní koncovky. Mezery druhého druhu jsou v podstatě situace vznikající v případě, kdy se provádí doslovný výklad právní normy, který je konfrontován například s účelem zákona, takže doslovný výklad je doplňován výkladem teleologickým. V tomto případě je vůbec otázka, zda hovořit o mezeře v právu, je-li mezera okamžitě zaplněna stejným prostředkem, kterým je odhalena. Pokud se domníváme, že určitý interpretační závěr o právní normě nerespektuje účel zákona, pak jej prostě korigujeme výkladem teleologickým. V obecném smyslu se totiž mezera chápe jako problematická situace, není-li jasné, jak ji zaplnit. Nicméně lze připustit, že Canarisův model přispívá k vysvětlení takového fenoménu. Konečně třetí druh mezer je spíše případem rozporu zjištěné právní normy s právním principem či hodnotou. Canaris v tomto případě poskytuje vhodný model pro zacházení s takovými případy, který zohledňuje i to, že právní princip, kterým byla mezera odhalena, nebude možné při jejím zaplňování použít například proto, že je tento princip z určitých důvodů z použití vyloučen.⁵⁰⁸

Nedá se proto říci, že by jednotlivé druhy mezer v právu v Canarisově pojetí byly zcela specifické a odlišné od jiných uvedených druhů mezer v právu. Přínosem je jeho teorie v tom, že obsahuje relativně dobře propracovaná pravidla pro řešení takových případů a zohledňuje i situace, kdy mezeru z určitého důvodu vyplnit nelze. Takový případ ovšem anticipuje negativní řešení.

V. 2. 2. Jiná pojetí mezer v právu

Částečně z jiného pohledu se na problematiku mezer v právu dívají C. Alchourrón a E. Bulygin⁵⁰⁹, kteří rozlišují mezery normativní a mezery axiologické⁵¹⁰. Axiologické jsou takové mezery, kdy právní řád sice určité řešení poskytuje, takže nelze hovořit o mezeře normativní, takové řešení je ale axiologicky nedostatečné, a to proto, že zákonodárce nezohlednil takový aspekt, který zohlednit měl. Takový druh mezery předpokládá, že existuje určitá relevantní vlastnost, která však je pro systém irelevantní, ačkoliv by relevantní pro něj měla být. Axiologickou mezerou proto není takový případ, kdy právní řád nabízí řešení, byť je toto řešení špatné (např. nespravedlivé). To je pouhá axiologická chyba. Axiologická

⁵⁰⁸ K úloze právních principů při zaplňování mezer v právu srov. též Kramer, E. A.: Funktionen allgemeiner Rechtsgrundsätze – Versuch einer Strukturierung, in: Koziol, H.; Rummel, P. (eds.): Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydliński, Wien 2001, str. 206-211.

⁵⁰⁹ Alchourrón, C. E., Bulygin, E.: Normative Systeme, München 1994.

⁵¹⁰ Tamtéž, str. 184 a násl.

mezera vzniká tehdy, kdy určitá relevantní vlastnost jednotlivého případu není zohledněna vůbec

Oproti tomu normativní mezera vzniká tehdy, pokud právní řád vůbec odpověď nedává.

V návaznosti na tuto definici axiologických mezer podává svoji vlastní interpretaci axiologických mezer Kühn, který rozlišuje jejich dvě varianty. První z nich tvoří takové případy „axiologické nedostatečnosti normativního systému“, kdy „normativní systém nevyhověl předpokladu relevance dané kauzy a normativně kauzu tohoto druhu neupravil, ačkoliv je podle předpokladu relevance upravit měl, popřípadě upravil některé kauzy, které podle předpokladu relevance upravit neměl“.⁵¹¹ Jinými slovy, existuje určitá skupina případů, které jsou považovány za právně relevantní do té míry, že by měly být právem upraveny. Druhou skupinu případů tvoří situace, kdy „normativní systém selhal při úpravě normativních následků zvolené kauzy“.⁵¹² Právní úprava tedy s určitým řešením počítá, ale z hlediska axiologického je takové řešení nesprávné. Podle Alchourrónovy a Bulyginovy teorie je ovšem taková situace případem axiologické chyby.

Je třeba upozornit, že výrazem „axiologický“ není možno bez dalšího rozumět „hodnotový“ či „k hodnotám se vztahující“. Axiologický zde znamená nezohledňující relevantní vlastnost, tedy vlastnost, kterou bychom chtěli považovat za relevantní. Jak ale určit, která skutečnost (vlastnost) je natolik relevantní?

Podle Kühna je axiologická nedostatečnost řešení zvažována ve vztahu k hodnotám, principům či elementům, které interpret bere v potaz.⁵¹³ V zásadě se v tom dá spatřovat podobnost s teorií Canarisovou, pokud jde o mezery třetího stupně, které jsou identifikovány pomocí principů a za jejich pomoci i zaplňovány. Na druhé straně je zde zjevná shoda axiologické mezery s Kelsenovým výrokem, že „tzv. mezera je mezerou v tom smyslu, že rozhodující orgán považuje řešení právním řádem diktované (ať už je to rozhodnutí zamítavé či nikoliv) za „neúčelné nebo nespravedlivé“ (viz výše). Snad jediný rozdíl spočívá v tom, že soudce nebude říkat, že řešení je nespravedlivé, ale že nezohledňuje relevantní skutečnost. Relevanci určité skutečnosti by měl soudce prokázat. Pokud identifikujeme mezeru pomocí principu (Canaris), nebo pokud identifikujeme relevanci určité skutečnosti pomocí principu (hodnoty), pak musíme být především přesvědčeni, že tento princip či hodnota jsou samy o sobě relevantní.

⁵¹¹ Tamtéž, str 205

⁵¹² Tamtéž, str 206

⁵¹³ Tamtéž, str 207

Lze se domnívat, že případy axiologických mezer jsou v právu velmi časté. Přitom ale podle mého mínění nejde zpravidla o mezery apriorní, vytvářené zákonodárcem, ale až *ex post* vznikající v procesu aplikace práva. Domnívám se, že pouze relativně malé množství takových axiologických mezer vytváří již zákonodárce. Takové případy by mohly zahrnovat situace, kdy Ústavní soud zruší určitý právní předpis či jeho část pro rozpor s ústavním pořádkem, neboť zjistí právě axiologickou nedostatečnost zákonodárcem přijatého řešení. Mohlo by tomu tak být zejména tehdy, kdy je důvodem zrušení právního předpisu nerespektování principu rovnosti, proporcionality, nadměrný zásah do určitého práva apod. V takovém případě bychom mohli za příčinu problému označit axiologickou mezeru.⁵¹⁴ Znamená to totiž, že zákonodárce takový princip, který Ústavní soud označí za důvod zrušení právního předpisu, nerefletoval, nepovažoval jej za relevantní. Pokud by totiž tento princip porušen nebyl, šlo by věc napravit ústavně konformním výkladem.

Za *ex post* vznikající axiologické mezery by bylo možno považovat případy, kdy soud (obecný) rozhodne případ způsobem, o kterém se nadřízený soud, případně Ústavní soud, domnívá, že nerespektuje určité principy či hodnoty apod. Jinými slovy, jde o případ nepřiměřené interpretace právního předpisu. Tato interpretace je nepřiměřená z pohledu dalšího interpreta.

Na příkladu lze ukázat, že axiologické mezery vytvořené zákonodárcem jsou méně časté a že takové mezery vznikají až *ex post* při aplikaci právního předpisu. Jde o nález Ústavního soudu Pl. ÚS 23/96, který se týkal zákona č. 217/1994 Sb., o poskytnutí jednorázové peněžní částky některým obětem nacistické perzekuce.⁵¹⁵ (Nález Pl. ÚS 23/96). V daném případě šlo o to, že Vrchní soud zamítl návrh na výplatu peněžní částky proto, že osoba, ohledně které měla být částka vyplacena, nesplnila podmínku pro to, aby byla uznána za československého politického vězně (což byla jedna z podmínek podle zák. č. 217/1994 Sb.), jelikož zemřela v prostorách koncentračního tábora až po 4. květnu 1945. Přitom doba rozhodná pro přiznání statutu politického vězně byla od 15. 3. 1939 do 4. 5. 1945. Ústavní soud dospěl k závěru, že výklad podaný Vrchním soudem byl absurdní v tom smyslu, že ten kdo zemřel po 4. 5. 1945 nemůže být politickým vězněm a za použití principu přiměřenosti (čl. 4 odst. 4 Listiny) dospěl k závěru o porušení základního práva. Obecný soud totiž vyložil

⁵¹⁴ Případem, kdy nejde o axiologickou mezeru v uvedeném smyslu, jsou například nálezy, kterými Ústavní soud ruší právní předpis pro porušení pravidel při jeho přijímání (např. prováděcí předpis vybočí z mezí zákonného zmocnění)

⁵¹⁵ Tento případ uvádí též Z. Kuhn (Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002, str. 209) a je možné na něm demonstrovat mimo jiné často nadměrnou principiální argumentaci.

pojem koncentračního tábora podle zákona č. 255/1946 Sb. (zákon o 50 let staršího), což bylo pro jeho závěry podstatné.

V daném případě ale nešlo o to, že zákonodárce přijal absurdní či axiologicky nedostatečnou úpravu tím, že by vyloučil z dobrodíní zákona osoby, které zemřely po 4. 5. 1945. Zákonodárce zjevně nepředvídal, že pojem koncentračního tábora se bude vykládat podle zákona č. 255/1946 Sb. (Zákon č. 217/1994 Sb. obsahoval odkaz na tento poválečný zákon pouze, pokud jde o pojem „československý politický vězeň“, což nemělo přímou souvislost s koncentračním táborem.) Teprve výklad Vrchního soudu, který byl v podstatě výkladem doslovným, dal vzniknout axiologické mezeře z pohledu Ústavního soudu.⁵¹⁶

Ačkoliv axiologicky dostatečného řešení bylo možno dosáhnout i výkladem jednoduchého práva, Ústavním soudem aplikované principy jej na správné řešení též navedly.

Jako vždy v souvislosti s použitím právních principů při aplikaci, i v případě axiologických mezer vzniká otázka, zda jsou pro použití právních principů dostatečně silné důvody. Odpověď je třeba hledat v míře axiologické nedostatečnosti. Pokud je navržené řešení velmi silně axiologicky nedostatečné, mohou být právní principy skutečně dobrým důvodem pro změnu řešení případu tak, aby bylo axiologicky dostatečné.⁵¹⁷

Pokud jde o jednotlivé druhy mezer, smysluplné se zdá rozlišování tzv. pravých mezer (Holländer) či funkcionálních mezer (Canaris), které popisují neúplnost právní úpravy, jež vede k její disfunkci. Takové případy mohou mít různou povahu. Za mezery v právu by v tomto smyslu mohly být považovány např. imperfektní normy, tj. normy, kterým chybí sankce. U nich by ovšem vyplnění bylo vyloučeno například poukazem na nutnost výslovného zakotvení sankce. Oproti těmto mezerám lze postavit mezery nepravé (Holländer, Kelsen, Zitelmann), případně některé teleologické a principiální mezery (Canaris), resp. axiologické mezery (Alchourrón, Bulygin), protože jejich základ je vždy stejný. Poměrujeme

⁵¹⁶ Je třeba podotknout, že považuji za nesprávný jednak výklad podaný Vrchním soudem, tak i odůvodnění Ústavního soudu, neboť z vymezení pojmu československý politický vězeň v zákoně č. 255/1946 Sb. vůbec nevyplývá, že určitá osoba musela též v rozhodném období umřít. Pouze z něj vyplývá, že musela být v rozhodném období vězněna v koncentračním táboře a následkem omezení osobní svobody zemřela – avšak nikoliv nutně v rozhodném období. Šlo proto ve skutečnosti spíše o výkladový problém jednoduchého práva

⁵¹⁷ Obdobně by bylo možno za axiologickou mezeru označit způsob určení délky roku z hlediska výše nároku na odškodnění v případě, který byl výše uváděn. Lze jistě tvrdit, že je relevantní, aby se rok počítal podle počtu dní, nikoliv *a dies ad diem*. Zákonodárce, pokud stanovil, že rozhodující je doba strávená v odboji, jistě neměl na mysli, že by v některých případech mohla nastat skutečnost, kdy přestupný rok bude důvodem pro nepřiznání nároku v plném rozsahu, je-li rozdíl v jediném dni. Z toho hlediska je systém také axiologicky nedostatečný. Stejně tak je ale právní řád axiologicky nedostatečný, pokud se ukládají tresty podle měsíců a let, nikoliv podle dní. Je přece rozdíl, jestli odsouzený stráví ve vězení o tři dny více nebo méně, podle toho, ve kterém měsíci nastoupí do vězení. Je rozumné tvrdit, že relevantním časovým úsekem je den, protože ten je vždy stejně dlouhý, nikoliv kalendářní měsíc, jehož délka se liší.

právní normu určitým účelem, smyslem, principem či hodnotou a na základě toho, zda tomuto kritériu právní norma vyhovuje či nevyhovuje, dovozujeme existenci mezery, kterou, je-li to možné, zaplníme. Musí jít však podle mého mínění o kritérium, které se nachází určitým způsobem mimo právní řád, protože pokud by referenční kritérium bylo uvnitř práva (např. korekce jazykového výkladu výkladem teleologickým), pak by šlo spíše o zohlednění systematiky právního řádu. Pokud například Holländer popisuje nepravou mezeru tak, že jde o situaci, kdy chybí právní norma ve srovnání s jinou situací, kde právní úprava je úplná, pak je jasné, že tato úvaha se zakládá na přesvědčení, že je nerozumné, nesprávné či nespravedlivé, aby taková situace nastala. Taková úvaha se však odvíjí od úvahy ležící *praeter legem*. Obdobně je tomu u axiologických mezer, které jsou založeny na opominutí kritéria, které se nám zdá relevantní, avšak jeho relevance zpravidla vyplývá ze skutečností stojících mimo právní řád. Pouze tehdy, jde-li například o porušení principu rovnosti, který je součástí pozitivního práva, či o jiný podobný pozitivní princip, lze na mezeru usuzovat zevnitř právního řádu. Pak je ale tato mezeru též zacelena prostředky právního řádu, tedy prostředky, kterými disponuje systém jako takový, takže fakticky ani o mezeru nejde.⁵¹⁸

Relevance mezer v právu závisí též na příslušném právním odvětví, neboť některá odvětví vytvářejí dojem bezmezerovitosti. Tak by tomu mělo být v trestním právu, které je teoreticky uzavřeno zásadou *nullum crimen sine lege*. Reálně tomu tak není. Některé skutkové podstaty jsou formulovány tak, že je spáchá ten, kdo „se dopustí jiného podobného

⁵¹⁸ Vhodným příkladem, který dokumentuje relativnost existence mezer v právu je tento: Podle § 11 trestního řádu platí: „1) Trestní stíhání nelze zahájit, a bylo-li již zahájeno, nelze v něm pokračovat a musí být zastaveno a) nařídí-li to prezident republiky, uživ svého práva udělit milost nebo amnestii, ...“.

Prezidentská milost má tři podoby: zastavení trestního stíhání, prominutí trestu a zahlazení odsouzení. Pokud prezident nařídí, aby bylo trestní stíhání zastaveno, je tím věc vyřešena. V trestním řízení sice lze pokračovat se souhlasem obžalovaného, lze však rozhodnout jen o vině, ale nelze uložit trest. Pokud je tedy pachatel pravomocně odsouzen, podá ústavní stížnost a v mezidobí prezident republiky nařídí zastavení trestního stíhání, pak i když Ústavní soud ústavní stížnosti vyhoví, je věc jasná potud, že postavení obžalovaného se nemůže zhoršit. Jak však řešit situaci, kdy prezident republiky udělí milost spočívající v prominutí uloženého trestu, odsouzenému pachateli a poté, kdy je mu milost udělena, vyhoví Ústavní soud jeho ústavní stížnosti a zruší odsuzující rozsudky? Podle trestního řádu není prominutí trestu překážkou dalšího trestního řízení. Zároveň je potřeba v řízení pokračovat. Pokud nebude obžaloba vzata zpět, což nelze vždy předpokládat, vzniká otázka, zda mohou být omilostnění obžalovaní znovu odsouzeni a zda jim může být znovu uložen trest. Na jedné straně je zde rozhodnutí prezidenta o prominutí trestu, na straně druhé nic nebrání v pokračování trestního řízení a ani uložení nového trestu (nelze se totiž domnívat, že by soud pouze rozhodl o vině, avšak neuložil trest, jako je tomu u zastavení trestního stíhání, v němž se pokračuje se souhlasem pachatele). Vzniká zde tedy v Holländerově chápání nepravá mezeru. Určitý institut není normativně upraven, ačkoliv institut obdobný normativně upraven je. Nebo se dá věc chápat jako axiologická mezeru, kdy určitá relevantní skutečnost není normativně upravena. V úvahu přichází dvě řešení: 1) obžalovaný bude znovu odsouzen za stejný trestný čin, který si i odpyká (leďa by mu prezident znovu udělil milost), 2) analogicky se trestní stíhání zastaví. První varianta se zdá absurdní: jaký význam by v takovém případě mělo rozhodnutí prezidenta republiky? Druhá varianta je použitím relativně široké analogie a je otázkou, zda je to zde vhodné. Příkladem řešení, které nakonec ukazuje, že o mezeru v právu nemusí jít, je rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 8 Tdo 202/2005, ve kterém soud dospěl k závěru, že omilostňující výrok nebrání novému trestnímu řízení a odsouzení, avšak pokud bude uložen trest, je třeba respektovat rozhodnutí o udělení milosti (prominutí trestu) tak, že odsouzený si odpyká jen takovou délku trestu, která převyšuje délku trestu prezidentem prominutého.

nebezpečného jednání“, pak je to typicky situace shora popsanou terminologií axiologické mezery v právu. Zákon zde nabádá k zohlednění relevance jednání, která nejsou výslovně popsána, ale jsou „podobně nebezpečná“.

Obdobný dojem bezmezerovitosti vytvářejí zásady typu „co není zakázáno, je dovoleno“. Tyto zásady rozdělují chování na dovolené a nedovolené. Co není výslovně zakázáno, je dovoleno. Tak tomu ovšem také nemusí být, protože existují výslovně zakázaná jednání a dále jednání, na jejichž zákaz se usuzuje proto, že se podobají jednáním zakázaným. Čili jde opět o jistý druh axiologické mezery, která se projeví tehdy, budeme-li ochotni přiznat určité skutečnosti relevanci.

Nakonec je možno připomenout, že existují i pravé mezery ve smyslu nedomyšlenosti určitých procedur. Příkladem může být čl. 66 Ústavy, kde je opominuto zakotvení přenosu některých důležitých kompetencí prezidenta republiky buď na předsedu vlády nebo na předsedu Poslanecké sněmovny. Z hlediska teoretického jde ale o mezeru *de lege ferenda* až do okamžiku, kdy neřešená situace nastane. Pak se mění na mezeru v právu *de lege lata*, neboť nastalou situaci je potřeba řešit.

V zásadě všechny uváděné druhy mezer v právu mají charakter obtížných případů aplikace práva. Obtížné je na takových případech určení, zda se ke zjištěné mezeře chovat jako k mezeře a za pomoci určitých argumentů ji zaplnit, či nikoliv, což je společný znak všech obtížných případů.

V. 2. 3. Kolize dvou právních norem

Případy kolizí dvou právních norem byly podrobně popsány výše v souvislosti s možným vymezením rozdílu mezi právními principy a právními normami. Kolize byla popsána tak, že jde o případy, kdy dvě právní normy vedou k odlišným normativním důsledkům, které jsou navzájem neslučitelné. Je-li problém řešitelný, pak dochází buď k zavedení výjimky jedné normy z normy druhé, nebo je kolidujícím normám přiřazeno pořadí na základě některého z interpretačních pravidel (*lex posterior atd*).

Kelsen ve Všeobecné teorii norem⁵¹⁹ upozorňuje na nutnost rozlišovat mezi rozporem a protikladem. O protiklad jde tehdy, pokud si dva pojmy neodporují, ale jsou v protikladu. Pojem „kruh a ne-kruh se navzájem vylučují, ale jeden pojem nedělá druhý nemožným“. Rozpor je poměr mezi dvěma výroky; „pokud jeden přitakává výroku, který druhý neguje,

⁵¹⁹ Kelsen, H.. Všeobecná teorie norem, Masarykova univerzita, Brno, 2000, str. 136.

jeden musí být falešný. Věta o rozporu je použitelná pouze na poměr mezi úsudky, ne na poměr mezi normami.“ Jednotlivé příklady, které uvádí, představují různé situace protikladů, které mohou být úplné, částečné, jednostranné či dvoustranné, možné nebo nutné.⁵²⁰

Právě proto, že nejde o rozpor ve smyslu logického rozporu, ale o protiklad, mohou mít při jeho řešení význam v určitém ohledu i právní principy. Někdy se totiž mohou dostat do protikladu dvě právní normy, avšak nelze jednoznačně určit, která má být výjimkou z druhé normy. Výše byla taková situace demonstrována na příkladu vztahu námitky jednání rozporu s dobrými mravy a námitky promlčení. V obecné rovině je řešení relativně snadné. Každý právní úkon (tedy i vznesení námitky promlčení) musí být v souladu s dobrými mravy. Na druhou stranu je možné se ptát, zda je vůbec přijatelné, aby výkon práva (vznesení námitky je nepochybně výkonem práva) byl v rozporu s dobrými mravy. Je téměř pojmově vyloučeno, aby šlo v takovém případě o jakousi šikanu⁵²¹ (*neminem laedit, qui iura sua utitur*). Přesto je konflikt dvou norem možný. Jeho řešení je závislé například na zohlednění principu právní jistoty (po určité době se právo promlčí a je možné na jeho promlčení spoléhat apod.).

Lze proto soudit, že i při kolizi právních norem mohou hrát právní principy určitou roli.

⁵²⁰ Tamtéž, str. 136-137.

⁵²¹ Za šikanozní výkon práva (zneužití práva) se považuje takové chování subjektu, jehož smyslem je pouze způsobit újmu jinému, aniž by tím jednatel získával nějaký prospěch. Srov. rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 21 Cdo 992/99: „Objektivní právo předpokládá, že výkon subjektivního práva směřuje k uskutečnění cíle sledovaného právní normou. Z logiky věci, dané vzájemně opačným postavením zúčastněných stran, vyplývá, že výkon subjektivního práva (vynucení splnění subjektivní povinnosti) může mít někdy za následek újmu na straně povinného subjektu, což by bylo možné vnímat jako rozpor s obecně přijímaným právním pravidlem, že každý se má chovat tak, aby nerušil práva jiného. . . Protože však výkon práva vylučuje protiprávnost, jelikož stejný stav nemůže být současně stavem právním i právu se přičícím, je třeba, vycházeje ze zásady „*neminem laedit, qui iure sui utitur*“, chování, které směřuje k zákonem předpokládanému výsledku, považovat za dovolené i tehdy, je-li jeho (eventuálním) vedlejším následkem vznik majetkové, popř. nemajetkové újmy na straně dalšího účastníka právního vztahu. Výkon práva, jak již bylo uvedeno, postrádá protiprávnosti, děje-li se v souladu s právem. Objektivní právo předpokládá, že výkon práva směřuje k uskutečnění cíle sledovaného právní normou. Jestliže však jednatel sice koná v mezích svého práva, ale prostřednictvím realizace chování jinak právem dovoleného sleduje poškození druhého účastníka právního vztahu, jedná se sice o výkon práva, ale o výkon práva závadný, kdy jednání a jeho výsledek se snad zcela shodují s výsledkem, který mělo právo na zřeteli, ale kdy jednání bylo učiněno nikoliv za účelem dosažení výsledků, k jejichž doctlení byla jednatelovi propůjčena ochrana, nýbrž aby bylo dosaženo výsledků jiných, které jsou jinak považovány za nevitáný vedlejší následek tohoto jednání. Takový výkon práva, i když je se zákonem formálně v souladu, je ve skutečnosti výkonem práva jen zdánlivým; účelem zde není vykonat právo, ale poškodit jiného, neboť jednatel v rozporu s ustálenými dobrými mravy je přímo veden úmyslem způsobit jinému účastníku újmu, zatímco dosažení vlastního smyslu a účelu sledovaného právní normou zůstává pro něho vedlejší a je z hlediska jednatelova bez významu.“

V. 2. 4. Vyloučení aplikace jednoznačné právní normy právním principem

Poslední druh tzv. obtížných případů může v určitém ohledu zahrnout všechny ostatní případy, tj. jak zkoumání otevřenosti či uzavřenosti strukturních elementů právní normy, zacelování mezer v právu i kolize norem. Zároveň je tak tento poslední případ shrnutím problematiky obtížných případů.

Většina případů, které jsou označovány za obtížné, je upravena a řešitelná na základě explicitních právních norem. Snad všechny příklady uváděné v této práci lze vyřešit na základě použití právních norem.⁵²² Jediný neřešitelný případ by byl takový, při jehož řešení se zjistí existence tzv. pravé mezery, tj. případ, kdy právní norma operuje s určitou právní skutečností, ale nepřisuzuje jí žádné důsledky. Domnívám se, že právní řád by bylo možno z tohoto hlediska zredukovat na soubor právních norem bez jakéhokoliv pojiva v podobě principů, teleologického pozadí práva či hodnot. Takový právní řád by musel splňovat jedinou podmínku, kterou by byla existence základní normy, pomocí které by bylo možno identifikovat příslušnost pravidla k právnímu řádu. Nešlo by tak o pouhý shluk norem, ale o skutečný systém s vnitřními vztahy a vazbami.

Soudí se však, že takto redukovaný právní řád by byl nefunkční, neefektivní, nespravedlivý atd. Situaci lze demonstrovat na případě uváděném Z. Kühnem jako příkladu logického vymezení složitěho případu.⁵²³ Jedná se o případ počítání lhůt v ústavním právu řešený nálezem Ústavního soudu č. 30/1998 Sb.

V podobě jednoduchého případu lze situaci rekonstruovat takto:

- | | |
|------------|---|
| 1. Premisa | Prezident republiky má právo vrátit přijatý zákon s výjimkou zákona ústavního, s odůvodněním do patnácti dnů ode dne, kdy mu byl postoupen. (čl. 50 odst. 1 Ústavy) |
| 2. Premisa | Prezident vrátil zákon Poslanecké sněmovně sedmnáctý den poté, kdy jej obdržel. |
| 3. Premisa | Jestliže byl zákon prezidentem vrácen po stanovené lhůtě, může být bez dalšího projednání v Poslanecké sněmovně vyhlášen ve |

⁵²² Platí to jak pro kauzu prezidentských milostí, tak pro zkoumání odškodnění osob vězněných nacistickým režimem, pro kauzu Riggs v. Palmer a další „zahraniční“ kauzy.

⁵²³ Kühn, Z.: cit. dílo, příklad doslova přejímám, pouze měním při zachování významu formulací, kterou zjednodušuji.

Sbírce zákonů. (nekontroverzní výsledek interpretace čl. 50 Ústavy)

Závěr Poslanecká sněmovna nebude o zákonu hlasovat.

Obtížný případ zní tak, že druhá a třetí premisa se mění:

2. Premisa Prezident vrátil zákon sedmnáctý den, protože patnáctý a šestnáctý den byla sobota a neděle.

3. Premisa Případne-li poslední den lhůty na sobotu či neděli, končí lhůta nejbližší pracovní den.⁵²⁴

Závěr Poslanecká sněmovna musí o zákonu znovu hlasovat.

Jak je vidět, není obtížné rozhodnutí případu. Obtížné je pouze určení relevantních premis, tedy fakticky použitelných argumentů. Případ samozřejmě bylo možno rozhodnout jako jednoduchý, tedy bez přetvořené druhé a třetí premisy. Argumentace Ústavního soudu se při (implicitním) vytvoření druhé a třetí premisy opřela o nutnost vykládat lhůty tak, aby prezident nebyl zkrácen na možnosti učinit určitý úkon. Je otázkou, zda tomu tak skutečně muselo být. Protiargumentem mohl být zájem na neprodlování legislativního procesu, nemožnost analogicky aplikovat obecnou úpravu běhu lhůt, nepřetržitost výkonu funkce prezidenta atd.

Lze shrnout, že obtížný případ činí obtížný pouze ochota soudce snášet argumenty na podporu řešení, které jednoduše nevyplývá z daných „jednoduchých“ premis. Právě v tom je podstata obtížného případu: určení relevantních premis, respektive rozhodnutí, zda vůbec mají být další premisy hledány. Lze soudit, že další premisy jsou hledány

- 1) není-li rozhodnutí jasné, protože právní norma skutečně není vůbec jasná,
- 2) právní norma jasná je, avšak její dispozice ukazuje k výsledku, který je pro interpreta nepříjatelny.

⁵²⁴ Nutno podotknout, že Z. Kühn podle mého názoru velmi přesně vystihuje podstatu „třetí premisy“, tedy právního principu. Je to premisa „nezbytná pro vyřešení věci, pokud má být řešení odlišné od doslovného významu textu“ (Kühn, Z.: cit. dílo, str. 48). A to je právě problém, který je třeba vyřešit – skutečně má být řešení případu odlišné od doslovného významu textu?

V druhém případě se hledají různé argumenty pro opačný závěr. Kontroverze řešení obtížných případů a jejich potencionální kritika spočívá v tom, že interpret není zpravidla důsledný a používá pouze ty argumenty, které podporují ten závěr, kterého chce dosáhnout, nepřihlíží však k potencionálním argumentům opačným.

Tím je ovšem jeho závěr arbitrární, protože pokud se skutečně důsledně nevypořádá se všemi relevantními argumenty pro a proti, které lze nalézt, pak nelze hovořit o tom, že by jeho rozhodnutí bylo vázáno určitými pravidly. Rozhoduje tak na základě diskrece, která nespočívá ve volbě řešení, ale ve volbě argumentů, které určité řešení diktují. Přitom jen málokdy lze najít případ, kdy jsou skutečně všechny potencionální protiargumenty zohledněny či vyvráceny. Spíše jde o situace, kdy některé z úvahu přicházejících argumentů vůbec zohledněny nejsou.

