

Zamyšlení nad přínosem profesora Oty Weinbergera k objasnění prostředků a cílů právní argumentace

Aleš Gerloch, Jan Tryzna *

Problematika právní argumentace byla jednou z oblastí, které profesor Weinberger věnoval nemalou pozornost. Jak je typické i pro jeho ostatní úvahy o právu, spravedlnosti, institucích, politice atd., ani o otázkách souvisejících s právní argumentací neuvažoval izolovaně od ostatních jevů, které představují předmět zájmu oboru teorie práva, resp. právní filosofie.

Základem Weinbergerových úvah o právu a specificky pak o právní argumentaci bylo obecné východisko jeho představ o podstatě práva a jeho fungování ve společnosti. Tím bylo přesvědčení, že právo je především sociologickým fenoménem, je jevem, které naráží odraz v jednotlivých společenských institucích, které jej uvádějí v život.¹ Zároveň však Weinberger neopomíjel ani normativní rovinu, kterou se snažil propojit se sociologickým přístupem. Sledoval tím potřebu poskytnout komplexní pohled na působení práva v lidské společnosti, neboť jen ten podle něj mohl být přínosem pro naše pochopení podstaty působení právní regulace lidského chování.

Pokusy o zkoumání určitého jevu z různých hledisek jsou ve společenských vědách často poznamenány metodologickým synkretismem, který vyvolává potíže při snaze udržet konzistentní přístup ke zkoumané problematice. Metodologie použitá při zkoumání určitého jevu nepůsobí z tohoto pohledu potíže zpravidla jen tehdy, jsou-li jednotlivé metody používány izolovaně. Metodologicky nejednotné přístupy svých mezích zpravidla dosáhnou tehdy, snaží-li se uvést jednotlivé metody, resp. za jejich pomoci dosažené výsledky do jediného celku, neboť pak je zpravidla nutno činit dilčí ústupky a přistoupit na některá nekonceptní východiska, jež do zvoleného metodologického rámce nezapadají.²

* Prof. JUDr. Aleš Gerloch, CSc., děkan Právnické fakulty UK, Praha

JUDr. Jan Tryzna, katedra teorie práva, Právnická fakulta UK, Praha

¹ V jeho pracích se často objevují tyto výchozí myšlenky: člověk je zoon politikon, člověk je tvůrcem institucí jako rámců forem individuálního a kolektivního jednání. Srov. např. WEINBERGER, O. Přirozené právo a právní argumentace. Právník č. 3/1993, s. 199.

² V právní vědě je takových příkladů více. Například pokusy o vymezení vztahu mezi pozitivním a přirozeným právem jsou často kritizovány z toho důvodu, že každý z obou možných pohledů na právo se opírá o jiná východiska. První pře-

Weinbergerův postup při zkoumání práva je typický v několika směrech. V prvé řadě je v jeho úvahách zřetelné zdůraznění požadavku odlišení úvah o právu *de lege lata* a *de lege ferenda*, respektive, což je důležité, důraz kladený na jasné vymezení obou těchto přístupů, které se však v konkrétní situaci mohou prolínat. V prvním případě Weinberger vyzdvihuje normativní aspekt práva spojený s pozitivistickým pohledem³, v druhém případě se nebrání uznání zvýšené relevance nenormativních (extralegálních) aspektů, resp. snažil se vždy zdůrazňovat realitu společenských procesů.

Nepochybnou výhodou takového přístupu spatřoval Weinberger v tom, že podává dosti přesnou výpověď o způsobech, jakými se právo ve společnosti projevuje. Nutným důsledkem takového přístupu muselo nicméně být odmítnutí jakéhokoliv absolutizujícího pohledu na právo ať již z pozic přirozenoprávních, či naopak z hlediska pozitivistického. Projevilo se to například odmítnutím všech úvah založených na nezpochybnitelné správnosti určitých hodnot, nezpochybnitelnosti různých spravedlnostních úvah podle něj jen zdánlivě objektivně platných a v konečném důsledku také odmítnutím úplné správnosti jakýchkoliv argumentačních postupů.

Weinbergerova představa o právu je vybudována na nutnosti uznání a akceptace nezbytné proměnlivosti práva v závislosti na vnějších vlivech a potřebách. Proto vychází spíše z pozic non-kognitivismu, ovšem opět nikoliv non-kognitivismu absolutního, ale relativizujícího. Co je správné a dobré nelze podle Weinbergera dokázat objektivně, lze však racionálně argumentovat, být

feruje formální kritéria, druhý kritéria obsahová při určování toho, co je právem. Alexyho diskursivní teorie právní argumentace nedokáže vysvětlit, jak přimět partnera v diskusi k žádoucímu konsenzu, je-li reálným předpokladem takového konsenzu akceptace stejných argumentačních východisek. Dworkinova teorie právních principů ztroskotává na neschopnosti vysvětlit, z jakých důvodů volíme při rozhodování určité řešení (tj. proč volíme ty či ony argumenty, abychom tohoto řešení dosáhli) a vypomáhá si konceptem mytického soudce Herkula, jenž jasnozřivě předvídá a je schopen uvést do syntézy všechny možné argumenty, ovšem jen ty pro danou kauzu relevantní.

³ Hovořit v souvislosti s Weinbergerem o právním pozitivismu nicméně vyžaduje upřesnění, protože byl mimo jiné kritikem klasického pozitivistického přístupu, za který považoval též Kelsenovu ryzí nauku právní.

by byl výsledek závislý na subjektivních preferencích.⁴ Za společného jmenovatele působení právního řádu považuje přirozené antropologicky podmíněné reakce a způsoby chování lidí a skupin, které jediné představují pevnou oporu pro zkoumání působení práva v jeho různých rozličných formách. Ani to nepředstavuje samozřejmě pevný materiální základ zkoumání, neboť i takové potřeby a reakce se mohou v závislosti na době a prostředí lišit, ale představuje to pevný zdroj počátku hledání podstaty práva.

