

# Teorie mezer a dotváření práva

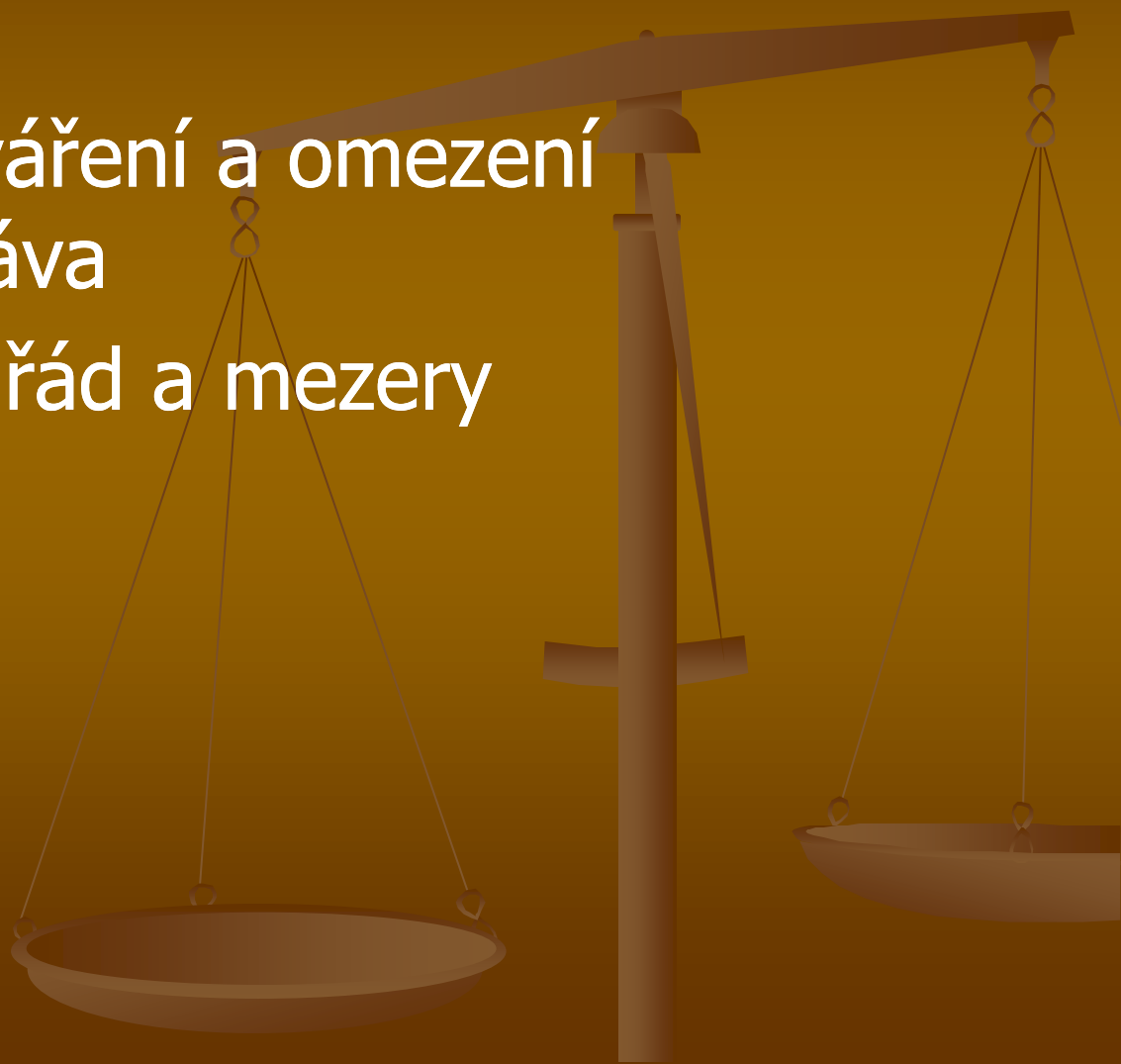


JUDr. Lukáš Hlouch, Ph.D.

Katedra právní teorie PrF MU v Brně

# Obsah

- I. Teorie mezer
- II. Nástroje dotváření a omezení dotváření práva
- III. Český právní řád a mezery

