

ČLÁNKY

Jsou právní principy a soudcovská rozhodnutí
pramenem práva?

Zdeněk Kühn*

V tomto článku se pokusím podat odpověď na jednu z řady věčných otázek kontinentální právní teorie, totiž na to, nakolik lze pohlížet na judikaturu soudů a na obecné právní principy jako na prameny práva. S ohledem na nedostatek prostoru zde komplexněji neřeším (a toliko naznačím) povahu dalších zdrojů, které by mohly za určitých okolností charakter pramene práva mít, zejména pak právních zvyklostí a právní doktríny.

Při odpovědi na otázku položenou v nadpise je nejprve třeba zodpovědět, co se pod termínem pramene práva vlastně rozumí. Nebude-li současně podána pregnantní definice pramene práva, právní teorie se musí podle mého názoru k tomuto pojmu stavět dosti skepticky, neboť základním problémem tohoto termínu v kontinentálním prostředí je jeho silné poznamenání vázanou ideologií aplikace práva.¹ Užívání tohoto termínu by proto mělo být doprovázeno též jeho jasnou a určitou definicí. V právní teorii, což pravděpodobně nikdo nebude zpochybňovat, má termín pramene práva řadu významů a zdaleka nejde o ostrý a jasný pojem. Paradoxně tak nejlépe podstatu pramene práva vystihl Hans Kelsen, podle něhož „tak zvaný“ pramen práva „je barvitý termín, který má více než jeden význam.“ Neurčitost tohoto termínu jej podle Kelsena činí nezpůsobilým pro vědeckou diskusi.² Tento termín lze chápat i dosti absurdním způsobem (ovšem přesně ve stylu jeho neurčitosti), když např. J. C. Gray, jeden z představitelů právního realismu, prohlásil, že zákony jsou „prameny práva, nikoliv částí práva samotného.“³

I. HISTORICKÁ GENEZE POJMU
PRAMENE PRÁVA

Pramen práva jakožto právní *terminus technicus* prodělal značně odlišný vývoj v právu kontinentálním a v právní kultuře common law. Někteří autoři datují počátek dichotomie obou největších světových právních systémů do přelomu osmnáctého a devatenáctého století v době Velké francouzské revoluce⁴ (kdy byl na kontinentu v důsledku revolučních změn postulován primát psaného práva a eliminovány nepsané prameny), což podle mne není zdaleka přesné. Odchylný vývoj v obou velkých právních kulturách započal velmi záhy, nejpozději na přelomu dvanáctého a třináctého století,⁵ přičemž revoluční změny v době utváření moderních evropských států byly radikálním završením, nikoliv počátkem dichotomie obou právních kultur (po tomto posledním zásadním bodu odvratu obou právních kultur nastává ve dvacátém století proces, který lze charakterizovat jako sblížení velkých právních kultur).

V pozitivním právu aplikovaném na evropském kontinentu ve srovnání s centralizovanou anglickou monarchií panoval poměrně velký partikularismus, definitivně překonaný teprve v důsledku racionalismu a osvícenství 18. století a revolucemi počínaje tou nejdůležitější, Velkou francouzskou v roce 1789. Zatímco v Anglii od 12. století (v době vlády Jindřicha II. Plantageneta) vzniká postupnou evolucí a soudcovskou normotvorbou právní systém obecného práva (common law), zbývající středověká Evropa, resp. univer-

* JUDr. Zdeněk Kühn, PhD., odborný asistent katedry teorie práva a právních učení, Právnická fakulta Univerzity Karlovy, Praha, v současnosti postgraduální student na University of Michigan, Ann Arbor, USA

¹ K tomu podrobněji srov. KÜHN Z.: Základní modely soudcovské argumentace, Právník, sv. 140, č. 4/2001, str. 342 násl.

² KELSEN H.: *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deuticke, Wien 1960, angl. *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley 1989, str. 233.

³ Cituje HART H. L. A.: *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1998, str. 1.

⁴ MERRYMAN J. H.: *Francouzská úchylka*, Právník, sv. 137, č. 12/1998.

⁵ Srov. k tomu blíže VAN CAENEGEM R. C.: *Judges, Legislators and Professors (Chapters in European Legal History)*, Cambridge University Press, Cambridge 1998.

zity a právní učenci hledali svůj ideál v právním řádu římského impéria (resp. v jeho soukromoprávní části), kterým chtěli překonat primitivní partikulární právo vyskytující se v jednotlivých zemích.

Tendence systematizace a přejímání (upraveného) římského práva, realizovaná po staletí, kulminovala na přelomu středověku a novověku, kdy v některých státech začalo být římské právo (modifikované univerzitami) aplikováno jako subsidiární zdroj práva.⁶ V té době byla z pochopitelných důvodů *role právní doktríny* (jakožto objevitelky a spolutvůrkyně recipovaného římského práva) na evropském kontinentu mimořádně silná. Právní doktrína má ovšem v kontinentálním právu stěžejní význam i dnes.

S kontinentální Evropou, kde měla právní doktrína především do velkých kodifikací 19. století mimořádný a zcela zásadní význam (lze skutečně bez velkého váhání prohlásit, že vývoj práva a zejména dějiny soukromého práva na evropském kontinentu jsou především vývojem právní vědy⁷), ostře kontrastuje odmítání veškeré teorie a právní vědy právníky v Anglii (až do 19. století bylo právníké vzdělání u soudce považováno za něco zcela neobvyklého, přičemž všichni nejslovnější právníci devatenáctého století právníké vzdělání neměli).⁸ Paradoxně však za jeden z pramenů práva, byť pramen práva menšího významu, bývá v Anglii považována tzv. učená literatura, tzv. *legal writings* klasických autorů common law.⁹

V moderní anglické literatuře M. Freeman jako jeden ze specifických rysů common law uvádí též „velmi podřízenou roli děl právních teoretiků.“¹⁰ I toto před několika desítkami let zdánlivě jednoznačné tvrzení je však relativizováno nejnovějším vývojem v právu common law,¹¹ což potvrzuje konvergence ve vývoji obou velkých právních kultur v průběhu dvacátého století.

Naznačený menší vliv právních teoretiků má pochopitelně své důsledky i v mnohém menší systematizaci a logické provázanosti anglického práva v porovnání s kontinentální Evropou, kde právní normy, právní pojmy a instituty, právní odvětví, logické vztahy uvnitř právního systému atd. byly vytvářeny a kon-

struovány středověkými univerzitami a učenci. Naproti tomu systém common law se může zdát cizinci velmi zmatený a složitý (základní členění není vytvořeno doktrínou, ale dáno tradicí staletého vývoje a do značné míry se tu odvíjí i klasifikace podle jednotlivých typů historických *writů*). Australský soudce k tomu velmi výstižně poznamenal, že common law je „systém, který neměl nikdy logiku jako jediný zdroj své inspirace.“¹² Zatímco právník common law směřuje spíše k dělbě svého právního systému podle tradice, zvyklostí a historie práva¹³, vliv právní doktríny vedl v kontinentálním právu k mnohem systematictější hierarchizaci (a následně k velkým kodifikacím devatenáctého století).