Ve vztahu k právní argumentaci nachází Weinbergerův přístup odraz v odmítnutí těch argumentačních postupů, které se zakládají na předpokladu možnosti dosáhnout jediného správného řešení.⁵ Kritizuje proto například Alexyho teorii právní argumentace, která je založena na předpokladu možnosti dosažení konsenzu ohledně správnosti určitého řešení, konsenzu dosaženého díky použití racionálních postupů při argumentaci, jejichž použití musí vyvolat u svého adresáta souhlas s přijatými závěry, neboť nesouhlas by byl iracionální. Poukazuje na to, že v diskursu hrají roli i jiné než racionální momenty (atributy, aspekty) psychologické (emocionální, nonracionální) povahy. *„Existují přirozené reakce na chování našich bližních a jiných členů společnosti, které nejsou vyvolány ani etikou, ani právem. Reakce vděčnosti za chování podporující naši pozici a reakce nenávisti na jednání, které nám působí škodu, je nevyhnutelný automatismus. ... vděčnostní, tj. pozitivní nebo nenávistné, tj. negativní citová reakce na chování lidí, se kterými jsme ve styku, není předmětem morálního rozhodnutí nebo následkem poslušnosti vůči morálním požadavkům (např. podle principu „Jak ty mně, tak já tobě“, nebo podle křesťanské zásady nastavit proti agresorovi druhou tvář), nýbrž automatickou, lze říci přirozenou reakcí, která ovšem může být podstatně modifikována normami, které jsou společensky institucionalizovány a jednotlivcem přijímány. Je tu nevyhnutelná tendence – ač může být v aktuální situaci potlačena – mít k osobě, která vůči nám jedná stále vlídně příznivě, i z naší strany kladný citový vztah a sklon i vůči ní jednat pozitivně, a to vše i nezávisle na vlivu norem mravních nebo právních.“⁶*

Jak již bylo výše připomenuto, i pro oblast právní argumentace Weinberger vyzdvihuje nutnost rozlišení argumentace *de lege lata* a *de lege ferenda*. Zdůrazňuje, že tento rozdíl není dán odlišným vztahem obou typů argumentace k normotvornému procesu, nýbrž odlišnou logickou strukturou obou argumentací. Při argumentaci *de lege lata* se vychází z předpokladu o existenci určitých pravidel, která jsou používána jako normativní předpoklad pro normativní závěr. Při argumentaci *de*

lege ferenda naopak zkoumáme vhodnost právní normy z hlediska právně politického.⁷

Oba tyto přístupy přenáší i do procesu aplikace práva, ačkoliv by se mohlo zdát, že to je možné jen obtížně. Tím se ovšem pouze dotýká celé řady zásadních otázek, které spočívají v potencionální možnosti i v procesu aplikace práva zkoumat vhodnost použitelných norem z právněpolitického hlediska. Sám netvrdí, že by tomu tak být nemohlo, upozorňuje však na tento problém pouze z hlediska rozhodování tzv. *hard cases*, resp. v situacích, kdy je soudci či jiné osobě, která případ rozhoduje, normami poskytnuta určitá míra diskrece. Inspirován A. Rossem⁸ soudí, že soudcova úvaha se skládá z argumentace obou druhů, přičemž argumentace *de lege ferenda* získává na významu právě tam, kde je dán prostor pro právně politické úvahy, tj. pro případy, kdy úvaha *de lege lata* z nějakého důvodu pro řešení případu nestačí.

Významným prvkem argumentace *de lege ferenda* je podle Weinbergera mimo jiné argumentace právními principy, které považuje za argumenty spíše právně politické.⁹ Představují pro něj měřítko relativního vážení, která mohou vést rozhodnutí do rozdílných směrů. Zdroje takových principů spatřuje, zcela v duchu svého celkového pohledu na právo, v pozitivním rozhodnutí systému, nikoliv v přirozeném právu (a lze dodat, že ani ve spravedlnosti či určitých obecně platných hodnotách).¹⁰

Touto úvahou Weinberger fakticky zpochybňuje plausibilitu všech argumentačních postupů, které jsou založeny na předpokladu, že existují obecně platné principy, které platí „odnepaměti“, resp. jsou společným základem právního řádu všech společností (minimálně se stejným či podobným kulturním základem). Argument právním principem, který je označen za obecně platný, je velmi často používán k zakrytí skutečnosti, že určitý případ má jiné řešení, než které je nakonec s ohledem na použití principu zvoleno, totiž které plyne výlučně z pravidel *de lege lata*, ovšem řešení z nějakého důvodu nepřijatelné pro toho, kdo rozhoduje. Právě z těchto důvodů Weinberger odmítá předpoklad, že by bylo možno definovat jednu pravdu, jednu spravedlnost či morální správnost, a to například prostřednictvím diskursu¹¹, jak navrhuje Habermas či po jeho vzoru Alexy. Základním problémem těchto diskursivních teorií je totiž několik předpokládaných principů,

⁷ Tamtéž, str. 195.

⁸ Zejména jeho práci *On Law and Justice*. Londýn 1958, kde tento autor pro smíšenou úvahu orgánů aplikace práva zavedl označení „*úvaha de sententia ferenda*“.

⁹ WEINBERGER, O. Formální charakteristika právních a právně-politických principů. In BOGUSZAK, J. (red.) *Právní principy*. Vydavatelství 999: Pelhřimov, 1999, s. 40.

¹⁰ Tamtéž, str. 42.

¹¹ WEINBERGER, O. *Teorie spravedlnosti, demokracie a právní politika*. Právník č. 6/1995, s. 521.

⁴ WEINBERGER, O. Přirozené právo a právní argumentace. Právník č. 3/1993, s. 197.

⁵ Bez ohledu na tom, zda tato správnost řešení spočívá na dosaženém konsenzu, souladu s určitými hodnotami apod.