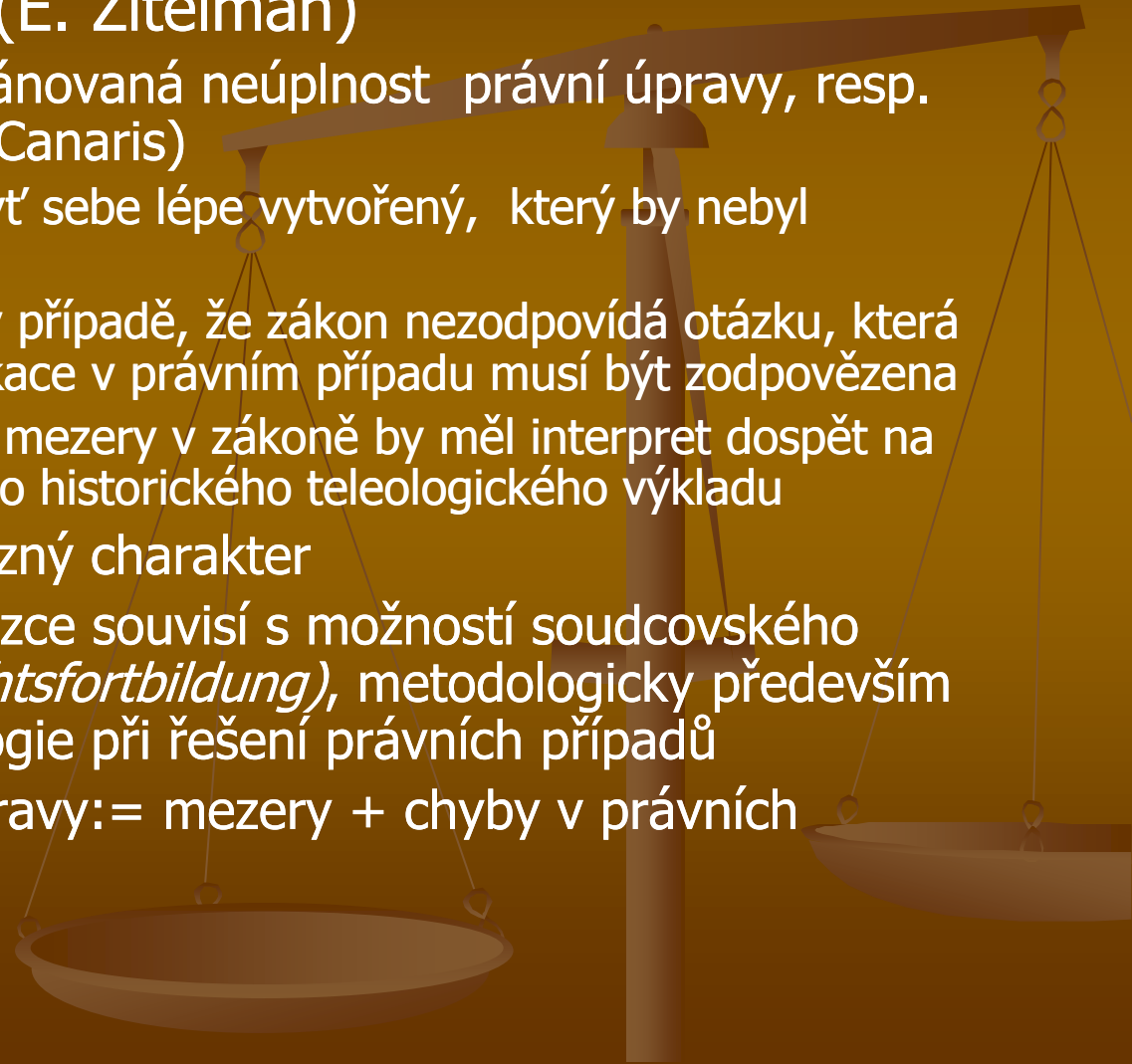


# Teorie mezer

- souvisí s představou systému práva (pavučina bez mezer, anebo pavučina „s mezerami“)
  - postulát úplnosti práva x postulát dotváření práva volními akty jeho interpretů
  - střet právních ideologií
    - **kognitivismus vs. non-kognitivismus** (decisionismus, voluntarismus)
- mezery v právu vs. mezery v zákoně
  - jde o teoretické, nikoliv legální pojmy
  - **mezera v právu** = existují společenské vztahy vůbec právem neupravené
  - **mezera v zákoně** = právem jsou v určitém smyslu upraveny veškeré společenské vztahy jako dovolené či zakázané, ale u některých není výslovná zákonná právní úprava
    - mezera v právu, která by nebyla zároveň mezerou v zákoně, neexistuje
    - plánovanost či neplánovanost neúplnosti právní úpravy z hlediska záměru zákonodárce lze posoudit pouze jako mezeru v zákoně, nikoliv v právu

# Teorie mezer

- Ad mezery v zákoně (E. Zitelman)
  - obecný význam: neplánovaná neúplnost právní úpravy, resp. zákonodárství (C. W. Canaris)
    - neexistuje zákon, byť sebe lépe vytvořený, který by nebyl mezerovitý
    - o mezeru se jedná v případě, že zákon nezodpovídá otázku, která za účelem jeho aplikace v právním případě musí být zodpovězena
    - k závěru o existenci mezery v zákoně by měl interpret dospět na základě subjektivního historického teleologického výkladu
  - mezery mohou mít různý charakter
  - problematika mezer úzce souvisí s možností soudcovského dotváření práva (*Rechtsfortbildung*), metodologicky především s užitím metody analogie při řešení právních případů
  - Nedostatky právní úpravy := mezery + chyby v právních předpisech



# Teorie mezer

## ■ filosoficko-právní kontext

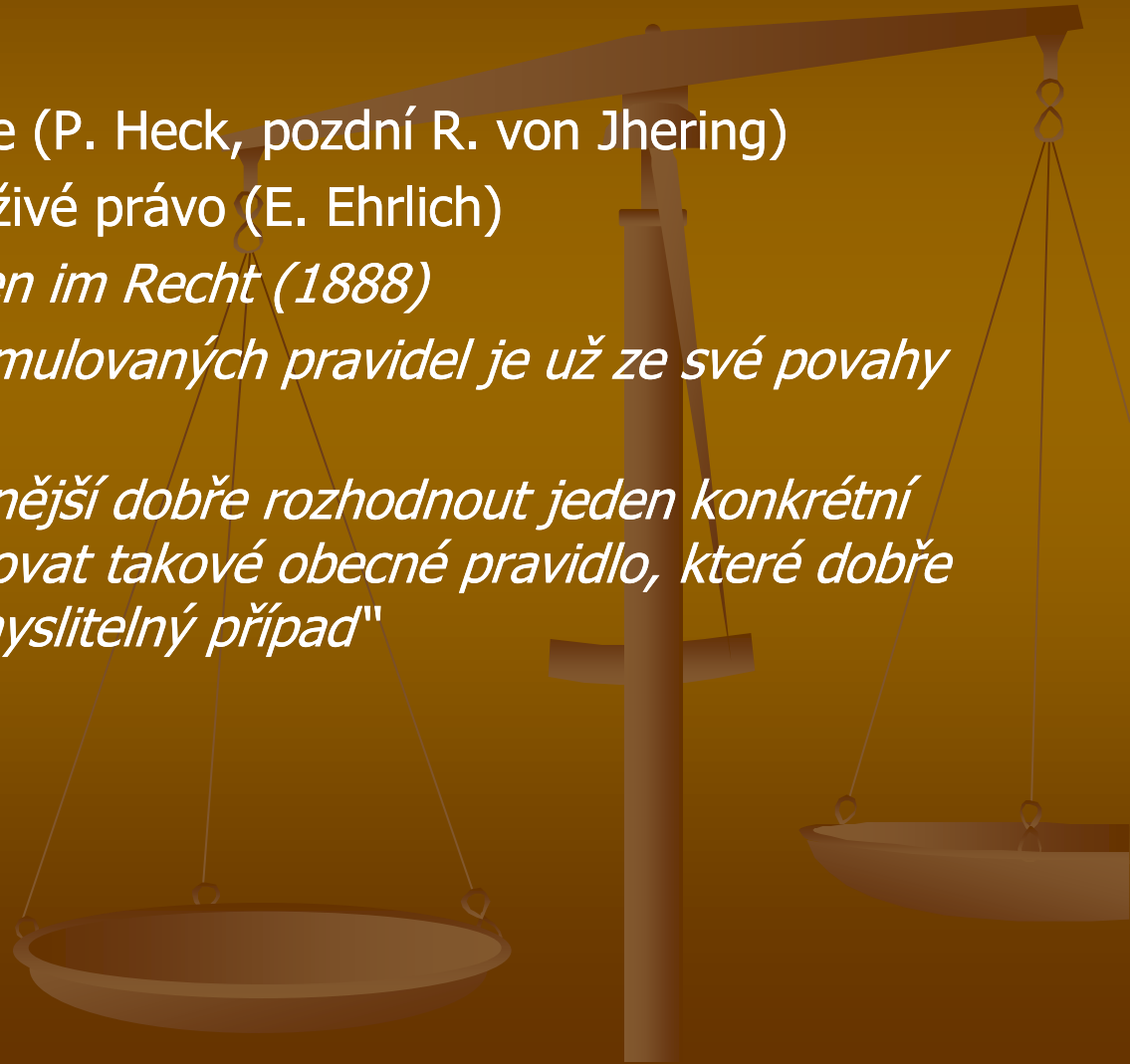
- pojem „mezery“ se zrodil v moderní podobě v období velkých civilních a trestních kodifikací (Code Civil, ABGB, ZGB, bavorské kodexy, pruský kodex) – přelom 18. a 19. století, které s sebou přinesly předpoklad **úplnosti práva**
  - vznik i dalších postulátů moderní normotvorby:
    - konzistence
    - srozumitelnost (i pro laiky)
  - francouzská a rakouská právní exegeze
    - mezery, rozpory a neurčitosti jsou jen zdánlivé a jsou překonatelné exegetickými (deduktivními, formalistickými)
    - kult textu zákona, který má jediný správný význam (Rau, Aubry)

# Teorie mezer

- „protikodexové hnutí“ - F. C. von Savigny (německá historickoprávní škola)
  - mluvil o mezerách v kontextu požadavku úplnosti práva
  - zákon však nemůže deduktivně uzavřít právo jako úplný systém
  - dva způsoby vyplnění mezery:
    - a) odkazem na přirozenoprávní zásady
    - b) samodotvoření pozitivního práva (organická tvůrčí síla systému práva)
  - v obou případech jde o analogii, která není pouhým logickým vztahem, nýbrž vyplývá právě z organické souvislosti uvnitř práva samotného
  - obdobně se ke kodexům stavěla i pandektistika (romanisté)

# Teorie mezer

- Rozvoj teorie mezer této teorie na přelomu 19. a 20. století
  - zájmová jurisprudence (P. Heck, pozdní R. von Jhering)
  - sociologické teorie - živé právo (E. Ehrlich)
    - článek *Über Lücken im Recht (1888)*
    - „každý soubor formulovaných pravidel je už ze své povahy neúplný“
    - „je mnohem snadnější dobře rozhodnout jeden konkrétní případ než formulovat takové obecné pravidlo, které dobře rozhodne každý myslitelný případ“