Uváděné aspekty vedou i k nedogmatickému pohledu na koncepci pramene práva, která je v zemích common law, například v common law americkém, zastávána:

„Není zde žádná systematická a hierarchizovaná teorie pramenů práva: právní předpisy samozřejmě jsou právem, ale stejně tak je právem řada dalších standardů, a to včetně soudních rozhodnutí.“¹⁴

I v právu common law lze ovšem nesporně nalézt jeho inherentní inklinaci k racionalizaci a systematizaci, a to mj. právními principy dávajícími základ celé právní kultuře common law.

Dalším specifickým rysem, který odlišuje právo common law a formuje rozdílnou koncepci pramene práva v obou kulturách, je role precedentu v angloamerickém právu. Masa precedentů založila moderní anglické právo osmnáctého a devatenáctého století (což má své konsekvence i v bývalých britských koloniích). Pšané právo nastupuje v angloamerickém světě ve velké míře teprve v druhé polovině devatenáctého století, na rozdíl od kontinentálního psaného práva však zákony v klasické angloamerické ideologii zachovávají charakter výjimek, „ostrůvků“ v „moři“ práva soudcovského (i když v řadě právních odvětví je pod vlivem rozsáhlých legislativních změn mnohem více „souše než vody“).¹⁵

Že je common law založeno na precedentu, je jedna

⁶ Blíže URFUS V.: Historické základy novodobého práva soukromého (Římskoprávní dědictví a soukromé právo kontinentální Evropy), C. H. Beck/SEVT, Praha 1994.

⁷ *Ibid.*, str. 1.

⁸ DAVID R., BRIERLEY J. C.: Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law, Stevens & Sons, London 1985, str. 323.

⁹ Podrobněji FARRAR J. H., DUGDALE A.: Introduction to Legal Method, Sweet&Maxwell, London 1990.

¹⁰ FREEMAN, M. D. A.: Lloyd's Introduction to Jurisprudence, Sweet&Maxwell, London 1994, str. 1261. V této souvislosti je signifikantní, že výuka práva začala na univerzitě v Oxfordu teprve roku 1758 a v Cambridge až v roce 1800. Srov. DAVID R., BRIERLEY J. C.: *Op.cit.*, str. 338. Na rozdíl od Anglie je např. v USA jednoznačná tradice akademicky vzdělaného právníka.

¹¹ Srov. k tomu zejména řadu rozhodnutí Sněmovny lordů nebo Apelačního soudu, v nichž tyto soudy změnilly letité precedenty právě pod vlivem doktrinní kritiky.

¹² *Tatham v. Huxtable* (1950) 81 CLR 639, 650. Obdobně srov. slavný výrok O. W. Holmes, byl vynesený při jiné příležitosti: „Život práva není logický, život práva je zkušenost.“ (úvodní slova jeho knihy *The Common Law* z roku 1881, str. 1).

¹³ MERRYMAN J. H.: The Civil Law Tradition (An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America), Stanford University Press, Stanford 1969, str. 98.

¹⁴ *Ibid.*, str. 26.

¹⁵ BURNHAM W.: Introduction to the Law and Legal System of the United States, West Publishing Co., St. Paul 1995.

z prvních věcí, která se i jen v základních rysech informovanému kontinentálnímu pozorovateli při vyslovení slov *common law* vybaví. Málodko si však uvědomuje, jak je řada těchto precedentů stará a nakolik staré tak mohou být i jednotlivé instituty práva *common law*: precedenty devatenáctého století, kdy započalo systematické písemné zaznamenávání soudních rozhodnutí, byly často ve skutečnosti založeny na dílech Blackstonea, který tyto rozhodnutí našel u Cokea, jehož zdroj byl v Littletonovi a tak dále až k nejstarší veličině *common law* – k Bractonovi.¹⁶ Jak velmi výstižně poznamenává van Caenegem, právník v systému *common law* se často stává historikem, aby mohl správně pochopit význam právního institutu, jehož počátky jsou často řadu staletí nazpět.¹⁷

II. SOUDOBE Koncepce pramenů práva

R. David ve své základní komparativní práci obecně pro oblast kontinentálního práva rozeznává jako prameny práva právní předpis (do této skupiny jako subtyp řadí i normativní smlouvy), obyčej, judikaturu, doktrinální díla a určité „obecné (či přirozené) principy“, termín pramenů práva samotný však detailně nerozebírá.¹⁸

V německém prostředí má silný vliv distinkce vytvořená historickoprávní školou, která členila prameny práva na zdroje, z nichž právo vychází (*Rechtentstehungsquellen*), zdroje poznání práva (*Rechtserkenntnisquellen*) a zdroje validace (platnosti) práva (*Rechtsgeltungsquellen*). Soudní precedent nebo ustálená judikatura je v tomto „historickoprávní“ smyslu jistě zdrojem, z něhož právo vychází, na druhou stranu je však sporné a závisí na úhlu pohledu, zda je také zdrojem poznání práva. Zdrojem validace práva je však vždy určitý právní princip nebo interpretovaná právní norma, nikoliv precedent ani konstantní judikatura.¹⁹

V české doktríně je tradiční distinkce mezi formál-

ním a materiálním pramenem práva. V. Knapp pramen práva ve smyslu formálním charakterizuje jako „dostatečný a zároveň nutný důvod existence, resp. obecné platnosti určité povinnosti a jí odpovídajícího oprávnění.“²⁰ Jde o definici výrazně pozitivistickou, anticipující právní předpis jakožto teoreticky univerzální zdroj poznání *quid iuris* v kontinentálním právu. Shoda bude pravděpodobně na tom, že takto definovaný pramen práva nemůže zahrnovat na kontinentu kupříkladu ani judikaturu, doktrínu, obyčej atd., spor by však mohl nastat v otázce právních principů. Osobně se domnívám, že pod Knappovu definici lze právní principy jako pramen práva vztáhnout, a to v situaci jejich právní existence *praeter legem* (jsem tak například přesvědčen, že povinnost nikomu neškodit tu objektivně je, aniž by nutně musela být zakotvena v právním předpise, neboť vyplývá z funkcionálního pojetí právního řádu jako významového celku²¹).