Domnívám se, že podstatu myšlenkové operace při řešení obtížných případů lze shrnout do těchto kroků:

1. Jsou identifikovány a interpretovány relevantní právní normy.
2. Na základě jejich výkladu a po subsumpci konkrétních okolností lze učinit závěr.
3. Závěr (rozhodnutí) se zdá kolidovat s některým právním pravidlem či mimoprávním kritériem. Tento závěr se zdá jakoby předčasný, protože zatím nejsou známy všechny premisy. Jde tedy o určitý myšlenkový skok, který nás přenese od učiněného závěru k jeho zkoumání ve srovnání s určitými kritérii.⁵²⁵
4. Toto kritérium je zohledněno takto
 - 4a. jde-li o kritérium právní (např. právní princip, o němž se domníváme, že musí být uplatněn), je jím modifikován předchozí interpretační výsledek, který se přizpůsobí tomuto pravidlu a tím je řešení určeno
 - 4b. jde-li o kritérium stojící mimo právo („rozhodnutí by bylo nespravedlivé či nemorální“), je hledáno právní kritérium, které by umožnilo mimoprávní kritérium zohlednit (například určitý princip)
5. Nalezené právní kritérium v případě bodu 4b je zohledněno a ovlivní výsledek. Pokud se však právní kritérium nepodaří nalézt, zůstane výsledek určen původním významem právní normy (obecně se zřejmě nepovažuje za akceptovatelné, aby bylo pouze řečeno „právní norma vede k nespravedlivému důsledku“).⁵²⁶

⁵²⁵ Lze se domnívat, že podstatou tohoto skoku je, řečeno slovy Weinbergerovými, rekurz na předvedení interpreta, či srovnání výsledku se spravedlnostními představami interpreta či podobnými elementy.

⁵²⁶ I když se takto samozřejmě občas argumentuje. Srov. nález Ústavního soudu sp zn Pl ÚS 20/05. „Podrobíme-li argumentaci Nejvyššího soudu analýze ve světle těchto pravidel, docházíme k závěru, že Nejvyšší soud i další obecné soudy chybují, pokud odmítají poskytnout ochranu právům fyzických a právnických osob,

Je-li ten, kdo má rozhodnout, důsledný, zváží případně i argumenty vylučující použití argumentu použitého v bodu 4a či 4b. Pokud důsledný není, spokojí se s dosaženým výsledkem, který odpovídá jeho představám o správném řešení. Obtížná na celém případě je tedy volba argumentů v bodě 4a či 4b, resp. určení, zda je přípustné takový argument použít a zda případně nepoužít ještě argument další. Zde však již nejsou dána jasná kritéria přípustných nebo nepřípustných argumentů, resp. argumentů použitelných nebo nepoužitelných. Jejich volba tak závisí na úvaze toho, kdo rozhoduje. V každém případě, jakmile je výběr argumentů uzavřen, je řešení již jednoduché.^{527, 528}

Problém pak spočívá v tom, za jakých podmínek je přípustné z „jednoduchého případu“, učinit „případ obtížný“. Většina případů je totiž svojí povahou jednoduchá a obtížnými jsou činěny až *ex post* přidáváním dalších argumentů.⁵²⁹

keré se na ně obrátily ze žádostí o spravedlnost, pokud jejich žaloby zamítaly pouze s formalistickým odůvodněním a odvoláním se na nečinnost zákonodárce (neexistenci příslušné právní úpravy), a to poté, co jim Ústavní soud, jako ochránce ústavnosti a její kontroly, otevřel svými rozhodnutími cestu“ Je patrné, že zde pojem spravedlnost není po obsahové stránce nijak konkretizován.

⁵²⁷ Z tohoto důvodu se domnívám, že soudní rozhodování nemá charakter diskursu. V určitém okamžiku je možnost přidávat argumenty a zpochybňovat protiargumenty uzavřena, je proveden výběr relevantních argumentů a je podle jejich výběru rozhodnuto.

⁵²⁸ Srov. např. náleží Ústavního soudu č. 214/1994 Sb. (zrušení institutu anonymního svědka v trestním řádu). Jakmile Ústavní soud definoval všechny premisy, mezi které je potřeba zařadit i způsob, jak řešit problém proporcionality (srov. k tomuto principu níže), bylo řešení v zásadě jednoznačné.

⁵²⁹ Na závěr je možné ještě uvést jeden příklad obtížného případu, řešený nálezem sp. zn. IV. ÚS 215/94 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 3, nálež č. 30). Stěžovatelka uplatnila řádně a včas restituční nárok a ke dni jeho uplatnění všechny zákonné podmínky (včetně československého občanství) splňovala. Po zániku Československa se však stala slovenskou občankou, čímž podle obecného soudu nespĺnila podmínku státního občanství podle restitučních předpisů, protože podle úst. zák. č. 4/1993 Sb. se měly případy, kdy zákony spojují práva a povinnosti s občanstvím ČSFR vykládat tak, že jde o občanství ČR, které však stěžovatelka neměla. Soudy obecné vyřešily případ pomocí jednoduchého sylogizmu: P1 – vyžaduje se české občanství, P2 – žadatelka nemá české státní občanství, C – žadatelka není oprávněnou osobou. Ústavní soud však do rozhodování doplnil další premisu, totiž skutečnost, že při takovém výkladu by byli restituenti rozdělení na dvě skupiny (české občany a slovenské občany), přičemž toto rozdělení záleželo pouze na časovém momentu rozdělení federace. Jinak řečeno, kdyby příslušné úřady rozhodly o restituční žádosti ihned (tedy před rozpadem federace), restituentka by majetek získala. Právě nahodilost výsledku restitucí v závislosti na v zásadě neovlivnitelné rychlosti rozhodování je faktorem, jež činí takový postup nespravedlivým a vede k nutnosti aplikovat princip rovnosti, ochrany důvěry v právo, případně některé další. Tyto premisy (právní principy), nebylo možno podle Ústavního soudu z případu vyloučit. (Uvedená rekonstrukce případu je mojí interpretací, Ústavní soud takto své úvahy v odůvodnění nálezu nevyložil, nicméně principiální argumenty použil). Bylo ovšem též možné zcela jednoduše říci, že restituční nárok stěžovatelce vzniknul v okamžiku, kdy o vydání majetku požádala. V tomto případě tedy nastala právní skutečnost, která zakládala nárok na vydání majetku, takže rozhodnutí soudu bylo v tomto směru již deklaratorní. To znamená, že následná ztráta českého občanství již neměla vliv na nabytá práva. Fakticky tak jde o případ, kdy se určité subjektivní právo považuje za nabyté v okamžiku, kdy jsou splněny všechny relevantní skutečnosti vyžadované hypotézou právní normy. Srov. k tomu Fiala, J.: *Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu*, Právník č. 3/1999, str. 250-260.

V. 3. Další funkce právních principů

V. 3. 1. Prozařování ústavních principů do jednoduchého práva

Koncepce prozařování právních principů do právního řádu se týká především skupiny ústavních principů.⁵³⁰

Tato koncepce se rozvinula v důsledku uznání zásadního postavení ústavy v rámci právního řádu.⁵³¹ Jakmile se totiž na ústavu přestalo nahlížet jako na „monology zákonodárce“, jakmile se uznalo, že i ústavní normy jsou stejně závazné jako jakékoliv jiné právní normy, musel se takový přístup nutně projevit i při aplikaci jednoduchého práva.

Prozařování ústavních principů do jednoduchého práva je možno definovat jako nutnost naplnit požadavek, aby každá právní norma jednoduchého práva byla vykládána ve světle těchto principů. To znamená, že musí být případně odmítnut výklad, který ústavní principy nerespektuje. Jinými slovy, prozařování ústavních principů právním řádem ústí v požadavek ústavněkonformní interpretace jednoduchého práva. Teoreticky by se taková situace dala přirovnat k použití systematického výkladu, který vyžaduje zohlednit právní normy všech stupňů právní síly. Takové přirovnání by však nebylo zcela přesné. Většinou jsou totiž aplikovány právní normy na úrovni zákonné či podzákonné. Jen málokdy lze uvažovat o přímé aplikaci normy ústavní, protože ta je buď příliš obecná, nebo je právě prováděna normou zákonnou. Pravidla na úrovni ústavy proto nalézají prostor pro použití zejména tehdy, je-li právní úprava na zákonné úrovni nejasná či nelze-li dospět k jednoznačnému závěru o obsahu pravidla chování. Dále lze soudit, že mají mít prostor tehdy, zdá-li se, že zjištěná právní norma ústavnímu pravidlu odporuje, narušuje jej či nešetří „jeho podstatu a smysl“. Podstatné je, že ústavní pravidla nevystupují v procesu aplikace práva nezbytně nutně, ale až v okamžiku, kdy se zdá, že jsou dotčena určitou intenzitou. V takovém případě se zdá, že by bylo vhodné přiznat ústavním pravidlům charakter právního principu, protože pokud uznáme, že právní princip naznačuje správné řešení, vzniká ona

⁵³⁰ Je patrné, že při tomto pojmání jde též o otázku právní síly. K tomu je možné provést zajímavé srovnání, pokud jde o postavení nikoliv ústavních principů, ale tzv. obecných právních principů (obecných zásad právních) H. Krech k tomu v kontextu francouzského práva uvádí: „Stupeň právní síly určité právní normy se podle francouzské teorie neurčuje podle jejího obsahu, ale podle jejího formálního původu. ... Pokud vyjdeme z toho, že za formální zdroj obecných právních principů je považována interpretace práva, pak zjišťujeme, že tento pramen nevyhrazuje právním principům v hierarchii právních norem žádné místo. Jejich postavení se dá určit jedině tak, že jejich smysl je určován ve vztahu k ostatním normám, které své místo v hierarchii práva díky určité formě našly.“ Krech, H.: Die Theorie der allgemeinen Rechtsgrundsätze im französischen öffentlichen Recht, Göttingen 1973, str. 112.

⁵³¹ Srov. např. nálezy Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 139/98 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 12, nálezy č. 106, str. 93 an.).

volnost, která nám umožňuje právní princip (ústavní pravidlo) aplikovat jen za určitých okolností. Pokud bychom však ústavním pravidlům přiznali povahu právních norem, znamenalo by to, že musí být aplikována vždy. Byla by pak zohledněna při systematickém výkladu.

Domnívám se, že rekonstrukce takových situací je poněkud jiná. Jednotlivým ustanovením na ústavní úrovni lze jen obtížně přiznat povahu principů, protože pak by to také znamenalo, že nemusí být aplikována nikdy. Povahu principů mají spíše důsledky těchto pravidel (právních norem). Protože jde o pravidla relativně vysoké míry abstraktnosti, je poměrně široké pole pro závěr, zda zjištěný obsah právní normy ještě ústavnímu pravidlu neodporuje či zda již mu odporuje. Pak je to otázkou interpretace ústavního pravidla. Je-li závěr takový, že právní norma ústavnímu pravidlu již odporuje, pak bude výsledek uzpůsoben ústavnímu pravidlu, dojde k „prozařování“. Pokud bude závěr opačný, potřeba aplikovat ústavní pravidlo vůbec nevznikne.

Pro aplikaci práva soudy z toho vyplývá ten důsledek, že soud musí zákony a další právní předpisy vykládat ve světle ústavních pravidel. Musí zkoumat, zda zjištěná právní norma není na zákonné úrovni v rozporu s ústavním pravidlem. To se týká zejména základních práv a svobod, jež je potřeba chránit na všech úrovních soudní soustavy.

Domnívám se, že ke koncepci prozařování ústavních principů do právního řádu je potřeba přistupovat nikoliv absolutizujícím způsobem. Řešení je třeba spatřovat v nalezení rovnováhy mezi požadavkem zachování práva na jedné straně a požadavkem rozumného fungování práva na straně druhé. Jde o přístup, který v poslední době často zaujímá Ústavní soud v situaci, kdy je stavěn do role čtvrté soudní instance.⁵³² V takových případech je totiž Ústavní soud ochoten zasáhnout jen tehdy, pokud postupem obecných soudů došlo k takovému zásahu do ústavních práv a svobod, který dosahuje ústavní intenzity.⁵³³

Jinými slovy, ne každá nezákonnost dosahuje též míry neústavnosti. Ústavní pravidla (principy) je třeba hájit jen v tom okamžiku, kdy je dotčena jejich podstata. V opačném případě dojde k úplnému rozmělnění správného postupu soudu a výsledkem bude kazuistický výčet jednotlivých pochybení, který bude pro aplikační praxi v podstatě nepoužitelný.⁵³⁴

⁵³² Srov. např. nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 79/97 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 8, nález č. 101) a doslova desítky dalších nálezů.

⁵³³ Srov. např. nález Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 329/97 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 12, nález č. 12), velmi instruktivně též nález sp. zn. Pl. ÚS 16/2000 (nález č. 321/2000 Sb.) - separátní votum JUDr. Ivany Janů.

⁵³⁴ Srov. k tomu např. Isensee, J.: Spolkový Ústavní soude – Quo vadis? Právnick č. 10-11/1997, str. 873 an. Srov. též Holländer, P.: Role Ústavního soudu při uplatňování Ústavy v judikatuře obecných soudů, in: ed. Šimíček, V.: Ústava České republiky po pěti letech (Sborník z konference), MU Brno, 1998, str. 38-60.

V. 3. 2. Přímá aplikace principu na konkrétní kauzu

V nadpisu je skryt terminologický a metodologický problém. Terminologický problém se týká vymezení pojmu princip. Metodologický problém se týká způsobu, jakým se s principy zachází při aplikaci práva. Zároveň je tento problém potřeba řešit v podstatě „pouze“ na ústavní úrovni.

Východiska následujících úvah jsou tato: Aby bylo možno právní princip použít k přímému řešení konkrétní kauzy, musí mít kondicionální podobu. Je potřeba opustit představu principů jako finálních pravidel, protože ta neobsahuje subsumpční podmínky. Dále je potřeba uvážit, že řešení má diktovat právní princip, tedy pravidlo, které i v kondicionální podobě obsahuje v hypotéze podmínku „... pokud s ohledem na okolnosti případu nepřeváží jiný právní argument ...“. Hypotéza pravidla určujícího výsledek ale s takovou podmínkou počítat nemůže, jelikož pak by řešení nediktovala, ale pouze ukazovala jako možné. Avšak v případě, kdy aplikujeme pravidlo povahy právního principu přímo, pak počítáme s tím, že nám řešení ukáže. Nakonec je potřeba zvážit, v jaké situaci se vlastně hovoří o přímé aplikaci právního principu, tj. v jaké situaci nám právní princip diktuje řešení.

Taková situace nastává v zásadě jen na úrovni ústavního práva, a to tehdy, kdy kolidují dvě ústavně právní pravidla, v podstatě základní práva či svobody. Povahu právních principů připisuje ustanovením o základních právech a svobodách R. Alexy.⁵³⁵ K tomuto závěru jej vede představa o způsobu řešení kolize pravidel na ústavní úrovni, ovlivněná Dworkinem, podle které pokud spolu kolidují dvě ústavně právní pravidla, pak jsou navzájem vyvážena či poměřena, a jejich vzájemná váha diktuje výsledek. Protože poměřování je znakem právního principu, jsou základní práva též principy.

Základní práva a svobody však nejsou principy vždy, ale jen tehdy, dostanou-li se do kolize.⁵³⁶ Pokud stojí ustanovení o základním právu či svobodě samostatně, má povahu právní normy, aplikuje se způsobem vše nebo nic. Některá základní práva a svobody jsou nepodmíněné. Alexy to ukazuje na svobodě umělecké tvorby, která je neomezitelná (čl. 5 odst. 3 Základního zákona). To by znamenalo, že jakékoliv jiné pravidlo, které by svobodu umělecké tvorby omezilo, by vytvořilo, pokud by mělo stejnou právní sílu, neřešitelný problém, protože tato dvě ustanovení by vedle sebe nemohla obstát. To znamená, že je potřeba hledat podmínky, za nichž je možno svobodu umělecké tvorby omezit, čímž toto ustanovení nabývá principiální charakter. Už se neaplikuje způsobem vše nebo nic, ale „jen

⁵³⁵ Alexy, R : Theorie der Grundrechte, Frankfurt 1986.

⁵³⁶ Tamtéž, str 122, kapitola Der Doppelcharakter der Grundrechtsnormen.

tehdy, pokud s ohledem na okolnosti případu nepřeváží jiný právní argument.“ Pak vystupuje jako právní princip.

Není ovšem jasné, proč se takové případy kolize nedají vyřešit na základě zavedení výjimky jednoho z konkurujících pravidel na úkor druhého (byť vzhledem k okolnostem případu), přičemž jejich vztah tak není určen jednou provždy, ale v jiném případě může být i opačný.

Domnívám se proto, že ustanovení o základních právech a svobodách sama o sobě mají charakter právní normy. Pokud se použití určitého ustanovení o základním právu nedostává do konfliktu s jiným základním právem, vystupuje příslušné ustanovení jako právní norma. Ovšem i v případě, že ke konfliktu dojde, bude řešení diktováno zavedením výjimky jednoho pravidla na úkor pravidla jiného.

Zdá se tedy, že právní princip nelze přímo aplikovat na konkrétní kauzu. Za právní princip nelze považovat pravidlo přímo vyjadřující základní právo či svobodu; příslušné ustanovení je právní normou. Za právní princip lze považovat spíše implicitní důsledek takového ustanovení, který již principiálního charakteru nabýt může. To znamená, že právní princip nelze přímo použít na konkrétní případ, nelze podle něj konkrétní případ bez dalšího rozhodnout. Řešení určuje právní norma.

Pokud tedy Z. Kühn uvádí⁵³⁷ jako příklad přímé aplikace principu náleží Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 245/98, pak to není příklad přesný. V tomto případě byla aplikována přímo právní norma ústavní síly.⁵³⁸

⁵³⁷ Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Praha 2002, str. 171-172.

⁵³⁸ Podstata problému spočívala v tom, že stěžovateli vznikla škoda nesprávným postupem redakce Sbírkou zákonů, která opomenula ve Sbírce otisknout dvě ustanovení zákona. Obecné soudy odpovědnost státu za škodu neshledaly, protože tehdy platný zákon č. 58/1969 Sb. se na tento případ nevztahoval. Ústavní soud však aplikoval přímo ustanovení čl. 36 odst. 3 Listiny, podle kterého má každý nárok na náhradu škody způsobené mu nezákonným rozhodnutím soudu, jiného státního orgánu či orgánu veřejné správy nebo nesprávným úředním postupem. Není ovšem vůbec jasné, proč by zde mělo jít o aplikaci principu. Podle mého mínění jde o aplikaci právní normy. Jak je patrné z nálezu sp. zn. Pl. ÚS 18/01, ustanovení čl. 36 odst. 3 Listiny je právní normou, která koriguje důsledky právní úpravy na úrovni zákona.

VI. Příklady užití právních principů v judikatuře soudů

Následující pasáže se budou kasuisticky věnovat právním principům tak, jak jsou užívány v judikatuře soudů. Vzhledem k tomu, že pojetí právních principů není v žádném případě jednotné, stejně jako není jednotná terminologie, ukáže se, že mnohé principy, které budou dále popisovány, nemají povahu principů ve smyslu této práce. Půjde proto především o demonstraci způsobů, jak se s právními principy zachází, resp. jak se zachází s pravidly, kterým je připisována povaha právních principů.

Výběr jednotlivých principů byl proveden s maximální snahou o demonstraci různých alternativ nakládání s těmito druhy pravidel. Je potřeba mít na paměti, že pro pochopení významu právních principů je potřeba znát především právní řád, podle kterého je případ řešen. Jeho znalost musí být relativně podrobná proto, aby bylo možno odhalit, ve kterých případech jde skutečně o aplikaci právních principů a ve kterých případech jde o terminologickou zkratku, shrnutí podstaty určité právní úpravy apod.

VI.1. Právní principy v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva

Judikaturu Evropského soudu pro lidská práva lze relativně snadno hodnotit z toho hlediska, kdy Evropský soud pro lidská práva (dále též pouze „Soud“) zachází s právními pravidly jako s principy a kdy jako s normami. Úmluva na ochranu základních práv a svobod je totiž snadno dostupná a představuje pro Soud v zásadě jediný relevantní pramen práva ve formálním smyslu. Z téhož důvodu lze proto relativně snadno zkoumat a hodnotit i judikaturu Soudu.

Jedním z principů, který našel odraz v judikatuře Soudu, je **princip proporcionality**, tedy pravidlo, které zohledňuje vztah mezi použitými prostředky a sledovanými cíli. Tento princip je výslovně formulován v řadě článků Úmluvy, v nichž se hovoří o možnosti státu určitě právo omezit v „případech, kdy je to v souladu se zákonem a nezbytné v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, hospodářského blahobytu země...“.

Tento princip se stal rozhodující pro řešení věci A. proti Spojenému království (stížnost č. 35373/97), ve které šlo o vztah mezi imunitou člena Sněmovny občin britského Parlamentu a právem na soudní ochranu ve smyslu čl. 6 Úmluvy. Zároveň je případ zajímavý tím, že se v něm objevilo několik dalších „principů“.

Skutková podstata případu spočívala v tom, že poslanec se ve Sněmovně opakovaně urážlivě vyjadřoval o stěžovatelce a jejích dětech v souvislosti s jejich sociální situací, údajnou nepřizpůsobivostí a etnickým původem. Podle britského práva podléhají výroky učiněné členy Parlamentu absolutní imunitě, a to jak trestně právní, tak občanskoprávní (čl. 9 Bill of Rights z roku 1689). Sankce mohou být v případě vědomě nepravdivých tvrzení uloženy pouze příslušnou komorou. V důsledku takto široce koncipované imunity mělo být stěžovatelce bráněno v možnosti domáhat se svého práva u soudu.

Vláda se bránila poukazem na „princip“ absolutní imunity výroků učiněných v Parlamentu. Existenci tohoto principu dovozovala ze skutečnosti, že všechny státy Rady Evropy mají v té či oné míře imunitu poslanců zákonodárných sborů zakotvenou, a proto jde o „skutečně univerzální princip“. Oproti tomu stěžovatelka argumentovala tvrzením, že čím širší je rozsah imunity poslance, tím přísnější kritéria musí být kladena na její používání.⁵³⁹ Podle ní vláda neprokázala, že by menší míra imunity též nesplnila svůj účel.

Soud konstatoval, že právo na přístup k soudu není absolutní a že členské státy jej mohou omezit. Za tím účelem je jim rezervována určitá míra uvážení (*margin of appreciation*). Je však potřeba zvážit, zda omezení nejsou taková, že právo na přístup k soudu omezují tak, že je dotčena samotná podstata práva. Dále je potřeba zvážit, zda omezení sleduje legitimní cíle. Je potřeba posoudit, zda je nastolen úměrný vztah mezi cíly a prostředky (zde by bylo možno hovořit o proporcionalitě v užším smyslu).

Soud dovodil, že imunita chrání legitimní cíl, kterým je možnost volně hovořit v Parlamentu. Pokud jde o rozsah imunity, Soud byl názoru, že pokud je určitá úprava v souladu s obecnou praxí ve více státech či vyplývá z obecného veřejného zájmu, nemůže být nadměrná. Navíc Soud dovodil, že stěžovatelka úplně bez ochrany nebyla, neboť si mohla na jednání poslance stěžovat peticí. Kromě toho sama Sněmovna by mohla poslance postihnout v případě vědomě nepravdivých výroků. Proto Soud dovodil, že zde existuje přiměřený vztah mezi sledovaným cílem a prostředky. Stížnost byla zamítnuta.

Z rozhodnutí je patrné, že princip proporcionality umožňuje státu do určité míry zasahovat do práv přiznaných Úmluvou, resp. zahrnuje posouzení takového zásahu ve třech krocích. Prvním krokem je zkoumání, zda není dotčena samotná podstata práva. To znamená, že stát by porušil Úmluvu, kdyby vnitrostátní úprava jeho uplatnění zcela vyloučila. Druhým krokem je zkoumání, zda omezení práva je legitimní, tj. zda sleduje oprávněný cíl. Nakonec

⁵³⁹ Problém byl v tom, že poslanec opakovaně uváděl přesné údaje o osobě stěžovatelky, což vyústilo v několik útoků na její osobu ze strany neznámých pachatelů.

třetím krokem je zkoumání, zda je mezi prostředky a cíli vztah přiměřenosti (tedy proporcionalita v užším smyslu).⁵⁴⁰

Ve věci stížnosti č. 68890/01 (George Blake proti Spojenému království) zkoumal Soud **principy vyplývající z článku 10 Úmluvy** (svoboda projevu). Soud označil za principy vyplývající z tohoto článku následující pravidla:

- 1) Svoboda projevu je fundamentálním prvkem demokratické společnosti.
- 2) Svoboda projevu se nevztahuje jen na projevy „neutrální“, ale i na projevy, které urážejí, šokují.
- 3) Výjimky z tohoto článku musí být velmi omezené a každé omezení musí být přesvědčivě zdůvodněné. Pojem „nezbytná omezení“ vyjadřuje nevyhnutelnou společenskou potřebu takového omezení.

Je patrné, že takový výčet principů je spíše interpretací článku 10 Úmluvy jako právní normy. Principiální charakter tohoto článku (obdobně to však platí o všech obdobně formulovaných člancích) by mohl být spatřován v tom, že tento článek vyžaduje maximální možnou míru naplnění, přičemž výjimky mohou být jen omezené a musí se vztahovat na nezbytné případy.⁵⁴¹

Kromě tohoto principu se Soud dotkl též pojmu „obecné principy mezinárodního práva“, jejichž použití je možné při omezení práva užívat majetek ve smyslu čl. 1 Prokolu č. 1 k Úmluvě. Tento pojem však nijak nevysvětlil.

Další rozhodnutí ve věci De Becker proti Belgii (stížnost č. 214/5), které bylo vydáno v roce 1962, je zajímavé tím, že zohledňuje „**obecně uznávané principy výkonu spravedlnosti**“ (*generally recognised principles for the administration of justice*), resp. obecně uznávané principy soudního řízení. Za tyto obecné principy považoval disentující soudce A. Ross pravidla upravující možnost zastavit řízení (vyškrtnout stížnost ze seznamu stížností) v případě, kdy stát, který byl před Soudem žalován, změnil právní úpravu, jejíž aplikace byla důvodem pro podání stížnosti. A. Ross dovodil, že takové jednání státu jej nezprošťuje odpovědnosti za případné porušení Úmluvy, protože považoval za základní

⁵⁴⁰ Princip proporcionality byl použit i v případě Barthold proti Spolkové republice Německo (stížnost č. 8734/79), která se týkala vztahu práva na svobodu projevu a omezení vyplývajících z ochrany obchodní soutěže. Podstata byla v tom, že stěžovatel, veterinární lékař, byl vyfotografován a jeho fotografie se jménem uveřejněna v článku o tom, kterak zachránil život domácí kočky poté, co ostatní jeho kolegové odmítly z důvodu pozdní večerní hodiny zákrok provést. Příslušný soud uložil stěžovateli povinnost zdržet se uveřejňování takových článků, resp. nechávat se v souvislosti s nimi zveřejňovat, neboť to narušovalo svobodnou soutěž tím, že ostatní veterináři byli poškozeni na své profesní pověsti. Soud dovodil, že tato omezení nejsou nezbytná v demokratické společnosti, nesledují legitimní cíl, a proto shledal porušení čl. 10 Úmluvy.

⁵⁴¹ Článek 10 Úmluvy byl právním základem pro rozhodnutí ve věci Asociace Ekin versus Francie (stížnost č. 39288/98), které se týkalo nikoliv periodického tisku, ale knižních publikací.

princip soudního řízení skutečnost, že sporem disponuje výlučně žalobce. Vzhledem k původní úpravě řízení před Soudem, ve které hrála významnou úlohu Komise, bylo možné, aby Komise navrhla vyškrtnutí stížnosti ze seznamu stížností. Skutečnost, že Soud tomuto návrhu vyhověl, považoval disentující soudce za nepřijatelnou s ohledem na uvedený princip.

Další principy, které se objevují v judikatuře Soudu, jsou procesní principy spadající pod právo na spravedlivý proces ve smyslu čl. 6 odst. 1 Úmluvy. Ve známém a často citovaném rozhodnutí ve věci Delcourt proti Belgii (stížnost č. 2689/65), aplikoval Soud **princip rovnosti zbraní** (*principle of "equality of arms"*), jehož uplatnění je podstatné pro realizaci čl. 6 Úmluvy. Porušení tohoto článku spočívalo v tom, že část právní argumentace státního zástupce byla soudu tlumočena bez možnosti obžalovaného se k ní vyjádřit. Soud zároveň upozornil, že tento princip není jedinou konsekvencí článku 6 Úmluvy. Je pouze dílčím elementem práva na spravedlivý proces, které naplněním tohoto principu není zcela vyčerpáno. V jiném případě⁵⁴² dospěl Soud k závěru, že nezbytnou konsekvencí práva na spravedlivý proces ve smyslu čl. 6 Úmluvy je **princip nestrannosti soudu**. Další princip vyplývající z článku 6 odst. 2 je **princip presumpce nevinny** a též **princip procesu konaného v přiměřené lhůtě**.

Na uvedené principy lze pohlížet jako na konkretizované důsledky uváděného článku Úmluvy, resp. jeho bližší interpretaci. Nejde však o princip v tom smyslu, že by mohl být naplněn jen z části, ale o pravidlo, které musí být splněno za všech okolností. Z tohoto hlediska popsaná pravidla principiální charakter postrádají.

Princip presumpce nevinny má mimo jiné tu konsekvenci, že jakmile byl vynesena zprošťující rozsudek, je nepřipustné jakkoliv naznačovat, že určitá osoba je vinna. Ve věci Vosticová versus Rakousko (stížnost č. 38549/97) šlo o to, že stěžovatelka byla zproštěna viny z důvodu, že se nepodařilo rozptýlit pochybnosti o její vině. Žádala proto o náhradu škody za vazbu, kterou však příslušný národní soud zamítl s tím, že určitá podezření stále existují a nepodařilo se je vyvrátit v plném rozsahu. Soud na základě toho konstatoval, že stát porušil stěžovatelčino právo dle čl. 6 odst. 2 tím, že tento princip nerespektoval. V obecné rovině lze konstatovat, že princip presumpce nevinny má v judikatuře tuto konotaci: „*Princip presumpce nevinny se poruší, jestliže soudní rozhodnutí nebo prohlášení úřední osoby ohledně osoby obviněné z trestného činu odráží názor, že je vinna, a to dříve, než byla vina prokázána v souladu se zákonem. Přitom postačí, a to i při absenci formálního nálezu, existuje-li nějaké*

⁵⁴² Věc De Cubber proti Belgii, stížnost č. 9186/80.

odůvodnění, z něhož vyplývá, že soud nebo úřední osoba pokládají obviněného za vinného⁵⁴³

Zajímavé jsou dále případy, kdy Soud zohledňuje právní principy jiných právních řádů, resp. právní principy, které se dají označit skutečně za obecně platící (nutno podotknout, že v oblasti euro-atlantické civilizace). Příkladem může být rozhodnutí ve věci Ira Samuel Einhorn proti Francii (stížnost č. 71555/01), v němž šlo o přípustnost vydání osoby stěžovatele do Pensylvánie, kde mu potencionálně hrozil trest smrti za vraždu, za kterou byl odsouzen *in absentia* poté, kdy ještě před procesem odcestoval do Francie. Soud se v tomto případě spolehl na princip zákazu retroaktivity práva, který měl v daném případě ten význam, že zákon, kterým byl ve státě Pensylvánie obnoven trest smrti, byl přijat až po spáchání údajné vraždy. Soud proto dospěl k závěru, že není třeba obávat se uložení trestu smrti a že vydáním nebyl porušen čl. 3 Úmluvy. Zajímavým způsobem byl zohledněn **princip obecnosti právní úpravy**. Stát Pensylvánie totiž žádal o extradici stěžovatele opakovaně. Poprvé byla jeho žádost francouzskými orgány zamítnuta proto, že legislativa státu Pensylvánie nezaručovala nový proces. Následně byl v Pensylvánii přijat zákon výslovně umožňující nové řízení v případech, kdy byl pachatel odsouzen *in absentia*. Soud dovodil, že není pochyb o tom, že tento zákon byl účelově přijat v návaznosti na negativní stanovisko francouzských orgánů k extradici stěžovatele tak, aby argument, který francouzské úřady použily, odpadl. Přesto Soud dospěl k závěru, že zákon představuje obecnou úpravu vztahující se na všechny pachatele trestných činů souzené *in absentia* a že proto není nutné se obávat zneužití zákona. Nejen z těchto, ale i několika dalších důvodů opírajících se o konkrétní okolnosti byla stížnost prohlášena za nepřípustnou.