⁶ Tamtéž, str. 199-200.

kteří do diskursu vstupují prostřednictvím tzv. externí justifikace¹², jež má za úkol tyto principy jako použitelné zdůvodnit. Jedná se přitom o argumenty fakticky empirické, jejichž zdůvodnění jednoduše možné není jinak, než tvrzením o jejich existenci, která však může mít různou podobu (např. tak, že jsou používány v rozhodovacích procesech; takovým způsobem však není možné zdůvodnit vůbec první použití určitého právního principu).¹³

V konečném důsledku tak Weinbergerovi jde i v procesu právní argumentace při aplikaci práva o způsob hledání míry jakési „praktické“ spravedlnosti, kterou opírá o převažující hodnotovou orientaci v dané společnosti. Nejedná se mu přitom nezbytně o určitý alespoň minimální přirozenoprávní základ, ale spíše o zachování schopnosti kooperace mezi jednotlivci v dané společnosti, jež se odvíjí od určité společenské spravedlnosti.¹⁴ Je jisté, že právo (*de lege lata*) v této oblasti působí svojí normativní silou, která je schopna představu o vhodnosti určitého řešení (protože se zdá být spravedlivé) vychýlit jedním či druhým směrem. Přesto však existuje určitý korigující prvek, který toto vychýlení je schopen vrátit zpět, a tímto elementem je rovnost ve svém formálním i materiálním rozměru. Formální aspekt spravedlnosti spatřuje Weinberger tradičně v principu univerzability, zatímco materiální rozměr shledává v nezbytnosti zabezpečit každému jednotlivci ve společnosti přiměřený ekonomický prostor spojený zároveň s ochranou před ekonomickou bezmocností.¹⁵

Při sledování Weinbergerových úvah si nelze nevšimnout, jak trefně popisuje základní dilema vztahu mezi argumentací *de lege lata* a *de lege ferenda*, dilema, které se jak v právní teorii, tak v právní praxi (zejména v judikatuře) neustále vrací. Nejedná se pouze o výše zmíněné (někdy problematické) určování relevance právních principů, ale o několik dalších. možno říci typických situací, které jsou ve své podstatě konkretizací výše obecně popsáného dilematu.

Asi nejnapadnějším a nejčastějším jevem je tzv. rozhodování *contra legem*. Jedná se o případy, kdy význam právní normy (tedy pravidla *de lege lata*) zjištěné z textu právního předpisu je zcela popřen, resp. není nijak respektován, a to na základě úvahy *de lege ferenda*. Otázkou samozřejmě je, ve kterých případech jde sku-

tečně o judikování *contra legem* v pravém slova smyslu, jímž lze v uvedeném kontextu rozumět převážení úvahy *de lege ferenda* nad úvahou *de lege lata*. Nepochybně sem nebudou patřit případy, kdy není respektován smysl jednoho ustanovení zákona proto, že toto ustanovení nebude použitelné z důvodů vyplývajících ze systematického výkladu, půjde o výjimku jedné právní normy z jiné právní normy, o střet právních norem různé právní síly atd. Zde se dá maximálně hovořit o judikování *contra legem largo sensu*.

Judikování *contra legem* v obvyklejším chápání může, jak již bylo též výše naznačeno, zapříčinit například zapojení právního principu do argumentace, resp. zohlednění jiného podobného faktoru. V takovém případě je ovšem otázkou, jde-li i v tomto případě skutečně o postup *contra legem*, protože pokud budeme chápat právní řád jako obsahově uspořádaný systém, v němž se objevují různé normativně relevantní prvky, nikoliv pouze právní normy *stricto sensu*, půjde opět o jakýsi široký systematický přístup, jenž zohledňuje různé platné argumenty. Záleží zde tedy na tom, zda principům ve shodě s Weinbergerem přiznáme roli normativních elementů, které jsou součástí platného práva, nebo zda jde skutečně pouze o právně politický postulát naznačující různá řešení téže kauzy. V prvním případě o judikování *contra legem* nejde, v druhém případě lze takové případy takto klasifikovat.

Závěr o *contra legem* judikování v pravém slova smyslu tak bude možno učinit tehdy, pokud faktory, které povedou k závěru rozpornému s právní normou v té podobě, ve které je vyjádřena v právním předpisu (zákonu), budou vykazovat jen minimální, nebo vůbec žádný stupeň platnosti v rámci daného právního systému.¹⁶ Rozhodnutí, zda určitý argument v kontextu určitého právního řádu normativně platný je či není, však spočívá na tom, kdo rozhoduje. Lze jej sice podrobit kritice, ta však v určité fázi procesu aplikace práva (jedná-li se o poslední rozhodnutí v dané věci) reálně již výsledek neovlivní. Problematická je skutečnost, že právně teoretické přístupy mnohdy nedostatečně zdůrazňují žádoucí zdrženlivé užívání takových postupů, ba spíše úspěšně vytvářejí zdání, že jde o cosi běžného. Vyústěním takových koncepcí je pak závěr zcela opačný, totiž že nejde o postup zcela výjimečný¹⁷, ale běž-

¹² V podrobnostech srovnej ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt, 1978.

¹³ „Je zcela neodůvodněný předpoklad, že výsledky diskursu jsou pravdivými tezemi nebo správnými praktickými postoji...“. WEINBERGER, O. *Norma a instituce (Úvod do teorie práva)*. MU: Brno, 1995, s. 182.

¹⁴ WEINBERGER, O. *Přirozené právo a právní argumentace*. Právník č. 3/1993, s. 201.

¹⁵ Tamtéž. Je nepochybné, že zde se silně projevuje antropologická podmíněnost Weinbergerových úvah.

¹⁶ Například žaloba na zaplacení skutečně dlužné částky bude zamítnuta proto, že žalovaný je příslušníkem menšinového etnika, což je jistě argument nemající v žádném směru v právu oporu (není ovšem vyloučeno, že by třeba oporu nalézt časem mohl například v podobě jakési pozitivní diskriminace apod.). Znovu je možno odkázat na Weinbergerův předpoklad, podle něž uznání relevance právního principu je pozitivním rozhodnutím daného právního systému.

¹⁷ Zhruba na úrovni situace řešené tzv. Radbruchovou formulí připouštějící upřednostnit řešení obecně považované za spravedlivé jen tehdy, vzniká-li zcela nesnesitelný rozpor mezi pozitivním právem a spravedlností.

ný.¹⁸ Jak je patrné z předchozího výkladu, případy judikování *contra legem* se opírají o rozvolněnou koncepci zdrojů právně relevantních argumentů, resp. o existenci zdrojů různého stupně validity, která je jednou určována kritérii formálními (zákon, precedens apod.), jednou kritérii materiálními (kladně vnímaný hodnotový obsah určitého argumentu, vysoce morální pravidlo apod.).