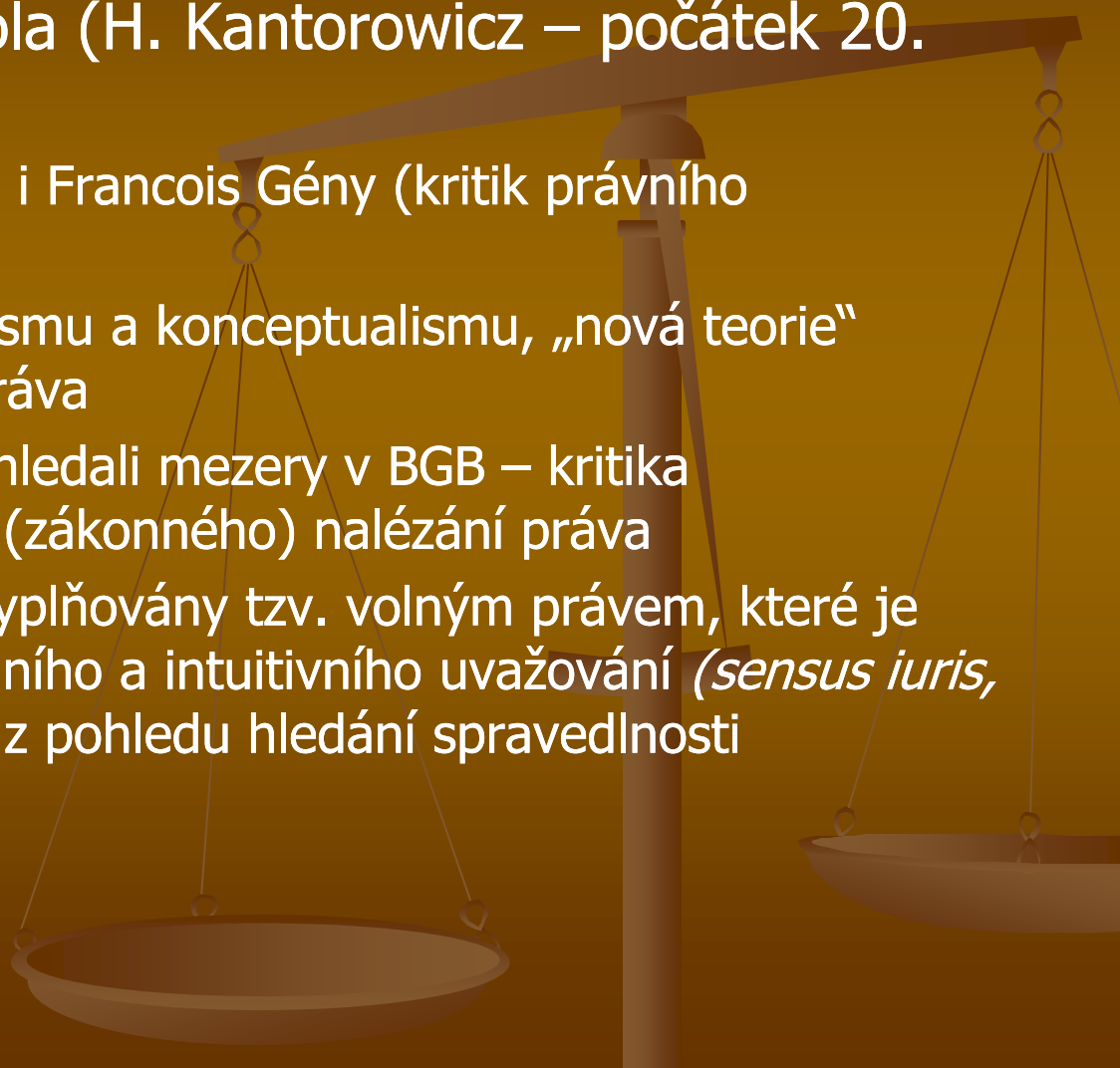
# Teorie mezer

- přednáška Ernsta Zitelmana (1903) **Lücken im Recht**
  - někdy je považován za hlavního inspirátora teorie mezer
  - BGB nedává odpovědi na některé právní otázky
  - každé právo má mezery, je možné je vyplnit pomocí právní vědy
  - nerozlišoval mezi **mezerami v zákoně** a **mezerami v právu**
  - **rozlišení pravých a nepravých mezer**
    - **pravá mezer**a = úplná absence právní úpravy
    - **nepravá mezer**a = teleologická či hodnotová mezera způsobená nevhodnou, nejasnou či neurčitou formulací zákona



# Teorie mezer

- volnoprávní škola (H. Kantorowicz – počátek 20. století)
  - blízko k ní měl i Francois Gény (kritik právního klasicismu)
  - kritika textualismu a konceptualismu, „nová teorie“ přirozeného práva
  - volnoprávníci hledali mezery v BGB – kritika „technického“ (zákonného) nalézání práva
  - mezery jsou vyplňovány tzv. volným právem, které je produktem volního a intuitivního uvažování (*sensus iuris*, *Rechtsgefühl*) z pohledu hledání spravedlnosti