V. Knapp však následně „z hlediska sociologického“ připouští vzhledem k tomu, že psané právo je ve skutečnosti zejména judikační činností soudů a rovněž právní doktrínou dotvářeno, existenci „pomocných“ pramenů práva.²²

A. Gerloch rozlišuje pramen práva ve smyslu formálním (forma, která obsahuje právní normy, dodává pravidlům charakter práva), ve smyslu materiálním (zdroj, odkud se právo bere, společenskohistorický kontext) a ve smyslu gnoseologickém (prameny poznání práva, veškeré informace o právu). Pramen práva v gnoseologickém smyslu je s to obsáhnout též „všechna rozhodnutí“, smlouvy, právní doktrínu apod. (jeho funkce je – jak vyplývá již z jeho názvu – informativní).²³

Poněkud jiné rozlišování volí R. Alexy a R. Dreier, kteří člení prameny práva na formální (ty, které zakládají validitu normy na základě původu, tedy tak, že norma byla vytvořena k tomu povolaným orgánem) a materiální (celek všech dalších legitimních důvodů pro soudcovské rozhodování). V tomto smyslu mohou být v kontinentálním prostředí precedenty nebo právní principy charakterizovány jako materiál-

¹⁶ VAN CAENEGEM R. C.: *Judges, Legislators and Professors (Chapters in European Legal History)*, Cambridge University Press, Cambridge 1998, str. 10.

¹⁷ *Ibid.*, str. 14. Americký Nejvyšší soud téměř každé své rozhodnutí v právně významné otázce začíná rozsáhlým historickým exkurzem (typickým příkladem je slavné rozhodnutí *Roe v. Wade* 410 U.S. 113, které prohlásilo právo ženy na interrupci a které je zahájeno historickým rozbořením). Český právní historik tedy pravděpodobně musí pohlížet na svého anglického nebo amerického kolegu s trochou závidí, neboť v *common law* není právní historie toliko historií, ale současně také živoucím právem (a proto také tématem pro studenta práv nejen zajímavým, ale také praktickým).

¹⁸ DAVID R., BRIERLEY J. C.: *Op.cit.*, str. 107.

¹⁹ Rozlišování vytvořeno F. von Savigny a G. Puchtou. Srov. ALEXY R., DREIER R.: *Precedent in the Federal Republic of Germany*, In: Mac Cormick D. N., Summers R. S. /ed./: *Interpreting Precedents – A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot 1997, str. 46. Tomu do jisté míry koresponduje rozlišování autonomních a neautonomních pramenů práva uváděné níže.

²⁰ KNAPP V.: *Teorie práva*, C. H. Beck, Praha 1995, str. 129.

²¹ Srov. výklad o autonomním a neautonomním prameni práva níže.

²² KNAPP V.: *Op.cit.*, str. 131.

²³ GERLOCH A.: *Teorie práva, Dobrá voda, Pelhřimov 2000*, str. 44.

ní, nikoliv však nezbytně též jako formální prameny práva.²⁴ Předností tohoto rozlišování je podle mého názoru zejména to, že „materiální“ pramen práva je pojímán v jiném smyslu než jak to činí (nutno říci tradičně) česká právní věda, která, jak již bylo uvedeno, pod materiálním pramenem práva chápe historické determinanty právo tvorby.

Tento pohled Alexyho a Dreiera je v plném souladu s judikaturou Evropského soudu pro lidská práva. Evropský soud v uvedeném smyslu rozlišuje pohled na právo ve formálním a na právo v materiálním smyslu (v materiálním smyslu je právem vše, z čeho lze usoudit na obsah práva ve společnosti skutečně působícího, zejména pak také určitá doktrinární díla a relevantní judikatura).²⁵

V roce 1992 bylo v jednom z francouzských případů stěžovatelem i Komisí argumentováno, že čl. 8 odst. 2 Úmluvy ve slovech „stanoveno právem“ (anglicky „prescribed by law“)²⁶ mívá v případě kontinentálních zemí toliko na právní předpis. Podle těchto argumentů je sice pravda, že například v kauze *Sunday Times* z roku 1979 Evropský soud pod termín „právo“ zahrnul nejenom právo psané, ale též právo nepsané, konkrétně anglické *judge-made law*, zde však šlo toliko o výjimku vzhledem k specifiku Anglie jako státu *common law*. Na tyto argumenty Soud odpověděl, že je především věcí národních orgánů, zejména pak soudů, vykládat a aplikovat domácí právo. Ustálenou judikaturu pro tyto účely nelze přehlížet. Podle Soudu „by bylo chybou zveličovat rozdíly mezi zeměmi *common law* a kontinentálními státy. Právní předpisy jsou samozřejmě důležité i v zemích *common law*. Naopak soudcovské právo tradičně hraje mimořádně důležitou roli v kontinentálních zemích, a to v takové míře, že celá právní odvětví jsou nezávisle vytvářeny rozhodnutí soudů ... Pokud by bylo soudcovské právo na kontinentu přehlíženo, tento Soud by podkopával základy právního systému kontinentálního státu stejně tak jako by v rozhodnutí *Sunday Times* ze dne 26. dubna 1979 byly „vyvráceny samotné kořeny“ právního systému Spojeného království, pokud by bylo *common law* vyloučeno z pojmu „právo“. Ve sféře regulované psaným právem je „právo“ účinný právní předpis v podobě,

jak jej soudy interpretovaly, a to popřípadě i ve světle společenského vývoje, pokud to bylo nezbytné.“²⁷

II.1 JUDIKATURA PŮSOBÍCÍ JAKO PRÁVNÍ OBYČEJ?

Ve vztahu k judikatuře bývá někdy argumentováno tím, že ta se může stát pramenem práva pouze jako obyčej. Tyto názory jsou (zejména v německy mluvících zemích) ovlivněny Bernhardem Windscheidem, představitelem pozdního směru historickoprávní školy a pojmové jurisprudence. Ten ve svých pracích na konci devatenáctého století rozlišoval dva základní prameny práva, zákon a právní obyčej. Ustálená judikatura se může stát pramenem práva jen jako právní obyčej, a pochopitelně toliko tehdy, pokud splňuje definiční znaky obyčejového práva, tj. *longa consuetudo a opinio necessitatis*.²⁸ Podobně ve francouzském právu existuje názor, že judikatura může získat znaky pramene práva toliko tehdy, pokud splňuje znaky ustálené judikatury a tudíž vlastně tvoří zvláštní subkategorii právního obyčeje.²⁹

Tato „obyčejová“ teorie má však závažné mezery,³⁰ neboť paradoxně by se měly pramenem práva stávat zejména letité a ustálené judikáty, což ovšem s praxí (a podle mého názoru ani s racionální teorií precedentu) vůbec nekoresponduje. Pokud tato teorie měla snad určitou relevanci ve století devatenáctém, nemůže mít širší uplatnění na přelomu století dvacátého a dvacátého prvního. Na rozdíl od angloamerické právní teorie, kde desítky i stovky let staré precedenty mají v zásadě teoreticky stejnou (nebo dokonce větší) normativní sílu jako precedenty zcela nedávné, na kontinentu právě letitost precedentu může být někdy důvodem pro jeho překonání.

Naopak jisté srovnání s obyčejovým právem připouští právní principy. Český Ústavní soud³¹ připodobnil poznatelnost obecných principů právních práve obyčejům. Pro právní obyčej i pro právní princip jsou určující dva aspekty – přesvědčení o nutnosti udržovat obecné pravidlo chování (*opinio necessitatis*) a dále jeho zachování po dlouhou dobu (*usus longaevis*, resp. *longa consuetudo*).³² Hlediskem odlišujícím

²⁴ ALEXY R., DREIER R.: Precedent in the Federal Republic of Germany, In: Mac Cormick D.N., Summers R.S. /ed./: Interpreting Precedents – A Comparative Study, Dartmouth, Aldershot 1997, str. 46.