Příkladem takové teoretické koncepce, která podobné přístupy k aplikaci práva ospravedlňuje, je například klasifikace pramenů práva podávaná A. Peczenikem v knize *On Law and Reason* (1989), která člení právně relevantní zdroje pravidel na ty, které musí být použity, na ty, které by měly být použity, a nakonec na ty, které by mohly být použity. V obecné rovině je tato teze vcelku pochopitelná a její důsledky se zdají rozumné. První dvě kategorie navíc v zásadě nečiní velké problémy. Problémem je kategorie třetí, neboť platnost pravidel do této kategorie zařaditelných nemusí být nesporná a proto jejich volba může být v krajním případě zcela arbitrární v závislosti na konkrétním sledovaném zájmu. Soudce je pak v takovém případě schopen povýšit svoji vůli nad vůli tvůrce právních pravidel¹⁹, jejichž platnost je určována formálními kritérii, případně dokonce i nad vůli ústavodávce.²⁰ Záleží ovšem na prostředí právního systému, ve kterém takové jevy zkoumáme. Jinak řečeno, v jednotlivých konkrétních případech lze pochybovat o tom, zda volba mezi pravidly, která musí, mohou, nebo by měla být použita, je provedena korektně.

V uvedených souvislostech je možno dotknout se významu samotného právního předpisu jako takového, bez vlivu dalších faktorů. Historická zkušenost totiž učí, že slovům téhož předpisu je možno přiřadit různý význam v závislosti na pozadí, na kterém jsou tato slova vykládána.²¹ Je otázkou, zda lze nalézt způsob, jak se

takové tendence vyvarovat, resp. zda je vhodné, nutné či dokonce nezbytné se jí vyvarovat.

Většina soudobých teorií, jež se vyznačují jistou metodologickou rozvolněností²² při aplikaci a interpretaci práva, a které v konečném důsledku vedou k oslabení významu zákona, je obvykle založena na hodnotově akceptovatelných východiscích, s nimiž vyslovit souhlas nečiní zásadní problém. Jejich potencionální kritika je tak již od počátku oslabována tím, že nemůže, nechce-li ztratit důvěryhodnost, zpochybňovat tato východiska právě vzhledem k jejich předpokládané obecné akceptaci.²³ Tím nemá být řečeno, že tato východiska jsou snad nesprávná a že nemají být respektována. Nepochybně jde o východiska, která nelze bez dalšího opomenout. Problém je, jak přesvědčivě ukazuje Weinberger, jiný, a to ten, že tato východiska nejsou neproměnlivá, nemají absolutní charakter. Jejich změna, spojená například se změnou společenského režimu, pak může i při nezměněných zákonech vést z obecného pohledu k nepřijatelným důsledkům. V takovém případě je pak jedinou možnou ochranou právě nezměnitelnosti textu zákona vykládaný bez ohledu na jeho axiologické pozadí. Je patrné, že konečné rozhodnutí je opět na těch, kdo právo aplikují a klíčovým problémem se tak stává nalezení způsobu, jak nastavit určité mantinely jejich činnosti.

Za jednu z možných záruk je pokládán v kontextu demokratického systému kulturní a mravní kontext odpovědnosti soudce, jenž umožňuje činit odpovědná in-

pu právní kultury“. Eurolex Bohemia: Praha, 2005, s. 93: „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 citěním, které mu umožňovalo rozhodnout i proti v něm obsaženým ustanovením, bylo-li to v německém národním zájmu.“ Dále srov. KÜHN, Z. Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize. C. H. Beck: Praha, 2005, s. 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 totalitárním režimům ...“

²² Metodologickou rozvolněností máme v daných souvislostech namysli nevedení jasné hranice mezi úvahami *de lege lata* a *de lege ferenda*.

²³ Tak například se tvrdí, že konkrétní rozhodnutí mají být v souladu s převažující morálkou, obecně sdílenou spravedlností, mají chránit svobodu jednotlivce, rovné postavení lidí, dobrou víru atd.

¹⁸ Srov. např. náleží Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 318/06, podle kterého je aplikace právního předpisu v rozporu s jeho dikcí (*contra verba legis*) „v zásadě obecně přípustným způsobem aplikace práva“.

¹⁹ Jedná se pak o situaci, kdy „judikatura nerealizuje právo tak, jak se jeví v hermeneutické analýze, institucionálně skutečné právo není to právo, které stojí v knihách, nýbrž právo, jak je uskutečňováno v právních rozhodnutích.“ WEINBERGER, O. Formální charakteristika právních a právně-politických principů. In BOGUSZAK, J. (red.) Právní principy. Vydavatelství 999: Pelhřimov, 1999, s. 41.

²⁰ Srovnej k tomu RÜTHERS, B. Dotváření práva soudci. In Soudce č. 8/2003, s. 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.“

²¹ 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 ty-

dividuální rozhodnutí na základě přesvědčivé argumentace a předkládat je veřejnosti k posouzení. Druhou zárukou je soustava demokratických institucí, utvářející dělbu moci.²⁴ Je třeba říci, že obě záruky nejsou nesporné. Skutečnost, že je určité individuální rozhodnutí předloženo veřejnosti k posouzení, neznamená, že by případným nesouhlasem veřejnosti (otázkou je, jak jej zjišťovat) byly jeho důsledky odstraněny. Dále pak, naznačený postup popírá dělbu moci, neboť staví soudce nad zákonodárce. Soudní rozhodnutí neplatí v konkrétním případě kvůli přesvědčivosti argumentace, ale kvůli postavení soudu, který jej vytvořil.