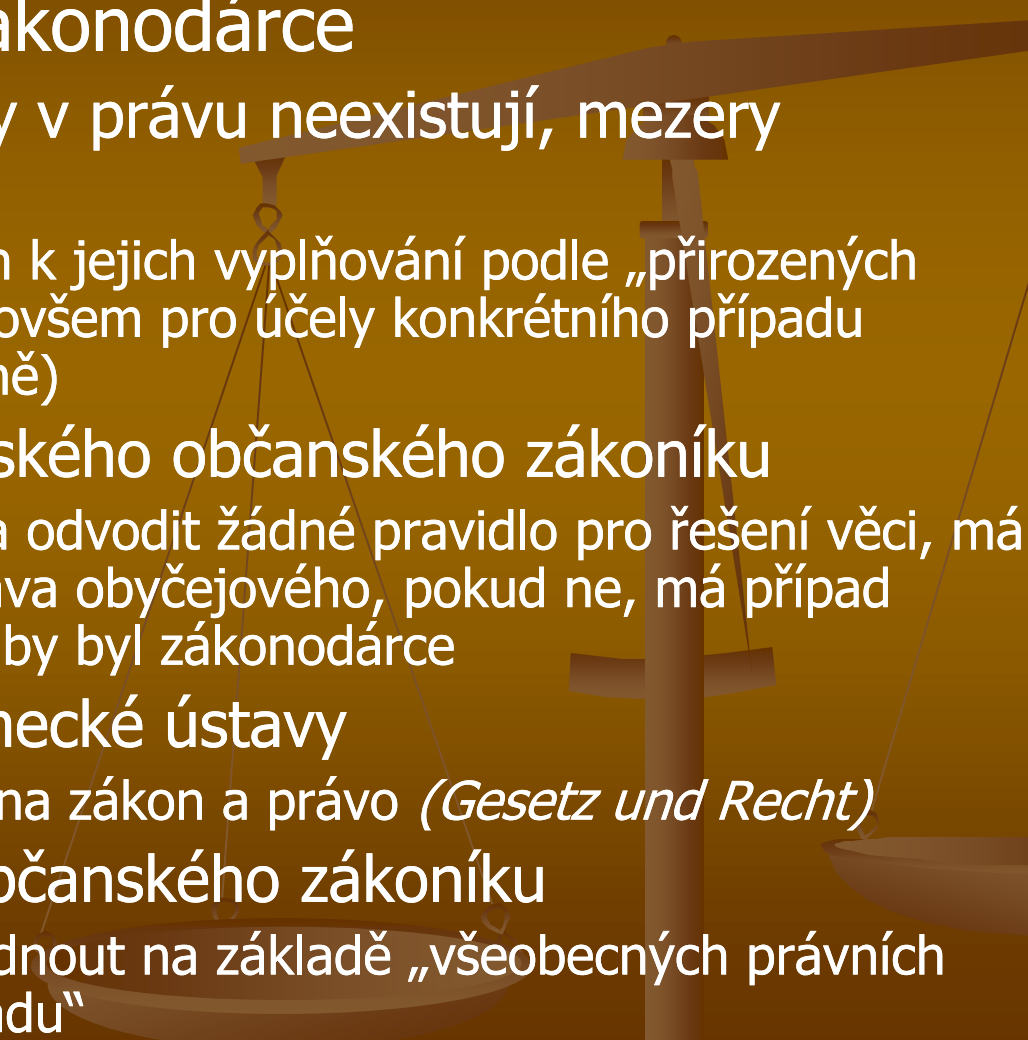
# Teorie mezer

- Normativistické směry odmítaly postulát neúplnosti práva
- F. Weyr (brněnská normativní škola)
  - uznání pouze jediného pramene práva – státu
  - neexistují prameny práva „praeter legem“, z nichž by bylo možno právo dotvářet:
    - *každá rozumná norma má svůj účel či kořen; tyto kořeny (účely) ovšem nejsou prameny ve smyslu normativním*
  - kritika teorie mezer – právní řád není mezerovitý
  - teorie logické uzavřenosti právního řádu (*logische Geschlossenheit*)
- H. Kelsen (ryzí nauka právní)
  - Mezery v právu vylučuje tzv. všeobecná negativní věta
  - Není-li právo či povinnost pro určitou situaci výslovně stanovena právní normou, neplatí = nelze je ani přisoudit
  - Mezery v zákoně jsou řešeny soudcovským vydáváním individuálních norem

# Teorie mezer

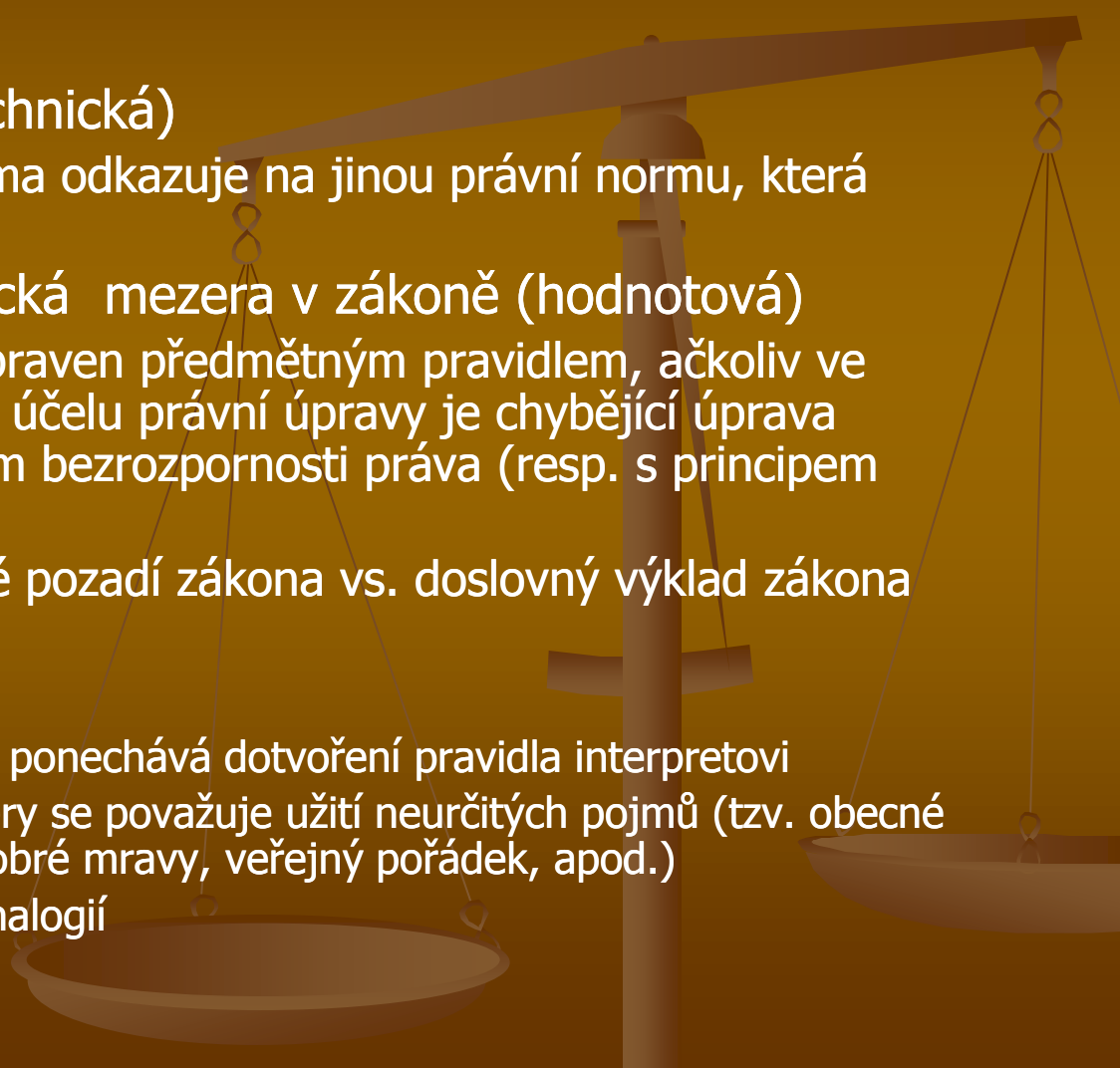
- K. Larenz (hodnotová jurisprudence)
  - každá interpretace představuje dotvoření práva na potřeby konkrétního případu
  - k rozšíření teorie mezer od 19. století přispěla soudcovská praxe (rozšíření pojmu mezery
  - mezera v zákoně znamená hranice imanentního dotváření práva, které je vázáno na záměr zákonodárce a imanentní teleologii zákona
  - povolání soudců k vyplňování mezer je dáno jejich povinností aplikovat zákon ve vazbě na jeho účel a smysl