²⁵ *Kruslin v. Francie* (16. 12. 1992), *Huwig v. Francie* (16. 12. 1992), *Kopp v. Švýcarsko* (25. 3. 1998).

²⁶ Charakteristické v této souvislosti je, že český překlad tohoto termínu jako „zákon“ je nesprávný (srov. publikovanou Úmluvu pod č. 209/1992 Sb.).

²⁷ *Kruslin v. Francie* (16. 12. 1992).

²⁸ ALEXY R., DREIER R.: *Op.cit.*, str. 42.

²⁹ TROPER M., GRZEGORCZYK CH.: Precedent in France, In: Mac Cormick D. N., Summers R. S. /ed./: Interpreting Precedents – A Comparative Study, Dartmouth, Aldershot 1997, str. 130.

³⁰ Nesouhlasí s ní z jiných důvodů než zde podávám ani A. PECZENIK (On Law and Reason, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1989, str. 331).

³¹ Nález Ústavního soudu České republiky publikovaný pod č. 30/1998 Sb. (Ústavní soud České republiky: Sbírka nálezů a usnesení, svazek 9., C. H. Beck, Praha 1998, str. 399 násl., nálež Pl. ÚS 33/97).

³² Podobně srovnává obecné principy právní s právem obyčejovým například práce VAN DE KERCHOVE M., OST F.: Le système

obecný princip a právní obyčej je pak podle tohoto názoru zejména míra jejich obecnosti. Toto přirovnání ovšem není zcela šťastné (ačkoliv obyčejové pravidlo i právní princip vykazují skutečně řadu shodných znaků), zejména uvážíme-li, že Ústavní soud odkazuje na údajnou tisíciletou existenci těchto principů v evropské právní kultuře. Chápeme-li obecné právní principy v takovémto pojetí, bylo by nutno jejich materii redukovat na vybrané principy římskoprávní a naopak by nebylo možno jako obecné právní principy aplikovat moderní principy právního státu (které ve skutečnosti Ústavní soud v praxi nalezá a aplikuje).

Komparaci právního principu s obyčejovým pravidlem teoreticky podporuje jiný náleží Ústavního soudu, v němž tento soud uvedl, že v našem právním řádu v případech, kdy poslední den lhůty připadne na sobotu, neděli nebo svátek, platí (pokud ovšem konkrétní právní norma výslovně nestanoví jinak) pravidlo, že posledním dnem lhůty se stává nejbližší následující pracovní den. Ústavní soud odkázal na svůj předchozí (právě citovaný) náleží a uvedl, že *jde o postup, který je považován za právní tradici vytvořené pravidlo, reálně umožňující právnímu subjektu v daném časovém limitu uplatnit jeho právo.*³³

III. MOŽNÁ ŘEŠENÍ TERMINOLOGICKÉ MNOHOZNAČNOSTI

Na příčiny problému spojeného s koncepcí formálního pramene práva upozorňuje P. Holländer. Podle něj právní norma má státem stanovenou nebo uznanou formu práva, je tedy obsažena v jedné z forem pramenů práva. Stanovení a uznání právních norem se může dít explicitně, tedy v ústavě nebo v jiném právním předpise, stejně jako faktickým způsobem, „*via facti*“, čili mocenskou aktivitou veřejných institucí, aniž by její výsledky systémem poznávacích pravidel (v Hartově terminologii) byly výslovně označeny jako právní normy.“ Tato skutečnost pak s sebou nese dichotomii mezi *law in books*, jehož formálním nositelem jsou prameny práva státem stanovené nebo alespoň uznané, a *law in action*, jehož formálním nositelem jsou prameny práva stanovené nebo uznané mocenskou aktivitou veřejných institucí.³⁴

Soudobé kontinentální názory, které k pojmu pra-

mene práva přistupují v širším a realističtějším pohledu, proto zpravidla zahrnují pod prameny práva nikoliv pouze ty zdroje, které stát formálně vytváří jako právo (popřípadě uznává jako právo co se týče obyčejového práva). Komplexnější pojetí tedy zahrnuje pod pojem právo též soudcovskou judikaturu, právní principy a obyčej nebo právní doktrínu. Jako takové jsou však tyto právně relevantní zdroje pojímány jako prameny práva svého druhu, často doplňované adjektivem „informativní“, „subsidiární“ atd.³⁵ Naproti tomu obecné právní principy bývají pokládány za pramen práva ve formálním slova smyslu.³⁶

R. David souhlasí s tím, že teoreticky zákonné právo v zemích kontinentální Evropy odpovídá pojmu práva vůbec a na první pohled je současně zjevně primární a téměř výlučný pramen práva. Ostatní zdroje tak zaujímají proti zákonnému právu postavení podřadnější a zdánlivě méně důležité než zákony, „pramen práva par excellence.“ Na druhou stranu redukce pramene práva na kontinentu pouze na prameny práva psaného je velmi vzdálená od reality. *Takováto doktrína totiž může být ideálem určité školy myšlení dominantní ve Francii 19. století, nikdy ale nebyla přijata zcela právní praxí.*³⁷ Celé právní instituty a dokonce často i celá právní odvětví byla na kontinentu vybudována toliko (nebo z velmi podstatné části) právem soudcovským, popřípadě právní doktrínou. Stejně tak nemůže být opomíjena role právního obyčeje, byť působícího zpravidla (nikoliv však výlučně) *secundum et intra legem*. V současné době nejproslulejší světoví komparatisté, Němci K. Zweigert a H. Kötz, uvádějí, že pokud je kritériem validity právní normy sociální realita, není pochyb o tom, že „všechny ty normy, které byly vytvořeny soudy a potvrzeny opakovanými rozhodnutími, mají úplnou kvalitu právních norem.“³⁸

III.1 AUTONOMNÍ A NEAUTONOMNÍ PRAMENY PRÁVA

Jako velmi vhodná se mi jeví koncepce navržená polskými teoretiky L. Morawským a M. Zirk-Sadowským,³⁹ kteří rozlišují autonomní a neautonomní prameny práva. *Autonomním pramenem práva* je jakákoliv norma nebo jiný standard, která může být samostatným základem soudcovského rozhodnutí, tedy nezávisle na jakémkoliv prameni jiném může stano-

juridique entre ordre et désordre, Paris 1988, angl. Legal System Between Order and Disorder, Oxford University Press, Oxford/New York 1994, str. 58 násl.

³³ Ústavní soud České republiky: Sběrka nálezů a usnesení, svazek 12., C. H. Beck, Praha 1999, str. 105 (náleží IV. ÚS 365/97).