Mnohem jistější se zdají, možno říci, klasické prostředky, jež chrání právní jistotu. Tím základním prostředkem je preference textu zákona před argumenty méně institucionální povahy, tj. mají být upřednostněny ty výkladové varianty, které se opírají o text zákona, před alternativami, které se opírají o argumenty jdoucí nad text zákona. „Z hlediska legality je důležité, že argumentační závěry takto zjištěné (tj. v citované souvislosti zjištěné tzv. nadstandardními výkladovými metodami, šířeji však lze uvažovat o jakýchkoliv málo formalizovaných argumentech) nemohou obstát, jsou-li ve zjevném rozporu s textem (literou) zákona, resp. mezinárodní smlouvy, a s interpretačními výsledky dosaženými standardními metodami.“²⁵

Je typické, že například z judikatury Ústavního soudu z let 1996 až 1998 lze vyčíst odlišný postoj k této otázce. Ve stanovisku Ústavního soudu k otázce zastupování advokáta v řízení u Ústavního soudu dalším advokátem (Pl. ÚS-st.-1/96) se pokusil Ústavní soud formulovat vztah mezi jazykovým a teleologickým výkladem takto: „V případě aplikace právního ustanovení nutno prvotně vycházet z jeho doslovného znění. Pouze za podmínky jeho nejasnosti a nesrozumitelnosti (umožňující např. více interpretací), jakož i rozporu doslovného znění daného ustanovení s jeho smyslem a účelem, o jejichž jednoznačnosti a výlučnosti není jakákoli pochybnost, lze upřednostnit výklad *e razione legis* před výkladem jazykovým.“²⁶ Jazykově z § 30 odst. 1 zákona o Ústavním soudu („Fyzické a právnické osoby jako účastníci... řízení před Ústavním soudem musí být zastoupeny advokátem...“) plyne jednoznačný závěr, že i advokát jako účastník řízení musí být zastoupen dalším advokátem. Ústavní soud v prvním rozhodnutí soudil, že účelem této normy je zajistit kvalifikované uplatňování práv před Ústavním soudem, pročez rozhodl, že advokát nemusí být zastoupen advokátem. V citovaném stanovisku však shledal ještě další účel interpretované

normy, a sice garantovat vyšší stupeň objektivitu účastníků řízení. Pak ve shodě se svým teoretickým východiskem rozhodl definitivně, že advokát musí být zastoupen dalším advokátem, což je ve shodě s jazykovým výkladem.²⁷

Ještě radikálněji se od ideje přednosti jazykového výkladu před teleologickým Ústavní soud odklánil ve známém nálezu k prezidentovu vetu: „Dalším naprosto neudržitelným momentem používání práva je jeho aplikace vycházející pouze z jeho jazykového výkladu. 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 razione 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.“²⁸

Další situaci, při které může dojít k oslabení hlediska *de lege lata* ve prospěch úvah *de lege ferenda*, jsou tzv. mezery v právu. Jedná se o koncept chápáný různě a lze se tak na straně jedné setkat s názory, které takový jev vůbec popírají²⁹, na straně druhé s pokusy o podrobnější klasifikaci problému.³⁰

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 podle pravidel, která však v určitém konkrétním případě neexistují, nemůže buď rozhodnout podle pravidel vůbec (absolutní diskrece), nebo musí mezeru určitým způsobem zaplnit, tj. pravidla pro své rozhodnutí nalézt mimo jejich běžný zdroj. Jedná se tak o právně politickou úvahu *de lege ferenda*.³¹

²⁷ Je nicméně třeba vždy důkladně zvážit, jaká okolnost vyvolává pochybnost o významu jinak jednoznačného ustanovení. Je jisté, že v tomto případě to byla svým způsobem analogická právní úprava obsažená v občanském soudním řádu, jenž stanovil výjimku z povinného zastoupení advokátem v dovolacím řízení právě pro osoby s právnickým vzděláním. Kdyby tato analogická úprava neexistovala, výkladové pochybnosti by jistě vůbec nevznikly.

²⁸ Nález Ústavního soudu Pl. ÚS 33/97, č. 30/1998 Sb.

²⁹ Typicky ryzí nauka právní, jež případnou absenci právní úpravy řeší negativním výrokem.

³⁰ RÜTHERS, B. Dotváření práva soudci. In Soudce č. 8/2003, s. 3: „Každý právní řád, zpravidla dokonce každý zákon, je mezerovitý.“

³¹ WEINBERGER, O. Přirozené právo a právnická argumentace. Právník č. 3/1993, s. 195.

²⁴ Srov. nález Ústavního soudu sp. zn. 30/1998 Sb.

²⁵ GERLOCH, A. Teorie práva. 4. vyd. Plzeň, 2007, s. 150.

²⁶ Zde je třeba upozornit, že v uvedeném kontextu jazykovým výkladem Ústavní soud nemyslí pouze metodu jazykového výkladu *stricto sensu*, ale v podstatě všechny tzv. standardní výkladové metody, tj. nejen výklad jazykový, ale též systematický a logický.

Zvažovat existenci mezer v právu pouze v uvedeném kontextu by ovšem bylo příliš zužující, a to ve dvou směrech. Jednak se za mezery v právu považují i případy, kdy právní úprava poskytuje kritéria pro rozhodnutí, avšak tato kritéria jsou považována za nevhodná nebo nedostatečná, jednak lze uvažovat o mezerách v případech, kdy nevzniká nutnost autoritativního rozhodnutí, ale přesto je potřeba se k řešení určité otázky dobrat.

První skupina představ o existenci mezer v právu je založena na stanovisku, podle kterého lze o mezerách v právu hovořit jen *de lege ferenda*, nikoliv *de lege lata*.³² Nezbytným doplňkem této představy je rozlišování jednotlivých právních odvětví v závislosti na metodách právní regulace, které při posuzování údajných mezer mají významnou úlohu. 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, jejíž přípustnost stvrzuje samotný právní řád³³ (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.

Typickým zastáncem této koncepce byl Hans Kelsen, který uváděl, že „skutečná mezera 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“.³⁴ Řešení shledávala ryzí nauka právní v tzv. negativní normě, jejíž podstatou je, že právo stanoví okruh určitých povinností, přičemž pokud něco nestanoví, pak takovou povinnost nelze na jiném vyžadovat a vznášený nárok je proto třeba zamítnout.