Ve věci Klass a spol. proti Německu (stížnost č. 5029/71) se Soud vyjádřil i k základním ústavním principům, které by měly podle jeho přesvědčení platit v demokratické společnosti. Je to jednak **princip dělby moci**, jednak **princip vlády práva** (*rule of law*). Existenci těchto principů odvozuje Soud zejména z preambule Úmluvy. Důsledkem principu dělby moci je nezbytnost vyvážení jednotlivých mocí, která zahrnuje i dostatečně silnou soudní moc, jež bude dohlížet na zákonnost výkonu činnosti exekutivy, a to zejména v případech, kdy se jedná o podezření z trestného činu. Podstatou případu byl německý zákon prolamující ochranu tajemství dopravovaných zpráv v případech, kdy bylo vysloveno podezření z páčání trestné činnosti. Možnou kontrolu zpráv umožňoval zákon nařídít orgánům exekutivy bez kontroly soudní moci.

⁵⁴³ Rozsudek ve věci Böhmer versus Německo, stížnost 37568/97, bod 54.

Pro povinnost státu plnit závazky může být určující **obecný princip mezinárodního práva**, podle kterého stát nemůže omlouvat porušení smluvních ujednání s poukazem na vlastní legislativu. Tento princip aplikoval Soud v souvislosti s porušením práv stěžovatelů podle čl. 5 Úmluvy ve věci Neumeister proti Rakousku (stížnost č. 1936/63).

Úmluva sama se zmiňuje o obecných právních principech (*general principles of law*) jen v několika ustanoveních. V čl. 7 Úmluvy zakotvuje princip *nullum crimen sine lege* a dále zákaz retroaktivity trestního zákonodárství s výjimkou případů „jednání nebo opomenutí, které v době, kdy bylo spácháno, bylo trestné podle obecných právních zásad uznávaných civilizovanými národy.“ K aplikaci těchto obecných principů došlo ve věci Papon proti Francii, kde Soud dovedl, že mezi tyto trestné činy trestné podle obecných právních zásad spadají činy proti lidskosti.

Princip **nullum crimen sine lege** je relativně frekventovaným principem v judikatuře Soudu vůbec. Z tohoto principu vyplývá podle Evropského soudu několik konsekvencí. Především jde o zákaz retroaktivní aplikace trestního práva, zákaz extenzivní aplikace trestního práva v neprospěch obžalovaného, dále požadavek jasné definice trestného činu právem (český výraz „zákon“ je z hlediska judikatury Evropského soudu restriktivní) ať už psaným či nepsaným.⁵⁴⁴

Zajímavým způsobem Soud aplikuje **principy práva na soudní ochranu** ve smyslu čl. 6 Úmluvy. Z určitého pohledu se může zdát, že čl. 6 má principiální charakter proto, že Soud ve své judikatuře připouští různá omezení a výjimky z tohoto práva, které mu dávají charakter optimalizačního pravidla, pravidla vyžadujícího naplnění v co největší míře, avšak nikoliv naplnění absolutního.

Ve věci Kreuz proti Polsku (stížnost č. 28249/95) Soud dovedl tyto principy tvořící právo na spravedlivý proces:

- 1) Právo na soud není absolutní. Může podléhat různým omezením ze strany státu.
- 2) Omezení mohou spočívat v nutnosti zaplatit soudní poplatek či například získat povolení k podání návrhu (týká se zejména opravných prostředků).
- 3) Je věcí Soudu, aby kontroloval, zda omezení nejsou tak závažná, že zbavují práva na soud (v konkrétním případě to byla povinnost zaplatit soudní poplatek ve výši přesahující průměrný roční plat v zemi).

⁵⁴⁴ Viz rozsudek ve věci Streletz, Kessler a Krenz proti Německu a věc K.-H. W. proti Německu, rozhodnutí č. 34044/96 a 35523/96.

- 4) Omezení přístupu k soudu musí sledovat legitimní cíl a musí existovat vztah proporcionality mezi prostředky a cíli. (Tento požadavek je zajímavý, protože na rozdíl od jiných článků Úmluvy v sobě čl. 6 takové explicitní omezení neobsahuje.)
- 5) Uložená omezení nesmí činit právo pouze iluzorním, prázdným pojmem bez možnosti praktické realizace.

VI. 1. 1. Zhodnocení principiálnosti judikatury Evropského soudu pro lidská práva

Nedá se obecně říci, že by judikatura Soudu byla zásadně principiální, resp. že by bylo možno snadno určit, který argument je argument právním principem a který právní normou obsaženou v některém z článků Úmluvy. Pokud Soud používá argument právními principy, je potřeba rozlišovat, zda jde skutečně o právní pravidlo zvláštního charakteru či zda jde pouze o určité zkratkovité vyjádření či označení pravidla za „princip“ ve smyslu obecně platných důsledků.

O principech v judikatuře Soudu má zřejmě význam hovořit tam, kde Soud vyvozuje určité důsledky z jednotlivých ustanovení, které nejsou jen jejich prostým výkladem, ale jejich abstrakcí či explikací, která může zahrnovat i porovnání s jinými ustanoveními a jejich důsledky, a dále přiřazení stupně důležitosti takto vyvozeným pravidlům.

V rozhodování Soudu jsou ojedinělé případy, kdy by docházelo ke kolizím jednotlivých práv obsažených v Úmluvě způsobem, který by vyžadoval jejich řešení pomocí poměrování či vyvažování tak, jak v některých případech postupují ústavní soudy. Je tomu tak proto, že Soud přezkoumává tvrzení stěžovatelů o tom, že ze strany státu bylo porušeno některé z práv zaručených Úmluvou. V takových případech pak nemůže z povahy věci dojít ke kolizi práv v pravém slova smyslu. Podstatou rozhodování Soudu je proto ve většině případů zkoumání otázky, zda se stát při stanovení mezí práv a svobod udržel v rámci výjimek či omezení obsažených v Úmluvě.

Při relativně širokém chápání pojmu právo v judikatuře Soudu je v některých případech též patrné, že Soud se inspiruje „obecnými právními principy“ platícími v národních právních řádech, a to ve dvou směrech. Buď je považuje za součást právní praxe členského státu a potom zkoumá, zda takový princip případně neodporuje Úmluvě, resp. ve srovnání s Úmluvou může obstát, nebo je činí součástí obecného právního vědomí a pak v jejich světle posuzuje případná porušení Úmluvy (tento případ se týká zejména zásad, na něž odkazují samotná ustanovení Úmluvy).

VI. 2. Právní principy v judikatuře Evropského soudního dvora

Zatímco judikatura Evropského soudu pro lidská práva právními principy příliš často neoperuje, resp. zachází s pojmem princip relativně arbitrárně, aniž by to ovšem bylo na újmu srozumitelnosti jeho rozhodnutí, používání argumentů právními principy v judikatuře Evropského soudního dvora (dále též „Soudní dvůr“) je poměrně hojné.

V judikatuře Soudního dvora lze shledat tyto kategorie právních principů:

- 1) zásady převzaté Soudním dvorem z právních řádů členských států
- 2) principy související bezprostředně s požadavky právního státu
- 3) zásady odvozené od požadavků ochrany lidských práv⁵⁴⁵
- 4) zásady procesního práva
- 5) zásady správního řízení
- 6) zásady sloužící k vyplňování mezer v právu.⁵⁴⁶

Pokud jde o prameny právních principů, z hlediska formálního jde o principy výslovně vyjádřené zejména v primárním právu, případně o principy abstrahované z primárních a sekundárních aktů evropského práva. Významným pramenem právních principů je samozřejmě též judikatura Soudního dvora.⁵⁴⁷

Mezi principy jednak výslovně zakotvené, jednak v určitých případech též abstrahované co do jejich důsledků z různých aktů komunitárního práva, patří **princip rovnosti a zákazu diskriminace**, který byl použit ve věci C-450/93. Princip rovnosti je v jednom ze svých aspektů použit jako výchozí pravidlo ve směrnici 76/207/EHS, o uplatnění principu rovného zacházení pro muže a ženy při zaměstnávání, přípravě na zaměstnání a vytváření pracovních podmínek. Podstata problému řešeného v tomto rozhodnutí spočívala v tom, že město Brémy automaticky a absolutním způsobem upřednostňovalo ženy – uchazečky o zaměstnání, pokud v určité oblasti byly ženy zaměstnány v menším rozsahu než muži (samozřejmě při stejné kvalifikaci). Soudní dvůr dovedl, že automatická přednost žen před muži je diskriminační. Připustil, že je možné ženy zvýhodňovat, avšak z objektivně stanovených důvodů, nikoliv absolutním způsobem. Tak je tomu například v situaci, kdy

⁵⁴⁵ K tomu srov. Šišková, N.: Vývoj doktríny základních práv v judikatuře Evropského soudního dvora, Právník č. 4/2003, str. 342-364.

⁵⁴⁶ Tichý a kol.: Evropské právo, 1. vyd. Praha, C. H. Beck 1999, str. 158.

⁵⁴⁷ Srov. též Tridimas T.: The General Principles of EC Law, Oxford University Press, 1999, str. 9: „Odkaz na obecné principy jako prameny práva může být Soudem učiněn buď v případě výslovného ustanovení v právním textu (*renvoi obligatoire*) nebo spontánně soudem v případě, kdy je nutno zaplnit mezeru v psaném právu (*référéncé spontanée*).“

důvodem zvýhodnění je úsilí o zvýšení konkurenceschopnosti žen. Preferenční přístup lze uplatňovat jen do okamžiku, než je rovnosti dosaženo. Pak je potřeba zachovávat opět rovný přístup.

Princip rovnosti mužů a žen dále vylučuje, aby ženám byla odpírána možnost sloužit v armádě za stejných podmínek jako muži. Předmětem sporu se stal čl. 12a Základního zákona SRN, který zakazoval službu žen v armádě s výjimkou zdravotní služby a zcela zakazoval službu žen se zbraní. Soudní dvůr judikoval, že tato výjimka je v rozporu se zásadami vyplývajících z citované směrnice, protože paušálním způsobem znemožňuje ženám službu v armádě za stejných podmínek jako mužům. Soudní dvůr připustil, že lze stanovit individuální výjimky vzhledem ke specifickým potřebám armády a v širším smyslu zájmu na národní obraně. Tyto výjimky však nelze uplatňovat plošně.

Princip rovnosti se samozřejmě neomezuje jen na případy zaměstnaneckých vztahů. Lze jej aplikovat například i na případy různých opatření v oblasti zemědělství, pokud jde na straně jedné o omezení vyplývající z příslušných opatření a na straně druhé o podporu, která má být poskytována.⁵⁴⁸

Zvláštní význam má **princip rovnosti** při postihování jednání, která jsou zakázána podle práva národního státu a práva Společenství. V tomto případě zásada rovnosti vyžaduje postihovat jak jednání porušující pravidla právních řádů členských států, tak i pravidla komunitární podle stejných procesních předpisů, pokud jde o jednání svou povahou srovnatelná.⁵⁴⁹

V oblasti ekonomické zdůraznil Soudní dvůr principy vyplývající ze svobody podnikání a usazování se v rozhodnutí C-9/02⁵⁵⁰. Základ řešené věci se týkal ustanovení francouzského daňového práva, které postihovalo zisky z prodeje podniku v případě, že sídlo podniku mělo být přeneseno mimo Francii. Daň měla být placena z rozdílu mezi tržní cenou podílu v době přenosu sídla společnosti a cenou nabytí podílu. Šlo o přímou daň vyňatou z kompetence Společenství. Soudní dvůr přesto dovedl, že základní principy komunitárního práva vylučují, aby stát svými předpisy omezoval svobodu podnikání a usazování se. Případná omezení musí být v souladu s **principem proporcionality**⁵⁵¹, který zahrnuje zkoumání použitých prostředků a sledovaných cílů. Princip proporcionality patří podle

⁵⁴⁸ Spojené případy C 201 a 2002/85 ve věci *Kletsch v. Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture* [1986].

⁵⁴⁹ Rozsudek C-88/99 ve věci *Roquette Freres SA v. Direction des services fiscaux du Pas-de-Calais*

⁵⁵⁰ Příklad *Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, řízení o předběžné otázce vznesené Conseil d'Etat*.

⁵⁵¹ Srov. Běhan, P.: Princip subsidiarity a proporcionality v tvorbě komunitárního práva, *Právník č. 2/2002*, str. 179-205.

judikatury Soudního dvora k obecným principům náležejícím do práva Společenství.⁵⁵² Cíl sledovaný francouzskou legislativou spočíval v zamezení daňových únikům. Soudní dvůr konstatoval, že zvolené opatření není v souladu se zásadou proporcionality, neboť jednak presumuje daňový únik, jednak je možné stejného cíle dosáhnout opatřením méně striktním. Princip svobody usazování proto přijímání takových opatření zakazuje.

Pro fungování komunitárního práva je důležité dodržet **princip eurokonformního výkladu**, který vyžaduje, aby národní soudce interpretoval vnitrostátní právo v souladu s právem komunitárním tak, aby bylo dosaženo účelu zamýšleného právní normou komunitárního práva. Národní soudce je při interpretaci normy vnitrostátního práva povinen, ať se jedná o ustanovení předcházející směrnici nebo o ustanovení pozdější, tak činit, v mezích možností, ve smyslu textu a účelu směrnice, a tak dosáhnout cíle směrnice a souladu s čl. 249 odst. 3 SES.⁵⁵³ Povinnost interpretovat národní právo v souladu s komunitární směrnici však nemůže sama o sobě a nezávisle na legislativě členského státu být podkladem pro uvalení trestní sankce nebo pro její zpřísnění.⁵⁵⁴ Povinnost interpretovat národní právo v souladu s právem komunitárním je limitována obecnými právními pravidly, jedná se zejména o požadavek **právní jistoty a o zákaz retroaktivity**, které Soudní dvůr považuje za součásti komunitárního práva.

Zajímavý je způsob, jakým Soudní dvůr tyto principy aplikuje. Poměrně časté jsou totiž případy, kdy není jednoznačně stanoveno, zda právní předpis Společenství dopadá na právní vztahy vzniklé v budoucnu nebo i na vztahy vzniklé před jeho přijetím. Soudní dvůr zastává stanovisko, že nová komunitární pravidla jsou aplikována i na vztahy založené již dříve, pokud je zřejmé, že jinak by tato pravidla byla bezcenná a neúčinná.⁵⁵⁵ Fakticky se tak nerozlišuje mezi tím, je-li nová právní úprava ve prospěch či neprospěch dotčených subjektů. Národní orgány by sice neměly ve světle nové právní úpravy postihovat sankcí dřívější jednání dosud z působnosti komunitárního práva vyňatá, avšak taková jednání je nutno postihovat na základě principu nepravé retroaktivity.

Ve vztahu k ukládání sankcí podle národních předpisů za porušení povinností vyplývajících například i z transponovaného práva Společenství dovodil Soudní dvůr, že významnou zásadou je **zásada retroaktivního použití mírnějšího trestu**, která je společná všech členským státům. Nejde samozřejmě o to, že by se postihovala jednání dosud nestíhaná

⁵⁵² Rozhodnutí ve spojených věcech C-453/03, C-11/04, C-12/04 and C-194/04 z 6. 12. 2005.

⁵⁵³ Rozsudek ve věcech C-106/89 *Marleasing SA* [1990], C-14/83 *Von Colson et Kamann* [1984].

⁵⁵⁴ Rozhodnutí ve věci C-168/95 *Arcaro* [1996]

⁵⁵⁵ Rozsudek ve věci C-21/81, *Bout* [1982] a rozsudek ve věci C-34/92, *GruSa Fleisch* [1993].

žádnou sankcí retroaktivně, ale o uplatnění mírnější sankce za jednání i dříve sankcionovaná.⁵⁵⁶

V některých případech se může dostat do střetu, byť zdánlivého, zásada právní jistoty ve spojení s **principem ochrany důvěry v právo a zákazem retroaktivity** na straně jedné a „základní zásada Společenství“, podle které musí být porušení práva okamžitě odčiněno. V konkrétním případě šlo o to, že řecká vláda zvýhodnila v rozporu s pravidly hospodářské soutěže formou nižšího zdanění některé podniky. Soudní dvůr dovedl porušení smlouvy ze strany Řecka. Řecká vláda se bránila v řízení o porušení Smlouvy, že pokud by vymáhala vrácení slevy na dani, aby následky porušení Smlouvy odčinila, vedlo by to k nepřipustnému retroaktivními zdanění, které zakazovala nejen řecká Ústava, ale i „všeobecné principy práva“. Soudní dvůr tyto argumenty odmítl. Uvedl, že se nelze odvolávat na princip právní jistoty a další uvedené principy s poukazem na nemožnost reparovat způsobené následky, neboť žádný členský stát se nemůže dovolávat vlastního protiprávního jednání jako exkulpačního důvodu a navíc musí převážít **princip, podle kterého porušení práva vyžaduje okamžitou nápravu.**⁵⁵⁷

Specifickou zásadu komunitárního práva představuje zásada *in dubio pro consumatore*, tj. v případě pochybností ve prospěch spotřebitele. Tato zásada ve spojení se **zásadou vysokého stupně ochrany** vyžaduje, aby tehdy, je-li pochybné, zda se komunitární úprava chránící určité osoby na konkrétní případ vztahuje, byla na něj aplikována. V konkrétním případě byla řešena otázka, zda pod směrnicí č. 90/314/EHS Rady, o cestovních zájezdech, spadá určitý případ. Pokud by tomu tak bylo (šlo o výklad pojmu „cestovní zájezd“), byl by spotřebitel více chráněn (bránil se zaplacení ceny zájezdu proto, že zájezd neodpovídal smluveným podmínkám), než pokud by aplikovatelnost směrnice byla vyloučena.⁵⁵⁸

Zásadou obdobného charakteru, byť obecnějšího dosahu, je **zásada volného pohybu služeb**, která může najít uplatnění tehdy, brání-li členské státy konkrétním osobám z jiných členských států ve vstupu na své území například uložením doživotního zákazu vstupu na území z důvodu porušení vnitrostátní legislativy. V konkrétním případě šlo o to, že italské občance byl vysloven trest zákazu vstupu na území Řecka za to, že přechovávala omamnou látku. Ačkoliv Soudní dvůr obecně respektuje výkon trestní jurisdikce členskými státy, nesmí být v jeho důsledku omezovány základní svobody Společenství. Právní řád Společenství

⁵⁵⁶ Rozsudek velkého senátu ze dne 3. května 2005 ve spojených věcech C-387/02, C-391/02 a C-403/02, *Silvio Berlusconi a spol.*

⁵⁵⁷ Rozsudek ve věci C-183/91, *Komise ca. Řecká republika.*

⁵⁵⁸ Rozhodnutí ve věci C-400/00, *Club-Tour, Viagens e Turismo SA v. Alberto Carlos Lobo Goncalves Garrido.*

umožňuje všechny základní ekonomické svobody omezit výhradou veřejného pořádku, ta však nemůže znamenat absolutní popření této svobody.⁵⁵⁹

Jedním z důležitých principů, který je základem ústavních tradic společných členským státům, je podle Soudního dvora **princip poskytnutí účinné soudní nápravy**,⁵⁶⁰ který lze též nalézt v čl. 6 a 13 Evropské úmluvy na ochranu lidských práv a základních svobod. V jiném případě šlo o posouzení otázky, zda pro stát vázaný se Společenstvím asociační dohodou je významné (přesněji závazné) soudní rozhodnutí vydané v členském státě a které se týká téže osoby, vůči které jsou činěny kroky v asociovaném státě. Soudní dvůr s ohledem na citovanou zásadu dovedl, že rozhodnutí vydané v jednom členském státě musí být zohledněno i ve státě asociovaném, protože jinak by byl tento princip porušen.⁵⁶¹

Skutečnost, že Soudní dvůr často zohledňuje práva obsažená v Evropské úmluvě a vykládá je s ohledem na specifické cíle Společenství, dokládá rozhodnutí ve spojených věcech C-154/04 a C-155/04, ve kterém Soudní dvůr posuzoval přiměřenost určitých opatření omezujících právo užívat majetek (čl. 1 Protokolu 1 k Úmluvě). V první řadě Soudní dvůr potvrdil, že **právo užívat majetek představuje jeden z fundamentálních principů** respektovaných ve Společenství. Zároveň však odmítl, že by toto právo mělo absolutní povahu, neboť je potřeba jej nahlížet prostřednictvím jeho sociální funkce. To znamená, že právo na pokojné užívání majetku a svoboda vykonávat ekonomickou činnost mohou být omezeny, pokud tato omezení respektují obecné cíle Společenství a pokud nepředstavují vzhledem k těmto cílům disproporční a nepřijatelný zásah narušující samotnou podstatou práva.⁵⁶²

Jedním z velmi „konkrétních“ principů, které se týkají justiční spolupráce mezi státy, je **princip přímého předávání soudních a mimosoudních dokumentů** podle nařízení Rady ES č. 1348/2000, o doručování soudních a mimosoudních písemností ve věcech občanských a obchodních v členských státech. Tento princip podle Soudního dvora má například ten účinek, že skutečnost, že doručovaný dokument nebyl přeložen do některého oficiálního jazyka Společenství, resp. jazyka srozumitelného adresátovi, nemá za následek neplatnost doručení. Zároveň je však potřeba tento závěr korigovat pomocí **principu efektivity**⁵⁶³, který vyžaduje, aby provádění předpisů Společenství členskými státy za situace, kdy neexistuje

⁵⁵⁹ Rozhodnutí ve věci C 348/96 - trestní řízení proti *Donatelle Calfa*.

⁵⁶⁰ Tuto zásadu vyslovil Soudní dvůr v rozhodnutí ve věci C-222/84 *Johnston* [1986].

⁵⁶¹ Rozhodnutí ve spojených věcech C-23/04 to C-25/04, *Sfakianakis A EVE ca. Elliniko Dimosio*.

⁵⁶² Rozhodnutí ve věci C-155/04, *Alliance for Natural Health a Nutri-Link Ltd ca. Secretary of State for Health a National Association of Health Store, Health Food Manufacturers Ltd ca Secretary of State for Health a National Assembly for Wales*, bod 126.

⁵⁶³ Rozhodnutí ve věci C-33/76 - *Rewe* [1976].

detailní komunitární úprava, která v takových případech musí být doplněna národními pravidly, buď zcela neznemožnilo nebo učinilo velmi obtížným výkon povinností plynoucích z komunitárního práva. Dále je potřeba závěr korigovat aplikací **principu ekvivalence**,⁵⁶⁴ který vyžaduje, aby postup národních orgánů při provádění komunitárních předpisů nebyl méně výhodný pro konkrétní adresáty než postup, který je v plném rozsahu regulován národním právním řádem. Konečné řešení pak spočívá v tom, že doručení písemnosti sice není neplatné, avšak je potřeba bez zbytečného odkladu doručit též překlad v příslušném jazyce, a tím nesrovnalost odstranit.

VI. 2. 1. Zhodnocení principiálnosti judikatury ESD

Soudní dvůr používá právní principy mnoha způsoby. Buď je zohledňuje při interpretaci relevantních ustanovení komunitárního práva, v takovém případě principy naznačují možné řešení, jindy je používá jako bezprostřední normativní direktivy jednoznačně ukazující výsledek. V jiných případech je používá jako potencionální argument, jehož relevance je zkoumána ve světle jiných právních pravidel.

Nelze říci, že by Soudní dvůr zaujímal k aplikaci principů jednotný postoj. Asi nejpřesnější je závěr, že právní principy jsou jedním z možných argumentů pro rozhodnutí. Jakou váhu určitý právní princip bude mít, záleží zejména na okolnostech případu. V každém případě Soudní dvůr přizpůsobuje používání principů dosahování cílů Společenství. Z jeho rozhodnutí lze vyzorovat, že právní principy jsou zohledňovány zejména tehdy, zdá-li se, že jsou ohroženy některé z cílů Společenství (např. dosažení rovného postavení mužů a žen, které podporuje princip rovnosti). S tímto cílem také Soudní dvůr používá právní principy, které považuje za společné právním řádům členských států.

VI. 3. Právní principy v judikatuře Ústavního tribunálu Polské republiky

Obdobná právní kultura a řada shodných prvků mezi právním řádem Polska a právním řádem České republiky činí judikaturu Ústavního tribunálu Polské republiky vhodným předmětem analýzy z hlediska způsobu užívání principů. Zjistíme, že není velký rozdíl mezi způsobem, jakým je s právními principy zacházeno v polské judikatuře ve srovnání s judikaturou českou.

⁵⁶⁴ Rozhodnutí ve věci C-231/96 *Edis* [1998]

Jedním z právních principů, který je zpravidla uznáván jako důležitý princip, je **princip ochrany nabytých práv**. Ústavní tribunál jej odvozuje z čl. 2 Ústavy, podle kterého je Polská republika demokratickým právním státem. V konkrétním případě⁵⁶⁵ šlo o to, že pensionovaný zaměstnanec pošty byl změnou zákona zbaven výhod, které mu byly poskytovány po odchodu do důchody (volné telefonní hovory do určitého limitu). Ke změně zákona došlo v souvislosti s přeměnou původně státní pošty na subjekt soukromého práva „Polská telekomunikační společnost“. Ústavní tribunál judikoval, že princip ochrany nabytých práv nevylučuje přijetí takových zákonů, v důsledku kterých dojde k zániku některých subjektivních práv. Princip chrání pouze ta očekávání, která jsou dostatečně legitimní a racionální a dále ta, která jsou nezbytná k ochraně ústavních hodnot. Princip zakazuje arbitrární zrušení či omezení práv daných jednotlivcům. Každý jednatel by však měl vzít v úvahu skutečnost, že změna sociální nebo ekonomické situace může vést ke změně právních předpisů. Podle Tribunálu by bylo iracionální a neospravedlivitelné očekávat, že změna zákona by nemohla vést k zrušení takových výhod, které byly předmětem sporu, a to proto, že ponechání těchto výhod by znamenalo zmenšování majetku soukromého subjektu, kterým se polská pošta stala. Kromě toho neexistoval žádný důvod domnívat se, že by zaměstnancům pošty byly garantovány doživotní výhody.

Tribunál zároveň odmítl, že by legislativní změnou bylo dotčeno právo vlastnit majetek ve smyslu čl. 64 Ústavy. Podle Tribunálu jednak zákonodárci nebránilo žádné ustanovení Ústavy změnu zákona provést, jednak neexistovalo ani ustanovení, které by ukládalo povinnost zajistit přechod výhod na jiný subjekt (jejich „výkup“).

Velký počet různých právních principů hrál roli v rozhodování Tribunálu o souladu zákona o odměnách osob ve vedení některých subjektů ze dne 3. 3. 2000. Zákon zaváděl řadu omezení v odměňování osob řídících subjekty veřejného i soukromého práva, pokud byly napojeny na státní rozpočet. Především striktně stanovil jednotlivé platové složky, umožnil poskytování informací o výše vyplácených odměn, omezil možnost kumulovat některé funkce a zavedl několik dalších podobných opatření.

Konfederace polských zaměstnanců tvrdila, že zákon porušuje **princip svobody podnikání** (čl. 22 Ústavy), **princip sociální spravedlnosti** (čl. 2 Ústavy), **princip sociálně tržní ekonomiky** (čl. 20 Ústavy), dále ústavní **princip rovnosti a nediskriminace** (čl. 32 Ústavy), **princip proporcionality** (čl. 31 Ústavy), **princip ochrany vlastnictví** (čl. 21 a 64 Ústavy) a **princip právní jistoty a princip právního státu**.

⁵⁶⁵ Rozhodnutí sp. zn. SK 56/03 ze dne 6. 4. 2004 ve věci zrušení výhod pro bývalé zaměstnance pošty.

Ústavní tribunál odmítl⁵⁶⁶, že by zákon porušoval uvedené principy. Princip svobody podnikání se nevztahuje rovným způsobem na všechny ekonomické subjekty. Týká se pouze fyzických osob a subjektů nikoliv veřejného práva. Stát a subjekty napojené na státní rozpočet nejsou nositeli tohoto práva. Stát a subjekty od něj odvozené nemohou zcela fungovat na principech tržní ekonomiky a podle zákona poptávky a nabídky. Proto je možné stanovit v této sféře určitá omezení. Pokud se stát rozhodne podílet na činnosti ekonomického sektoru, může vytvořit instituce a použít omezení potřebná pro dosažení sledovaných cílů. Může-li takto stát regulovat chod specifických institucí, může podle **principu a maiori ad minus** řídit i jejich vnitřní poměry včetně omezení odměn řídicích pracovníků. Z principu sociální spravedlnosti pramení, že práce musí být odměňována spravedlivě bez ohledu na její ekonomickou hodnotu, což znamená, že příjem musí osobě zaručit důstojný život. Princip právní jistoty a ochrany důvěry v právo nezakazují změnu legislativy, pouze stanoví podmínky, za nichž je možno ke změnám přistoupit. To znamená, že způsobem, který je protiústavní, nemohla být dotčena ani nabytá práva. Protože současná legislativa negarantuje nezměnitelnost práv vyplývajících z pracovněprávních vztahů, nelze ani z tohoto důvodu přisvědčit závěru o porušení důvěry v právo. Navíc nelze u osob jmenovaných do řídicích orgánů dotčených subjektů hovořit o nabytých právech vzniklých jmenováním, protože tyto osoby mohou být z funkce i odvolány.

V jiném případě řešil Tribunál⁵⁶⁷ stížnost na porušení **principu proporcionality, principu ochrany majetku a principu právního státu a sociální spravedlnosti**. Podstata věci spočívala v tom, že stěžovatelé rekonstruovali hotel, aniž vyčkali právní moci příslušného povolení. To bylo navíc později zrušeno a stěžovatelům bylo nařízeno stavbu odstranit.

Tribunál odmítl, že by takový postup porušoval práva stěžovatelů. Uvedl, že základním principem právního státu je nutnost odstranit následky protiprávního jednání. Porušením principu proporcionality není, je-li ten, kdo porušil právní řád, zbaven prospěchu z protiprávního jednání. Navíc použitelnost příslušného ustanovení zákona, podle kterého bylo nařízeno odstranění stavby, je omezena na 5 let od vybudování stavby. Tím je zaručeno, aby nebyla v nepřiměřené míře dotčena nabytá práva.