# Teorie mezer

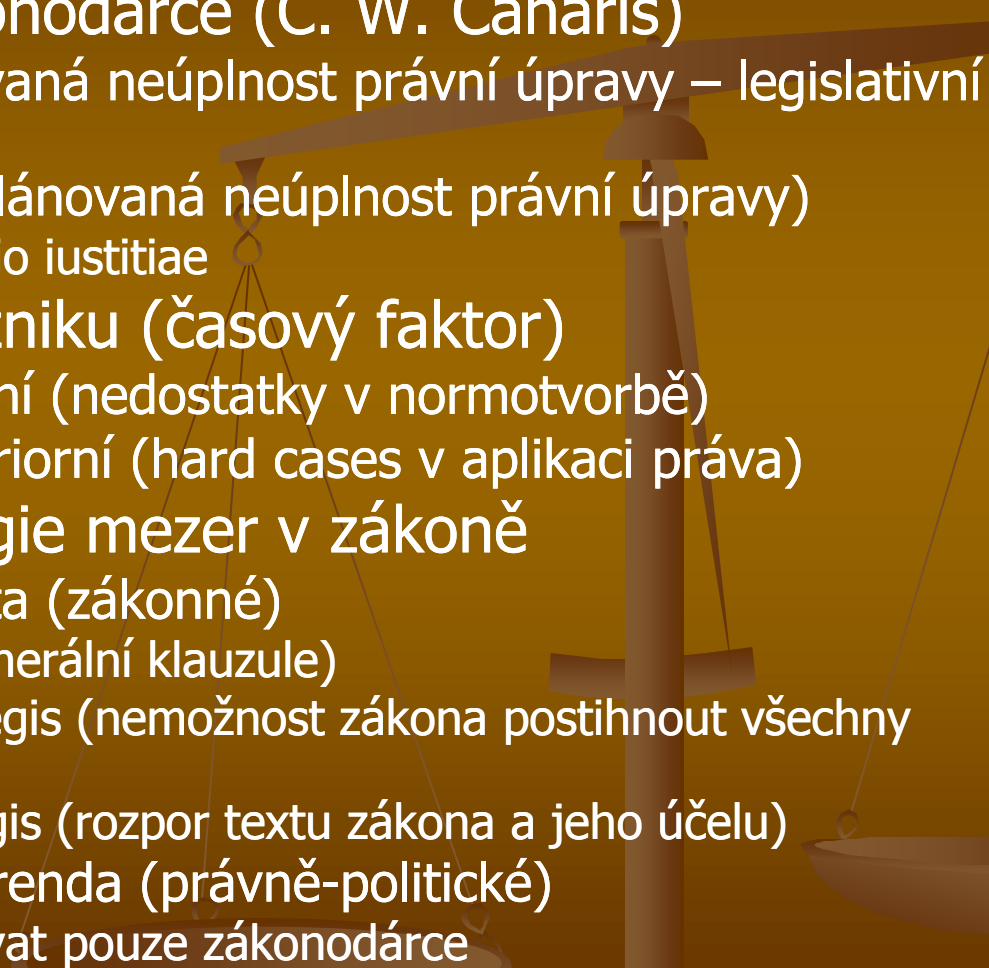
- předmět zájmu zákonodárce
    - § 7 ABGB: mezery v právu neexistují, mezery v zákoně ano
      - soudce je povolán k jejich vyplňování podle „přirozených zásad právních“, ovšem pro účely konkrétního případu (nikoliv normativně)
    - §1 odst. 2 švýcarského občanského zákoníku
      - Nelze-li ze zákona odvodit žádné pravidlo pro řešení věci, má soudce použít práva obyčejového, pokud ne, má případ rozhodnout, jako by byl zákonodárce
    - čl. 20 odst. 3 německé ústavy
      - vázanost soudců na zákon a právo (*Gesetz und Recht*)
    - čl. 12 italského občanského zákoníku
      - soudce má rozhodnout na základě „všeobecných právních zásad právního řádu“
- 

# Teorie mezer

- druhy mezer (E. Zitelmann, C. W. Canaris, E. Kramer, F. Bydlinski, F. Melzer)
  - **PRAVÁ** - logická (technická)
    - existující právní norma odkazuje na jinou právní normu, která ovšem neexistuje
  - **NEPRAVÁ** - teleologická mezer v zákoně (hodnotová)
    - určitý případ není upraven předmětným pravidlem, ačkoliv ve vztahu k dotčenému účelu právní úpravy je chybějící úprava v rozporu s principem bezrozpornosti práva (resp. s principem rovnosti)
    - schéma: teleologické pozadí zákona vs. doslovný výklad zákona
    - dvě varianty:
      - otevřená (zjevná)
        - zákonodárce ponechává dotvoření pravidla interpretovi
        - za tyto mezery se považuje užití neurčitých pojmů (tzv. obecné klauzule – dobré mravy, veřejný pořádek, apod.)
        - uzavírá se analogií
      - skrytá