Zastánci opačného přístupu, jenž existenci mezer v právu akceptuje, rozlišili dva druhy mezer.³⁵ Jednak

jsou to mezery technické (označované též jako pravé), jednak mezery teleologické (axiologické, rekogniční). První z nich popisují situace, kdy právní norma neposkytuje vůbec žádné řešení určitého případu, který však sám je právně relevantní. Jedná se tedy o situaci, kdy je regulován v podstatě vznik právního případu, není však již regulováno jeho řešení. Tyto mezery jsou řešitelné v podstatě jen určitým faktickým postupem (zpravidla řešení neposkytuje ani velmi široce pojatá analogie), případně s ohledem na uzavřenost právního odvětví nemusí být řešeny vůbec.³⁶

Postup, kterým je relativizována platnost právního předpisu, je přijímán při řešení mezer druhého druhu. Společným znakem těchto mezer je přesvědčení o nedostatečnosti určité právní úpravy v případech, kdy určitý životní případ regulován je, jiný však nikoliv, a zdá se přitom, že by regulován být měl. Pro tyto případy platí Kelsenovo vymezení, podle kterého tyto „mezery nejsou tudíž nic jiného, než jiným slovem pro diferenciaci mezi pozitivním právem a řádem, považovaným za lepší, spravedlivější a správnější.“³⁷ Z jiného pohledu se k problematičnosti koncepce takových mezer vyjadřuje B. Rütters: „Argument mezery je zvláště vhodný k tomu, aby se uvolnila ústavně právně zakotvená vázanost soudců zákony nebo se jí soudci zcela zbavili. Nezřídká svádí soudy, pokud nejsou spokojeny se zákonnou úpravou nějaké skutečnosti, k tomu, aby pro ně neuspokojivý zákon neuplatnily, ale vydaly se 'pátrat po mezeře'“.³⁸ Bez ohledu na to, jaké chápání mezer v právu zvolíme, Kelsenovo vymezení a Rüttersem doplněná kritika jsou výstižné.

Přesto je však rozlišení mezer v právu nutno zčásti modifikovat, resp. učinit jej sofistikovanějším. Závěr o mezerovitosti určité zákonné úpravy totiž může vycházet například z existence právních norem vyšší právní síly. Tak například se může zdát, že právní úprava nenormuje případy, které by s ohledem na ústavní základ normovány být měly.³⁹ Pak ovšem nejde o mezeru v popsáném kelsenovském smyslu, ale o případ, kdy normotvůrce nezohlednil kritéria, která podle ústavních norem zohlednit měl, tudíž jde o ústavně právní deficit jednoduchého práva. Je ovšem možné, že nastanou pří-

³² BOGUSZAK, J., ČAPEK, J., GERLOCH, A. Teorie práva. Eurolex Bohemia: Praha, 2001, s. 100. V uvedených souvislostech se jedná o striktní rozlišení mezi oběma možnými způsoby uvážení, nikoliv o rozlišování ve smyslu Weinbergerově, jak bylo popsáno výše.

³³ Příkaz postupovat podle analogie lze na straně jedné považovat za přiznání potencionální mezerovitosti právní úpravy, na straně druhé za lék na tuto předvídanou mezerovitost.

³⁴ KELSEN, H. Ryzí nauka právní. Metoda a základní pojmy. Orbis: Praha – Brno, 1933, s. 45.

³⁵ Terminologie se ovšem liší. Srovnej k tomu např. BOGUSZAK, J., ČAPEK, J., GERLOCH, A. Teorie práva. Eurolex Bohemia: Praha, 2001, s. 100., HOLLÄNDER, P. Mezera v zákoně, § 7 o. z. o. a ryzí nauka právní (Poznámky k úvaze Franze Bydlišského). In Machalová, T. (red.) Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení (K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena). Sborník z mezinárodní konference. MU: Brno, 2003; CANARIS, C. W. Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Berlin, 1964, s. 132 an.; KÜHN, Z. Apli-

kace práva ve složitých případech, k úloze právních principů v judikatuře. Karolinum: Praha, 2002, s. 200 an.

³⁶ Příkladem by mohlo být ustanovení trestního zákona, které by definovalo skutkovou podstatu trestného činu, nikoliv již trest za něj. Ten by pak s ohledem na příslušné ustanovení Listiny nebylo možno uložit.

³⁷ KELSEN, H. Ryzí nauka právní. Metoda a základní pojmy. Orbis: Praha – Brno 1933, s. 45.

³⁸ RÜTTERS, B. Dotváření práva soudci. In Soudce č. 8/2003, s. 6.

³⁹ Tak například podle Listiny má každý občan právo na zabezpečení ve stáří. Z tohoto pohledu nedostatečná, mezerovitá, by byla právní úprava, která by toto právo přiznávala jen pro muže, nikoliv pro ženy.

pady, kdy závěr o ústavně právním deficitu jednoduchého práva nebude jednoznačný a dospěje se k němu za použití méně institucionalizovaných argumentů (argumentů s nižším stupněm normativní platnosti). V závislosti na míře jejich formální validity lze pak již o mezích v právu hovořit. Jedná se v podstatě o rozdíl mezi právní úpravou *de lege lata* a úvahami *de lege ferenda*, ovšem úvahou, která je završena rozhodnutím, jež vystupuje jako rozhodnutí *de lege lata*.

Z řečeného vyplývá, že základním problémem při zkoumání mezer v právu je zjištění, do jaké míry a s jakými důsledky je každý přístup ochoten 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 čili nikoliv obecnou zamítavou větou) výrokem i situace, kdy právní norma chybí.⁴⁰ Navíc však

⁴⁰ Takový stav do určité míry nastal po nález Ústavního soudu sp. zn. 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. právé 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.

umožňuje řešit jako tzv. mezeru i případ, kdy právní úprava existuje, avšak zdá se nedostatečná, tedy mezeru nazývanou nepravou.

Tzv. právé mezery nečiní z hlediska metodologického zásadní potíže. Vyvolávají problém spíše věcný, faktický. Oproti tomu mezery axiologické (teleologické) představují skutečný metodologický problém, v němž se může koncentrovat veškerá zde rozebíraná problematika. Při snaze o analýzu tohoto problému je třeba vyjít ze zjištění, zda mezery tohoto druhu jsou mezery apriorní či nikoliv. Lze soudit, že naprostá většina takových mezer nejsou mezery apriorní, vytvářené vědomě (tj. úmyslným opomenutím či naopak úmyslným zohledněným relevantní skutečností⁴¹) zákonodárcem, ale až *ex post* vznikající v procesu aplikace práva. Pouze 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.⁴² 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.⁴³ Znamená to totiž, že zákonodárce takový princip, který Ústavní soud označí za důvod zrušení právního předpisu, nereflektoval, nepovažoval jej za relevantní.