Princip právní jistoty (čl. 2 Ústavy) a **princip presumpce nevinny** (čl. 42 odst. 3 Ústavy) byl aplikován v případě⁵⁶⁸, kdy Tribunál rozhodoval o souladu ustanovení celního

⁵⁶⁶ Rozhodnutí sp. zn. K 19/00 ze dne 7. 5. 2001

⁵⁶⁷ Rozhodnutí sp. zn. SK 2/01 z 26. 3. 2002

⁵⁶⁸ Rozhodnutí sp. zn. K 1/04 z 19. 10. 2004.

zákona a zákona o celní službě s Ústavou. Do tohoto zákona doplnil zákonodárce jako preventivní opatření proti korupci ustanovení o tom, že celní úředník bude propuštěn ze služby, pokud bude mimo jiné vzat do vazby v souvislosti s podezřením ze spáchání trestného činu při výkonu služby. Stěžovatel tvrdil, že toto ustanovení porušuje princip rovnosti a presumpci nevinny. Tribunál tyto argumenty odmítl. Uvedl, že celní služba je veřejným úřadem, a proto lze připustit, aby existovala určitá omezení jejího výkonu. Pokud jde o princip presumpce nevinny, ten poskytuje ochranu v trestním řízení a nelze jej spojovat se služebními nároky.⁵⁶⁹ Nakonec princip rovnosti nebyl porušen, protože ten vyžaduje, aby s osobami stejné kategorie bylo zacházeno rovným způsobem. Všichni úředníci celní služby tvoří homogenní skupinu. Zákon dopadá na všechny stejně, takže nelze říci, že by zde vznikala diskriminace. Pochybení však Tribunál shledal v tom, že zákon neřeší postavení úředníka, který byl zbaven úřadu na základě vzetí do vazby a obvinění se nepodařilo prokázat. V tomto směru vyslovil názor, že zákonodárce by měl na tuto situaci reagovat.

Princip proporcionality nebyl podle Tribunálu respektován v případě⁵⁷⁰, kdy v důsledku určitého ustanovení zákon o dani z přidané hodnoty nemohl stěžovatel uplatnit právo na odpočet daně. K tomu došlo tak, že stěžovatel uplatnil nárok na odpočet daně na vstupu v okamžiku, kdy ještě neměl příslušné obchodní doklady od svého dodavatele. Daňové orgány mu proto daň doměřily a uložily i povinnost zaplatit penále. To bylo v době, kdy stěžovatel již doklady měl. Nemohl je však uplatnit a získat tak nárok na odpočet daně, protože zákon možnost provést odpočet daně omezil lhůtou, která již uplynula. Ačkoliv tedy z materiálního hlediska bylo možno podmínky zákona pro odpočet daně splnit, formálně to již možné nebylo. Tribunál dovodil, že ustanovení zákona stanovící onu lhůtu je v rozporu s principem proporcionality. Především stanovení lhůty nesledovalo žádný zvláštní cíl, zejména pak nebylo možné tvrdit, že by jejím nedodržením byly ohroženy fiskální zájmy státu. Zároveň lhůta znemožnila podat opravné daňové přiznání, pro což také nebyl žádný důvod. Protože zákon by efektivně reguloval zájmy státu i bez onoho ustanovení, bylo toto ustanovení prohlášeno za protiústavní.

Zajímavým případem, jehož podstatou bylo zkoumání **principu zákazu retroaktivity trestního práva**, bylo rozhodnutí Tribunálu⁵⁷¹, které posuzovalo prodloužení promlčecí lhůty některý trestných činů. Novelou zákona došlo k prodloužení promlčecích lhůt některých

⁵⁶⁹ V této souvislosti je zajímavé rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva, podle kterého „*Princip presumpce nevinny se poruší, jestliže soudní rozhodnutí nebo prohlášení úřední osoby ohledně osoby obviněné z trestného činu odráží názor, že je vinna, a to dříve, než byla vina prokázána v souladu se zákonem.*“ – rozhodnutí ve věci Vosticová versus Rakousko (stížnost č. 38549/97).

⁵⁷⁰ Rozhodnutí sp. zn. SK 33/03 ze dne 25. 10. 2005

⁵⁷¹ Rozhodnutí sp. zn. SK 44/03 ze dne 25. 4. 2004

trestných činů. Podle přechodných ustanovení se prodloužení lhůt mělo vztahovat i na činy, které ke dni účinnosti novely nebyly dosud promlčeny. Stěžovatel byl odsouzen právě díky prodloužení promlčecí doby. V ústavní stížnosti tvrdil, že prodloužení promlčecí doby takto konstruované je v rozporu s principem zákazu zpětného zpřísnění podmínek trestní odpovědnosti a s obecným principem zákazu retroaktivity. Tribunál judikoval, že příslušné ustanovení zákona tyto principy neporušuje. Uznal platnost principů *lex retro non agit*, *nullum crimen sine lege* a *lex severior poenali retro non agit*, které pramení z čl. 42 Ústavy. Žádný z těchto principů a ani Ústava však nestanoví, že by určité jednání nebylo možno stíhat po uplynutí určité doby. Neexistuje proto ústavní právo na časovou limitaci přípustnosti trestního stíhání a tedy ani očekávání naplnění takového práva. Vznik odpovědnosti za spáchání trestného činu, pro který princip zákazu retroaktivity platí, není totožný s časovým omezením přípustnosti trestního stíhání. Pachatel trestného činu nemůže v obecné rovině očekávat, že bude profitovat z omezené doby trestního stíhání.

Princip rovnosti⁵⁷² byl základem řešení případu⁵⁷³, který se týkal rozdílných mezd v závislosti na délce odpracované doby. Obecně se uznává, že princip rovnosti má uplatnění, pokud se dvě osoby či skupiny osob nacházejí ve stejné situaci. Sám o sobě je principem formálním, protože neobsahuje žádné materiální kritérium rozlišování. Je proto na zvážení podle různých kritérií, kdy se dvě osoby nacházejí ve stejné či různé situaci. Právě posouzení stejné či odlišné situace je obtížné. V konkrétním případě šlo o to, že osobám, které byly v pracovním poměru první a druhý rok ekonomicky aktivního života, stačilo vyplácet 80%, resp. 90% minimální mzdy, jejíž výše jinak byla směrem dolů nepřekročitelná. Tribunál judikoval, že v podmínkách tržní ekonomiky má stát přijímat opatření proti nezaměstnanosti v podobě různých programů zvyšování kvalifikace apod., nesmí však aktivně vytvářet nová pracovní místa za tímto účelem. Určení minimální mzdy může být považováno za nástroj k dosažení tohoto cíle. Princip rovnosti vyžaduje, aby bylo s osobami ve stejné situaci zacházeno stejně, bez zvýhodnění či diskriminace. Princip rovnosti přesto umožňuje odlišné zacházení, pokud jsou splněny tři podmínky. Diferenciace musí být za prvé racionálně zdůvodněná. Za druhé je potřeba, aby důležitost problému, který má být řešen, byla úměrná důležitosti zájmů, které budou porušením principu dotčeny. Za třetí musí rozlišování respektovat ústavní pravidla a hodnoty. Ve vztahu k těmto kritériím Tribunál dovedl, že

⁵⁷² Pro právně teoretické distinkce rovnosti v právech srov. Boguszak, J.: Diferenciace lidských práv, Právník č. 3/2000, str. 257 a násl.

⁵⁷³ Rozhodnutí sp. zn. K 31/03 ze dne 10. 1. 2005

rozdílná výše minimální mzdy v závislosti na délce doby strávené v pracovním procesu je akceptovatelná a princip rovnosti neporušuje.

Princip rovnosti účastníků občanskoprávních vztahů, který pramení z čl. 2 Ústavy (právní stát) se stal základem rozhodnutí⁵⁷⁴, ve kterém Tribunál posuzoval ústavnost ustanovení občanského zákoníku, podle kterého se mohl každý vzdát svého nemovitého majetku písemným prohlášením ve formě notářského zápisu. Opuštěný majetek automaticky přecházel na obec, která byla povinna jej přijmout do vlastnictví. K návrhu tří obcí Tribunál označil příslušné ustanovení za odporující čl. 2 Ústavy, protože z hlediska uvedeného principu není možné vnutit některému subjektu majetek proti jeho vůli.

Specifické konsekvence byly spojeny s **principem vlády práva** (čl. 2 Ústavy) v rozhodnutí⁵⁷⁵, ve kterém se přezkoumávala ústavnost zákona o daňové amnestii. Zákon umožňoval přiznat bez nebezpečí uložení sankce dosud nepřiznané a nezdaněné příjmy za léta 1996-2001 s tím, že jednak nebylo možno uložit za jejich nepřiznání sankci, jednak byla stanovena nižší daňová sazba, než je sazba obvyklá. Podle Tribunálu vyplývají z čl. 2 tyto konsekvence: princip řádného zákonodárství, princip jasnosti a určitosti zákonných ustanovení a princip právní jistoty. Ve spojení s principem rovnosti a s principem ochrany majetku pak z těchto ustanovení vyplývá princip univerzality zdanění, který vyžaduje, aby všichni, kdo se nacházejí ve stejné situaci, byli podrobeni stejné výši daně. Zejména z tohoto důvodu shledal Tribunál zákon neústavním.

VI. 3. 1. Zhodnocení principiálnosti judikatury Ústavního tribunálu

Judikatura Ústavního tribunálu je na aplikaci právních principů relativně bohatá. Pramenem právních principů je pro Ústavní tribunál zejména polská ústava, jejíž jednotlivá ustanovení Tribunál poměrně konzistentně interpretuje. Interpretací jsou získávány právní principy v podobě interpretačních důsledků. Je to patrné například na různých principech právního státu. Příslušné ustanovení polské ústavy se v tomto aspektu příliš neliší například od Ústavy ČR, snad jedině s tou výjimkou, že právní stát je těsně spjatý se státem sociálním. Podle mého soudu právě tato skutečnost umožňuje polskému Ústavnímu tribunálu lépe zohledňovat nejrůznější sociálně ekonomické aspekty právní úpravy, jejíž soulad s ústavou posuzuje. Tyto aspekty zůstávají relativně méně stranou pozornosti polského Ústavního tribunálu, než je tomu například u českého Ústavního soudu, jehož některé nálezy v sobě

⁵⁷⁴ Rozhodnutí sp. zn. K 9/04 ze dne 15. 3. 2005.

⁵⁷⁵ Rozhodnutí sp. zn. K 41/02 ze dne 20. 11. 2002.

skrývají různé ekonomické prvky a principy. Je to patrné například na rozhodnutí, které se týkalo výše minimální mzdy pro osoby, které jsou teprve krátce v pracovním procesu. V tomto případě spočívalo řešení v aplikaci principu rovnosti v kombinaci se zásadami sociální spravedlnosti. Otázkou tak bylo, kterou sociální skupinu bude Tribunál považovat za referenční ve vztahu ke zkoumání, zda mezi nimi existuje rovnost. V tomto případě vzniká pochybnost, zda kritérium délky doby strávené v pracovním procesu je relevantní, a to zejména ve vztahu k řešenému problému, kterým bylo snižování garantované minimální mzdy pro určité skupiny osob i pod stanovenou minimální hranici. Je zřejmě přijatelné diferencovat výši mzdy v závislosti na odpracovaných rocích, protože lze předpokládat například vyšší míru zkušeností zaměstnance. Otázkou však je, zda je takto přijatelné snížit výši minimální mzdy pod stanovenou mez, protože minimální mzda je stanovena zejména pro udržení určitého životního standardu (požadavek důstojného života) a zároveň jako ochrana před případnými nepřijatelnými požadavky ze strany zaměstnavatelů. Je proto otázkou, zda tento druh mzdové diferenciacce je z hlediska principu rovnosti přijatelný a zda neměla být za kritérium zvolena jako referenční skupina všech zaměstnanců bez ohledu na počet odpracovaných let. Snad by bylo Ústavním tribunálem zvolené kritérium legitimní, kdyby zároveň příslušný zákon nařizoval též zvyšování minimální mzdy nad minimální stanovenou hranici podle počtu odpracovaných mezd. Tak tomu ale nebylo. Zákon stanovil pouze jednu minimální mzdu a tu umožnil pouze snížit.

V každém případě podle mého mínění nelze říci, že by Ústavní tribunál hledal právní principy mimo meze psaného práva.

VI. 4. Právní principy v judikatuře Ústavního soudu Slovenské republiky

Zkoumání judikatury Ústavního soudu Slovenské republiky je relevantní zejména s ohledem na její možné srovnání s judikaturou Ústavního soudu České republiky. Dobrým předpokladem pro srovnání je skutečnost, že určitá část právního řádu je i po více než deseti letech, které uplynuly od zániku federace, stejná či podobná, byť v řadě případů již k obsahovým změnám došlo. Důležité je, že relativně malých změn doznala Ústava Slovenské republiky, a to zejména v části, která obsahuje základní práva a svobody. Katalog základních práv a svobod je velmi podobný jako v Listině základních práv a svobod.

Při hodnocení judikatury zjistíme, že se pohybuje ve „standardních mezích“. Právní principy jsou odvozovány z ustanovení ústavy ve formě určitých důsledků.⁵⁷⁶ V některých případech je výraz zásada či princip synonymem pro právní normu. Ústavní soud například hovoří o tom, že jisté opatření obecného soudu by „*odporovalo ústavnej zásade, že nikoho nemožno odňať jeho zákonnému sudcovi (článok 48 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky)*“.⁵⁷⁷ Je zřejmé, že právě v tomto případě nemá výraz „zásada“ jinou konotaci než výraz „pravidlo“ či právní norma. Zmiňovaný čl. 48 odst. 1 totiž stanoví: „*Nikoho nemožno odňať jeho zákonnému sudcovi.*“

Ne vždy je však situace tak jednoduchá. Zajímavé je rozhodnutí Ústavního soudu⁵⁷⁸, ve kterém aplikoval princip rovnosti osob, a to jak v jeho materiálním aspektu při ochraně vlastnického práva, tak v aspektu procesním, z hlediska rovnosti účastníků. Posuzovaný skutkový stav spočíval v tom, že rozvedená manželka podala žalobu na vypořádání bezpodílového spoluvlastnictví manželů. Po několika dnech podal žalobu i bývalý manžel. Obě věci byly vedeny pod různými spisovými značkami. Soud řízení o manželově žalobě zastavil z důvodu překážky litispendence. Poté manželka vzala žalobu zpět a soud zastavil i řízení o manželčině žalobě. Protože obě řízení byla zastavena, nastala fikce vypořádání bezpodílového spoluvlastnictví ze zákona. Bývalý manžel si stěžoval na porušení principu rovnosti při ochraně vlastnického práva, neboť tvrdil, že v soudním řízení by byl z hlediska poměru majetku úspěšnější ve srovnání s tím, jaký majetek mu připadl podle zákonné fikce vypořádání. Problém byl navíc v tom, že bývalý manžel sice podal proti druhému usnesení soudu o zastavení řízení odvolání, vzal jej však zpět, neboť v tomto případě odvolání nemohlo mít naději na úspěch. Tím si potencionálně zkomplikoval i řízení před Ústavním soudem, neboť stejně jako v českém právním řádu se i na Slovensku před podáním stížnosti vyžaduje vyčerpání všech opravných prostředků. Ústavní soud ústavní stížnost přijal právě vzhledem ke zřejmému neúspěchu jakéhokoliv opravného prostředku. Pokud jde o meritum věci, Ústavní soud dospěl k závěru, že v daném případě byla dotčena **zásada rovnosti obsahu a ochrany vlastnického práva** ve smyslu čl. 20 odst. 1 Ústavy. Obecný soud totiž neposkytl stěžovateli stejný rozsah ochrany jako jeho manželce, když jej zbavil možnosti domáhat se svého práva u soudu. Zároveň tak obecný soud porušil **princip rovnosti účastníků řízení**, na který se podle Ústavního soudu rovnost ochrany vlastnického práva transformuje. Zásada rovnosti stran vyžaduje, aby soud vytvářel oběma stranám rovné podmínky v řízení bez

⁵⁷⁶ Srov. Prusák, J.: Právní principy a pramene slovenského práva, Právny obzor č. 3/2003, str. 264-272.

⁵⁷⁷ Usnesení sp. zn. I. ÚS 12/05.

⁵⁷⁸ Nález sp. zn. I. ÚS 59/00.

ohledu na to, kdo je žalobce a kdo žalovaný. Proto nelze žádné ustanovení občanského soudního řádu vykládat tak, „*aby niektorý z účastníkov bol zvýhodnený na úkor druhého účastníka pri uplatňovaní práv alebo aby mal priaznivejšie postavenie pri prejednávaní a rozhodovaní vecí*“. Tím, že obecný soud zastavil řízení kvůli překážce litispendence, postupoval sice zdánlivě podle zákona, neuvědomil si však důsledky, které takové rozhodnutí může mít, zvýhodnil bývalou manželku stěžovatele, protože k zastavení řízení došlo ještě v době, kdy ona mohla s předmětem sporu volně disponovat (ve věci nebylo konáno první jednání, takže případný nesouhlas se zastavením řízení by byl zcela neúčinný). „*Zásada iura novit curia totiž neznamená len, že súd pozná právo, ale že si je zároveň vedomý účinkov, ktoré právo v podobe, v ktorej ho súd aplikuje, vyvoláva vo vzťahu k procesnoprávnemu alebo hmotnoprávnemu postaveniu nositeľa práva na súdnu ochranu svojich práv. V zmysle tejto zásady si okresný súd mal byť vedomý nezlučiteľnosti účinkov svojho postupu s vyššie uvedenými zásadami vzťahujúcimi sa na poskytovanie súdnej ochrany, teda jednak so zásadou rovnosti procesného postavenia účastníkov konania a jednak s jej hmotnoprávnym korelatívom v danej veci, zásadou rovnakej ochrany vlastníckeho práva k druhovo rovnakým veciam.*“

Rozhodnutí je zajímavé v několika směrech. Především obecný soud postupoval formálně správně (i když je otázkou, zda nebylo lépe věci spojit ke společnému řízení), protože když zjistil skutečnost, že vedle sebe probíhají dvě řízení (otázkou je právě totožnost předmětu sporu), musel později zahájené řízení zastavit⁵⁷⁹. Stejně tak jestliže žalobkyně vzala svůj návrh zpět, nemohl soud vzhledem k autonomii vůle jednat z hlediska procesních předpisů jinak, než že řízení zastavil. Právě požadavek, aby soud hodnotil i hmotněprávní a procesněprávní důsledky svých rozhodnutí, je podle mého soudu znakem principiálnosti použitých argumentů. Soud totiž nejednal tak, aby v maximální možné míře zohlednil nutnost poskytnout stejnou míru ochrany i manželovi. Domnívám se, že těžiště zde spočívalo na hmotněprávním principu rovnosti, tj. týkalo se porušení rovné ochrany vlastníckého práva, protože právě v tom spočíval onen obecným soudem nezohledněný důsledek jeho rozhodnutí. Je samozřejmě otázkou, zda soud mohl předvídat, že poté, kdy zastaví řízení o žalobě manžela, dojde k zpětvzetí první žaloby a jakým způsobem měl tomuto následku předejít.

⁵⁷⁹ Ústavní soud si tohoto formálně procesního aspektu byl nejspíše vědom, protože uvedl: „*Ústavný súd v rámci svojho oprávnenia ako ochranca ústavnosti nemieni spochybňovať správnosť právneho názoru okresného súdu o vzniku prekážky litispendencie podľa § 83 OSP vo veci vypořádania bezpodielového spoluvlastníctva manželov v prípade, ak obaja manželia takýto návrh na súd podali.*“

Ještě komplikovanější byla situace řešená v nálezu Ústavního soudu z počátku roku 2005⁵⁸⁰, ve které se Ústavní soud dotkl řady ústavních a právních principů. Podstata problému spočívala v tom, že změnou ústavy došlo ke změně funkčního období předsedy a místopředsedů NKÚ. Původně funkční období trvalo 5 let, novelou bylo prodlouženo na 7 let. Vznikla otázka, zda se takové prodloužení vztahuje na osoby, které byly v době přijetí novely ve funkci. Novela totiž neobsahovala žádné přechodné ustanovení, které by tuto otázku výslovně řešilo. Národní rada poté přijala usnesení, podle kterého mělo funkční období předsedy a místopředsedů skončit uplynutím 5 let ode dne jejich zvolení a zvolila i nové funkcionáře NKÚ. Předseda a místopředseda napadli tato usnesení návrhem podaným k Ústavnímu soudu, ve kterém namítali porušení řady ustanovení Ústavy.

Navrhovatelé se dovolávali především principu nepravé retroaktivity, podle kterého se v obecné rovině postupuje vždy, chybí-li příslušná intertemporální ustanovení. Podle tohoto principu se právní vztahy řídí vždy aktuální právní úpravou, a to od okamžiku její změny. Nepravá retroaktivita se zdála být ve prospěch navrhovatelů, protože pokud by tomuto principu byl dán průchod, bylo by nutno dospět k závěru, že se jejich funkční období prodloužilo na sedm let.

Ústavní soud však posoudil věc odlišně. Podle jeho názoru má princip nepravé retroaktivity svůj význam zejména v soukromém právu. V právu veřejném, a to zejména pokud jde o výkon veřejných volených funkcí, je ale na místě, aby převážily jiné principy. Každý nositel veřejné moci potřebuje k jejímu výkonu demokratickou legitimitu, což vyplývá z čl. 1 odst. 1 Ústavy. Demokratická legitimita k výkonu funkce se odvozuje od lidu, který je nositelem moci ustavující. Legitimita výkonu funkce činitelů NKÚ se odvíjela od jejich volby Národní radou. Národní rada je volila na období pěti let. Ústavní soud převzal názor federálního Ústavního soudu, podle kterého musí být každý ústavně možný případ retroaktivity vyjádřen přímo v Ústavě. Prodloužení funkčního období je v demokratickém státě výjimečné a je možné jej provést jen na základě jednoznačné vůle zákonodárce, resp. ústavodárce.

Pro oblast výkonu veřejných funkcí proto Ústavní soud upřednostnil princip jednoznačné a výslovné legitimace k výkonu takové funkce před obecným principem nepravé retroaktivity, který v těchto případech nemůže mít místo. *„Oprávnenie na výkon ústavnej funkcie sa v demokracii získava explicitným aktom a/alebo výslovným ustanovením platného práva“*

⁵⁸⁰ Nález sp. zn. I ÚS 238/04 ze dne 31. 1. 2005.

Je třeba říci, že takový postup má své ratio, protože skutečně z požadavku demokratické legitimace k výkonu veřejné moci lze dovodit požadavek, aby každá veřejná funkce byla vykonávána podle explicitních pravidel, a nikoliv na základě „mlčení“ či zdánlivé mezery v zákoně.

Princip právní jistoty, princip ochrany nabytých práv a princip legitimního očekávání hrály podstatnou roli ve věci⁵⁸¹, která byla do určité míry podobná předcházejícímu případu. Ústavní soud zde posuzoval soulad novely notářského řádu s uvedenými principy vyplývajícími z jednotlivých ustanovení Ústavy. Zmíněná novela totiž zpřísnila podmínky pro výkon notářského úřadu, pokud jde o podmínku bezúhonnosti tak, že by podmínky pro výkon tohoto úřadu někteří notáři přestali splňovat. Kromě porušení uvedených principů spatřoval navrhovatel protiústavnost též v porušení práva na pokojné užívání majetku a vyvlastnění v rozporu se zákonem. Stručně řečeno, podstata problému spočívá v následné změně podmínek pro výkon určité činnosti, v širším smyslu pak šlo o změnu podmínek stávajícího právního stavu, který znamená u určitých osob ztrátu práva či nároku, a to způsobem, kdy již není možné, aby se zasadily o to, že podmínky začnou znovu splňovat. Navrhovatel se v této souvislosti odvolal na **princip splnitelnosti podmínek**, jejichž zavedením se zpřísnila kritéria pro výkon určité činnosti. V určitém ohledu tak jde o realizaci principu *impossibilium nulla obligatio*.⁵⁸²

Ústavní soud vyšel z předpokladu, že výkon notářského úřadu je veřejnou funkcí. Proto má zákonodárce relativně široký prostor pro uvážení, jaké podmínky bude na výkon funkce klást, a to i dodatečně, v průběhu doby. Je přitom omezen principy právního státu a požadavky ochrany základních práv a svobod. Ochrana základních práv a svobod však v těchto souvislostech nemůže převážet veřejný zájem spočívající ve splňování všeobecných požadavků na výkon veřejné moci, zejména pak morální integritu a bezúhonnost osob vykonávajících příslušný úřad. Ústavní soud tak zaujal stanovisko, že následná změna podmínek je možná, byť je třeba držet se určitých limitů.

Shledal však v posuzovaném právním předpisu prvek retroaktivity spočívající v tom, že bezúhonnost za zpřísněných podmínek museli prokazovat nejen nově jmenovaní notáři, ale i notáři již úřad vykonávající, neboť zákon neobsahoval žádné ustanovení, které by je této povinnosti zprostilo. Ústavní soud se opřel o analogickou úpravu se zákonem o soudech a

⁵⁸¹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 1/04 ze dne 24. 2. 2005.

⁵⁸² K proměnám obsahu tohoto principu srov. Gordley, J.: *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances*, *The American Journal of Comparative Law*, č. 3/2004, str. 513-530. Autor ukazuje, jakým vývojem tento princip prošel z římského práva přes právo kanonické, kdy se původní koncepce tohoto institutu posunula z toho, co je nemožné, na přisouzení relevance skutečností nepředvídatelným. Mimo jiné je z článku patrné, jak složitý byl vývoj tohoto principu a jak zjednodušující je dnes zacházení s ním.

přisedících, v němž také byly novelou zpřísněny podmínky pro výkon soudcovské funkce, pokud jde o bezúhonnost. Zákon však zároveň stanovil, že splnění zpřísněných podmínek nemusí prokazovat soudci již funkci vykonávající. Takový případ by bylo možno označit za axiologickou mezeru, neboť nová právní úprava nezohlednila kritérium považované Ústavním soudem za relevantní (totiž otázku, zda určitá osoba úřad již vykonává, nebo se o něj teprve uchází). Tento argument byl použit na základě srovnání dvou právních předpisů. Protože již ustanovení notáři nemohli nově stanovený požadavek splnit, tím méně jej mohli předvídat. Právní úprava se tak stala retroaktivní a tedy neústavní.

Je ovšem otázkou, zda takto vedená úvaha je správná. Především je podle mého mínění možné pochybovat o relevanci argumentu nemožnosti splnění nově zakotvených přísnějších podmínek. Pojem bezúhonnosti byl vykládán méně přísně před novelou než po ní. Je samozřejmé, že pokud určitá osoba „přestala“ nové podmínky splňovat, ačkoliv je předtím splňovala, nemohla takový nedostatek již napravit, protože ztratila bezúhonnost již v minulosti. Tato úvaha však není podle mého mínění relevantní. Určitě nelze rozumně předpokládat, že by uchazeč o notářský úřad počítal s tím, že „tento trestný čin ještě mohu spáchat a přesto se notářem stanu“. Podle mého mínění se zpřísnění podmínek bezúhonnosti dalo přirovnat k jakémukoliv zpřísnění podmínek bez ohledu na to, zda je určitá osoba může či nemůže splnit. Je potřeba dát Ústavnímu soudu za pravdu, že právní úprava byla retroaktivní. Šlo o retroaktivitu nepravou, neboť notářský úřad by nezanikl *ex tunc*, ale až od okamžiku nesplnění nových podmínek. V podstatě se tak Ústavní soud vyslovil proti tomu, aby došlo ke zpřísnění podmínek způsobem, kdy zpřísněné podmínky objektivně nelze splnit. Takový postup může být problematický, protože tak například vznikne nerovnost v postavení již ustanovených a nově ustanovovaných notářů, kteří budou muset splnit přísnější podmínky. Ti by však mohli teoreticky namítat, že v době, kdy se na výkon notářského úřadu připravovali, byly podmínky mírnější a oni s mírnějšími podmínkami mohli počítat, až se budou o notářský úřad ucházet. V těchto souvislostech se proto zdá argument nemožností dodatečně určité podmínky splnit relativně slabý. Ve prospěch argumentace Ústavního soudu lze uvést princip ochrany nabytých práv a princip právní jistoty. Pokud však Ústavní soud zároveň připouští, že zákonodárce je oprávněn podmínky měnit, pak zřejmě ani tyto principy zcela neobstojí.

Základní principy konstitucionalizmu, zejména **princip dělby moci**, se staly základem rozhodnutí ve věci⁵⁸³, ve které Ústavní soud posuzoval soulad novely zákona o Fondu národního majetku s Ústavou. Šlo o to, že na základě zákona mělo dojít ke změně obsahu

⁵⁸³ Nález sp. zn. Pl. ÚS 25/00 ze dne 17. 2. 2002.

smluvních vztahů, tj. ke změně obsahu smluv uzavřených s Fondem tak, aby tyto smlouvy odpovídaly novým přísnějším podmínkám zákona. Pokud by ke změně nedošlo, platnost smluv měla ze zákona zaniknout. Ústavní soud se opřel o čl. 1 Ústavy („*Slovenská republika je zvrchovaný, demokratický a právny štát. Neviaže sa na nijakú ideológiu ani náboženstvo.*“). Z tohoto ustanovení vyplývají všeobecné principy právního státu, jejichž rozsah a obsah se však nedá odvodit přímo z tohoto článku, ale zejména z dalších souvisejících ustanovení Ústavy.⁵⁸⁴ Jedním z těchto principů je rovnováha složek státní moci, „*ktoré sú v parlamentnej demokracii autonómne a vzájomne prepojené len väzbami ústavnej kontroly a spolupráce. Z princípu ústavnej rovnováhy vyplýva, že ani zákonodarca nemôže voľne disponovať s jednotlivými zložkami moci v štáte.*“ Podle Ústavního soudu však v tomto případě došlo k tomu, že přijatým zákonem si Národní rada osvojila i pravomoci, které mají náležet jiným orgánům. Ústavní soud neshledal žádné důvody pro to, aby zánik platnosti smluv byl regulován speciálním zákonem odlišným od obecné úpravy občanského zákoníku.⁵⁸⁵ Je tedy patrné, že byl aplikován i **princip proporcionality**. V rozporu s Ústavou by zřejmě nebylo, kdyby se *ex lege* změnil dílčím způsobem obsah uzavřených smluv. Zánik platnosti smluv ze zákona však Ústavní soud považoval již za exces.

Při řešení věci byl použit též princip zákazu retroaktivity a princip právní jistoty, protože změnou zákona došlo k zásahu do nabytých práv. Podle Ústavního soudu „*nikomu nemožno odňat' jeho riadnym spôsobom nadobudnuté práva na základe neskoršie vydaného právneho predpisu.*“⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ Jde o pojetí právních principů jako deduktivních důsledku konkrétních ústavních (zákonných) ustanovení.