³⁴ HOLLÄNDER P.: Nástin filosofie práva /úvahy strukturální/, Všehrd, Praha 2000, str. 29.

³⁵ ALEXY R., DREIER R.: *Op. cit.*, str. 45.

³⁶ Ve francouzské literatuře tak činí například Troper a Grzegorzcyk (*Op. cit.*, str. 124).

³⁷ DAVID R., BRIERLEY J. C.: *Op. cit.*, str. 102 násl. Podobně HOLLÄNDER P.: *Op. cit.* a další.

³⁸ ZWIEGERT K., KÖTZ H.: Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1996, angl. An Introduction to Comparative Law, Clarendon Press, Oxford 1998, str. 96.

³⁹ MORAWSKI L., ZIRK-SADOWSKI M.: Precedent in Poland, In: MacCormick D.N., Summers R.S. /ed./: Interpreting precedents: a comparative study, Dartmouth, Aldershot 1997, str. 233 násl.

vovat práva a povinnosti. *Neautonomní prameny práva* jsou takové, které nemohou být samostatným základem soudcovského rozhodnutí, tedy takové, z nichž nemůže nezávisle na jiném právně relevantním zdroji vyplývat právo a povinnost. Je jednoznačné, že soudní precedent může být v kontinentálním právu toliko neautonomním pramenem práva. Slovy V. Knappa judikatura v kontinentálním právu působí „vždy v souvislosti s právem psaným,“⁴⁰ ačkoliv tato souvislost může být velmi různého charakteru – někdy může jít o logické vyplývání z práva psaného, jindy může jít o souvislost toliko hypotetickou.⁴¹ Knappovu tezi bych doplnil toliko v tom směru, že výjimečně, zejména v situaci normativních mezer může soudní rozhodnutí působit i nezávisle na právu psaném, nikoliv však autonomně – zde se musí odvozovat z nepsaného právního principu.

V polském právu je podle L. Morawského a M. Zirk-Sadowského autonomním pramenem práva toliko zákon a mezinárodní smlouva. Z neautonomních pramenů práva autoři výslovně jmenují precedenty, „pravidla exegeze“ (tj. interpretační pravidla, pravidla právního uvažování atd.), názory právní doktríny, extralegální normy a principy, rozhodnutí zahraničních soudů a názory cizí právní doktríny.⁴² Osobně bych mezi neautonomní prameny pro náš systém doplnil právní obyčej a podzákoný právní předpis, operující vždy toliko v souvislosti se zákonem.

Podle mého názoru obecný právní princip může působit (a působí) v kontinentálním právním řádu jako autonomní pramen práva. To samozřejmě neznamená, že by jej bylo možno nalézat v nadoblačných sférách přirozeného práva. Pokud totiž vycházíme z toho, že právní princip lze racionálně rekonstruovat analýzou právního řádu, tedy vychází-li některé právní principy z funkcionálního pojetí právního řádu jako významového celku, 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 rekonstrukci 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 být právní řád funkčním a racionálním systémem.⁴³

Totéž platí o současných principech „nadpozitivního“ práva (k většímu rozboru tohoto teoreticky sporného pojmu tu není místo), dále o tzv. metanormách, tedy interpretačních pravidlech⁴⁴, popřípadě o principech vyplývajících z určitého hodnotového pojetí spravedlnosti vyskytujících se v určité kulturní oblasti (například princip ochrany dobré víry nebo zákaz zneužití práva), které vyplývají v prvé řadě ze společnosti a systému hodnot v této společnosti existujícího, a jsou tedy samostatným ideovým východiskem právního řádu.⁴⁵ Má-li mít distinkce mezi autonomním a neautonomním pramenem práva vůbec nějaký význam, nelze konstruovat autonomní pramen práva tak úzce, že by přinejmenším některé obecné právní principy neobsáhl.

Pokud odkáží na transformační teorii Peczenikovu,⁴⁶ autonomní povahu mají toliko ty principy, které se stávají součástí práva (tedy stávají se principy právními) procesem transformace „do práva“, nikoliv ty principy, které se stávají právem výlučně až na základě transformace „uvnitř práva.“

Pouze menšina právních principů má proto autonomní povahu. S ohledem na to lze tedy principy rozdělit na

- princip jako autonomní pramen práva (to ovšem nevyklučuje povinnost interpreta přesvědčivě justifikovat aplikaci principu),
- princip jako neautonomní pramen práva, který však nevyplývá toliko z určitého zákona, ale vztahuje se k celému právnímu odvětví nebo celému právnímu řádu a je relativně nezávislý na jednotlivých zákonech (v tom smyslu, že jeho výslovné vyloučení určitým zákonem neruší jeho právní existenci ve vztahu k dalším zákonům). Lze tedy hovořit o relativní autonomii takového principu ve vztahu k jednotlivým složkám právního řádu povahy autonomní, nikoliv ovšem k právnímu řádu jako významovému celku (ve vztahu k právu má takový princip povahu neautonomní). Judikatura tyto principy nalézá racionální rekonstrukci právního řádu nebo jeho relevantních částí
- princip jako neautonomní pramen práva, který vyplývá z určitého zákona (je normativním důsledkem určitého zákona).

⁴⁰ KNAPP V.: Soudcovská tvorba práva v socialistických zemích, Právník, sv. 108, č. 2/1969, str. 91.

⁴¹ Jak velmi výstižně poukazují Robert Alexy a Ralf Dreier, „z formálního hlediska jde o zákonné právo interpretované soudci; z materiálního hlediska je to precedentní právo kamuflované zákony.“ ALEXY R., DREIER R.: *Op.cit.*, str. 24 násl.

⁴² MORAWSKI L., ZIRK-SADOWSKI M.: *Op.cit.*, str. 233 násl.

⁴³ Srov. o těchto principech v poněkud jiném duchu KNAPP V.: Každý je způsobilý mít práva (Je každý k tomu způsobilý?), Právník, sv. 133, č. 2/1994, str. 99.

⁴⁴ AARNIO A., ALEXY R., PECZENIK A.: The Foundation of Legal Reasoning, *Rechtstheorie* sv. 12, 1981, str. 157.

⁴⁵ K těmto principům jako pramenům práva srov. VAN HOECKE M., WARRINGTON M.: Legal Cultures, Legal Paradigms, and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law, *International and Comparative Law Quarterly*, sv. 47, 1998, str. 519.

⁴⁶ AARNIO A., ALEXY R., PECZENIK A.: *Op.cit.*, str. 137 násl., PECZENIK A.: On Law and Reason, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1989, str. 226 násl.