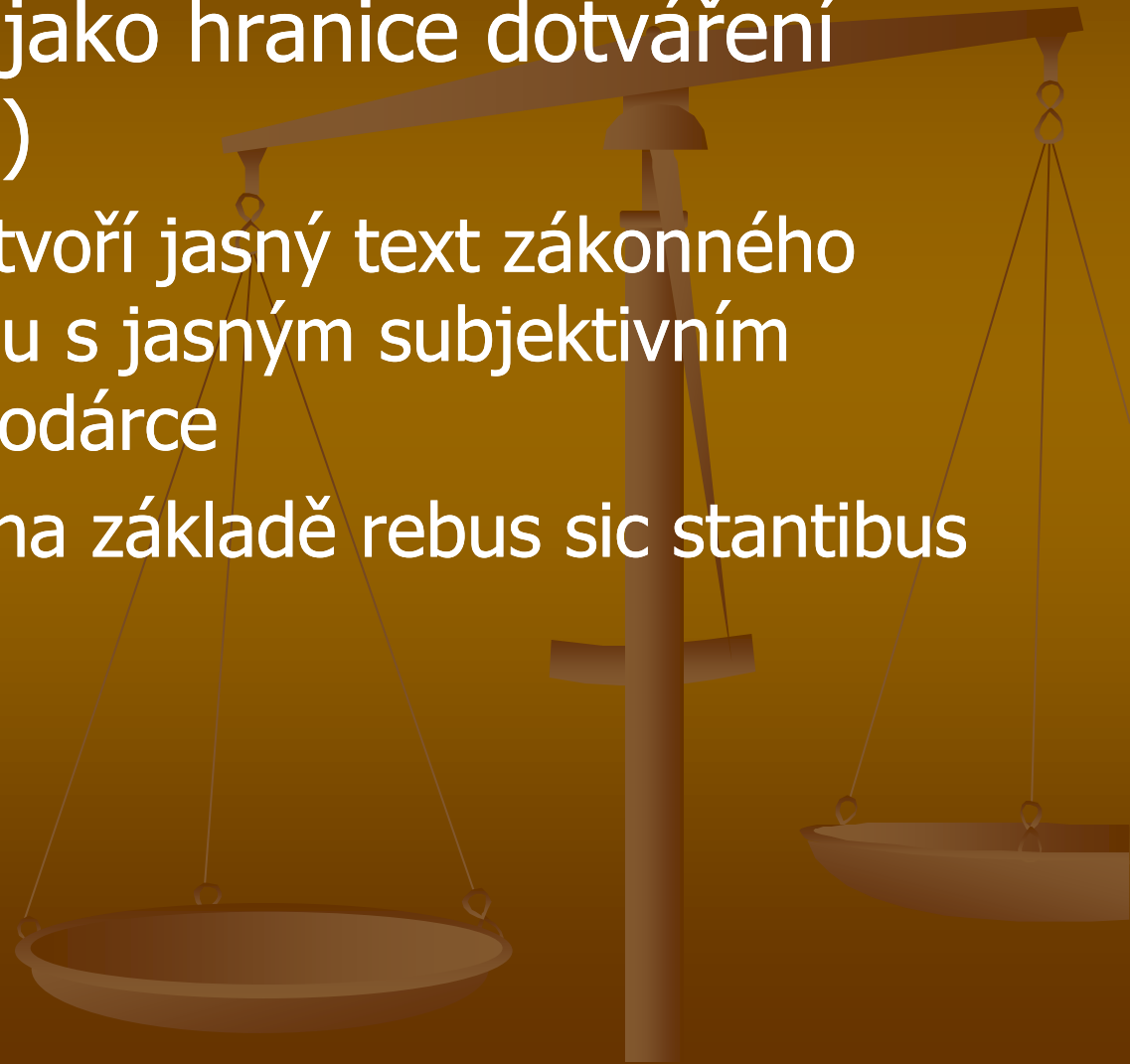


# Teorie mezer

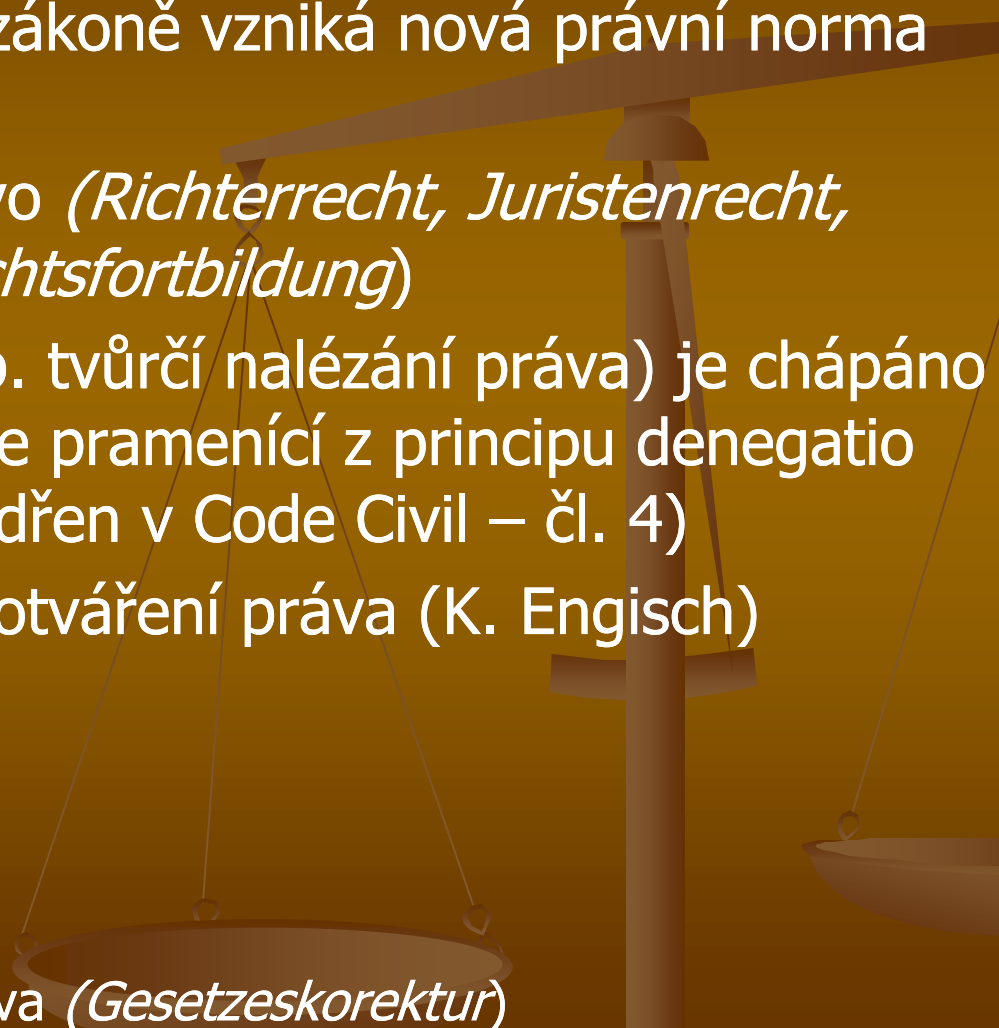
- podle úmyslu zákonodárce (C. W. Canaris)
    - zamýšlené (plánovaná neúplnost právní úpravy – legislativní nečinnost)
    - nezamýšlené (neplánovaná neúplnost právní úpravy)
      - princip denegatio iustitiae
  - podle okamžiku vzniku (časový faktor)
    - počáteční – apriorní (nedostatky v normotvorbě)
    - Následné - aposteriorní (hard cases v aplikaci práva)
  - Kramerova typologie mezer v zákoně
    - mezery de lege lata (zákonné)
      - intra legem (generální klauzule)
      - praeter verba legis (nemožnost zákona postihnout všechny otázky)
      - contra verba legis (rozpor textu zákona a jeho účelu)
    - mezery de lege ferenda (právně-politické)
      - Může je vyplňovat pouze zákonodárce
- 

# Teorie mezer

- hranice lex lata jako hranice dotváření práva (Bydlinski)
  - hranici lex lata tvoří jasný text zákonného ustanovení spolu s jasným subjektivním úmyslem zákonodárce
  - mění se pouze na základě rebus sic stantibus



# Nástroje dotváření a omezení dotváření práva

- zaplněním mezery v zákoně vzniká nová právní norma (decisionismus)
  - Tzv. soudcovské právo (*Richterrecht, Juristenrecht, judge-made law, Rechtsfortbildung*)
  - dotváření práva (resp. tvůrčí nalézání práva) je chápáno jako povinnost soudce pramenící z principu *denegatio iustitiae* (poprvé vyjádřen v Code Civil – čl. 4)
  - Typové situace pro dotváření práva (K. Engisch)
    - Neurčité pojmy
    - Normativní pojmy
    - Volné uvážení
    - Generální klauzule
    - Oprava chybného práva (*Gesetzeskorektur*)
- 