⁵⁸⁵ Lze soudit, že se opřel též o své stanovisko vyjádřené v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 16/95: „*O neplatnosti právných úkonov rozhodujú výlučne všeobecné súdy podľa podmienok a kritérií, ktoré ustanovuje zákon.*“

⁵⁸⁶ Toto kategorické stanovisko zajímavě kontrastuje s názorem českého Ústavního soudu, který vyjádřil v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 9/95, ve kterém řešil soulad novely zákona č. 76/1959 Sb., o některých služebních poměrech vojáků. Tímto zákonem totiž byli někteří vojáci zbaveni nároku na tzv. výsluhový příspěvek, což je částka, která je vojákovi z povolání vyplácena poté, kdy odejde z činné služby a jejím smyslem je kompenzovat vojákovi možnost uplatnit se v občanském životě vzhledem k úzké kvalifikaci. Výše výsluhového příspěvku a délka jeho vyplácení byla závislá na počtu odsloužených let. Novela zákona vyloučila ze zápočtu dobu, kterou voják strávil v některých funkcích. Tím pádem vojáci, kteří již opustili armádu, přestali splňovat podmínky pro výplatu výsluhového příspěvku, resp. došlo k jeho krácení. Je zřejmé, že došlo k zásahu do nabytých práv (vojáci odcházeli do civilu v okamžiku, kdy měli odsloužený dostatečný počet let, výsluhový příspěvek jim byl přiznán v plné výši, a následně zákonem odňat). Rozhodnutí českého Ústavního soudu též kontrastuje s názorem slovenského Ústavního soudu, který vyjádřil ve věci zpřísněných podmínek pro výkon notářského úřadu. Jedním z argumentů slovenského Ústavního soudu bylo, že zpřísněné podmínky jsou takové povahy, že je nelze již zpětně splnit. I v případě výsluhového příspěvku nemohli vojáci potřebný počet let „*doodsloužit*“. Český Ústavní soud však řešil věc z pohledu ideologického – totiž z toho hlediska, že zákonodárce může odejmout určitou výhodu, pokud jsou k jejímu odnětí legitimní důvody, které v tomto případě spočívaly v tom, že novelou byli dotčeni vojáci, jejichž činností „*bylo potlačování lidských práv a demokratického systému a sloužily upevňování politického systému totalitního.*“ (Nutno podotknout, že tento závěr je paušální. Ústavní soud nezkoumal, zda se jednotlivé osoby takového jednání dopouštěly.) Nakonec se názor slovenského a českého Ústavního soudu liší v otázce chápání retroaktivity. Český Ústavní soud totiž k námitce retroaktivity napadené novely uvedl: „*Aby se jednalo o retroaktivitu, musel by zákon odejmout, resp. zrušit nárok na výsluhový příspěvek zpětně, ke dni jeho*

Princip rovnosti při stanovení mezi základních práv a svobod byl použit v jednom z prvních rozhodnutí⁵⁸⁷ Ústavního soudu, ve kterém byla posuzována právní úprava, která nově nevyžadovala od určitých skupin zaměstnanců státní správy prohlášení o tom, že nebyli vědomými spolupracovníky státní bezpečnosti a že nejsou spolupracovníky zahraniční zpravodajské nebo výzvědné služby, zatímco pro příslušníky policie a vězeňské a justiční stráže tato povinnost zůstala zachována. Tento případ je zřetelným příkladem praktického použití principu rovnosti, který vyžadoval zodpovědět otázku, zda zaměstnanci státní správy na straně jedné a policisté a příslušníci justiční a vězeňské stráže na straně druhé tvoří jednu kategorii osob, či zda jde o kategorie odlišné, u nichž lze akceptovat odlišné postavení. Ústavní soud se přiklonil k závěru, že v daném případě jde o jednu kategorii osob, vůči nimž musí platit stejné podmínky, takže policisté a příslušníci justiční a vězeňské služby jsou v rozporu s principem rovnosti v méně výhodném postavení.⁵⁸⁸

Princip právní jistoty, princip omezení diskrece orgánu veřejné moci, princip legality výkonu státní správy a princip rovnosti hrály významnou úlohu v rozhodnutí Ústavního soudu⁵⁸⁹, ve kterém byl posuzován soulad určitého ustanoveného tzv. antidiskriminačního zákona⁵⁹⁰ s Ústavou. Navrhovatel vytýkal napadenému ustanovení přílišnou vágnost, neboť z něj a ani z jiného ustanovení nebylo možno dovodit, jaká

*příznání, přičemž by již vyplacené částky musely být vráceny. Napadený zákon výslovně stanoví, že nesplňuje-li příslušná osoba nově upravené podmínky pro přiznání výsluhového příspěvku nebo splňuje-li podmínky pro přiznání příspěvku v nižší částce, snížil se ode dne účinnosti zákona tento příspěvek na výši odpovídající zápočtu doby zaměstnání nebo se jeho výplata zastaví. Zákon tedy zcela jednoznačně stanoví svou účinnost do budoucna a je z tohoto hlediska v souladu s ústavním pořádkem České republiky.“ Je zřejmé, že z hlediska retroaktivity byla konstrukce slovenské novely zákona o Fondu národního majetku stejná, jako u českého zákona. Ani slovenský zákon neměl způsobovat účinky *ex tunc*; k zániku platnosti smluv mohlo dojít s účinky pro futuro (*ex nunc*) až od okamžiku, kdy nebudou splněny nové podmínky. Přesto slovenský Ústavní soud zaujal stanovisko, že taková retroaktivita je nepřijatelná. Nelze samozřejmě nevidět určité odlišnosti v obou případech. V českém případě šlo o práva konstituovaná na základě veřejnoprávní úpravy, zatímco ve slovenském případě šlo o vztahy spíše soukromoprávní. Navíc ve slovenském případě chyběl „ideologický prvek nutnosti vypořádat se s minulým režimem“, jehož relevance je ovšem v právu sporná. (Lze snad shledat jistou analogii s Fullerovým „odporným udavačem“.)*

⁵⁸⁷ Nález slovenského Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 9/93.

⁵⁸⁸ Srov. k tomu též shora uváděné rozhodnutí polského Ústavního tribunálu ve věci minimální mzdy. Dále srov. náleze slovenského Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 36/95, kde je princip rovnosti explikován: „*Ústavná norma, podľa ktorej "zákonné obmedzenia ústavných práv a slobôd musia platiť rovnako pre všetky prípady, ktoré splňajú ustanovené podmienky", zavazuje zákonodarcu na jej rešpektovanie pri prijímaní zákona a ďalej všetky subjekty verejnej správy, aby v rámci svojej rozhodovacej, resp. aplikačnej praxe dôsledne postupovali v súlade s ňou. Preto zákon môže obsahovať iba také obmedzenia, ktoré sa rovnako vzťahujú na všetky individuálne (konkrétne) prípady, ktoré sú druhovo rovnaké.*“

⁵⁸⁹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 8/04 ze dne 18. 10. 2005. Rozhodnutí je zajímavé zejména pluralitou názorů samotného Ústavního soudu, resp. paletou argumentů, které byly vzneseny. Z 11 soudců slovenského Ústavního soudu jeden soudce zaujal odlišné stanovisko k odůvodnění rozhodnutí, čtyři soudci pak k výroku a odůvodnění.

⁵⁹⁰ Zákon č. 365/2004 Z. z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou a o zmene a doplnení niektorých zákonov (antidiskriminačný zákon). Konkrétně bylo přezkoumáváno ustanovení § 8 odst. 8 tohoto zákona, které znělo: „*Na zabezpečenie rovnosti príležitostí v praxi a dodržiavania zásady rovnakého zaobchádzania možno prijať osobitné vyrovnávacie opatrenia na zabránenie znevýhodneniu súvisiaceho s rasovým pôvodom, alebo etnickým pôvodom.*“

specifická vyrovnávací opatření mohou být přijata, za jakým účelem a ke kterému cíli mají směřovat. Není jasně určen ani adresát, který má příslušná opatření přijmout. Navíc se toto ustanovení zdálo předjímat, že existují určité nerovnosti dané objektivními důvody (různá míra schopností, velikost majetku, původ apod.), jejichž existence tak staví nositele takových vlastností do „méněcenného postavení“, které má být kompenzováno teprve následně přijatým opatřením. To je v rozporu s principem rovnosti, který vyžaduje, aby se všemi lidmi bylo zacházeno stejně.⁵⁹¹

Ústavní soud v tomto rozhodnutí zajímavým způsobem rozpracoval, byť ve vztahu k řešené problematice, princip rovnosti. Rozlišil jeho formální aspekt („*právo na to, aby sa v rovnakých prípadoch zaobchádzalo s osobami rovnako*“) a materiální aspekt („*právo na to, aby sa v rozdielnych veciach toto zaobchádzanie odlišovalo*“).⁵⁹² Při zkoumání materiálního aspektu je potřeba zvážit vzájemně se překrývající přístupy, které umožňují specifikovat podmínky, za jejichž splnění lze požadovat, aby nerovné případy odůvodňovaly nerovné postavení osob vyplývající z přijatých opatření.⁵⁹³ Podle Ústavního soudu je tak v první řadě nutné vzít v úvahu **výsledky rozdělování**⁵⁹⁴, kterých se dosáhne rovným či nerovným zacházením. Dále je třeba zkoumat rovnost z hlediska **příležitosti** dosáhnout určitého cíle. To vyžaduje vytvořit takové podmínky, které budou nerovnou „startovací pozicí“, která je objektivně dána, korigovat. Nakonec je potřeba zohlednit **rozmanitost a různorodost** ve vztahu k výsledkům a příležitostem, kterou je nutno respektovat, protože je též objektivně daná, a různé příčiny a důsledky zohlednit právě z hlediska rozmanitosti.

⁵⁹¹ „Ustanovenie § 8 ods. 8 inými slovami hovorí, že na to, aby sa zaobchádzalo s osobami určitej rasy alebo etnika rovnako ako s inými, je v určitých (antidiskriminačným zákonom nedefinovaných situáciách) možné prijať osobitné vyrovnávacie opatrenia. Uvedené ustanovenie teda implikuje, že osoby určitej rasy alebo etnika sú v určitých prípadoch a za splnenia určitých podmienok (ktoré však zákon nedefinuje) z objektívnych príčin diskvalifikované a bez vyrovnávacích opatrení nemajú, resp. by nemali možnosť prístupu k svojim právam a ich realizácii – v tomto prípade aj základným právam uvedeným nižšie Ustanovenie § 8 odsek 8 teda ide proti zásade rovnosti ľudí v dôstojnosti a v právach, keďže hovorí, že táto rovnosť bude dosiahnutá len prijatím osobitných vyrovnávacích opatrení.“

⁵⁹² Osobně se domnívám, že oba aspekty jsou aspekty formální. Za materiální aspekt principu rovnosti považuji stanovení podmínek (materiálních, věcných), za nichž je možné rozlišit dvě skupiny osob, resp. naopak za nichž je potřeba je považovat za jednu homogenní skupinu, v rámci které musí být postavení každého jednotlivce stejné. V zásadě tak jde, řečeno slovy například Evropského soudního dvora, o racionalitu a legitimitu podmínek stanovených pro rozlišování.

⁵⁹³ Je patrné, že v takovýchto případech působí princip rovnosti opačně. Jde totiž o to, zda a za jakých podmínek může určitá osoba tvrdit, že se nachází v nerovném postavení, a proto má nárok na zvláštní opatření. V běžných situacích působí princip rovnosti tak, že dotčená osoba tvrdí, že se nachází ve stejném postavení jako osoba jiná a požaduje, aby jí byla přiznána stejná práva či stejné výhody. Zde však jde o to, že určitá osoba tvrdí, že se nachází v nerovném postavení a chce získat výhody odpovídající tomuto nerovnému postavení. Jde tedy o zdůvodnění cíleně zaváděné nerovnosti, nikoliv o zdůvodnění v zásadě nezamýšlené nerovnosti projevující se v menším rozsahu *přiznaných práv* či výhod.

⁵⁹⁴ Výsledek může spočívat v podmínkách přístupu ke vzdělání, pracovním příležitostem, určitým službám apod.

Zohlednění těchto přístupů však vyžaduje zachovat určitou míru odlišného zacházení, která vyžaduje, aby se pozitivní opatření zohledňující méně výhodné postavení jedné skupiny osob nezměnilo na opatření nespravedlivě diskriminující ostatní skupiny osob, které jsou na počátku v postavení výhodnějším. Pozitivní opatření lze přijmout, musí však být omezené jen na to, co je nevyhnutelné pro dosažení sledovaného cíle. Zde je patrné, že se opět obracíme k **principu proporcionality** v další z jeho obměn.

Na základě těchto kritérií Ústavní soud rozhodl o neústavnosti zkoumaného ustanovení, protože je příliš vágní pro to, aby bylo možno říci, že jím předjímaná opatření budou zcela nezbytná pro zmírnění výchozí nerovnosti, neboť neobsahuje „*najmä vymedzenie subjektu oprávneného na prijímanie a presadzovanie osobitných vyrovnávacích opatrení, účel, kritériá a podmienky ich prijímania, rozsah a obsah takých opatrení, pričom takýto prístup zákonodarcu zakladá možnosť svojvoľného, účelového, nejednotného, a teda nežiaduceho výkladu a používania.*“ Ustanovení navíc neobsahovalo časové omezení pro přijímání příslušných pozitivních opatření, takže by mohlo být základem pro „převrácenou diskriminaci osob“, a pozitivní diskriminace se měla vztahovat na osoby v souvislosti s jejich rasovým nebo etnickým způsobem.⁵⁹⁵

VI. 4. 1. Zhodnocení principiálnosti judikatury Ústavního soudu Slovenské republiky

Slovenský Ústavní soud ve svých rozhodnutích relativně často používá argumenty právními či ústavními principy. Stejně jako tomu je u jiných soudů, pramen právních principů spatřuje soud převážně v ústavních dokumentech, případně mezinárodních smlouvách, z nichž principy, resp. jejich obsah, abstrahuje. Nelze tedy říci, že by Ústavní soud považoval právní principy za samostatný pramen práva, za pravidla platící v důsledku svého obsahu, jako je tomu v některých nálezech českého Ústavního soudu. Takový přístup preferující právní jistotu, lze hodnotit kladně.

Ze způsobu aplikace právních principů je patrné, že jen v omezených případech mají používaná pravidla „principiální“ charakter. Většinou je odkaz na právní princip odkazem na právní normu, se kterou je také zacházeno zcela „neprincipiálně“. Pouze v určitých případech

⁵⁹⁵ Separátní stanoviska proti většinovému rozhodnutí se týkala otázky, do jaké míry je možnost zavedení pozitivní diskriminace podle slovenské Ústavy přípustná či nepřípustná. Zde podle mého mínění nešlo v konečném důsledku o přímý rozpor, protože i většinový názor byl, domnívám se, takový, že zvýhodnění možné je, musí mít však stanovena určitá pravidla a limity. V tomto dílčím bodu se separátní stanovisko soudců Ludmily Gajdošíkovej, Juraja Horvátha a Alexandra Bröstla od většinového názoru liší v tom, že považují zkoumané ustanovení za dostatečné z hlediska možných limitů přijímaných opatření (má jít o „vyrovnání“, tedy o dosažení stejné „startovací pozice“). Není proto přímo potřeba se obávat excesů.

lze v aplikaci právních principů spatřovat skutečné „principiální prvky“, na něž lze usuzovat z toho, že se Ústavní soud snaží maximálně přiblížit normativním důsledkům takového pravidla. Ne vždy je to však možné. V takových případech spočívá řešení ve zvážení naléhavosti požadavku v pravidle zakotveného.

VI. 5. Právní principy v judikatuře Ústavního soudu České republiky

Problematika právních principů v judikatuře Ústavního soudu byla již v této práci zčásti zmíněna v souvislosti s jejich prameny. Ústavní soud je ochoten hledat právní principy i mimo platné právo, za které je v tomto smyslu třeba považovat právní pravidla identifikovatelná podle jejich formy. To znamená, že případně uznává za platná i taková pravidla, která lze identifikovat pouze podle jejich obsahu. Jaký obsah bude v takových případech právní princip mít, závisí v konečném důsledku pouze na úvaze soudu, který vystupuje v roli faktického normotvůrce. Příkladem může být propůjčování normativní relevance různým principům, které se týkají ekonomiky či sociální oblasti.

Praktické dopady takového přístupu jsou relativně zanedbatelné, protože většina právních (ústavních) principů, které jsou Ústavním soudem aplikovány, má oporu ve formálních pramenech práva, takže i v případech, kdy není odkaz na určité ustanovení proveden, lze přesto právní princip považovat za platný ve smyslu příslušnosti k českému právnímu řádu, protože jeho oporu lze v psaném právu nalézt. O správnosti rozhodnutí z hlediska jeho zdůvodnění lze pochybovat v těch případech, kdy tomu tak není. Že takové případy mohou nastat, bylo již ukázáno. V zásadě nejde o to, že by byly aplikovány právní principy, které nemohou platit nikdy. Je mišlím dostatečně zřejmé, že obsah právních principů, resp. jejich výčet je proměnlivý a závisí nejen na konkrétní době, ale též na konkrétním právním řádu. Právní principy, které Ústavní soud aplikuje, tak snad ve všech případech existují, otázkou však je, zda existují v českém právním řádu. Stanovení jejich normativní relevance nemůže být podle mého přesvědčení věcí Ústavního soudu, ale věcí zákonodárce, resp. ústavodárce. Řada ústav ostatních států Evropy umožňuje zohledňovat různá ekonomická, sociální či dokonce ekologická kritéria při rozhodování. Český ústavní pořádek je v tomto srovnání pozoruhodně indiferentní a neposkytuje příliš rozsáhlý argumentační aparát pro řešení případů, jejichž základ spočívá v různých ekonomických a sociálních ohledech a souvislostech. Stále je podle mě potřeba udržet rozlišování mezi normativní

rovinou právní a ostatními normativními rovinami zahrnujícími ostatní pravidla působící ve společnosti.

Je samozřejmě otázkou, do jaké míry lze dovozovat obsah právních principů z krátké věty právního textu, případně ze souvisejících pravidel. Příkladem jsou „principy právního státu“ ve smyslu čl. 1 Ústavy. Z tohoto ustanovení nelze fakticky odvodit, jaké to mají být principy, jaká pravidla z tohoto pojmu vyplývají. Hledání principů právního státu je vyjádřením vlastních představ o tom, jaké vlastnosti musí stát, resp. jeho právní řád, splňovat, aby bylo možno hovořit o „právním státu“. Protože jde o představy, které se opírají o objektivní kritéria jen zčásti, vzniká určitý prostor pro subjektivní výklad jeho významu. Obdobným příkladem je princip *nullum crimen sine lege*, který nelze redukovat jen na požadavek zákonného výčtu trestných činů. Tento princip vystupuje i v podobě požadavku na určitou kvalitu zákona, jeho jasnost a zřetelnost, skutečný popis skutkové podstaty konkrétními znaky atd. Přesto lze podle mého mínění rozlišit případy, kdy „nalezený“ právní princip žádnou oporu v právním řádu nemá, od případů, kdy lze takovou oporu nalézt, byť to nemusí být opora jednoznačná a zřetelná.

Právní regulace je jen určitou výsečí celkové regulace chodu společnosti a právní prostředky by měly být používány pouze v této výseči; neměly by být využívány k řešení problémů z ostatních oblastí. Lze předpokládat, že k určité změně v rozsahu normativní regulace dochází s ohledem na členství České republiky v Evropské unii. K plnění cílů stanovených Evropskou unií je potřeba přijímat právní pravidla zasahující do řady oblastí dosud právem neřešených. Taková regulace pak může být vznikem nových normativních kritérií, která bude možno legitimně používat při aplikaci práva. I za současného stavu je podle mého mínění potřeba rozlišovat rovinu ústavních základů uspořádání společnosti a další normativní nadstavbu. Úkolem ústavních soudů není ochrana celého právního řádu, ale pouze jeho ústavního základu. Tím je též vymezen (a omezen) okruh relevantních argumentů, které je možno při řešení sporných otázek používat.

VI. 5. 1. Příklady právních principů v judikatuře Ústavního soudu

VI. 5. 1. 1. Principy právního státu v judikatuře Ústavního soudu

Principy právního státu, kterým má Česká republika být (čl. 1 Ústavy), jsou Ústavním soudem aplikovány zejména při provádění abstraktní kontroly ústavnosti. Podstatou jeho rozhodování je především určení jednotlivých znaků, kterými má být tento pojem definován.

Pro rozhodování Ústavního soudu je typické, že pojem právní stát není vykládán izolovaně od přívlastků, které jej doprovázejí, tedy přívlastky „demokratický“, „založený na úctě k právům a svobodám člověka a občana“ atd. V návaznosti na to je možné rozlišit i konotace pojmu právní stát ve vztahu k „právu“ (tedy právní stát v užším slova smyslu) na straně jedné a k „demokracii“ na straně druhé (tedy jako stát demokratický).

S prvním významem spojuje Ústavní soud principy právní jistoty, legality, proporcionality a na něj navazující princip minimalizace zásahů ze strany státu do postavení jednotlivce. V druhém významu jde o většinový princip při rozhodování doplněný o princip ochrany menšin, principy politického pluralizmu či princip nezpochybnitelnosti ochrany základních práv a svobod, dále například dělbu moci, která je institucionální zárukou udržení demokratického základu státu.⁵⁹⁶ Stejně tak i princip přednosti občana před státem pramení z demokratického pojetí současného státu.⁵⁹⁷ Dochází samozřejmě i k prolínání obou možných významů, které nachází odraz v pojmu materiálního právního státu⁵⁹⁸, pod který Ústavní soud řadí principy svobody, rovnosti a ochrany vlastnictví⁵⁹⁹, nebo princip všeobecnosti právní úpravy.⁶⁰⁰ S demokratickými hodnotami právního státu spojuje Ústavní soud například princip soudcovské nezávislosti, který zahrnuje „celou řadu aspektů, jež ve svém úhmu mají vytvořit předpoklady pro to, aby soudy mohly plnit své úkoly a povinnosti zejména v oblasti práv a svobod člověka a občana“.⁶⁰¹

⁵⁹⁶ Zajímavé jsou v tomto ohledu některé judikáty Ústavního soudu, kterými minimálně nepřímou „nutí“ zejména zákonodárce, aby přijal určitou úpravu – viz např. náleze č. 29/1996 Sb., zároveň však srov. i votum separatum k tomuto nálezu (Sbírka nálezů ÚS, svazek 4, náleze č. 83, str. 279 násl.).

⁵⁹⁷ Náleze II. ÚS 98/95 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 5, náleze č. 42, str. 359 násl.); Ústavní soud zde odkazuje na pozitivněprávní ustanovení v ústavních normách – např. preambule Listiny nebo čl. 85 odst. 2 Ústavy.

⁵⁹⁸ Náleze č. 159/1998 Sb. (Sbírka nálezů ÚS, svazek 11, náleze č. 66, str. 111 násl.). Srov. však i náleze č. 261/2000 Sb., z něž by bylo možno vyvodit, že teze o možném odlišení principů formálního právního státu a materiálního právního státu našla vyjádření i v judikatuře Ústavního soudu.

⁵⁹⁹ Náleze I. ÚS 146/94 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 5, náleze č. 12, str. 79 násl.).

⁶⁰⁰ Jde především o náleze sp. zn. Pl. ÚS 24/99 (č. 167/2000 Sb.), ve kterém Ústavní soud zdůraznil aspekt obecné závaznosti, jež je spjata s určitou formou právního předpisu. V nálezu sp. zn. Pl. ÚS 55/2000 (č. 241/2000 Sb.) Ústavní soud své závěry o nutnosti, aby právní normy měly obecnou povahu, rozvinul a konkretizoval. Dovedil, že k základním principům materiálního právního státu patří „maxima všeobecnosti právní regulace (požadavek obecnosti zákona, resp. obecnosti právních předpisů). Všeobecnost obsahu je ideálním, typickým a podstatným znakem zákona (resp. i právního předpisu vůbec), a to ve vztahu k soudním rozsudkům, vládním a správním aktům.“ Z poslední doby lze dále uvést náleze publikovaný ve Sbírce zákonů pod č. 199/2003 Sb., ve kterém Ústavní soud konstatoval, že „Stávající praxe tímto vybočuje z jednoho ze základních materiálních znaků pojmu zákon (právní předpis), jímž je obecnost. Připomeňme, že požadavek všeobecnosti zákona je důležitou součástí principu panství zákona a tím rovněž právního státu.“

⁶⁰¹ Náleze č. 233/1999 Sb. (Sbírka nálezů ÚS, svazek 15, náleze č. 125, str. 191 násl.).

VI. 5. 1. 1. 1. Princip právní jistoty

Princip právní jistoty spojuje Ústavní soud v podstatě s požadavkem zachování důvěry jednotlivce v právní řád, tedy důvěru v to, že právo bude plnit funkce, pro něž bylo vytvořeno. Tento princip lze tak rozdělit na dílčí podprincipy, resp. dílčí jistoty:

- 1) jistota, že bude tvořeno dobré právo,
- 2) jistota, že bude šetřeno nabytých práv,
- 3) jistota, že nikdo nebude bez zákonných důvodů omezen na svých právech,
- 4) jistota, že se každý domůže svých práv,
- 5) jistota, že bude spravedlivě postižen každý, kdo právo porušuje.⁶⁰²
- 6) předvídatelnost postupu zákonodárce při tvorbě práva.

Požadavek „dobrého práva“ Ústavní soud spojuje především s jasností a určitostí zákona.⁶⁰³ Určitostí a jasností se myslí určitost a konstantnost přisuzování významů právnímu textu, tj. určitost stanovování obsahu právních norem a konstantnost jejich aplikace ve stejných případech.⁶⁰⁴ To je samozřejmě určitý posun v chápání jasnosti a určitosti právní úpravy, neboť zde dochází k přenosu tohoto požadavku z oblasti normotvorby⁶⁰⁵ do oblasti aplikace práva (zásada „*de similibus idem est iudicandum*“). S tím souvisí požadavek předvídatelnosti rozhodnutí⁶⁰⁶, která může pramenit pouze z dostatečné jasnosti obsahu právní normy.^{607,608} „Dobré právo“ představuje podle Ústavního soudu požadavek „na vnitřní

⁶⁰² Citováno dle: Gerloch, A.: Princip právní jistoty v soudobém právu, in: Právní principy, Ed. J. Boguszak, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 77.

⁶⁰³ K těmto otázkám viz např. Eichlerová, K.: Přístupnost a předvídatelnost práva, Právník 2/2001. Autorka ve svém článku řeší spíše problémy související se způsobem publikace norem, jejich zpřístupněním, jazykem, ve kterém jsou právní normy sdělovány atd. Otázek obsahové kvality norem se dotýká spíše okrajově.

⁶⁰⁴ Nález č. 168/1995 Sb. (Sbírka nálezů ÚS, svazek 3, nálež č. 29, str. 209 násl.).

⁶⁰⁵ Z hlediska ústavních principů má neurčitost zákonných a podzákonných norem ten důsledek, že může být považována i za protiústavní. Nikoliv za všech okolností: „Obecně lze konstatovat, že neurčitost určitého (některého) ustanovení právního předpisu nutno považovat za rozpornou s požadavkem právní jistoty, a tudíž i právního státu (čl. 1 Ústavy České republiky), toliko tehdy, jestliže intenzita této neurčitosti vylučuje možnost stanovení normativního obsahu daného ustanovení i pomocí obvyklých interpretačních postupů.“ Nález č. 168/1995 Sb. (Sbírka nálezů ÚS, svazek 3, nálež č. 29, str. 209 násl.).

⁶⁰⁶ Nález sp. zn. IV. ÚS 34/97 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 8, nálež č. 49, str. 11 násl.).

⁶⁰⁷ Zajímavý je nálež č. 77/2001 Sb., jímž byl zrušen § 44 odst. 2 trestního řádu, který umožňoval při řízení o trestných činech, k němuž byl věcně příslušný v prvním stupni krajský soud, vyloučit poškozeného z možnosti uplatnit v tomto řízení nárok na náhradu škody, aniž by však stanovil bližší podmínky pro takové rozhodnutí soudu. Ústavní soud dovodil: „Pouze takový zákon, u něhož lze jeho důsledky jasně předvídat, totiž odpovídá uvedenému pojetí demokratického právního státu. V případě ustanovení § 44 odst. 2 trestního řádu však dodržení principu předvídatelnosti zákona není nezpochybnitelné, jelikož toto ustanovení umožňuje krajskému soudu rozhodnout o nepřipuštění účasti poškozeného v trestním řízení prakticky bez jakýchkoliv bližší specifikovaných kritérií. Možné riziko je umocněno i tím, že příslušné rozhodnutí není přezkoumatelné soudem vyššího stupně.“

⁶⁰⁸ Splnění podmínek jasnosti a určitosti právní normy ve všech výše uvedených významech je důležitým faktorem pro rozhodování Ústavního soudu zejména v případech, kdy jde o normu z oblasti veřejného (zejména

koherenci právního řádu⁶⁰⁹, tedy nerozpornost ustanovení jednotlivých spolu souvisejících právních odvětví, resp. zákonů.⁶¹⁰

Ochrana nabytých práv⁶¹¹ se v judikatuře Ústavního soudu spojuje především se **zásadou zákazu retroaktivity**, který je explicitně pozitivněprávně zakotven pouze pro oblast trestněprávní (čl. 40 odst. 6 Listiny). Pro ostatní právní odvětví jej Ústavní soud standardně dovozuje právě z principu právní jistoty, konkrétně z pojmu právní stát.⁶¹² Diferenciace retroaktivity na pravou a nepravou je již téměř notorií.⁶¹³ Nejde jen o retroaktivitu nových předpisů, ale i o zákaz retroaktivního výkladu předpisů již přijatých, pokud by samy tyto předpisy retroaktivitu připouštěly.⁶¹⁴

V současné době je zřejmé, že Ústavní soud zásadně připouští retroaktivitu nepravou.⁶¹⁵ Pokud jde o retroaktivitu pravou, je Ústavní soud zdrženlivější, přesto lze sledovat určité kolísání v jeho úvahách.⁶¹⁶

správního) práva, pokud taková norma umožňuje správním orgánům zasáhnout do některého ze základních práv či svobod. Samozřejmě že v této souvislosti se Ústavní soud opírá také o zásadu vázanosti státní moci (zde zejména moci výkonné) zákonem (čl. 2 odst. 3 Ústavy), nicméně právě z propojení neurčitosti normy a zásady vyjádřené ve zmíněném článku dovozuje neústavnost takové normy. Z důvodu přílišné obecnosti zrušil proto Ústavní soud ustanovení § 14 odst. 1 písm. f) zákona č. 123/1992 Sb., o pobytu cizinců, který znělo „porušil povinnost stanovenou tímto zákonem nebo jiným obecně závazným právním předpisem“, přičemž jako sankci bylo možno uložit zákaz pobytu na území ČR až na jeden rok. Podle názoru Ústavního soudu umožňovalo toto ustanovení správním úřadům příliš volné uvážení, přičemž možnou sankcí bylo významné omezení práv zaručených Listinou. Jedním z důvodů pro zrušení byl právě nedostatek předvídatelnosti následků porušení této normy. Viz náleží č. 159/1998 Sb.