Toto mé stanovisko odpovídá názoru českého Ústavního soudu, podle něhož v systému psaného práva může mít právní zásada charakter samostatného pramene práva pouze *praeter legem* (tedy autonomní a na psaném právu nezávislý právní princip). Není-li v daném případě zákonem stanovena výjimka (resp. výjimka je stanovena způsobem nekonformním s ústavním řádem), je nutno aplikovat relevantní zásadu.⁴⁷

IV. ALTERNATIVY VŮČI KLASICKÉMU POJMU PRAMENE PRÁVA

Domnívám se, že v zásadě lze koncepci formálního pramene práva členit na to, zda se pramen práva pojímá z hlediska statického (jakožto reprezentativní příklad je možno odkázat na shora podanou definici Knapppovu) nebo z hlediska aplikační praxe. Rozhodujícím faktorem je tedy perspektiva, z níž pozorujeme právní řád a činnost soudce: zda z hlediska vnějšího pozorovatele nebo z hlediska aktéra právního diskursu.⁴⁸ Ve složitých případech aplikace práva je statický pramen práva pro aplikační praxi téměř zbytečný, resp. neodpovídající na otázku, kde má soudce hledat řešení toho, co je po právu a co je v rozporu s právem. Zatímco pojem pramene práva z hlediska statického je významný zejména propedeuticky a z pohledu legislativního (mimo jiné má tento termín souvislosti s klasickým pojetím závaznosti), pojem pramene práva z hlediska aplikační praxe vychází z toho, co mají soudcové (a jiné osoby právo aplikující) brát jako právně relevantní faktor pro své rozhodnutí.⁴⁹

Příkladem pojetí pramene práva z perspektivy soudce, tedy z hlediska aplikační praxe, je doktrína

španělského autora L. M. Soriana, který přistupuje na soudcovskou perspektivu přístupu k právu a pojem pramene práva chápe jako „právní argumenty užívané soudci k ospravedlnění jejich rozhodnutí.“ Aplikováním práva soudci rozhodují konkrétní věci, přičemž podávají argumenty nebo důvody, které podporují určité konkrétní závěry. Obsah soudcovského rozhodování je tak převážně argumentační. Proto je nutno podle Soriana tradiční doktrínu pramene práva opustit a pokusit se vysvětlit jádro tohoto termínu nikoliv prostřednictvím závaznosti pramene práva nebo uznání pramene práva určitým právním systémem, ale obsahem aplikačního procesu.⁵⁰

Je třeba říci, že pojem pramene práva, navržený Sorianem, nevyžaduje nutně vůbec to, aby takto pojímané standardy byly pramenem práva nazývány. Zcela nejnovější trend v západoevropské právní teorii a filozofii tak termín pramene práva pro jeho vágnost opouští a namísto toho přihlíží zejména k aplikační praxi a operuje s rozlišováním materiálů užívaných soudci na zdroje, které je nutno aplikovat vždy („*must sources*“) a případně další zdroje soudcovské argumentace.⁵¹

Typické je, že soudcové i jiné aplikační orgány v jednoduchých případech, tedy v případech, které není možno hodnotit jako složité případy aplikace práva, vystačí pouze s prvním z obou uvedených zdrojů. To však není důvodem pro to, aby soudcové vystačili s obligatorním zdrojem práva v jakémkoliv, a to i složitém případě aplikace práva, ani to není důvodem pro redukované pojetí práva toliko na bezpodmínečně aplikované zdroje. Uvedené rozlišování vychází z členění navrženého A. Peczenikem, které podrobím zevrubnější analýze.

⁴⁷ Srov. nálezy Ústavního soudu České republiky publikované pod č. 30/1998 Sb. (Ústavní soud České republiky: Sběrka nálezů a usnesení, svazek 9., C. H. Beck, Praha 1998, str. 399 násl. (nálezy Pl. ÚS 33/97).

Že nejde o nějakou doktrínální, ale v praxi nepoužitelnou tezi, ale naopak pravidlo v praxi aplikované, dokazuje např. rozhodnutí Vrchního soudu v Praze:

„V řízení před správními orgány platí obecná právní zásada *ne bis in idem*; lze ji dovodit z principu materiální právní moci. Ten v sobě zahrnuje i nezměnitelnost rozhodnutí, tj. nenarušitelnost vzniklých, změněných nebo zaniklých hmotněprávních subjektivních oprávnění či povinností. To platí bez ohledu na to, zda procesní předpis zákaz dvojího projednání explicitně stanoví (srv. např. § 159 odst. 3 o.s.ř.), nebo nikoli.“ (Sp. zn. 6A 146/92, Správní právo 4/1994, č. 44, str. 225 násl.).

⁴⁸ PAVČNÍK M.: Bewahrung von Recht in gesellschaftlichen Umbrüchen, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, sv. 86, 4/2000 nebo ALEX Y R.: Law and Correctness, In: Freeman M. D. A.: Current Legal Problems, Volume 51 (Legal Theory at the End of the Millennium), Oxford University Press, Oxford / New York 1998, str. 205 násl., též: A Defence of Radbruch's Formula. In: Dyzenhaus D./ed./: Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order, Hart Publishing, Oxford 1999, str. 15 násl. Tato koncepce má původ již v Hartově práci Concept of Law (Hart H. L. A.: *Op. cit.*, str. 89 násl.).

⁴⁹ Velmi trefně na to poukazuje A. PECZENIK, když říká, že „Herkules nebo archanděl mohou mít koherentní holistické soudy na jakoukoliv morálně relevantní otázku, ale lidská bytost potřebuje pomoc sociálních institucí, mezi nimi právních norem a precedentů, závazných *de iure* či nikoliv.“ (PECZENIK A.: The Binding Force of Precedent, In: McCormick D. N., Summers R. S. /ed./: Interpreting precedents: a comparative study, Dartmouth, Aldershot 1997, str. 472).

⁵⁰ SORIANO L. M.: The Use of Precedents as Arguments of Authority, Arguments ab exemplo and Arguments of Reason in Civil Law Systems, Ratio Juris, sv. 11, 1998, str. 92. Pro srovnání je nutno podotknout, že ve španělském právu je pramen práva vymezen pozitivněprávně jako právní předpis, obyčej a obecné principy práva (čl. 1.1 občanského zákoníku).

⁵¹ WRÓBLEWSKI J.: Sadowe stosowanie prawa, angl. The judicial application of law, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1992, str. 85.