⁴¹ Výraz „úmyslné“ nelze chápat v této souvislosti pejorativně, protože zákonodárce disponuje dostatečnou mírou legitimacy při politickém rozhodování, jež zahrnuje volbu příslušných právně relevantních kritérií. Pokud je jeho rozhodnutí následně posouzeno jako (ústavně) nepřipustné (v rámci abstraktní, případně méně často zřejmě konkrétní kontroly ústavnosti), jedná se v podstatě o přiznání větší míry ústavně právním argumentům ze strany soudu, než byl normotvůrce původně ochoten připustit.

⁴² Příkladem takového posuzování, v němž Ústavní soud potvrdil správnost postupu zákonodárcem, může být nález č. 341/2007 Sb., v němž byla zkoumána ústavní konformita rozdílného věku jako podmínky pro přiznání starobního důchodu mužům na straně jedné a ženám na straně druhé v závislosti na počtu vychovaných dětí. Zde Ústavní soud dospěl k závěru (stručně řečeno), že tato podmínka (tj. odlišný věk s ohledem na počet dětí) je ústavně konformní (srov. zejm. body 33-36 nálezu). Naproti tomu v nález č. 405/2006 Sb. shledal Ústavní soud nepřipustnou diskriminaci mužů, kteří museli, pokud chtěli, aby jim byla v souvislosti se vznikem nároku na důchod v návaznosti na péči o děti započtena příslušná doba strávená péčí o dítě, podat přihlášku k účasti na pojištění, zatímco ženám tato povinnost stanovena nebyla a nárok na započtení doby byl v podstatě automatický. Tento rozdíl Ústavní soud již za ústavně přípustný neshledal, což znamená, že zákonodárce zavedením rozdílu zvolil z ústavního hlediska nepřipustnou právně relevantní skutečnost.

⁴³ 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).

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 instančně vyšší 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.

Příkladem, na kterém lze ukázat, že axiologické mezery vytvořené zákonodárcem jsou méně časté a že takové mezery vznikají až *ex post* při aplikaci právního předpisu, je náleznost Ústavního soudu Pl. ÚS 23/96, který se týkal zákona č. 217/1994 Sb., o poskytnutí jednorázové peněžní částky některým obětem nacistické perzekuce.⁴⁴ 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 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 dobrodini 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.

Zatímco dříve uváděné typové situace, kdy lze uvažovat o rozporu mezi textem zákona a jeho účelem, jsou relativně dobře vysvětlitelné a uchopitelné, koncept tzv. teleologické redukce lze řadit spíše k extrémním případům upřednostnění argumentace *de lege ferenda* v procesu aplikace práva, resp. z opačného hlediska k opuštění argumentace *de lege lata*. Podstatou teleologické

redukce je totiž oproštění se od zákona, tentokrát nikoliv pouze od jeho textu, ale od všeho, co zákon může prezentovat, tedy i od jeho účelu.

V případě tzv. teleologické redukce dochází k tomu, že je vyloučena právní norma obsažená v zákoně s ohledem na určité hodnoty, principy atd. Jedná se tedy o případ opačný, než jsou teleologické mezery, tedy o případ, kdy právní předpis nabízí určité řešení (u mezery takové řešení naopak absentuje), toto řešení se však nezdá pouze nesprávné (pak by šlo spíše o mezeru), ale zdá se přímo nadbytečné. Díkce právní úpravy je tedy širší, než vyžadují právní principy, hodnoty a účely, ze kterých tato právní úprava vychází a právní předpis pak postrádá pravidlo, které by v souladu s teleologií příslušné právní úpravy stanovilo výjimku z příliš široce pojaté právní normy. Důsledkem teleologické redukce pak je vyloučení takového diktovaného řešení. Stejně jako v případě teleologických mezer je nutno rozlišovat, z jakých důvodů se k teleologické redukci uchylujeme a kdy je ospravedlnitelná. Jestliže právní úprava se zdá příliš široká pro určitý druh případů, může tomu být proto, že jiné podobné případy reguluje nedostatečně. Pak se nabízí dvojí řešení. Buď tuto extenzi redukovat, nebo naopak zvolit extenzivní přístup k oné druhé, restringované skupině případů (která v tomto ohledu vystupuje naopak jako mezerovitě upravená). Mohou ovšem nastat i případy, kdy vzniká dojem extenze o sobě samé, tedy na extenzi není usuzováno na základě srovnání s podobnými případy, ale pouze ze samotné právní úpravy.

Pokud soudce dospěje k závěru o nutnosti teleologické redukce, je třeba zvážit důvody, pro které tak činí. Důvodem může být opět střet s ústavní úpravou, právními principy atd. Jedná-li se o argumenty formálně validní, je možno teleologickou redukci považovat za důsledek zohlednění systematiky právního řádu. V opačném případě, kdy roli hrají argumenty nikoliv formálně validní, nadřazuje se soudce zákonodárci.

Příkladem teleologické redukce *par excellence* je rozhodnutí Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 318/06, který se týkal aplikace tzv. Benešových dekretů v současnosti, konkrétně pak dekretu č. 100/1945 Sb., o znárodnění dolů a některých průmyslových podniků. Pro lepší pochopení problému je třeba stručně nastínit podstatu právního problému, který vznikl. Zmíněný dekret zakotvoval právo na náhradu za znárodněný majetek, o které mělo rozhodovat ministerstvo průmyslu spolu s ministerstvem financí. Náhrada měla být poskytnuta v zásadě každému, s výjimkou osob (stručně řečeno) nepřátelských československému státu. Ke znárodnění majetku (přechodu vlastnického práva na stát) došlo ke dni účinnosti dekretu, tj. k 27. 10. 1945. Náhrady nebyly v období let 1945–48 vyplaceny, protože příslušná řízení nebyla většinou skončena. Po únoru 1948 nebyly náhrady vyplaceny z pochopitelných důvodů. Po listopadu 1989 se zdála být otevřena cesta k náhradám prostřednictvím restitučních předpisů. Restituce se však

⁴⁴ Tento případ uvádí též KÜHN, Z. Aplikace práva ve složitých případech. Karolinum: Praha, 2002, s. 209) a je možno na něm demonstrovat mimo jiné často nadměrnou principiální argumentaci.

vztahovaly (s určitými výjimkami) pouze na majetek, který původní vlastníci pozbyli po 25. 2. 1948.