⁶⁰⁹ Nález č. 186/1997 Sb. (Sbírka nálezů ÚS, svazek 8, náleží č. 91, str. 325 násl.) – ze separátního vota JUDr. P. Holländera.

⁶¹⁰ Viz k tomu i náleží č. 261/2000 Sb., který zrušil určitá ustanovení přílohy zákona č. 126/1992 Sb., o ochraně znaku a názvu Červeného kříže a o Československém červeném kříži, protože určitý majetek v příloze vymezený nesplňoval definici uvedenou přímo v textu zákona (šlo o majetek, která nikdy nebyl ve vlastnictví státu a ani nebyl Červenému kříži odňat).

⁶¹¹ K této otázce srov. Fiala, J.: *Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu*, Právník č. 3/1999. Je ovšem problém, co bude v tom kterém případě považováno za nabyté právo. Autor v článku uvádí různé přístupy k pojmu *iura quaesita*, které rozlišují mezi ochranou „nabytí práv“ a „ochranou bytí“ práv, mezi právy získanými právním jednáním nebo nabyté „ze zákona“, což je rozlišení do značné míry odpovídající rozdílu mezi právy existujícími v soukromoprávní sféře a ve sféře práva veřejného. Srov. též Hanuš, L.: *Několik glos k ochraně nabytých práv (s přihlédnutím k judikatuře Ústavního soudu ČR)*, Právník č. 6/2003, str. 564 an. Autor zastává názor, že za nabyté právo je třeba považovat každé právo, které vzniklo v důsledku toho, že se naplnila hypotéza právní normy regulující jeho vznik, a to bez ohledu na povahu takové normy a na charakter skutkových okolností, jež měly pro jeho vznik nastat.

⁶¹² Viz např. náleží č. 164/1995 Sb., náleží č. 131/1994 Sb. Jak bylo výše ukázáno, praxe Ústavního soudu Slovenské republiky je stejná.

⁶¹³ Oba pojmy Ústavní soud definuje v souladu s právní vědou. Viz např. Boguszak, J., Čapek, J.: *Teorie práva*, 2. vydání, Codex Bohemia, Praha 1997, str. 75-76.

⁶¹⁴ Konkrétně se k zákazu retroaktivního výkladu vyjádřil v náleží III. ÚS 232/96 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 6, náleží č. 142, str. 545 násl.). Podstatou případu bylo, že „znárodňovací zákon“ č. 115/1948 Sb. měl (pravou) zpětnou účinnost k 1.1. 1948, a proto restituenti nesplnili podmínku ztráty majetku v tzv. rozhodném období, které začínalo 25. 2. 1948. Ústavní soud však dovodil, že ke znárodnění došlo nikoliv zpětně k 1.1.1948, ale ke dni přijetí zákona, tj. k 28. 4. 1948, jelikož retroaktivní účinky zákona nepřipustil pro rozpor s principy právního státu.

⁶¹⁵ Srov. separátní votum Jiřího Nykodýma v náleží sp. zn. Pl. ÚS 20/05: „I při respektování zásady nepřímé zpětné účinnosti, která je obecně uznávanou zásadou ...“.

Obecně Ústavní soud připouští retroaktivitu tam, kde se jedná o právní úpravu retroaktivní *in favorem* dotčených osob.⁶¹⁷ V ostatních případech retroaktivitu nepravou respektuje zejména tehdy, je-li zásah (s účinky *ex nunc*) do stávajícího právního stavu odůvodněn veřejným zájmem.⁶¹⁸

Jistota, že nikdo nebude bez zákonných důvodů omezen na svých právech, vychází především ze zásady zákonnosti, tj. vázanosti státní moci zákonem. Je pozitivněprávně zakotvena především v čl. 2 odst. 3 Ústavy a čl. 2 odst. 2 Listiny. Aspekt legality výkonu státní moci se prolíná většinou judikátů Ústavního soudu. Jednu z dílčích složek zákonnosti vymezil v souvislosti s principem právní jistoty Ústavní soud tak, že „... podstata právní jistoty spočívá tedy v tom, že každý může spoléhat na to, že ... ho stát ... **nepostihne** sankcí,

⁶¹⁶ V nález č. 63/1997 Sb. (Sbírka nálezů ÚS, svazek 7, nález č. 13, str. 87 násl.) sice za určitých podmínek připustil i možnost retroaktivity pravé odkazuje přitom na názory doktríny, je však otázka, zda by skutečně takto postupoval, kdyby tuto otázku musel řešit v konkrétním případě. Ústavní soud přitom cituje podle L. Tichého (Tichý, L.: K časové působnosti novely občanského zákoníku, Právník, č. 12, 1984, s. 1100 an.): „Obecně platí, že od zásady zákazu retroaktivity se lze odchýlit zcela výjimečně, a to výslovným pozitivním ustanovením. Jak je patrné z historie, důvodem k takovým postupům byla situace, kdy by se právní jistota dostala do příkrého rozporu s jistotou sociální a s právním vědomím, jak tomu bylo v ČSR v případě retribučních dekretů. Zpětnou působnost zákona na občanskoprávní poměry by bylo možno odůvodnit též veřejným pořádkem (*ordre public*), především jestliže by byly dotčeny předpisy absolutně kogentní, jež byly vydány v důsledku určité mezní situace přerodu hodnot ve společnosti.“ Mnohem znepokojivější z hlediska požadavku právní jistoty je nález sp. zn. Pl. ÚS 33/01 (č. 145/2002 Sb.): „*Jestliže tedy v hodnotovém řádu a vědomí společnosti se konsensuálně etabloval určitý vzor a způsob sociálního myšlení a jednání, kterému se z nejrůznějších důvodů, např. v důsledku tlaku určitého politického systému, nemohlo dostat normativního vyjádření, potom právní úprava tohoto jednání, obsahující retroaktivitu, zůstává zcela v souladu s principy právního a demokratického státu. Jinými slovy, odporovalo by naopak principům spravedlnosti, jestliže by se v takových případech práva retroaktivita nedostala ke slovu. To vše však by tím výrazněji mělo naznačit, že práva retroaktivita nemá v právním státu místo tam, kde zákonodárce se již dříve mohl "dostat ke slovu", nicméně tak neučinil.*“ To znamená, že práva retroaktivita je možná všude tam, kde se vytvoří společenské přesvědčení o nutnosti určité úpravy, která však z důvodu politické neshody nebude přijata. Ponecháme-li stranou otázku „změnitelnosti společenského konsensu“, je otázkou, jaký obsah princip právní jistoty ve světle takového stanoviska vůbec ještě má.

⁶¹⁷ Viz nález č. 63/1997 Sb. (Sbírka nálezů ÚS, svazek 7, nález č. 13, str. 87 násl.). „Z principu ochrany důvěry občanů v právo vyplývá, že princip nepřipustnosti retroaktivity nelze vztáhnout na zpětné působení právních norem, jež nepředstavují zásah do právní jistoty, resp. nabytých práv.“ a dále nález č. 164/1995 Sb. (Sbírka nálezů ÚS, svazek 3, nález č. 25, str. 179 násl.). „Jen zcela výjimečně může nastat situace, kdy zákon oprávněně zasáhne do soudních rozhodnutí, pokud byla vydána v rozporu s obecně uznávanými právními principy demokratické společnosti. Na této myšlence byla budována konstrukce zákona č. 119/1990 Sb., o soudní rehabilitaci, ...“

⁶¹⁸ Nález č. 63/1997 Sb., kdy posuzoval ústavnost novely zákona č. 92/1991 Sb., o velké privatizaci, která umožnila ukončit nájemní smlouvy uzavřené s podniky, jež měly vstoupit do privatizace. Dospěl k závěru, že veřejný zájem takový zásah odůvodňuje. Ide podle mého názoru o jeden z „ekonomicko-politických“ nálezů, jímž Ústavní soud podpořil probíhající ekonomickou reformu. Jakkoliv může být sporné, co je v tom kterém případě veřejným zájmem, argumentoval Ústavní soud tím, že nájemci museli už od přijetí příslušné normy (zákona o velké privatizaci) počítat s tím, že k zániku nájmu dojde. Lze v této souvislosti srovnat nález slovenského Ústavního soudu ve věci Fondu národního majetku, kde výchozí situace byla v podstatě totožná, avšak závěr odlišný. Slovenský Ústavní soud preferoval princip právní jistoty a ochranu nabytých práv, český Ústavní soud naopak politicko-ekonomický zájem.

jestliže právní předpis neporuší“.⁶¹⁹ Princip materiální právního státu v této souvislosti vyžaduje, aby jakákoliv omezení práv a svobod byla nezbytně nutná.⁶²⁰

Jistota, že se každý domůže svých práv, je spojena zejména se soudní ochranou práv a svobod. Pozitivněprávní základ představuje především hlava V. Listiny, patří sem však i některé články Ústavy (zejména čl. 4, 90 a 95). Ústavní soud tento aspekt právní jistoty definoval takto: „Podstata právní jistoty spočívá tedy v tom, že každý může spoléhat na to, že mu stát poskytne efektivní ochranu v jeho právech, že mu státní moc dopomůže k realizaci jeho subjektivního práva, bude-li mu v tom někdo neprávem bránit ...“⁶²¹

Jistota, že bude postižen každý, kdo právo porušuje, souvisí velmi těsně s předchozím bodem. Ústavní soud ji vymezil takto: „Podstata právní jistoty spočívá tedy v tom, že každý může spoléhat na to, ... že ho stát postihne zákonem předvídanou, a žádnou jinou než předvídanou, sankcí za to, že porušil právní předpis...“⁶²² Ne vždy je ovšem otázka tak jednoduchá.⁶²³

⁶¹⁹ Nález IV. ÚS 34/97 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 8, nálež č. 49, str. 11 násl.).

⁶²⁰ Nález č. 91/1994 Sb.: „Podmínkou pro uplatňování občanských práv je i zřetelné vedení hranice mezi svobodou, která je konstruktivním základem demokratické a kritické společnosti, a svobodou, která směřuje k destrukci obecných lidských a demokratických hodnot. Proto demokratické státy uznávají i oprávněnost určitých omezení výkonu občanských a lidských práv a svobod. Princip právního státu vychází z priority občana před státem, a tím i z priority základních občanských a lidských práv a svobod. V povaze právního státu je obsaženo také vědomí, že taková opatření je třeba minimalizovat a současně čelit pokušení státu a mocných jednotlivců v něm získat více moci, než nezbytně potřebují.“

⁶²¹ Nález sp. zn. IV. ÚS 34/97 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 8, nálež č. 49, str. 11 násl.)

⁶²² Tentýž nálež jako v předchozí poznámce.

⁶²³ K otázce nevyhnutelnosti postihu za porušení právní povinnosti se vyslovil Ústavní soud v souvislosti s případy „odpíračů vojenské služby“, a to zejména v nálezu č. 38/1999 Sb. Podstatou problému bylo, že Ústavní soud v souladu se zásadou „ne bis in idem“ (čl. 40 odst. 5 Listiny) konstantně judikoval (jakkoliv proti tomu trestněprávní teorie vznáší vážné výhrady), že pokud kdokoliv odmítl nastoupit vojenskou službu či civilní službu v úmyslu vyhnout se jí trvale, nemůže být po vykonání trestu v případě opětovného povolání a opětovného odmítnutí nastoupit vojenskou službu znovu potrestán, neboť by to bylo v rozporu se zmíněnou zásadou – viz např. nálež sp. zn. IV. ÚS 81/95 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 4, nálež č. 50, str. 41 násl.). Vzhledem k tomu, že tehdy platný branný zákon příkazoval vojenským správcům opětovně povolávat i osoby, jež vojenskou službu odmítly nastoupit a byly za to potrestány, přičemž za další nenastoupení je soudy znovu potrestat nemohly (resp. jejich rozsudky Ústavní soud rušil s odvoláním na čl. 40 odst. 5 Listiny, který zakotvuje zásadu „ne bis in idem“ pro oblast trestního práva), podal Nejvyšší soud návrh na zrušení příslušných ustanovení branného zákona s odůvodněním, že „tak vzniká situace, která je z hlediska právního státu neúnosná, protože na jedné straně zákon občanovi ukládá konkrétní významnou povinnost, ale splnění této povinnosti je nevyhnutitelné.“ Ústavní soud návrh zamítl z důvodů zčásti racionálních, zčásti vzbuzujících vážné pochybnosti o důslednosti argumentace. Pochybné jsou zejména tyto výroky: „Ústavní soud je však názoru, že v daném případě nejde o vynutitelnost povinnosti, neboť která povinnost vyžadující aktivní jednání osob je vůbec vynutitelná?“ Taková argumentace hraničí podle mého mínění takřka s právním nihilismem. Dále je zajímavé, že Ústavní soud nepovažoval hrozbu trestním stíháním za způsob, jak přimět odvedence k plnění povinnosti, ale zvažoval hrozící trest jakoby odtrženě od důvodů, pro které byl uložen. Jinak si výrok „Nejde o splnění této povinnosti, ale o trestní stíhání jejího nesplnění.“ nelze podle mého názoru vysvětlit. Podle mého mínění je tento nálež jedním z velmi sporných nálezů. Jeho odůvodnění se jeví z velké části jako nepřesvědčivé. Neuvažuje se například o principu rovnosti, který je podle mého názoru v důsledku postupu Ústavního soudu porušen, neboť se zakládá nerovnost mezi těmi, kteří uposlechnou, a těmi, kteří tak neučiní, přičemž do určité míry mohou počítat s tím, že se „jim to vyplatí“.

Požadavek předvídatelnosti postupu zákonodárce při tvorbě práva se prolíná do určité míry se všemi ostatními „jistotami“. Požadavek předvídatelnosti se chápe jako **předvídatelnost zásahů do stávající právní úpravy**, lze-li na základě dřívějších legislativních počínů očekávat určitý postup zákonodárce.⁶²⁴

VI. 5. 1. 1. 2. Princip minimalizace zásahů

Princip minimalizace zásahů má několik rovin. Jednak je to minimalizace zásahů do práv a svobod, zejména těch, které jsou upraveny v Listině, jednak je princip minimalizace zásahů spojován s principem právní jistoty ve smyslu minimalizace zásahů do platné právní úpravy ze strany Ústavního soudu. Vzhledem k tomu je zde zřejmá spojitost s principem proporcionality, jenž ale má ještě další rozměr, který se výrazně projevuje v případech, kdy dochází ke kolizi hodnot (v nejobecnějším slova smyslu), jež si jsou postaveny na roveň. Nakonec zcela zvláštním způsobem uplatňuje Ústavní soud princip minimalizace zásahů vzhledem ke svému postavení v soustavě soudů.

Požadavek minimalizace zásahů do právní jistoty z hlediska v daném okamžiku platného práva vystupuje zejména jako předpoklad preference ústavněkonformní interpretace⁶²⁵ právního předpisu před jeho zrušením pro rozpor s ústavním pořádkem.⁶²⁶ V případě, že smysluplný logický a ústavněkonformní výklad není možný (zejména v případě zjevné rozporuplnosti jednotlivých ustanovení téhož právního předpisu, není ale zřejmě

⁶²⁴ Jako příklad lze uvést náleží č. 164/1995 Sb., v němž Ústavní soud posuzoval ústavnost novely zákoníku práce, která odlišně od předchozího stavu upravila poskytování náhrad za ztrátu na výdělků. Ústavní soud dovodil, že nová úprava není v rozporu s ústavními normami, protože nelze říci, že by byla zcela nepředvídatelná (důvodů zde bylo více). K otázce předvídatelnosti nové právní úpravy se nepřímě vyslovuje také separátní votum k náleží č. 168/1995 Sb. Podstatou problému zde bylo to, že uvedeným zákonem byly stanoveny určité přísnější podmínky pro výkon profese autorizovaných architektů, přičemž dosavadní povolení k této činnosti měla zůstat v platnosti jen určitou omezenou dobu (která byla z původního jednoho roku prodloužena následnou novelou o další rok), aby osoby, které podnikaly podle dosavadních předpisů, měly dostatek času pro splnění přísnějších kritérií nového zákona. Další novelou zákona byla však dočasnost platnosti povolení vydaných podle starých předpisů zrušena vůbec, a tedy osoby, jež nové přísnější podmínky dosud nespĺnily, mohly podnikat na základě starých povolení; byly tak zvýhodněny proti těm subjektům, které v očekávání ukončení platnosti starých povolení splnily nová přísná kritéria autorizace. Důvodem takového postupu zákonodárce bylo očekávané přijetí nové komplexní úpravy.

⁶²⁵ Viz k tomu Šimfčec, V.: Imperativ ústavněkonformní interpretace a aplikace právních předpisů, Právník č. 12/1999.

⁶²⁶ Např. náleží č. 38/1999 Sb. (Sbírka náleží ÚS, svazek 13, náleží č. 19, str. 131 násl.): „.. z mnoha myslitelných výkladů zákona je třeba v každém případě použít pouze takový, který respektuje ústavní principy, (je-li takovýto výklad možný) a ke zrušení ustanovení zákona pro neústavnost přistoupit teprve tehdy, nelze-li dotčené ustanovení použít, aniž by byla porušena ústavnost (princip minimalizace zásahu)“

vyložen ani neodstranitelný rozpor mezi různými právními předpisy), je nutné předpis zrušit, neboť princip právní jistoty výrazně převáží.⁶²⁷

Princip minimalizace zásahů do práv a svobod má v judikatuře Ústavního soudu značné uplatnění, a to například v souvislosti s ukládáním trestních sankcí, které zásah do práv a svobod představují.⁶²⁸ Požadavek minimalizace zásahů do práv hrál významnou úlohu i v případech, kdy Ústavní soud posuzoval délku stanovených lhůt z toho hlediska, zda umožňují uplatnit určité právo či nikoliv.⁶²⁹ Mohlo by se zdát, že lhůta (resp. její běh), jakožto objektivní právní skutečnost, protiústavní být nemůže. Je-li však upravena tak, že výkon práva je ztížen nebo zcela znemožněn, může dojít k tomu, že taková lhůta bude pro rozpor s ústavním pořádkem zrušena. Tento názor vyslovil Ústavní soud několikrát, nejzřetelněji v souvislosti se zrušením některých ustanovení restitučních zákonů.⁶³⁰ Princip minimalizace zásahů je však třeba zohlednit nejen při tvorbě právních předpisů, ale i při jejich aplikaci.⁶³¹

⁶²⁷ V některých případech Ústavní soud principu minimalizace zásahů do právního řádu nedostál. Například nálezem č. 107/2000 Sb. Ústavní soud zrušil § 62 a § 62a zákona č. 367/1990 Sb., o obcích, ve znění pozdějších předpisů. Použitá argumentace nebyla podle mého mínění přesvědčivá. Například se z hlediska nedostatku pravomoci Poslanecké sněmovny rozhodovat v těchto věcech neobjevil vůbec v nálezu argument spočívající v tom, že Poslanecká sněmovna v době, kdy přijala inkriminované usnesení, již nebyla Českou národní radou, o které hovořila zrušená ustanovení § 62 a 62a. S ohledem na čl. 106 Ústavy by bylo možné dovodit, že Poslanecká sněmovna mohla vykonávat pravomoci ČNR maximálně do 6. 6. 1996. Dále nepovažují za relevantní argument, že přijetí nulitního aktu je důvodem pro zrušení určitého ustanovení zákona: „Možnost zrušit absolutně zmatečný právní akt ve zvláštních případech, jako je právě napadené usnesení Poslanecké sněmovny, tedy otevřelo cestu ke zrušení částí napadaných § 62 a 62a zákona o obcích.“ Zásah Ústavního soudu do zákonného textu byl v tomto případě podle mého mínění zbytečný. Racionální, logickou a ústavněkonformní argumentací podpořenou odkazem na příslušné ústavní a zákonné normy by bylo možné dovodit, že posuzovaná ustanovení jsou vzhledem ke změněnému právnímu stavu obsoletní, a tudíž nepoužitelná.

Obdobným způsobem postupoval Ústavní soud také v nálezu č. 424/2001 Sb., kterým rozhodoval o zrušení § 272 a čtvrté věty § 276 trestního řádu, kdy zrušil zjevně obsoletní ustanovení.

⁶²⁸ Nález sp. zn. IV. ÚS 81/95 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 4, nálež č. 50, str. 41 násl.): „...ve státě, který chce být státem právním, může legitimitu trestněprávního postihu odůvodnit pouze nezbytnost ochrany elementárních hodnot před činy, které jsou pro společnost obzvláště nebezpečné, a kdy jiné řešení neexistuje. Represe by tedy vždy měla být založena na zásadě její subsidiarity a minimalizace.“

⁶²⁹ Mohlo by se zdát, že lhůta (resp. její běh), jakožto objektivní právní skutečnost, protiústavní být nemůže. Je-li však upravena tak, že výkon práva je ztížen nebo zcela znemožněn, může dojít k tomu, že taková lhůta bude pro rozpor s ústavními normami zrušena. Tento názor vyslovil Ústavní soud několikrát, nejzřetelněji v souvislosti se zrušením některých ustanovení restitučních zákonů viz nálež č. 164/1994 Sb., který se týkal zákona č. 87/1991 Sb., a poté i nálež č. 29/1996 Sb., který se týkal zákona č. 229/1991 Sb.

⁶³⁰ Nejdříve nálež č. 164/1994 Sb., který se týkal zákona č. 87/1991 Sb., a poté i nálež č. 29/1996 Sb., který se týkal zákona č. 229/1991 Sb.

⁶³¹ V těchto případech zaujal Ústavní soud stanovisko, jež by se dalo vyjádřit zhruba tak, že pokud právní předpis neobsahuje zcela jasnou úpravu, je potřeba jej aplikovat tak, aby výkon práva byl umožněn. Konkrétně Ústavní soud posuzoval podle svého názoru příliš formalistický postup Ústřední volební komise a následně Nejvyššího soudu, když došlo k odmítnutí registrace kandidátů na volby do Parlamentu ČR – nálež sp. zn. I. ÚS 277/96 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 6, nálež č. 106, str. 261 násl.). V jiné věci zkoumal postup orgánů činných v trestním řízení v řízení proti uprchlému: „Řízení podle § 302 a násl. trestního řádu proti osobě, kterou není možno vůbec postavit před soud a která případně nebyla ani vyslechnuta buď proto, že se vyhýbá trestnímu řízení pobytem v cizině, nebo proto, že se skrývá, je nepochybně řízením, které do značné míry ústavní principy spravedlivého procesu omezuje. Nutně tedy musí být tato ustanovení aplikována tak, jak to stanoví čl. 4 odst. 4 Listiny, tj. že při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu a nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena.“ Nález sp. zn. IV. ÚS 200/96 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 6, nálež č. 123, str. 387 násl.)

VI. 5. 1. 1. 3. Princip proporcionality (přiměřenosti) jako způsob řešení kolize

Princip proporcionality označil Ústavní soud v nálezu č. 30/1998 Sb. za „moderní nepsané ústavní pravidlo“. Zpravidla jej však dovozuje z čl. 4 odst. 4 Listiny. Princip proporcionality naznačuje vývoj judikatury Ústavního soudu. Zatímco v prvních letech své existence Ústavní soud tento princip používal relativně střídmě, postupem času počet případů jeho aplikace vzrostl. Lze soudit, že se tak děje zejména pod vlivem judikatury Evropského soudu pro lidská práva a Evropského soudního dvora.⁶³² Tento princip je používán ke zkoumání souladu právní úpravy s ústavním pořádkem z hlediska vztahu mezi použitými prostředky a sledovanými cíli. V zásadě jde o to, aby volba prostředků byla racionální, nikoliv svévolná, a aby sledované cíle byly legitimní.

Své uplatnění má princip proporcionality zejména tam, kde je nezbytné k dosažení cíle provést zásah do určité hodnoty nebo práva, kdy tedy dochází ke kolizi práv (svobod) nebo ke kolizi hodnot, případně určitých veřejných zájmů. Způsob, jak zkoumat zachování principu přiměřenosti, popsal Ústavní soud komplexně v nálezu č. 214/1994 Sb.⁶³³ Podmínkami, které musí být zváženy a porovnány, aby bylo možno zjistit přípustnost omezení jednoho zájmu ve prospěch druhého, jsou podle Ústavního soudu tato kritéria:

- 1) kritérium vhodnosti (tj. zda určitá zákonná úprava splňuje sledovaný cíl),
- 2) kritérium potřebnosti (které se dá definovat jako odpověď na otázku, zda účelu nemůže být dosaženo jinak),
- 3) kritérium důležitosti (závažnosti) chráněných zájmů stojících v konfliktu, tj. zda jsou rovnocenné či nikoliv (zde se podle mého názoru nevyhne soud hodnocení, jež se opírá o celospolečenskou představu o tom, který zájem je důležitější),

⁶³² V posledních čtyřech letech byl princip proporcionality použit v těchto rozhodnutích (výčet není samozřejmě úplný): sp. zn. I. ÚS 504/03 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 31 Nález č. 138, str. 227], sp. zn. IV. ÚS 239/03 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 31, Nález č. 129, str. 159], sp. zn. III. ÚS 150/03 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 31, Nález č. 128, str. 149], sp. zn. Pl. ÚS 5/03 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 30, Nález č. 109 str. 499, č. 211/2003 Sb.], sp. zn. Pl. ÚS 36/02 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 28, Usnesení č. 39, str. 459], sp. zn. III. ÚS 737/02 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 30, Nález č. 106, str. 477], sp. zn. I. ÚS 293/02 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 30, Nález č. 61, str. 113], sp. zn. Pl. ÚS 11/02 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 30, Nález č. 87, str. 309, č. 198/2003 Sb.], sp. zn. Pl. ÚS 32/02 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 27 Usnesení č. 32 str. 347], sp. zn. Pl. ÚS 24/02 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 27 Usnesení č. 31 str. 341], sp. zn. IV. ÚS 89/02 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 27, Nález č. 97 str. 115], sp. zn. II. ÚS 590/02 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 28, Nález č. 153, str. 379], sp. zn. Pl. ÚS 38/01 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 29, Nález č. 39, str. 339, č. 87/2003 Sb.], sp. zn. Pl. ÚS 40/02 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 30, Nález č. 88, str. 327, č. 199/2003 Sb.], sp. zn. Pl. ÚS 2/03 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 29, Nález č. 41, str. 371, č. 84/2003 Sb.], sp. zn. III. ÚS 686/02 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 29, Nález č. 30, str. 257], sp. zn. IV. ÚS 132/01 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 26, Usnesení č. 14, str. 355], sp. zn. Pl. ÚS 6/02 [4/2003 Sb., Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 28, Nález č. 146 str. 295], sp. zn. Pl. ÚS 15/02 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 29, Nález č. 11, str. 79, č. 40/2003 Sb.], sp. zn. Pl. ÚS 39/01 [Sbírka nálezů ÚS, Svazek č. 28, Nález č. 135, str. 153, č. 499/2002 Sb.]

⁶³³ Nálezem bylo rozhodnuto o zrušení institutu tzv. anonymního svědka v trestním řádu.

zvažují se přitom zejména argumenty empirické, systémové, kontextové a hodnotové:

- a) empirický argument zahrnuje posouzení faktického stavu, tj. zda v daném okamžiku skutečně existuje takové ohrožení jednoho zájmu, že vzniká potřeba jej chránit i na úkor jiného,
- b) systémový argument řeší otázku zařazení toho kterého práva (zájmu) do systému ostatních zájmů,
- c) kontextovým argumentem se rozumí další (kromě omezení kolidujícího zájmu) negativní dopady přijaté úpravy,
- d) hodnotovým argumentem se řeší pozitiva určité úpravy vzhledem k žebříčku hodnot (např. zda je daná společnost ochotna připustit uložení trestu i tehdy, když byla vina prokázána způsobem, jenž neumožňuje řádnou obranu obžalovaného, a tedy vzniká riziko, že bude potrestán nevinný).

K tomu pak navíc přistupuje ještě princip minimalizace zásahů do druhého (ustupujícího) chráněného zájmu, tedy úvaha, že průlom do chráněného zájmu by měl být jen tak minimální, aby ještě splnil zamýšlený účel.

Princip proporcionality musí dodržovat jak normotvůrce při přijímání právní úpravy, tak orgán aplikující právo. Princip proporcionality při normotvorbě vyžaduje racionálně zvolit prostředky vhodné pro dosažení sledovaného cíle, při aplikaci práva vyžaduje vyhnout se nadměrnému formalizmu.⁶³⁴

Problematická je při aplikaci principu proporcionality aplikovaném na právní úpravu skutečnost, že „správná“ kritéria, prostřednictvím kterých se zvolený prostředek hodnotí, jsou kritérii, která považuje za relevantní ten, kdo provádí kontrolu. Může proto považovat za relevantní kritéria jiná, než která vzal v úvahu například normotvůrce. Přitom jen část hodnotících kritérií je normativní povahy. Ostatní argumenty (kritéria) jsou empirické povahy, resp. odrážejí subjektivní preference. Například tzv. „negativní dopad“ (viz výše) může každý spatřovat v něčem jiném. Někdo například v tom, že je odsouzen nevinný, jiný v tom, že několik skutečných pachatelů unikne trestu. Najít přesný „vzorec“ pro zohlednění

⁶³⁴ Nález sp. zn. III. ÚS 127/96 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 5, nález č. 68, str. 519 násl.), v němž se Ústavní soud zabýval případem, kdy byl žalovaný nesprávně označen, a proto obecný soud řízení zastavil, aniž by účastníka poučil o nutnosti opravy. Ústavní soud vytkl obecným soudům přepjatý formalismus postupu, jímž naplňují zásadu rovnosti účastníků řízení, přičemž v podstatě postupem výše naznačeným, tj. aplikací principu proporcionality a poměřováním principů řádného procesu dovodil, že v daném případě byl postup obecných soudů neadekvátní (Ústavní soud mj. zohlednil, že i obecné soudy se dopustily několika procesních pochybení, jež utvrdily žalobce v omylu).

všech kritérií proto není možné a každé rozhodnutí bude do určité míry subjektivní a tedy i arbitrární. Eliminovat riziko arbitrárnosti lze jen racionální argumentací. Ovšem i hodnocení stupně racionality argumentace je subjektivní a tedy i závěr bude nutně relativní.