IV.1 PECZENIKOVA KONCEPCE PRÁVNĚ
RELEVANTNÍCH ZDROJŮ JAKOŽTO
TEORETICKÉ VÝCHODISKO PRO
OMEZENÍ UVÁŽENÍ SOUDCE
VE SLOŽITÉM PŘÍPADU
APLIKACE PRÁVA

Je specifickým rysem právního diskursu, že právní diskurs je na rozdíl od obecného diskursu omezen zákony, precedenty (v právu common law podle tamní ideologie ve formalizované podobě a v diskursivní formě v kontinentálním právním systému⁵²), právní dogmatikou, v případě soudního řízení také procesními normami atd. Proto také právní diskurs je nutno odlišovat od obecného diskursu jako diskurs zvláštní.⁵³ Jednoduše řečeno: obsah právní argumentace je vázán zákony a v jiném smyslu (rovněž v kontinentálním prostředí) precedenty, přičemž právník současně musí obecně dodržovat systém vyvinutý právní dogmatikou, což právní argumentaci odlišuje od jakékoliv jiné racionální argumentace.⁵⁴

Podle mého názoru je tedy možno říci, že rozhodnutí soudce ve složitém případě aplikace práva je determinováno normativním způsobem následujícími faktory:

- a) platnými právními normami včetně interpretačního aparátu příslušného právního řádu, které soudce zavazují a poskytují mu právní základ pro rozhodnutí,
- b) heterogenní skupinou sestávající z různě působících zdrojů poskytovaných a zprostředkovaných právní kulturou, v níž soudce rozhoduje (zejména aparátem vytvářeným právní doktrínou, precedenty, ať již formálně závaznými nebo jinak relevantními, převládající ideologií aplikace práva, znalostí a akceptací extralegálních axiologických systémů atd.)⁵⁵

Uvedená široce pojatá charakteristika determinace rozhodnutí naráží na problém ustálené koncepce vázanosti soudce v kontinentálním právním prostředí. Podle této koncepce je soudce vázán toliko zákonem, přičemž aplikace jakýchkoliv dalších standardů odvisí od

jeho úvahy (aplikovat je zajisté může, ale také nemusí). Převažující část naší právní teorie zůstává ovlivněna tímto restriktivním pojetím juspozitivistického chápání zákona jako jediného právně relevantního zdroje.⁵⁶ Uvedené pojetí je však problematické z následujících důvodů:

1. řeší toliko problematiku aplikace práva v jednoduchých případech, ponechává však soudce bez jakéhokoliv normativně působícího argumentačního aparátu v situaci složitého případu aplikace práva
2. opomíjí, že koncepce konstitucionalizace právního řádu, vytvořená v Evropě po roce 1945, implikuje pronikání extralegálních standardů do práva i v situaci, kdy právní předpis rekurz na extralegální systém neobsahuje
3. z teoretického hlediska je případnější hovořit v situaci, kdy psané právo odkazuje na extralegální systémy (dobré mravy, spravedlnost, atd.) nikoliv o „přeměně těchto norem v pozitivní normy právní“⁵⁷, ale o „místech průniku“ těchto standardů do pozitivního práva⁵⁸ a o relativizaci hranic pozitivního práva a extralegálních systémů

Z uvedených důvodů se mi jeví jako nezbytné rozšířit množinu právně relevantních zdrojů o další standardy a elementy ve srovnání s tím, co umožňuje klasická právní teorie se svým nic neřešícím pojetím rigidního pojetí závaznosti. Jde tedy o relativizaci restriktivního pojetí závaznosti a pramene práva. Proti striktnímu pojetí závaznosti brojí i soudobá teorie práva. R. Dworkin např. říká, že „je zcela stejné říci, že soudce má ve složitých případech právní normy možnost uvážení v tom smyslu, že není vázán jakýmkoliv standardy majícími autoritu práva, jako říci, že jakékoliv právní standardy odlišné od právních norem, které soudce v rozhodnutí užívá, pro něj nejsou závazné,“⁵⁹ což podle Dworkina není představitelné.

Velmi ucelenou koncepci alternativy vůči rigidnímu pojetí závaznosti a pramene práva podává A. Peczenik, který rozděluje právně relevantní zdroje na čtyři základní kategorie, totiž na ty, které musí soudce užít,

⁵² Tak lze podle mne hodnotit koncepci normativního přesahování judikatury obecných soudů v systému kontinentálním. Srov. v podrobnostech KÜHN Z.: Nová koncepce normativity judikatury obecného soudnictví na pozadí rozhodnutí Ústavního soudu, Právní rozhledy, sv. 9, č. 6/2001, str. 265 násl.

⁵³ Blíže ALEXY R.: Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Suhrkamp Verlag, 1978, angl. A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification, Clarendon Press, Oxford 1989, str. 33 násl.

⁵⁴ Srov. ALEXY R.: The Special Case Thesis, Ratio Juris, sv. 12, 1999, str. 375 násl.

⁵⁵ Srov. WRÓBLEWSKI J.: *Op.cit.*, str. 324–5.

⁵⁶ Srov. jako reprezentativní ukázkou Knapp V.: Theorie práva, C. H. Beck, Praha 1995.

⁵⁷ „V případě, že by samo pozitivní právo delegovalo určité metaprávní normy (normy ethické, zásadu spravedlnosti atd.), nastala by přeměna těchto norem v pozitivní normy právní.“ (KELSEN H.: Ryzí nauka právní /Metoda a základní pojmy/, Orbis, Praha – Brno 1933, str. 44).

⁵⁸ BVerfGE 7, 198 (206), Lüth.

⁵⁹ DWORKIN R.: Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Cambridge / Massachusetts 1999, str. 34.

aby bylo vůbec možno hovořit o jeho rozhodnutí jakožto o rozhodnutí založeném na právním řádu (tzv. *must sources*), dále pak na ty, které by měl soudce užít, aby jeho rozhodnutí bylo racionální, koherentní a konzistentní s právem v širším významovém smyslu (*should sources*) a konečně na ty, které soudce smí užít, neboť poskytují jeho argumentaci větší váhu než v případě, pokud tyto argumenty nepoužije (*may sources*). K výčtu lze doplnit také zdroje, které nelze při právní argumentaci užít (*may not sources*).⁶⁰

Rozdíl mezi zdroji, které soudce musí použít a zdroji, které má soudce použít, leží ve váze jejich normativního působení. Zatímco soudce má „silnou povinnost“ aplikovat zdroj, který musí použít, má „slabou povinnost“ aplikovat zdroj, který by měl použít.⁶¹ Opomenout aplikaci právního zdroje, který by měl být použit, znamená chybu, i když nespojenou s tak závažnou sankcí, jako by bylo opomenutí aplikovat zdroj, který musí být použit. Zatímco sankcí korespondující neaplikování prvního zdroje je vadnost takového rozhodnutí, které je vydáno v rozporu s právem, je protiprávní a jako takové bude zrušeno, sankcí korespondující neaplikování zdroje, který by měl být soudcem použit, je skutečnost, že může být (a zásadě by mělo být) v instančním postupu zrušeno. V právní praxi je typické, že se oba (různě normativně silné) zdroje často chovají velmi obdobným způsobem. Názory uvedené v předchozích soudcovských rozhodnutích, doktríně atd. mohou prakticky působit obdobně (ne-li stejně nebo dokonce někdy i silněji) než zdroje, které musí být použity.