Původní vlastníci znárodněného majetku se proto obrátili na současné ministerstvo financí s žádostí o vydání rozhodnutí o náhradě za znárodněný majetek. Ministerstvo však o jejich žádosti nijak nerozhodlo. Byla proto podána žaloba na nečinnost správního úřadu, kterou Městský soud v Praze zamítl a Nejvyšší správní soud následně v zamítavém rozhodnutí o kasační stížnosti jeho závěry potvrdil. Základem zamítavých výroků byl závěr vyslovený ve zcela jiném kontextu v nálezů Ústavního soudu sp. zn. č. 55/1995 Sb., totiž že „*exilové zákonodárství, jakož i bezprostředně poválečné zákonodárství osvobozeného československého státu, představuje ve své podstatě dnes již uzavřený okruh problémů a otázek úzce souvisejících s válečnými událostmi a hospodářskou obnovou země. Normativní akty z této doby splnily tak svůj účel ve zmíněné bezprostředně poválečné době, z hlediska současnosti jsou již ve směr bez aktuálního významu a postrádají již nadále konstitutivní charakter*“. Proti rozhodnutí Nejvyššího správního soudu byla podána ústavní stížnost, o které rozhodoval Ústavní soud zmíněným nálezem.

Klíčovým aspektem celého případu je fakt, že dotčený dekret je stále platnou součástí právního řádu České republiky, neboť nebyl zrušen. Je proto otázkou, zda lze odepřít aplikovat platný a účinný právní předpis, tedy zdroj pravidel, který musí být použit. Je třeba zdůraznit, že právo na náhradu bylo v dekretu zakotveno jako právo nepodmíněné. Poskytnutí náhrady nebylo vázáno na žádné správní uvážení atd.

Ústavní soud dovodil, zčásti zřejmě v návaznosti na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, jímž byl v mezidobí změněn právní názor vyslovený v napadaném rozhodnutí, že ministerstvo je povinno rozhodnout o uplatněném nároku na náhradu za znárodněný majetek. Ačkoliv na začátku odůvodnění svého nálezu výslovně prohlásil, že se omezí na procesní otázku spočívající v tom, zda ministerstvo má či nemá povinnost rozhodnout o uplatněném nároku (bez ohledu na možný obsah takového rozhodnutí), v závěru svého nálezu se vyslovil i k možnému hmotněprávnímu posouzení uplatněného nároku ze strany ministerstva. Dovodil, že uplatněné nároky na náhradu za znárodněný majetek je v zásadě třeba odmítnout právě proto, že dekrety „jž nadále postrádají konstitutivní charakter“.

Ústavní soud se v odůvodnění nálezu odvolával na teleologický výklad dekretu. Teleologickým výkladem se obvykle rozumí výklad zaměřující se na účel právního předpisu (německá právní teorie hovoří v takovém případě o výkladu objektivním), případně výklad zaměřující se na úmysl normotvůrce, tradičně označovaný jako výklad historický (výklad subjektivní). V daném případě Ústavní soud ovšem nehledal účel dekretu či úmysl jeho tvůrce (v obou případech by byl výsledek stejný – jednoznačným účelem dekretu bylo znárodnit klíčové podniky československého průmyslu a jejich

původní vlastníky, pokud zůstali věrni Československé republice, za toto znárodnění odškodnit). Ústavní soud hodnotil spíše účelnost dekretu z hlediska současnosti, což je něco zcela jiného, než výklad teleologický (resp. teleologicko - axiologický).

Základním argumentem, ovšem v tomto konkrétním případě nijak blíže nepodloženým, se stala sporná teze, podle které je teleologická aplikace právního předpisu v rozporu s jeho dikcí (*contra verba legis*) „v zásadě obecně přípustným způsobem aplikace práva“.

Tato teze vytvářející nezbytný předpoklad pro uplatnění teleologické redukce je sporná nejen v popisovaném případě, ale i v obecné rovině. *In concreto* je otázkou, proč by nemohli být původní vlastníci znárodněného majetku odškodněni na základě výslovného ustanovení platného právního předpisu, byť s velkým časovým odstupem. Již citovaný Peczeník ve své knize obhajuje potřebu širšího pohledu na právo redukováného nikoliv na formálně platné prameny práva, argumentem, že demokracie vyžaduje rozhodování, které harmonizuje jak respekt k textu zákona, tak k morálním právům a hodnotám včetně svobody a rovnosti. Je otázkou, zda by bylo možné v současné době hodnotit jako nemorální odškodnění osob, kterým byl zabaven jejich majetek, přičemž stát po více než 60 let nesplnil svoji povinnost výslovně zakotvenou v platném právním předpisu. Je otázkou, zda by v tomto případě nebylo vhodnější, opět slovy Peczeníka, servilní následování textu zákona, nebyl-li by přednesen žádný argument zpochybňující obecnou spravedlnost a soulad s morálními hodnotami takového řešení.

In abstracto spočívá problém v tom, že nelze stanovit jasnou hranici mezi přípustnou a nepřípustnou aplikací právního předpisu způsobem, který je v rozporu s jeho dikcí.

Závěr

Odpověď na otázku, v čem spočívá hlavní přínos profesora Oty Weinbergera k problematice právní argumentace, je zřejmá. Jeho přínos spočívá v jasném pojmenování podstaty problému, distinkce právní argumentace, s ohledem na používané prostředky a sledované cíle na argumentaci *de lege lata a de lege ferenda*, v obou případech s jasně vymezeným významem.

Neméně důležitý je však kontext, ve kterém bylo toto rozlišení provedeno. Tím je realistický pohled na fungování práva ve společnosti, které nelze na straně jedné restringovat na pouhou sociální realitu zbařenou normativního působení práva (tedy zcela pragmatický přístup k právu), na straně druhé však nelze sociální rozměr práva ignorovat a soustředit se výlučně na jeho normativní stránku (striktní právní formalismus). V těchto souvislostech je pochopitelné i Weinbergerovo zpochybnění možnosti nalezení jediného správného,

spravedlivého a i z hlediska morálního akceptovatelného právního řádu, ať již se opírá o právo přirozené či o „obecně platné“ právní principy.

Schopnost na tomto základě vytvořit konzistentní teorii práva, jež reálně popisuje jeho působení, aniž by

se uchýlovala k obtížně verifikovatelnému zdůvodnění opírajícímu se axiomaticky formulovaná východiska, je velkou předností Weinbergerova metodologického přístupu.