VI. 5. 1. 2. Další právní principy

Z oblasti principů právně politických, které jsou normativně zakotveny v čl. 5 a 6 Ústavy, ale také v čl. 21 a 22 Listiny, Ústavní soud aplikoval např. princip reprezentativní demokracie, pod který zahrnuje jednak odvozenost složení zastupitelského sboru od politické struktury občanské veřejnosti, jednak požadavek minimální reprezentativnosti subjektů (politických stran a hnutí) zúčastněných na politické soutěži.⁶³⁵ Princip svobodné soutěže politických sil aplikoval Ústavní soud v nálezu, kterým zrušil podmínku získání 2 % ve volbách odevzdaných hlasů pro přiznání příspěvku na úhradu volebních nákladů.⁶³⁶

Principy rozdílného uspořádání obou komor Parlamentu se odrazily v nálezu zrušujícím některá ustanovení volebního zákona, který po své novelizaci „ve svém souhrnu vybočil z mezí systému poměrného zastoupení“.⁶³⁷

Z principů platících v jednotlivých právních odvětvích aplikoval Ústavní soud zásadu „*pacta sunt servanda*“, o níž opřel rozhodnutí⁶³⁸, jímž zrušil rozsudky obecných soudů, které rozhodly o povinnosti vydat bezdůvodné obohacení, přestože plnění bylo poskytnuto na základě platné smlouvy. Zásada soukromého práva „*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*“ byla Ústavním soudem označena jako jednoznačně platná zásada pro smluvní převody práv.⁶³⁹ Zásada „*nemo turpitudinem suam allegans auditur*“ byla použita

⁶³⁵ To se projevilo v rozhodnutí, ve kterém Ústavní soud zkoumal otázku, zda volební kauce lze zařadit do rámce podmínek minimální reprezentativnosti strany, resp. nezávislého kandidáta a zdali zákonodárce zvolil za tím účelem adekvátní prostředek. Porovnával přitom volební kauce s ostatními nástroji, jež prokazují minimální reprezentativnost (např. podpisové listiny). Viz náleží č. 161/1996 Sb. (Sbírka nálezů ÚS, svazek 5, náleží č. 39, str. 315 násl.).

⁶³⁶ Původně bylo toto omezení (tehdy byla požadovaná hranice 3 % odevzdaných hlasů) zrušeno nálezem č. 243/1999 Sb. (Sbírka nálezů ÚS, svazek 16, náleží č. 137, str. 27 násl.). Tentýž princip našel uplatnění i v nálezem č. 98/2001 Sb., kterým Ústavní soud rozhodl o zrušení některých ustanovení zákona o sdružování v politických stranách a hnutích. Nálezem byla zrušena ustanovení, jež zakládala nárok na stálý státní příspěvek ve výši 1 milion Kč těm politickým stranám, jež získaly ve volbách více jak 3 % hlasů. Parlament ihned přijal novou úpravu, která výši příspěvku „snížila“ na 900 000 Kč (zákon č. 170/2001 Sb.).

⁶³⁷ Nález č. 64/2001 Sb.

⁶³⁸ Nález sp. zn. IV. ÚS 201/96 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 6, náleží č. 96, str. 197 násl.).

⁶³⁹ Nález sp. zn. II. ÚS 103/96 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 8, náleží č. 64, str. 133 násl.). Paradoxně v tomto nálezem význam této zásady zcela popřel, protože dovodil, že se v konečném důsledku neuplatní tam, kde druhou smluvní stranou byl stát, který tak mohl převést „více práv, než měl původně on sám“.

jako důvod pro zamítnutí ústavní stížnosti proti rozsudkům, které z této zásady do určité míry (důvodů bylo více) vyšly a byly tak pro stěžovatele nepříznivé.⁶⁴⁰

V oblasti procesního práva⁶⁴¹ se Ústavní soud velmi často zabývá zásadou **volného** hodnocení důkazů⁶⁴² či zásadou přimosti dokazování, která má ten význam, že Ústavní soud by sám hodnotil určité důkazy pouze tehdy, pokud by je také sám provedl.⁶⁴³ V trestním řízení klade Ústavní soud důraz na zásadu „*in dubio pro reo*“⁶⁴⁴, případně na různé principy spravedlivého procesu, které vylučují například jakékoliv projevy libovůle ze strany soudu.⁶⁴⁵

Pro trestní právo hmotné má stěžejní význam zásada *nullum crimen sine lege, nulla poena sine culpa*. Ústavní soud v souvislosti s ní zdůrazňuje zásadu zákazu extenzivního výkladu norem trestního práva⁶⁴⁶, v jiném případě označenou jako zákaz analogie legis in malam partem⁶⁴⁷.

VI. 5. 2. Zhodnocení principiálnosti judikatury Ústavního soudu

Některé konsekvence přístupu Ústavního soudu již byly zmíněny výše. Právní principy jsou velmi často používány ke korekci výsledků interpretace a aplikace zákonů a podzákoných předpisů, neboť na nich přirozeně spočívá těžiště při rozhodování jednotlivých případů.

Aplikace právních principů má podle Ústavního soudu význam zejména tehdy, kdy buď zákon neposkytuje jednoznačné řešení nebo jestliže nabízené řešení neodpovídá určité představě.⁶⁴⁸ Není třeba zdůrazňovat, že zejména v druhém případě je nutné velmi obezřetně

⁶⁴⁰ Nález sp. zn. II. ÚS 28/96 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 8, nález č. 53, str. 45 násl.).

⁶⁴¹ Srov. k tomu též Zoulík, F.: Právní principy a procesní zásady, in: Boguszak, J (ed): Právní principy, Pelhřimov 1999

⁶⁴² Např. nález sp. zn. I. ÚS 63/96 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 8, nález č. 82, str. 267 násl.), nálezů ohledně této otázky je nepřeberné množství.

⁶⁴³ Nález sp. zn. I. ÚS 3/94 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 3, nález č. 21, str. 135 násl.).

⁶⁴⁴ Např. nález sp. zn. II. ÚS 441/99 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 17, nález č. 48, str. 337 násl.), sp. zn. IV. ÚS 438/2000 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 20, nález č. 35).

⁶⁴⁵ Nález sp. zn. III. ÚS 464/99 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 19, nález č. 109).

⁶⁴⁶ Nález sp. zn. IV. ÚS 404/99 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 19, nález č. 115).

⁶⁴⁷ Nález sp. zn. II. ÚS 178/2000 (Sbírka nálezů ÚS, svazek 20, nález č. 190, str. 319 násl.).

⁶⁴⁸ Srov. nález sp. zn. Pl. ÚS 19/98: „*V demokratickém právním státě, který je chápán především jako materiální právní stát, nelze připustit užití platného zákonného ustanovení způsobem, který odporuje některé z fundamentálních ústavních zásad, za niž lze nepochybně pokládat i procesní princip "ne bis in idem" v článku 40 odst 5 Listiny základních práv a svobod. Ústavní soud je přesvědčen, že povinnost soudů nalézat právo neznámá pouze vyhledávat přímé, konkrétní a výslovné pokyny v zákonném textu, ale též povinnost zjišťovat a formulovat, co je konkrétním právem i tam, kde jde o interpretaci abstraktních norem, ústavních zásad, ustanovení Listiny základních práv a svobod a závazků plynoucích z mezinárodních smluv. Prostor takové interpretace a její význam, je nepochybně větší tam, kde jde o aplikaci zákonných předpisů, které nejsou sice již zcela vyhovující, avšak nejsou ve své podstatě ani protústavní. Z mnoha myslitelných výkladů zákona je třeba v každém případě použít pouze takový, který respektuje ústavní principy (je-li takovýto výklad možný), a ke zrušení*

přístupovat ke zkoumání nepřiměřenosti či nesprávnosti interpretačního a aplikačního výsledku. Pouze v takových případech, kdy je výsledek zjevně v rozporu s určitým právním principem, je legitimní jej korigovat.

K napětí mezi zjištěným význam právní normy a právním principem dochází podle Ústavního soudu zejména v případech, kdy se orgán aplikující právo spoléhá pouze na jazykový výklad: „*Jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu (k čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický výklad, výklad e ratione legis atd.). Mechanická aplikace abstrahující, resp. neuvědomující si, a to buď úmyslně nebo v důsledku nevdělanosti, smysl a účel právní normy, činí z práva nástroj odcizení a absurdity.*“⁶⁴⁹

Z. Kühn v této souvislosti hovoří o „judikování contra legem“.⁶⁵⁰ Ačkoliv sám připouští, že tento termín není zvolen vhodně, jde podle něj o nezbytný důsledek chápání práva v moderní demokracii, který je v souladu s koncepcí právního státu. Ústavní soud však myšlenku judikování „contra legem“ rozvíjí v tom směru, že soudce se musí od doslovného významu aplikovaného ustanovení odchýlit, vyžaduje-li účel zákona, právní princip či jiná hodnota. Zde je však patrný určitý posun, protože již nejde o judikování *contra legem*, ale o přihlídnutí k pravidlům či jiným standardům, které jsou součástí právního řádu. Pochybnost tak v konkrétních případech může vznikat pouze o tom, zda použitý argument je skutečně argumentem právním.

ustanovení zákona pro neústavnost přistoupit teprve, nelze-li dotčené ustanovení použít, aniž by byla porušena ústavnost (princip minimalizace zásahu).“

⁶⁴⁹ Nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 33/97.

⁶⁵⁰ Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum 2002, str. 190 a násl. Srov. k tomu též Holländer, P.: Nástin filosofie práva, úvahy strukturální, Všehrad, Praha 2000.

VII. Závěr

Málokdo v dnešní době pochybuje o tom, že jedním z elementů, které tvoří součást práva, jsou právní principy. Rozdílné představy však existují nejen ohledně určení místa, které právní principy v právním řádu zaujímají, ale též i o úloze, kterou mohou v právu hrát, a to zejména při aplikaci práva. Nejednotné jsou i názory na pramen (zdroj) právních principů a na jejich charakteristické vlastnosti, které determinují způsob jejich aplikace.

Problematika právních principů je jen výsečí problematiky obecnější, která se týká stále naléhavější nutnosti hledat odpověď na otázku, čím vlastně je tvořeno právo v současné společnosti. Tradiční koncepce práva tvořeného souborem právních předpisů se zdá být postupně překonávána. Příčiny tohoto jevu mohou spočívat v důvodech politických či politikoprávních nebo mohou například vycházet z faktického aktuálního stavu právních předpisů, který není z hlediska přehlednosti, bezrozpornosti a jasnosti optimální. Právní předpisy zřejmě svůj význam pro regulaci chodu lidské společnosti, který spočívá v tom, že v jejich textech se hledají právní pravidla chování, nikdy neztratí, jejich výsadní postavení však bude pravděpodobně alespoň v některých případech oslabováno. Paradoxně to budou v některých případech samy právní předpisy, které takový postup umožní.⁶⁵¹ Idea právního pozitivizmu omezujícího právo na obsah právních textů si svoji sílu alespoň částečně udrží.

Uznání existence právních principů v takovém rozsahu, který je patrný zejména z rozhodnutí vrcholných soudních institucí, je jedním z projevů narušení koncepce práva složeného výlučně z právních předpisů, ve které hrají jiné prvky jen omezenou roli. Vskutku se zdá, že reálný význam právních principů v rozhodování soudů stále roste. Bránit se jejich vlivu a používání není dost dobře možné z několika důvodů. Především, právní principy jsou přítomny v právním myšlení takřikajíc od nepaměti. Jejich význam se jistě lišil a liší v závislosti na konkrétní době a společenských souvislostech, nicméně zcela je eliminovat

⁶⁵¹ Srov. § 3 návrhu nového občanského zákoníku:

(1) Nikdo se nesmí dovolávat slov právního předpisu proti jeho smyslu.

(2) Každé ustanovení soukromého práva lze vykládat jenom ve shodě s obecně uznanými přirozenými právními zásadami a se zřetelem k hodnotám, které chrání. Tam, kde se doslovné znění jednotlivého ustanovení s těmito zásadami rozejde, musí jim ustoupit.

(3) Zákonným ustanovením nelze přikládat jiný význam, než jaký plyne z vlastního smyslu slov v jejich vzájemné souvislosti a z jasného úmyslu zákonodárce.

Ačkoliv podle odstavce třetího bude rozhodující „vlastní smysl slov zákonného ustanovení“, podle odstavce prvního se nikdo nebude moci smyslu těchto slov dovolávat, budou-li v rozporu se smyslem právního předpisu. Obě normy jsou k sobě v poměru speciality. Smysl právního předpisu převáží nad smyslem slov. Smysl slov jednotlivých ustanovení bude sekundární oproti smyslu předpisu. Význam konkrétní části textu právního předpisu bude menší, protože bude korigován smyslem předpisu jako celku. Z čeho ale dovozovat smysl celého právního předpisu, ne-li z jeho slov, a zda může být rozdíl mezi „vlastním smyslem slov“ a smyslem právního předpisu, který je smyslem slov utvářen, zůstává otázkou.

z právního myšlení pravděpodobně není možné. Za druhé si nelze nevšimnout, že právní principy neexistují samy o sobě. Naopak, mají relativně silnou oporu kupříkladu v samotných právních předpisech, z nichž je možné je abstrahovat. Nereflektovat takové důsledky právních předpisů, nebo třeba i soudních rozhodnutí, jejichž zobecněním lze též dospět k závěru o relevanci takových pravidel, by mohlo vést k určité vulgarizaci práva. V neposlední řadě je třeba mít na paměti, že obsah právních principů je v obecné rovině v zásadě shodně sdílen všemi právními řády obdobného typu právní kultury. Dílčí výjimky a rozdíly samozřejmě jistě existují, nicméně určité společné jádro je možno nalézt. Za těchto okolností se nezdá být možné, aby právní principy neměly alespoň určitý význam.

Ačkoliv v obecné rovině je nutné právním principům relevanci přiznat, kontroverzní může být její míra. Právní regulace je založena fakticky na tom, že existují určité způsoby právního myšlení, které jsou tvořeny pravidly, jež určují postupy, jak se v právu orientovat a jak právo aplikovat na konkrétní situace. Mnoho pravidel o právním myšlení není nijak kodifikováno, jejich znalost je získávána například studiem práva na právnických fakultách.⁶⁵² Dodržování takových pravidel, která představují po obsahové stránce pravidla právního myšlení, je významným předpokladem pro udržení koherence právního řádu. Výsledek aplikace práva je totiž zkoumán nejen z toho hlediska, zda odpovídá právním normám, ale též z toho hlediska, zda právní normy byly použity způsobem, který lze označit za *lex artis*.⁶⁵³

Úsilí o nalezení metod, jak zacházet s právními principy, určení, jaké místo jim v právním řádu přiznat či kde je hledat, stojí v pozadí teorií o jejich struktuře, pramenech a způsobech aplikace. Výše byly popsány různé teoretické koncepce, snažící se položené otázky vysvětlit. Tyto teorie se často navzájem popírají, vyvracejí dílčí argumenty snášené na podporu některých závěrů nebo dokonce základní východiska, na kterých jsou vybudovány. Vzájemná kritika není vedena s cílem zcela zavrhnout teorii konkurenční, ale s cílem přispět

⁶⁵² Například za situace, kdy v českém právu nejsou v současné době kodifikována vykládací pravidla, je zprostředkování jejich znalosti budoucím právníkům úkolem právnických fakult. Studenti se tak učí, že primární je výklad jazykový, logický a systematický, zatímco výklad teleologický je až nadstandardní metodou použitelnou jen tehdy, není-li zjišťovaný obsah právní normy ani po použití metod standardních zřejmý. Pokud by byli studenti učeni, že rozhodující je výklad teleologický, výsledky interpretace právních předpisů by byly jistě odlišné. Srov. k tomu též Tryzna, J.: K pozitivně právním mezím výkladu práva, in: Gerloch, A., Maršálek, P. (eds.): *Problémy interpretace a argumentace v současné právní teorii a praxi*, Eurolex Bohemia 2003, str. 77 a násl.

⁶⁵³ Srov. k tomu např. nálezy Ústavního soudu č. 30/1998 Sb.: „*Jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu (k čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický výklad, výklad e ratione legis atd.). Mechanická aplikace abstrahující, resp. neuvědomující si, a to buď úmyslně nebo v důsledku nevdělanosti, smysl a účel právní normy, činí z práva nástroj odcizení a absurdity.*“ *Lege artis* podle nálezu není tedy takový výklad, který se opírá o ryze jazykovou stránku předpisu. Je potřeba zkoumat i účel právní normy.

k diskusi o nalezení správných metod přístupu k právním principům a zacházení s nimi. Autoři jednotlivých teorií jsou si vědomi toho, že způsob, jakým se bude k právním principům přistupovat, ovlivní výsledek aplikace práva, pokud bude právním principům v procesu aplikace práva přiznána relevance. Všechny modely jsou vytvářeny s cílem poskytnout správné postupy tvořené pravidly pro jejich používání. Správnost se spatřuje například v tom, že jejich aplikace vede k morálně akceptovatelným důsledkům (Dworkin) nebo že se odvíjí od racionální diskuse (Alexy). Jestliže je (správná) metoda jejich použití dodržena, bude výsledek považován též za správný. Pokud ale budou některé premisy a pravidla tvořící příslušné metody zpochybněny jako nesprávné či nepřípustné, bude tím zpochybněna i správnost výsledků, kterých bylo za pomoci takových metod dosaženo. Otázkou samozřejmě zůstává, zda samy argumenty, které jsou používány s cílem vyvrátit předkládané argumenty jiné teorie, jsou správné. Domnívám se, že některé argumenty vyvracející dílčí předpoklady a závěry určitých teorií lze nalézt. Pokud je kupříkladu teorie vybudována na předpokladu existence určité ideální situace (např. Habermasova diskursivní teorie), pak v rovině obecné může jít o teorii správnou v tom smyslu, že je vybudována podle určité metodiky a vnitřních konzistentních pravidel. Je ale otázka, zda lze takovou teorii použít na posuzování konkrétní existující situace, která se svými východisky od ideální konstrukce liší. Jiným případem může být například normativně zakotvený omezený okruh pramenů právních pravidel, který nemůže být rozšiřován. Snahy o jeho rozšiřování mohou vyvolávat odpor.⁶⁵⁴ Právo nepůsobí v rovině teoretické, ale v reálném lidském světě. Hodnocení jeho důsledků a dopadů nelze proto provádět z hlediska teoretického, ale z hlediska praktického. Problémem je, že pouze některá hodnotící kritéria lze považovat za nepochybná, zatímco ostatní jsou představována prvky, s nimiž je možno polemizovat.

⁶⁵⁴ Příkladem může být snaha o co největší rozsah formální závaznosti rozhodnutí soudů vyšších stupňů v právních řádech, kde jsou „soudy vázány pouze zákonem“. Úsilí přimět obecné soudy respektovat i obecné právní názory vyslovené například ústavními soudy v takovém právním řádu, kde se uplatňuje vázanost soudu zákonem, vyvolává pochybnosti o přípustnosti takového postupu. (Ponechávám stranou skutečnost, že závaznost soudních rozhodnutí se často zejména v našich podmínkách ztotožňuje se závazností připisovanou právním předpisům, a že zdánlivá nemožnost odchýlit se od vysloveného právního názoru pak vyvolává značný odpor. Tento odpor je ovšem pochopitelný, protože sám český Ústavní soud málokdy uznává možnost odlišné argumentace a zřídka je ochoten odchýlit se od vysloveného právního názoru, byť předkládaná argumentace se zdá opírat ještě o jiné a další argumenty, než které byly vzaty v úvahu při formulaci názoru Ústavního soudu a které byly Ústavním soudem již vyvráceny. Argumentace Ústavního soudu je v případech skutkově stejných často velmi paušalizující a vychází z jedné přijaté právního názoru. Z hlediska zajištění jednoty rozhodování je přidržení se právního názoru samozřejmě lepší, než častá změna právního názoru, logicky však vyvolává odpor proti požadavku přijatý právní názor za všech okolností akceptovat, pokud se zdá, že existují závažné důvody pro jeho změnu.) K diskusi nad závazností nálezů Ústavního soudu srov. Kühn, Z.: K otázce závaznosti rozhodnutí Ústavního soudu, *Právník* č. 9/2001, str. 857-887, tentýž Je Parlament ČR vázán odůvodněním nálezů Ústavního soudu ČR, *Právník* č. 8/2000, str. 721-736, případně v jiném smyslu Knapp, V.: Zákonodárna moc Ústavního soudu, *Právník* č. 2/1993, str. 101-110.

Pro oblast právních principů jde tedy o to, jak k právním principům přistupovat, jak je používat při aplikaci práva a jaké argumenty lze vznášet na podporu jednotlivých teorií. Podle mého mínění přicházejí v úvahu v zásadě dva přístupy. Za prvé lze právní principy považovat za právní normy, od nichž se svými znaky příliš neliší. Rozdíly lze spatřovat v míře abstraktnosti, stupni obecnosti, dosahu atd. Při aplikaci práva jsou používány zcela stejným způsobem, jako ostatní právní normy. Rozhodnutí o tom, zda právní princip najde v konkrétním případě své uplatnění, závisí na tom, zda budou splněny subsumpční podmínky pro jeho aplikaci. Pokud tomu tak bude, bude právní princip určovat řešení stejně jako jakákoliv jiná norma. Závěr o tom, zda má být právní princip použit, je výsledkem určité hodnotící úvahy. K jeho explicitní aplikaci nedojde v takových případech, kdy výsledek aplikace práva učiněný na základě ostatních pravidel nebude považován za sporný, resp. se neobjeví potřeba jeho korekce. Právě potřeba potencionální korekce rozhodnutí vyplývající z případné nutnosti neopomenout ostatní pravidla a argumenty přicházející v úvahu bude předmětem hodnocení a volby. Volba a použití právních principů bude komplikováno tím, že v jednotlivých případech bude možné použít více právních principů, které ale v konkrétním případě povedou k neslučitelným důsledkům. V takovém případě bude věcí hodnocení a volby, který právní princip použít a který nikoliv.

Druhý možný přístup považuje právní principy za pravidla odlišné povahy od právních norem. Tomu bude odpovídat odlišný způsob jejich použití. Otázka, zda právní principy jsou pravidly specifických vlastností, kterými se od právních norem odlišují, představuje hlavní důvod pro vznik teorií o právních principech, jejichž základem jsou různé, někdy i částečně protichůdné definice právních principů. Logicky se totiž naskytá následující otázka: Jsou-li právní principy pravidla svojí povahou odlišná od právních norem, nemají být také odlišným způsobem aplikovány? A pokud tomu tak je, v čem spočívá odlišnost při jejich aplikaci na rozdíl od aplikace právních norem? Určují snad normativní důsledek jiným způsobem než právní normy, které buď platí, nebo neplatí? Tyto otázky jsou, domnívám se, oprávněné, a proto má smysl právní principy analyzovat. Analýza by se měla zaměřit na právní principy zejména z toho hlediska, k jakým reálným důsledkům jejich aplikace může vést, tedy zda v důsledku jejich použití v procesu vydání rozhodnutí vznikne konkrétní osobě právo či povinnost a zda lze takový výsledek považovat za dostatečně podložený či nepodložený, resp. správný či nesprávný.⁶⁵⁵

⁶⁵⁵ Např. Evropský soud pro lidská práva ve věci Ira Samuel Einhorn proti Francii (stížnost č. 71555/01) použil právní princip *obecnosti právní úpravy* způsobem, který vedl k předání stěžovatele do USA za účelem provedení nového procesu, ve kterém mu hrozil doživotní trest. Je nerozhodné, zda stěžovatel skutečně spáchal zločin,

Do procesu aplikace práva vstupuje mnoho různých argumentů. Některé lze považovat za explicitní, jiné zůstávají více či méně skryty. Za explicitní argument je možné snad vždy považovat odkaz na určitou právní normu a závěry o konkrétním skutkovém stavu. Tyto argumenty by měly být základem zdůvodnění každého rozhodnutí utvářeného jako výsledek aplikace práva. Nepovažuje se za přípustné, aby rozhodnutí nebylo o argumenty opřeno a uvedené dva druhy argumentů je třeba považovat za nezbytné minimum. Pokud by tyto argumenty nebyly uvedeny, nebylo by jednak možné takové rozhodnutí zhodnotit z hlediska správnosti, jednak by se vytvářil prostor pro zneužití rozhodovací pravomoci či pro svévoli, což se samozřejmě též nepovažuje za přijatelné. V takovémto případě se správnost učiněného závěru (rozhodnutí) odvíjí od správnosti obou premis (argumentů), které do rozhodování vstupují. Závěr totiž musí být výsledkem premis. Není-li tomu tak, je závěr nesprávný a musí být přehodnocen. Jinou otázkou zůstává, zda jsou správně určeny premisy, resp. jejich obsah. V některých případech je ale argumentů, které do rozhodování vstupují, více. Jedním druhem argumentů mohou být právní principy a v takovém případě je potřeba se ptát, zda je to vůbec přípustné s ohledem na konkrétní okolnosti, a pokud ano, jakým způsobem mohou právní principy výsledek aplikace práva ovlivnit.

Oba uvedené možné přístupy k právním principům, které si lze představit jako krajní body pomyslné osy vyjadřující škálu možných variant názorů na povahu právních principů, mají jedno společné. Právní principy jsou argumenty pro rozhodnutí. Jsou to argumenty, jejichž použití či naopak nepoužití může podstatným způsobem ovlivnit postavení jednotlivce. Proto jsou otázky, jaký je zdroj právních principů, jakým způsobem mají být používány, jak řešit případy neslučitelných právních principů atd. tak významné.

Aplikace „klasických“ právních norem vyjádřených v textech právních předpisů (zde již vznikají terminologické obtíže, protože v prvním z uvedených pojetí jsou i právní principy právními normami a v obou pojetích mohou být získávány z textu právních předpisů) v běžných případech zpravidla příliš pochybností nevyvolává. Pokud pochybnosti přesto vznikají, je to nejčastěji důsledek nejasného vyjádření právní normy v právním předpisu. U právních principů je tomu jinak, v některých případech dokonce přesně naopak. Alespoň základní obsah pravidla, které je označeno za právní princip, je zcela jednoznačný.⁶⁵⁶ Vedle

který se mu kladl za vinu, zda by nové řízení bylo spravedlivé či nespravedlivé atd. Podstatné je, že použití principu podpořilo závěr o jeho předání, což nepochybně znamenalo pro stěžovatele zhoršení jeho postavení, protože kdyby setrval ve Francii, žádná újma by mu nehrozila.

⁶⁵⁶ *Pacta sunt servanda* – smlouvy se mají dodržovat, *nullum crimen sine lege* – jen zákon stanoví trestnost jednání, *nemo plus iuris transfere potest, quam ipse habet* – nikdo nemůže převést více práv, než má atd.

takového základního obsahu může ale právní princip mít významy další, někdy zastřené nebo vyvolávající pochybnosti o jejich rozsahu.⁶⁵⁷

Právní principy tak vykazují ve srovnání s právními normami větší míru lability. Nikoliv snad z hlediska své existence, ale spíše z hlediska svých důsledků. Obecně totiž zpravidla nelze jeden z více možných neslučitelných důsledků právního principu nebo principů označit za nesprávný. Spíše lze tvrdit, že za určitých okolností má právní princip takový význam, za jiných okolností má význam jiný. Právě tato vlastnost právních principů může vyvolat úvahy nad správností rozhodnutí založeného na právních principech. Další příčinou potencionálních pochybností je určitým způsobem dynamický, možná přesněji živelný charakter právních principů. Pravidlo, které se označuje za právní princip, není zpravidla vyjádřeno v podobě jednoduché věty (případně více vět obsažených v různých částech právního předpisu či předpisů), části textu právního předpisu, ale ani prostého významu jednotlivých pojmů v textu použitých. Mnohem častěji jde o určitý důsledek takového ustanovení (nebo více ustanovení), který z textu právního předpisu nelze bez dalšího odvodit. Pokud by snad bylo možno pravidlo ztotožnit s prostým a jednoznačným významem právního textu, nepůjde zpravidla o právní princip. Principiální charakter nabývá pravidlo v důsledku určité další myšlenkové operace.⁶⁵⁸

Protože právní princip má poměrně často povahu důsledku určitého ustanovení (alespoň ve většině případů v kontinentálním typu právní kultury), lze jej relativně snadno měnit nezávisle na tom, že ustanovení či celý právní předpis zůstává nezměněn. Změna může být fakticky velmi jednoduchá. Postačí jediné rozhodnutí, které se bude považovat za potvrzení existence principu a jeho relevance pro určitý případ a takový princip začne žít vlastním životem. Bude použit vždy tam, kde bude chybět příslušný argument pro dosažení řešení považovaného za správné či žádoucí. Změna může být velmi rychlá, v podstatě zlomová.⁶⁵⁹

⁶⁵⁷ Např. princip *nullum crimen sine lege* vyžaduje nejenom stanovení trestních činů zákonem, ale též zákonem jednoznačným, nepřípouštějícím analogickou aplikaci (leđa ve prospěch), formálně přístupným atd.

⁶⁵⁸ Viz předchozí poznámku.

⁶⁵⁹ Příkladem může být princip nepravé retroaktivity. V rozhodnutích českého Ústavního soudu byl tento princip přibližně do konce 90. let aplikován relativně uvážlivě. Princip právní jistoty vyžadoval, aby nová právní úprava měnila obsah existujících právních vztahů, bylo-li to nezbytné například z důvodu zachování rovnosti nebo vyžadoval-li to veřejný zájem. Zkoumalo se, zda zásahy do existujících práv nejsou nadměrné, zda byly zvoleny přiměřené prostředky. V jednom z nedávných rozhodnutí (sp. zn. Pl. ÚS 20/05) byl princip nepravé retroaktivity bez jakékoliv argumentace prohlášen za „obecně uznávanou zásadu“. Obecně uznávanou, to znamená aplikovatelnou bez nutnosti jakéhokoliv zdůvodňování a argumentace. Půjde-li vývoj dál tímto směrem, může být dokonce shledáno protiústavním, nebude-li nový právní předpis založen na principu nepravé retroaktivity, nebude-li obsah právních vztahů vzniklých podle dosavadních předpisů přizpůsoben nové právní úpravě.

Rozhodování soudů není jen akademickou debatou o právu. Rozhodování soudů spočívá v řešení sporů o právo, sporů o to, co platí. Je tomu tak i v případech, kdy rozhodnutí zdánlivě nemá bezprostřední dopady na jednotlivce.⁶⁶⁰ Ve světle tohoto faktu si lze klást otázku, do jaké míry je přípustné, aby v procesu aplikace práva byl v některých případech právní řád fakticky měněn či doplňován.⁶⁶¹ Předpokladem, aby k tomu mohlo docházet, je uvolnění vázanosti soudů právními předpisy, tedy předem stanovenými pravidly.⁶⁶² Podle jednoho nedávného rozhodnutí českého Ústavního soudu⁶⁶³ mají soudy hledat spravedlnost. Jakou spravedlnost, to již řečeno nebylo. Spravedlnost sociální, vyžadující zarovnávat nejružnější rozdíly, nebo spravedlnost individuální, která preferuje zájmy jednotlivce?⁶⁶⁴

Není pochyb o tom, že rozhodování soudů má být spravedlivé. Rozhodující je ale volba kritérií spravedlnosti. Jsem přesvědčen o tom, že jedním z klíčových prvků spravedlnosti, byť nikoliv prvkem jediným, je rovnost. V tomto případě nejde o abstraktní koncept rovnosti, ale o zcela konkrétně chápanou rovnost, která vyžaduje, aby o skutkově stejných případech bylo rozhodnuto stejně. Tím nemá být řečeno, že první rozhodnutí v určité věci bude určující pro všechny další totožné případy, protože možnost odchýlit se od jednou zvoleného řešení v případě, kdy tomu svědčí nějaké důvody, je legitimní. Konceptů, jak zajistit jednotu rozhodování, jež bude realizací požadavku rovnosti, může být více. Je ale potřeba je zkoumat z toho hlediska, k jakému cíli má požadavek zachování rovnosti při rozhodování směřovat. Tímto cílem je dosažení legitimacy konkrétního rozhodnutí. Na tomto místě dochází tedy k transformaci sledovaného cíle, kterým je legitimita rozhodování.