V právu SRN Alexy a Dreier považují za zdroje, které musí soudce použít, právní předpis, mezinárodní smlouvy (jsou-li recipovány do vnitrostátního právního řádu) a obyčejové právo (pokud splňuje požadavky na něj kladené), v jiném smyslu pak soukromoprávní úkony posuzované soudcem v daném případě. Zdroje, které by měly být aplikovány, se skládají zejména z precedentů, obecně akceptovaných doktrinárních názorů a legislativních materiálů. Řada dalších právně významných standardů a právních elementů smí být použita, neboť zvyšuje legitimitu a přesvědčivost soudcovského rozhodnutí. Naopak zdroje, které by neměly být soudcem použity, je možno rozdělit na dva druhy, a to na ty, které by neměly být aplikovány

z formálních a na ty, které by neměly být aplikovány z materiálních důvodů. Z materiálních důvodů nelze aplikovat v právním řádu demokratického státu například princip apartheidu nebo princip vlády jedné strany, z formálních důvodů je nepřipustné aplikovat vše, co by mohlo narušit soudcovu povinnost dodržovat „zákony a právo“, jakož i závazek soudcovské neutrality.⁶²

Naopak v právní kultuře anglického common law se za zdroje, které musí být vždy aplikovány, považuje text právního předpisu, který má být použit, mezinárodní smlouvy závazné pro Spojené království a soudní precedenty. Materiály, které mají nebo mohou být použity, jsou jiné části relevantního zákona (nikoliv tedy části přímo se kauzy dotýkající), zákony upravující obdobné instituty v minulosti (historická komparace), historie vzniku zákona, precedenty, které nemají povahu autoritativního rozhodnutí pro danou kauzu, znalost toho, čemu měl zákon zamezit a právní doktrína.⁶³ Pro kontinentálního právníka je tedy signifikantní, že precedent spadá do první kategorie. Kromě toho je pozoruhodný poněkud kazuističtější výčet (zejména podané rozlišení tří různých typů aplikovatelného zákoného práva).

Peczenikova terminologie se stává v devadesátých letech tohoto století velmi populární,⁶⁴ ačkoliv jistě i ona může být a je předmětem kritiky. Na prvním místě by bylo možno uvést, že není dostatečně široká, neboť nezahrnuje velmi důležité a soudci užívané typy argumentů: obsahové a hodnotové úvahy. A. Peczenik si je této skutečnosti vědom a proto tento typ argumentů výslovně klade mimo svou klasifikaci, neboť tento typ argumentu je kvalitativně odlišný, nezpůsobitelný ani komplexní hierarchizace.⁶⁵ Stejně tak by ovšem jistě bylo možno říci, že příliš velká extenze právně relevantních zdrojů činí pojem práva neuchopitelným. Nedomnívám se, že by tato kritika měla svou relevanci. Právo je zejména u vědomí vysoké komplexity soudobé společnosti jednoduše uchopitelné toliko v jednoduchých případech, ale ve složitých a obtížných případech je uchopitelné jen velmi obtížně.

Další možná kritika je jistým převrácením Peczenikovy koncepce. R. Dreier a R. Alexy rozlišují mezi zdroji, které musí být použity a zdroji, které mohou být použity, tak, že zdrojem, který musí být použit, je

⁶⁰ PECZENIK A.: *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1989, str. 319 násl.

⁶¹ *Ibid.*, str. 321.

⁶² ALEXY R., DREIER R.: *Statutory Interpretation in Germany*, In: Mac Cormick D. N., Summers R. S. /ed./: *Interpreting Statutes – A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot 1991, str. 91.

⁶³ BANKOWSKI Z., MACCORMICK D. N.: *Statutory Interpretation in the United Kingdom*, In: MacCormick D. N., Summers R. S. /ed./: *Interpreting Statutes – A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot 1991, str. 374 násl.

⁶⁴ Je například základem srovnávací práce špičkových světových autorů teorie práva (MACCORMICK D. N., SUMMERS R. S. /ed./: *Interpreting statutes: a comparative study*, Dartmouth, Aldershot 1991). Wróblewski pomocí ní rozlišuje minimum právní justifikace (odpovídající nutným zdrojům rozhodnutí), které *musí* v odůvodnění každý soudce poskytnout, aby na jeho rozhodnutí bylo možno vůbec hledět jako na rozhodnutí učiněné způsobem předpokládaným příslušným právním řádem a v jeho mezích. V systémech založených na psaném právu jde obvykle o specifikaci normativního a skutkového základu rozhodnutí. Velkou řadu dalších standardů by soudce *měl* ve svém rozhodnutí užít, neboť to přispívá k celkové koherenci a přesvědčivosti rozhodnutí. Blíže WRÓBLEWSKI J.: *The judicial application of law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1992, str. 38.

⁶⁵ PECZENIK A.: *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1989, str. 329 násl.

nutno v užším smyslu rozumět materiály, které pokud jsou aplikovatelné, musí být použity v každém případě (bez zřetele na to, zda jde či nejde o jednoduchý případ aplikace práva). Ve složitém případě je však ve skutečnosti zdroj, který musí být aplikován, pojímán širším způsobem: jsou to „všechny materiály, které jsou nutné pro vyřešení konkrétní kauzy správným způsobem v určitém právním řádu.“⁶⁶ Ve složitém případě je tedy argument, který musí být aplikován v jakémkoliv případě (v našem pojetí argument formálním pramenem práva) jedním z mnoha argumentů (i když argumentem zásadním a teoreticky prvotním), které být aplikovány musí.

SUMMARY

There are a lot of established notions in the continental legal culture. One of them is the conception of sources of law. Nevertheless, author agrees with Kelsen who said about sources of law that it is the term with very uncertain meaning. It means that the use of this concept without clear definition is useless and even harmful.

First, the article deals with the different development of the concept of law and its sources in common law and continental law. It is possible to say that, in contrast with common law, the continental legal culture attempted to create systemic structure of legal sources, strictly rational, excluding unwritten sources of law.

The ideas of the French revolution were to create simple and rational legal order composed of statutes only. Those ideas, though still very basis of continental legal ideology, are extremely impractical from the standpoint of view of judge. It means that if we deal with law in the phase of its application, the classical notion of sources of law is a mere ideology, working only for easy cases. However, judge deciding a hard case needs further support in addition to statutes, in principle the „only“ source of law in classical continental view. It means there is no reason why not to implement legal principles, customs, precedents and doctrine interpreting law in broader sense as a part of law as well.

One of the ways how to reflect social reality is the notion of „autonomous“ and „non-autonomous“ sources of law (Polish authors L. Morawski and M. Zirk-Sadowski) or „Scandinavian“ conception of „must-sources“, „should-sources“, „may-sources“ and „may-not sources“ (A. Peczenik). The article deals with both of them. The author think that at least some legal principles must be considered to be autonomous source of law, as they do not depend on specific legal order, but on society as a whole. There are some principles that can be considered as a very pre-conditions of every effective legal order (e.g. principle Pacta sunt servanda and its variations), some principles relating to „supra-positive“ law under modern constitutions, principles implicit in value concept of justice prevailing in the society (e.g. principles of good faith or prohibition to abuse one's rights).

⁶⁶ ALEXY R., DREIER R.: Statutory Interpretation in Germany, In: Mac Cormick D. N., Summers R. S. /ed./: Interpreting Statutes - A Comparative Study, Dartmouth, Aldershot 1991, str. 91.