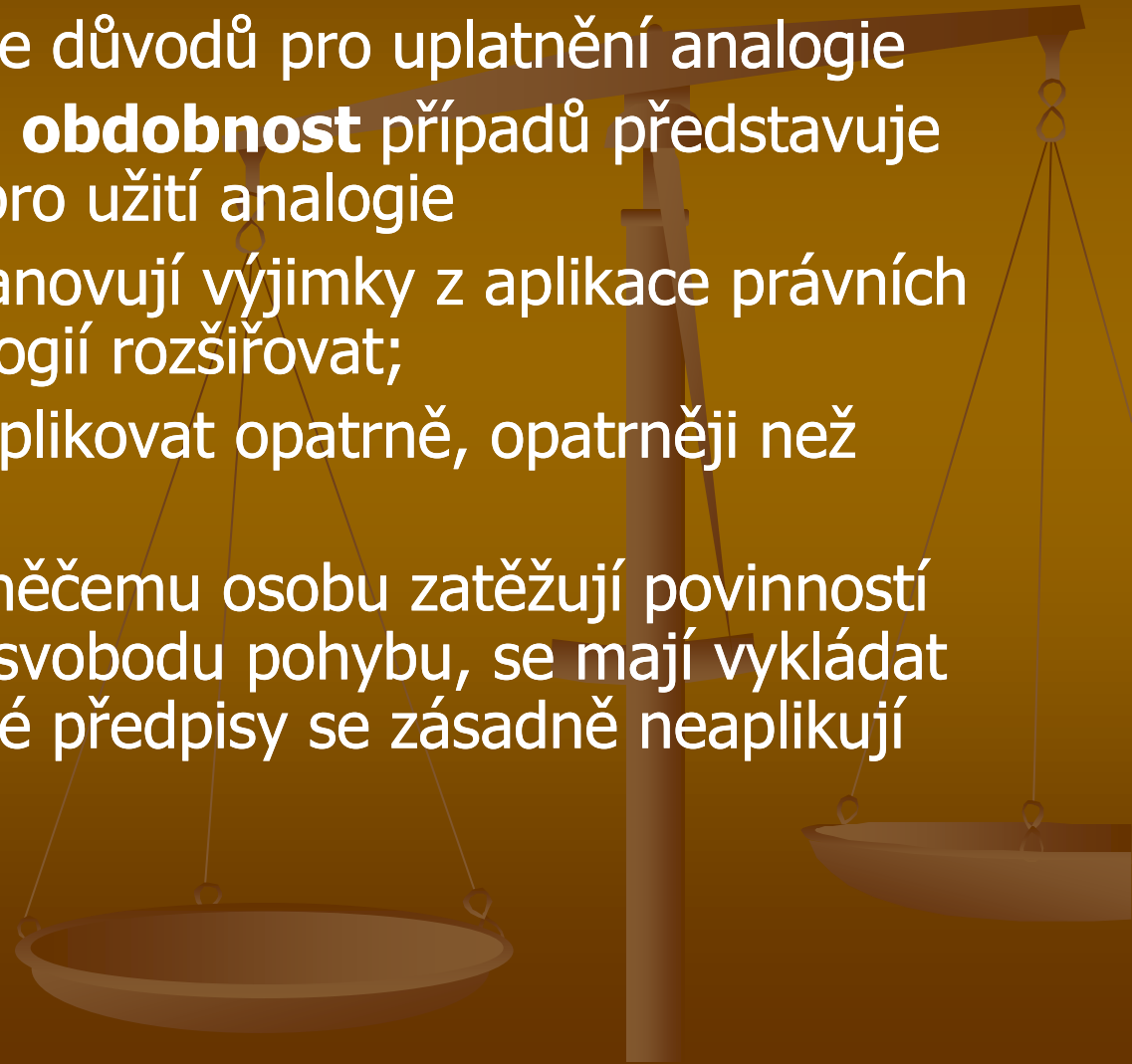


# Nástroje dotváření a omezení dotváření práva

- nástroje k vytvoření nové právní normy (Aleksandr Peczenik):
  - analogie legis
    - aplikace zákona na případ, který nepatří pod rozsah (významové pole) dotyčné normy (tzn. za hranicemi právního pojmu)
    - „*praeter verba, sed secundum rationem legis*“
    - *Stanoví-li zákon pro určitou skutkovou podstatu právní následek, platí tentýž právní následek pro skutkovou podstatu, která je obdobná/stejná.*
    - rozdíl mezi analogií a extenzívním jazykovým výkladem
      - jde o jinou myšlenkovou figuru (Larenz, Bydlinski, Melzer)
      - jde o stejnou myšlenkovou figuru, ale v jiném kontextu – prakticky o totéž (Ross, Hassemer)
    - také argumentum a simile / a pari

# Nástroje dotváření a omezení dotváření práva

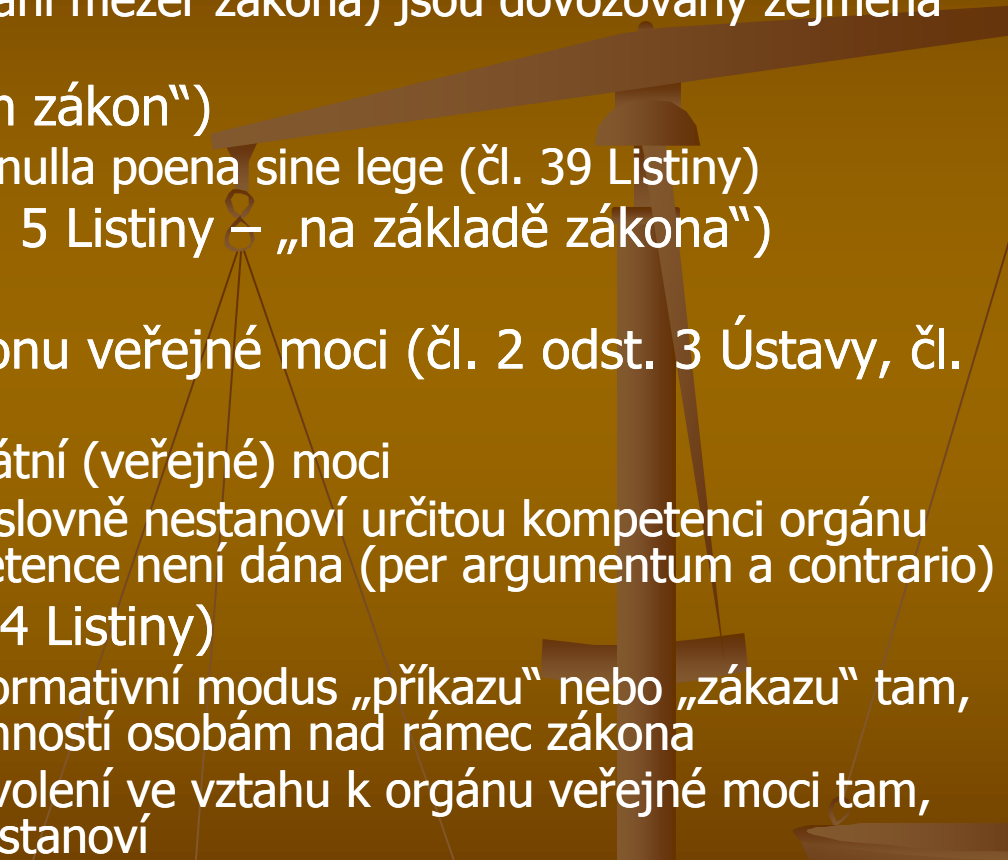
- Peczenikova koncepce důvodů pro uplatnění analogie
  - pouze **významná obdobnost** případů představuje adekvátní důvod pro užití analogie
  - předpisy, které stanovují výjimky z aplikace právních norem, nelze analogií rozšiřovat;
  - analogii je třeba aplikovat opatrně, opatrněji než extenzivní výklad
  - předpisy, které k něčemu osobu zatěžují povinnostmi nebo omezují její svobodu pohybu, se mají vykládat restriktivně; takové předpisy se zásadně neaplikují analogicky.



# Nástroje dotváření a omezení dotváření práva

- juristická indukce (tzv. analogie iuris)
  - případ, který není upraven uspokojivě na zákonné úrovni a zároveň není možné použít analogii legis
  - řešení je dovozováno z obecných zásad a principů daného právního předpisu → právního odvětví → právního řádu
- argumentum a contrario (protiklad analogie)
  - tzv. závěr z opaku – eliminační argumenty (a limine)
  - *Jestliže pro určitou skutkovou podstatu je stanoven určitý právní následek, pak pro odlišnou (jinou) skutkovou podstatu takový právní následek neplatí.*

# Český právní řád a mezery

- Dotváření českého právního řádu a teorie mezer
    - zákazy analogie (vyplňování mezer zákona) jsou dovozovány zejména z **tzv. výhrady zákona**
  - Trestní právo hmotné („jen zákon“)
    - nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege (čl. 39 Listiny)
  - Daňové právo (čl. 11 odst. 5 Listiny – „na základě zákona“)
    - nulla tributum sine lege
  - Kompetenční pravidla výkonu veřejné moci (čl. 2 odst. 3 Ústavy, čl. 2 odst. 2 Listiny)
    - princip legality výkonu státní (veřejné) moci
    - tam, kde zákonodárce výslovně nestanoví určitou kompetenci orgánu veřejné moci, tato kompetence není dána (per argumentum a contrario)
  - Veřejné právo obecně (čl. 4 Listiny)
    - nelze dotvářet analogií normativní modus „příkazu“ nebo „zákazu“ tam, kde by šlo o uložení povinností osobám nad rámec zákona
    - nelze dotvářet modus dovolení ve vztahu k orgánu veřejné moci tam, kde to zákon výslovně nestanoví
- 