⁶⁶⁰ Srov. několik posledních rozhodnutí českého Ústavního soudu, které se týkaly právní úpravy nájemních vztahů k bytům. Ústavní soud se vyslovil pro nutnost přijmout úpravu umožňující získat tržní nájemné z bytů (nález sp. zn. Pl. ÚS 20/05), v podstatě vyloučil možnost bytových družstev dávat výpověď svým členům v případech, kdy neužívají byt (nález sp. zn. Pl. ÚS 42/03), „založil“ pronajimatelům právo na náhradu škody (nález sp. zn. I. ÚS 489/05), kterou utrpěli tím, že zákonodárce nepřijal zákon o deregulaci nájemného a dospěl k závěru, že je v souladu s principem rovnosti, když nájemci bytů platí poplatek z prodlení ve výši odpovídající 90% úroku ročně, zatímco pokud naopak dluží nájemcům pronajimatel, postačí úrok kolem 7%. Ve všech čtyřech rozhodnutích návrhy na zrušení příslušných ustanovení právních předpisů zamítl. Dopady těchto rozhodnutí na jednotlivce budou značné.

⁶⁶¹ Ohledně politických vlivů na soudní rozhodování srov. Novak, M.: Ústavní soud mezi právem a politikou, Právnický časopis 5/2001, str. 421-439, zejm. str. 426 v části s názvem „Nutnost, aby v práci ústavního soudu převážila právní kritéria: postuláty demokracie a vlády práva.“

⁶⁶² Příkladem může být požadavek vyslovený Ústavním soudem (nález sp. zn. Pl. ÚS 20/05), aby soudy rozhodovaly o zvyšování nájemného z bytů, aniž by pro to existoval právní předpis. Rozhodnutí o zvýšení nájemného je rozhodnutí konstitutivní, tedy zakládá nové povinnosti a práva. Závěr Ústavního soudu je tak popřením čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, který umožňuje státní moc vykonávat jen za podmínek a v mezích stanovených zákonem, a jen způsobem, který zákon stanoví. Rozhodnutí bylo vydáno v době, kdy žádný právní předpis neumožňoval soudu rozhodnout o zvýšení nájemného z bytu na návrh pronajimatele.

⁶⁶³ Tentýž nález jako v předchozí poznámce.

⁶⁶⁴ K možným pojetím spravedlnosti srov. Boguszak, J.: K teorii tvorby práva (hodnoty, normy, právní principy), Právnická fakulta UK, jubilejní sborník, Praha 1998, str. 166. K jinému pojetí spravedlnosti podle J. Rawlse srov. Gerloch, A.: Záměrnost a spontánnost v působení práva. Právnická fakulta UK, jubilejní sborník, Praha 1998, str. 184. Srov. dále i Čapek, J.: Spravedlnost a soudní rozhodování, Právnický časopis 6/1995, str. 563-570.

Legitimita rozhodnutí je reálně dána kombinací různých faktorů. Rozhodnutí je legitimní, opírá-li se o předem stanovená pravidla, je-li vydáno osobou, která splňuje kritérium nezávislosti a nestrannosti, dále například proto, že na průběhu řízení mohli adresáti rozhodnutí participovat. Pokud se rozhoduje podle předem stanovených pravidel, přidává se další legitimizační kritérium, kterým je zmíněná jednota rozhodování založená na stejném řešení skutkově totožných případů. Aby jí bylo dosaženo, lze si představit různé modely. Jednotu rozhodování lze zajistit například tak, že všechny případy bude rozhodovat jedna osoba, protože nelze rozumně předpokládat, že by totožné případy rozhodovala odlišně. Rozdílná řešení totožných případů by postrádala legitimitu z důvodu nerespektování požadavku rovnosti. Takový způsob rozhodování má z praktických důvodů relativně omezenou použitelnost, byť o zcela nereálné řešení nejde.⁶⁶⁵ Zcela odlišným zdrojem legitimacy rozhodování, který by v krajním případě nevyžadoval existenci vůbec žádných apriorních pravidel, by bylo rozhodování prováděné osobou, kterou by si adresáti rozhodnutí sami zvolili. Rozhodnutí vydané takovou osobou by bylo legitimní z toho důvodu, že adresáti rozhodnutí provedením volby vyjadřují srozumění s tím, že výsledek budou akceptovat.⁶⁶⁶ Praktická použitelnost tohoto modelu je pravděpodobně omezená, nikoliv však nereálná.⁶⁶⁷ Potencionální omezení spočívají spíše ve společensko politických souvislostech.

Nelze-li vzhledem k okolnostem v nějaké podobě zavést ani jeden z těchto modelů (třeba i v určité kombinaci), přichází v úvahu model založený na rozhodování podle předem stanovených pravidel. Míra legitimacy rozhodování bude záviset na tom, do jaké míry budou taková pravidla zachovávána. Pokud se připustí, že rozhodování bude probíhat podle pravidel měněných či dotvářených tím, kdo rozhoduje, legitimita takového rozhodování bude podle mého soudu klesat, a to zejména tehdy, bude-li výsledek v důsledku prvků vnesených do rozhodování zcela opačný, než by bylo možno očekávat s ohledem na obsah apriorně stanovených pravidel. Je proto otázkou, do jaké míry může soudce hledat kritéria pro své rozhodování mimo předem stanovená pravidla a případně tato pravidla přetvářet.

V případech, kdy soudce není nijak vybírán těmi, o jejichž právech a povinnostech bude následně rozhodovat, je jeho legitimita k vlastnímu hledání pravidel rozhodování nízká. Navíc se v této souvislosti projevuje další výhoda apriorně stanovených pravidel chování. Tato pravidla totiž jsou, na rozdíl od pravidel chování vytvářených v podobě soudních výroků

⁶⁶⁵ Příkladem může být koncentrované ústavní soudnictví prováděné jedním soudem. Problémy s udržení jednoty rozhodování mohou vzniknout při obměně obsazení soudu.

⁶⁶⁶ Srov. v této souvislosti např. zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení, možnost volby rozhodce a možnost nechat jej rozhodovat podle zásad spravedlnosti - § 25 odst. 3.

⁶⁶⁷ Institut volených soudců je v některých zemích znám.

ve vztahu ke konkrétnímu případu soudcem, pravidly obecnými. Normotvůrce při jejich vytváření samozřejmě sleduje různé cíle, kterými může být například zvýhodnění jedné skupiny osob na úkor skupiny druhé, jen obtížně však lze pravidla, která jsou obecná, zneužít pro konkrétní zájem jednotlivce.⁶⁶⁸ Při soudcovském rozhodování tomu tak není. Na soudce nelze pohlížet jako na Dworkinova Herkula, který je schopen posoudit každý případ „objektivně“. Do soudního rozhodování mohou vstupovat a nepochybně vstupují různé faktory, které mohou výsledek rozhodnutí ovlivnit. I soudce je osoba s různými zájmy, potřebami, hodnotami a vazbami, které mohou mít na jeho rozhodnutí vliv. Nebezpečí zneužití jeho funkce proto stále existuje. Ačkoliv lze doufat, že naprostá většina soudců se snaží vyloučit ze svých úvah v maximální možné míře všechny subjektivní prvky, úplně tomu zabránit nelze. Stejně tak nelze zabránit tomu, aby soudce nerozhodl z určitých důvodů svévolně, s cílem prospět jedné straně sporu. Jedním z prostředků, jak zabránit takovému zneužití soudcovské funkce, je stanovení pravidel, která bude muset i soudce dodržet, aniž by zavedl příčiny k pochybnostem o své nestrannosti. Pokud bude rozhodnutí ve zjevném rozporu se stanovenými pravidly, bude možno o nestrannosti soudce pochybovat. Případy zjevného úmyslného porušení stanovených pravidel jsou pravděpodobně ojedinělé. Pokud je však soudci poskytnut široký argumentační aparát, který mu umožní odůvodnit různá v úvahu přicházející řešení jedné kauzy, lze zamýšlené nedodržení apriorně daných pravidel skrýt pod rouškou takové argumentace.

Nelze samozřejmě spoléhat na to, že právní řád poskytne řešení každého problému, který se objeví, resp. že poskytne řešení jednoznačné, určité a nezpochybnitelné. Domnívám se však, že právní řád poskytuje mnoho jednoznačných odpovědí i tam, kde jsou tyto odpovědi zpochybňovány. Je totiž potřeba rozlišovat, zda jde o pochybnosti vyplývající z nejednoznačnosti práva jako normativního systému či zda jsou pochybnosti vysloveny na základě subjektivní mimoprávní úvahy či přesvědčení o nesprávnosti právní normou diktovaného řešení.

Jednou z příčin příklonu k zákonnému pozitivizmu na konci 18. století, který v relativně striktní míře přetrvával až do poloviny 20. století, byla nedůvěra k soudcům.⁶⁶⁹ V posledních dekádách jsme svědky volání po odklonu od přílišného formalizmu, který, jak je

⁶⁶⁸ Srov. opět rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Ira Samuel Einhorn proti Francii* (stížnost č. 71555/01). Nebylo pochybnosti o tom, že příslušný stát USA přijal zákon speciálně kvůli tomu, aby odstranil překážku, kvůli které Francie původně odmítla stěžovatele vydat. Šlo však o zákon obecný, nedopadající pouze na jediný případ. Proto nebylo podle ESLP potřeba obávat se jeho zneužití.

⁶⁶⁹ P. Holländer podle mého soudu příliš optimisticky prohlašuje, že tato nedůvěra je podle něj již překonána. Srov. Holländer, P.: *Role Ústavního soudu při uplatňování Ústavy v judikatuře obecných soudů*, in: ed. Šimíček, V.: *Ústava České republiky po pěti letech* (Sborník z konference), MU Brno, 1998, str. 53.

patrné z jednotlivých rozhodnutí, se údajně projevuje zejména lpěním na doslovném výkladu zákona. Hovoří se o nutnosti opustit metody „vázaného soudcovského rozhodování“ či o „proměně legalistického charakteru kontinentální právní kultury“ a o nutnosti nahradit takové přístupy „legální a racionální aplikací práva“. Pokud je otázka položena takto, zdá se, že pouze „legální“ aplikace práva je špatná, že je potřeba ji doplnit ještě o prvek racionality. To by ale také znamenalo, že pouze „legální“ aplikace není racionální. Tak tomu není. Je vůbec otázka, v jakém smyslu je možno racionalitu ve vztahu k právu chápat. Pokud tak, aby rozhodnutí nesměřovalo k absurdním důsledkům, bylo by možno s tím souhlasit. Co ale bude možno považovat za absurdní? Požadavek něčeho, co je nemožné, jistě ano.⁶⁷⁰ Nemůžeme ale za neracionální označit též závěr, který sice právní norma diktuje, ale my jej neschvalujeme proto, že odporuje našemu vnitřnímu žebříčku hodnot, přesvědčení a nebo nějakému cizímu zájmu? Je snad neracionální, že běh lhůty pro vrácení návrhu zákona prezidentem republiky skončí v sobotu? Za neracionální závěr je možné označit v podstatě cokoliv. Neracionální může být nepotrestání pachatele vraždy proto, že trestní stíhání trvalo příliš dlouho, stejně jako jeho potrestání po uplynutí dlouhé doby. Racionalita ve vztahu k právu nepředstavuje vhodný korektiv tvrzené nesprávnosti rozhodnutí, protože takový závěr bude vždy alespoň do určité míry subjektivní.

Právní principy nepochybně rozšiřují argumentační aparát soudců. Je však potřeba mít vždy na paměti, že soudce rozhoduje nikoliv abstraktně, ale naopak konkrétně o právech a povinnostech jednotlivců. Jeho rozhodnutí znamená pro jednu stranu porážku, pro druhou stranu vítězství.⁶⁷¹ Záleží-li vítězství na tom, zda bude nebo nebude použito určité pravidlo, o jehož existenci, relevanci a obsahu lze pochybovat, pak takové rozhodnutí zpravidla nebude ani legální, ani racionální. To neznamená, že by neměly být používány argumenty tohoto druhu. Znamená to, že by měly voleny uvážlivě. Právní řád je tvořen určitým pevným jádrem sestávajícím z právních norem. Ve vazbách mezi nimi a v jejich pozadí lze shledat mimo jiné právní principy. Jejich použití může legitimitu určitého rozhodnutí založenou na správnosti volby argumentů zvýšit, může ji však i snížit. Právní normy budou ve většině případů diktovat

⁶⁷⁰ Je ovšem potřeba mít na paměti, že co bylo dříve nemožné, se může stát možné. Tak například zákonodárce nijak normativně nezohlednil následky operativní změny pohlaví jednoho z manželů pro existující manželství. V době, kdy byly přijímány příslušné předpisy, takové postupy neexistovaly. V současné době to může vyvolat problém. Stejně tak se vedou diskuze, zda je možné provádět různé genetické pokusy a přijímají se speciální předpisy tuto problematiku upravující. Ještě před několika málo lety či desetiletími to nebylo vůbec potřeba, protože takové možnosti, které jsou dnes, prostě vůbec neexistovaly.

⁶⁷¹ Srov. k tomu kritiku Spolkového ústavního soudu: Isensee, J.: Spolkový ústavní soud – quo vadis? Právník č. 10-11/1997, str. 887: „Soud... nesmí také směřovat ke kompromisům mezi spornými pozicemi. Nezřídka se ovšem projevuje sklon dát za pravdu všem stranám a vyhnout se tomu, čemu se skutečnou soud vyhnout nemůže: že na konci jsou vítězové a poražení.“

rozhodnutí způsobem méně kontroverzním. Právní principy tak nečiní, naznačují různé, často kontradiktorní řešení. Za korektní by bylo možno považovat takový postup, který by se vypořádal se všemi v úvahu přicházejícími argumenty. Jsou-li těmito argumenty relativně jednoznačné a konkrétní důsledky vyplývající z právních norem, k opominutí některých z nich zpravidla nedojde. Pokud však rozhodnutí odůvodňují právní principy, dochází často k tomu, že některé z těch, které připadají v úvahu, nejsou vůbec použity, aniž by byla jejich neaplikovatelnost zdůvodněna. Takové postupy rozhodně nelze považovat za správné, protože v konečném důsledku legitimitu rozhodnutí snižují.

Seznam literatury

- Alexy, R.: Rechte und Prinzipien, in: Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt 1995, str. 177-287
- Alexy, R.: Theorie der Grundrechte, Frankfurt 1986
- Alexy, R.: Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: Schilcher, B.; Koller, P.; Funk, B.-Ch. (Hrsg.): Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Wien 2000, str. 31-52
- Alchourrón, C. E., Bulygin, E.: Normative Systeme, München 1994
- Barány, E.: Právne princípy medzi prirodzeným a pozitívnym právom, in: Boguszak, J. (ed.): Právni princípy, Pelhřimov 1999
- Barány, E.: Princípy vo vzťahoch práva a morálky, in: Právny obzor, č. 3/2003, str. 292-293
- Bartošek, M.: Encyklopedie římského práva, Praha 1994
- Běhan, P.: Princip subsidiarity a proporcionality v tvorbě komunitárního práva, Právník č. 2/2002, str. 179-205
- Boguszak, J., Čapek, J.: Teorie práva, 2. vydání, Codex Bohemia, Praha 1997
- Boguszak, J.: Diferenciace lidských práv, Právník č. 3/2000, str. 254-260
- Boguszak, J.: K teorii tvorby práva (hodnoty, normy, právní princípy), Právnická fakulta UK, jubilejní sborník, Praha 1998, str. 167-180
- Boguszak, J.: Pojetí, druhy a význam právních princípu, in: Právny obzor 3/2003, str. 241-246
- Boguszak, J.: Právni princípy, hodnoty a finalita in: Boguszak, J. (ed.): Právni princípy, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 23-36
- Boguszak, J.: Právo a postmoderní situace, in: Právník 11/2005, str. 1201-1218
- Boguszak, J.: Rovnost a lidská práva. In: Pavlíček, V. a kol.: Transformace ústavních systémů zemí střední a východní Evropy, sborník příspěvků a statí z konference, II. část, Praha 2000, str.154-158
- Boguszak, J.: Vyústění antinomie jusnaturalismu a juspozitivismu, Právník č. 6/1995, str. 525-537
- Boguszak, J.: Zásluhy a neúspěchy normativní teorie, in: ed: Tatiana Machalová: Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení (K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena), sborník z mezinárodní konference, MU Brno 2003, str. 23-27
- Bröstl, A.: Úvahy na téma právní stát, in: Právny obzor č. 2/1991, str. 54-59
- Bröstl, A.: K princípom právního státu, in: Právny obzor č. 5/1995, str. 359-362
- Bröstl, A.: Právny stát v postmodernej situácii, in: Právny obzor č. 3/1997, str. 211-214
- Canaris, C. W.: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
- Canaris, C.-W.: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969
- Coing, H.: Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg 1947
- Čapek, J.: Spravedlnost a soudní rozhodování, Právník č. 6/1995, str. 563-570
- Doležal, T.: Právni hermeneutika a problematika tzv. předporozumění, in: Gerloch, A.; Maršálek, P. (eds.): Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi, Praha 2003, str. 69-76
- Dworkin, R.: Když se práva berou vážně, OIKOYMENH, Praha 2001, v angl. originálu Taking Rights Seriously, Harvard University Press, 1999
- Dworkin, R.: Law's Empire, London 1991
- Eichlerová, K.: Přístupnost a předvídatelnost práva, Právník č. 2/2001, str. 121-146
- Esser, J.: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956
- Feteris, E. T.: Fundamentals of Legal Argumentation, A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions, Dordrecht, Boston, London, 1999
- Fiala, J.: Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu, Právník č. 3/1999, str. 250-260

- Filip, J.: Ústavní právo, 1. díl, Masarykova univerzita, Brno 1999
- Fuller, L. L.: Morálka práva, Oikoyomenh, Praha 1998
- Gerlich, K.: Skutkové zjištění a právní posouzení v řízení soudním, Praha – Brno 1934, Orbis 1934
- Gerloch, A., Hřebejk, J., Zoubek, V.: Ústavní systém České republiky – základy českého ústavního práva, 3. vydání, Prospektrum, Praha 1999
- Gerloch, A.: Právní normy a právní principy, in: ed: Tatiana Machalová: Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení (K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena), sborník z mezinárodní konference, MU Brno 2003, str. 112-116
- Gerloch, A.: Princip právní jistoty v soudobém právu, in: Boguszak, J. (ed.): Právní principy, Pelhřimov 1999
- Gerloch, A.: Principiálnost, účelnost, účelovost v kontextu stability a dynamiky ústavního řádu České republiky, in: ed. Kysela, J.: Deset let Ústavy České republiky (východiska, stav, perspektivy), Sborník příspěvků, Eurolex Bohemia, Praha 2003.
- Gerloch, A.: Teorie práva, 3. vydání, Plzeň 2004
- Gerloch, A.: Zákon nebo precedens?, in: Gerloch, A. (ed.): Teoretické problémy práva na prahu 21. století, str. 65-82
- Gordley, J.: Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances, The American Journal of Comparative Law, č. 3/2004, str. 513-530
- Guest, S.: Ronald Dworkin, Stanford University Press, Kalifornie, 1991
- Hanuš, L.: Několik glos k ochraně nabytých práv (s přihlédnutím k judikatuře Ústavního soudu ČR), Právník č. 6/2003, str. 564-594
- Hart, H. L. A.: The Concept of Law, Clarendon Press, Oxford 1998
- Hoeren T., Stallberg Ch.: Grundzüge der Rechtsphilosophie, Monster, 2001
- Holländer, P.: Deficit Dworkinovy a Alexyho koncepce logického vymezování právních principů. In: Právní principy, Ed. J. Boguszak, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 7-22
- Holländer, P.: Dotváření Ústavy judikaturou Ústavního soudu, in: ed. Kysela, J.: Deset let Ústavy České republiky (východiska, stav, perspektivy), Sborník příspěvků, Eurolex Bohemia, Praha 2003
- Holländer, P.: K pojmu prameňov práva, Právník č. 12/1985, str. 1068-1074
- Holländer, P.: Mezera v zákoně, § 7 o. z. o. a ryzí nauka právní (Poznámky k úvaze Franze Bydlinkého), in: ed: Tatiana Machalová: Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení (K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena), sborník z mezinárodní konference, MU Brno 2003.
- Holländer, P.: Nástin filosofie práva, úvahy strukturální, Všehrd, Praha 2000.
- Holländer, P.: Role Ústavního soudu při uplatňování Ústavy v judikatuře obecných soudů, in: ed. Šimíček, V.: Ústava České republiky po pěti letech (Sborník z konference), MU Brno, 1998, str. 38-60
- Holländer, P.: Soudce dnes: bariéra postmoderní dekonstrukce nebo industriální továrna na rozhodnutí?, Soudce č. 8/2001, str. 2-16
- Hungr, P.: K normativnímu pojetí aplikace práva, in: ed: Tatiana Machalová: Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení (K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena), sborník z mezinárodní konference, MU Brno 2003, str. 117-122
- Isensee, J.: Spolkový ústavní soude – quo vadis? Právník č. 10-11/1997, str. 873-893
- Jacoby, S.: Allgemeine Rechtsgrundsätze: Begriffsentwicklung und Funktion in der europäischen Rechtsgeschichte, Berlin 1997
- Jelínek, J., Sovák, Z.: Trestní zákon a trestní řád - poznámkové vydání s judikaturou, 13. vydání, Linde, Praha 2000
- Kelsen, H.: Ryzí nauka právní, Metoda a základní pojmy, Orbis, Praha – Brno 1933.

- Kelsen, H.: Všeobecná teorie norem, Masarykova univerzita, Brno 2000
- Kišš, P.: Neprávní normativní systémy jako součást objektu interpretace podle českého práva, in: Gerloch, A., Maršálek, P.: Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi, Eurolex Bohemia, Praha 2003
- Knapp, V., Gerloch, A.: Logika v právním myšlení, 3. vydání, Praha 2000
- Knapp, V.: Přínos středoevropského soudnictví k evropské právní kultuře, Právník č. 9/1993, str. 725-736
- Knapp, V.: Řešení problému tzv. mezer v právu ve velkých buržoazních kodifikacích, Sborník z konference, Praha 1988
- Knapp, V.: Soudcovská tvorba práva v socialistických zemích, Právník č. 2/1969, str. 81-91
- Knapp, V.: Teorie práva, C.H. Beck, Praha 1995
- Knapp, V.: Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy, C. H. Beck, Praha 1996.
- Knapp, V.: Zákonodárná moc Ústavního soudu, Právník č. 2/1993, str. 101-110
- Kořenský, J., Cvrček, F., Novák, F.: Juristická a lingvistická analýza právních textů (právněinformatický přístup), Academia Praha 1999
- Kramer, E. A.: Funktionen allgemeiner Rechtsgrundsätze – Versuch einer Strukturierung, in: Koziol, H.; Rummel, P. (eds.): Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydliński, Wien 2001, str. 197-217
- Krech, H.: Die Theorie der allgemeinen Rechtsgrundsätze im französischen öffentlichen Recht, Göttingen 1973
- Krecht, J.: K otázkám normativity, Právník č. 11/2005, str. 1281-1291
- Krecht, J.: K zásadě „co není zakázáno, je dovoleno“, Právník č. 2/2005, str. 183-189
- Kühn, Z.: Je Parlament ČR vázán odůvodněním nálezů Ústavního soudu ČR, Právník č. 8/2000, str. 721-736
- Kühn, Z.: Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize, Praha 2005
- Kühn, Z.: Aplikace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře, Karolinum, Praha 2002
- Kühn, Z.: K otázce závaznosti rozhodnutí Ústavního soudu, Právník č. 9/2001, str. 857-887
- Kühn, Z.: Ke vztahu zákona a práva, Soudce č. 8/2001, str. 10-15
- Kühn, Z.: Pojem a role právního principu. In: Právní principy, Ed. J. Boguszak, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 91-104
- Kysela, J., Kühn, Z.: Křeace ústavních soudů ze srovnávací perspektivy, Časopis pro právní vědu a právní praxi, č. 1/2003
- Kysela, J.: Zákonodárný proces v České republice jako forma racionálního právního diskursu, Právník č. 6/2005, str. 587-610
- Landau, P.: Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Prinzipien, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 177 (1996), str. 23-47
- Maršálek, P.: O smyslu a limitech použití historického výkladu při aplikaci práva, in: Gerloch, A., Maršálek, P.: Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi, Eurolex Bohemia, Praha 2003
- Maršálek, P.: Zákon v nacionálně socialistickém státě, in: Gerloch, A., Maršálek, P. (eds.): Zákon v kontinentálním právu, Sborník příspěvků z mezinárodní vědecké konference „Místo a úloha zákona v kontinentálním typu právní kultury“, Eurolex Bohemia 2005, str. 83-95
- Merimann, J. H.: Francouzská úchylka, Právník č. 12/1998, str. 1062-1071
- Němec, I.: Vývojové postupy české slovní zásoby, Academia, Praha 1968
- Neumann, U.: Die Geltung von Regeln, Prinzipien und Elemente, in: Schilcher, B.; Koller, P.; Funk, B.-Ch. (Hrsg.): Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Wien 2000, str. 115-128

- Novak, M.: Ústavní soud mezi právem a politikou, *Právník* č. 5/2001, str. 421-439
- Otte, G.: Die Anwendung von Rechtsnormen mit und ohne Spielraum, in: Schilcher, B.; Koller, P.; Funk, B.-Ch. (Hrsg.): *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien 2000, str. 143-152
- Pavlíček, V. a kol.: Ústavní právo a státověda, I. díl, *Obecná státověda*, Linde, Praha 1998
- Pavlíček, V. a kol.: Ústavní právo a státověda, II. díl, *Ústavní právo České republiky*, Linde, Praha 2001
- Pavlíček, V., Hřebejk, J.: Ústava a ústavní řád České republiky, komentář, I. díl, *Ústavní systém*, 2. vydání, Linde, Praha 1998
- Pavlíček, V., Hřebejk, J.: Ústava a ústavní řád České republiky, komentář, 2. díl, *Práva a svobody*, 2. vydání, Linde, Praha 1999
- Pavlíček, V.: Několik poznámek k právním principům v procesu transformace ústavních systémů. In: *Právní principy*, Ed. J. Boguszak, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 127-136
- Pavlíček, V.: Několik poznámek k prvnímu publikovanému judikátu Ústavního soudu ČR, *Všehrd* č. 5/1994, str. 30-32
- Pítrová, L., Pomahač, R.: *Evropské správní soudnictví*, C. H. Beck., Praha 1998
- Pomahač, R.: Právní principy dobré správy, in: Boguszak, J. (ed.): *Právní principy*, Pelhřimov 1999, str. 187-198
- Poštoľková, B.: *Odborná a běžná slovní zásoba současné češtiny*, Academia Praha 1984
- Prusák, J.: Právne princípy a pramene slovenského práva, *Právny obzor* 3/2003, str. 264-272
- Prusák, J.: Princípy v práve, *Právny obzor* č. 3/1997, str. 221-227
- Prusák, J.: Princípy v právnej teórii a právnej praxi, In: *Právní principy*, Ed. J. Boguszak, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 43-52
- Rázková, R.: *Dějiny právní filozofie*, MU Brno, 1999
- Röhl, K. F.: *Allgemeine Rechtslehre, Ein Lehrbuch*, Köln, Berlin, Bonn, München 1995
- Rouček, F., Sedláček, J.: *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*, V. Linhart, Praha 1935
- Rüthers, B.: Dotváření práva soudci, *Soudce* č. 8/2003, str. 1-6 (I. díl)
- Saussure, de F.: *Kurs obecné lingvistiky*, Odeon 1989
- Siltala, R.: *A Theory of Precedent, From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*
- Skřejpek, M.: Retroaktivita a římské právo, *Právník* č. 6/2001, str. 616-631
- Skulová, S.: Princípy dobré správy jako součást modernizace veřejné správy, in: *Právník* 6/2005
- Stelmach, J.: Systémové a topické koncepce kontinentálního práva, in: Gerloch, A.; Maršálek, P. (eds.): *Zákon v kontinentálním právu*, Praha 2005, str. 119-122
- Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: *Trestní zákon, komentář*, 2. vyd., C. H. Beck, 1995
- Šamalík, F.: Právní stát a renaissance „přirozeného práva“, *Právník* č.10-11/1993, str. 837-852
- Šimíček, V.: Imperativ ústavněkonformní interpretace a aplikace právních předpisů, *Právník* č. 12/1999, str. 1081-1093
- Šišková, N.: Vývoj doktríny základních práv v judikatuře Evropského soudního dvora, *Právník* č. 4/2003, str. 342-364
- Telec, I.: *Metodika výkladu právních předpisů*, nakl. Doplněk, Brno 2001
- Telec, I.: Právní principy a některé jiné věci, *Právník* 6/2002, str. 621-633
- Tichý, L. a kol.: *Evropské právo*, 1. vyd. Praha, C. H. Beck 1999
- Tridimas, T.: *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, 2002
- Tryzna, J.: K pozitivně právním mezím výkladu práva, in: Gerloch, A., Maršálek, P. (eds.): *Problémy interpretace a argumentace v současné právní teorii a praxi*, Eurolex Bohemia 2003

- Vaculíková, N.: Pojem aplikácie a inerpretácie práva v diele Františka Weyra, in: ed: Tatiana Machalová: Miesto normatívni teorie v soudobém právním myšlení (K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena), sborník z mezinárodní konference, MU Brno 2003, str. 123-129
- Weinberger, O.: Formální charakteristika právních a právně-politických principů. In: Právní principy, Ed. J. Boguszak, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, str. 37-42
- Weinberger, O.: Norma a instituce (Úvod do teorie práva), Brno 1995
- Weinberger, O.: Přirozené právo a právní argumentace, Právník č. 3/1993, str. 193-202
- Wintr, J.: Obecné a odvětvové principy současného českého práva, disertační práce, PF UK, 2006
- Znoj, M.: Právní principy, přirozené právo a Masarykův soud, in: Boguszak, J. (ed.): Právní principy, Pelhřimov 1999, str. 137-148
- Zoulík, F.: Právní principy a procesní zásady, in: Boguszak, J. (ed.): Právní principy, Pelhřimov 1999
- Zupančič, B. M.: Od souboje ke smlouvě, aneb co vlastně ustavuje Ústava?, Právník č. 6/1998, str. 476-510