# Český právní řád a mezery

## ■ Soukromé právo – cesta analogie

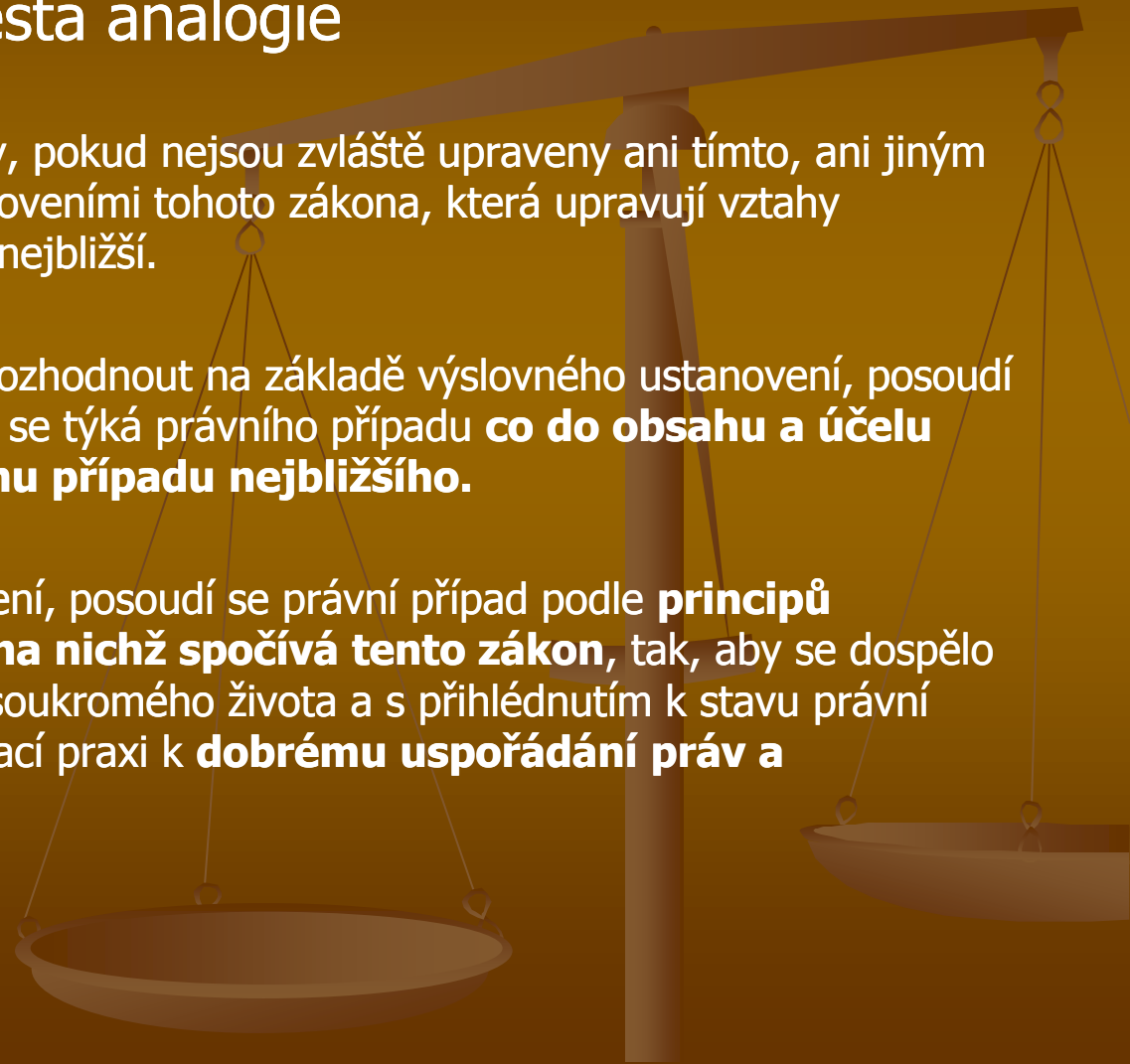
### ■ § 853 OZ

- Občanskoprávní vztahy, pokud nejsou zvláště upraveny ani tímto, ani jiným zákonem, se řídí ustanoveními tohoto zákona, která upravují vztahy obsahem i účelem jim nejbližší.

### ■ § 10 NOZ

(1) Nelze-li právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení, posoudí se podle ustanovení, které se týká právního případu **co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího.**

(2) Není-li takové ustanovení, posoudí se právní případ podle **principů spravedlnosti a zásad, na nichž spočívá tento zákon**, tak, aby se dospělo se zřetelem k zvyklostem soukromého života a s přihlédnutím k stavu právní nauky i ustálené rozhodovací praxi k **dobrému uspořádání práv a povinností.**



# Český právní řád a mezery

- judikaturou dovozená omezení dotváření práva
- zákaz extenzivního výkladu ve veřejném právu
  - princip in dubio mitius (v pochybnostech o jednoznačném výkladu právní normy mírněji)
    - dovozen judikaturou NSS a ÚS v prostředí správního trestání a v daňovém právu
- teorie mezer je doktrinálně i judikatorně uznávaným modelem klasifikace neúplností systému práva
- má spíše roli pomocného nástroje, než určujícího momentu výkladu
  - často je pouze součástí teleologické úvahy

# Český právní řád a mezery

- Pl.ÚS-st 27/09 ze dne 28.04.2009, č. 136/2009 Sb. (otázka existence nároku na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem spočívajícím v nerespektování judikatury ÚS v věcech regulace nájemného)
- Nejvyšší správní soud
  - rozsudek ze dne 16. 4. 2008, sp. zn. 1 As 27/2008 – 67
  - otázka analogie ve správním trestání
- nálezy Ústavního soudu
  - např. náleze sp. zn. Pl.ÚS 36/01 ze dne 25.06.2002 (odměna správce konkurzní podstaty)

# Český právní řád a mezery

- Zásad, uznávaných až do zrušení obecného zákoníku občanského z roku 1811 (zákonem č. 141/1950 Sb.), tedy do doby, kdy po násilném zvratu v čs. státě počalo docházet k rozrušování právního řádu, zcela odpovídajících demokratickým hodnotám státu (čl. 1, čl. 2 odst. 4, čl. 4 úst. zák. č. 1/1993 Sb. ČR) je třeba dbát i v současné době a z nich při aplikaci současného práva vycházet, a **to zejména tam, kde současná právní úprava vykazuje mezery, které nezbývá než překlenout výkladem.**  
Podle nálezu Ústavního soudu ze dne 8. 7. 1997, sp. zn. III. ÚS 77/97  
Publikováno ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu č. 94/1997.
- Připouští-li vůbec doktrína použití analogie v oboru správního řízení, pak toliko za omezujících podmínek, tj. pouze v omezeném rámci za účelem **vyplňování mezer procesní úpravy** a dále pouze **ve prospěch ochrany práv účastníků** správního řízení. Vytvořit použitím analogie procesní úpravu správního řízení v celé její úplnosti je tedy neakceptovatelné.  
Podle nálezu Ústavního soudu ze dne 26. 4. 2005, zp. zn. Pl. ÚS 21/04



# Český právní řád a mezery

- Z hlediska principu právní jistoty platí pro interpretaci a aplikaci právních předpisů pro účely zjištění působnosti (v nejširším smyslu, tj. jak pravomoci, tak i věcné či místní příslušnosti) orgánů veřejné moci zvláštní právně metodologická pravidla. **Zatímco při věcném řešení má soudce k dispozici zásadně celé právně metodologické instrumentarium, jedná-li se o zjištění působnosti orgánu veřejné moci, je nutné obzvláště vzít v potaz princip právní jistoty. Při zjišťování působnosti orgánu tento princip vylučuje existenci tzv. teleologických (nepravých) mezer v zákoně.** Teleologické argumenty nemohou být důvodem pro aplikaci práva, která nemá oporu ve výslovném znění právního předpisu. **Z tohoto důvodu je v těchto případech vyloučena analogie, jako aplikace práva přesahující nejširší možný jazykový význam ustanovení právních předpisů.** Má-li tedy podle znění příslušného právního předpisu určitý orgán veřejné moci rozhodnout o podaném návrhu, nelze se povinnosti rozhodnout zprostit teleologickou argumentací. Pro tuto argumentaci je prostor až v rámci meritorního rozhodnutí.
- Podle nálezu Ústavního soudu ze dne 13. 12. 2007, sp. zn. I. ÚS 318/06

Děkuji Vám za pozornost.

