

ePub^{WU} Institutional Repository

Franz Bydlinsky

Základy právní metodologie

Paper

Original Citation:

Bydlinsky, Franz

(2003)

Základy právní metodologie.

Arbeitspapiere des Forschungsinstituts für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht, 95a. WU Vienna University of Economics and Business, Vienna.

This version is available at: <https://epub.wu.ac.at/3324/>

Available in ePub^{WU}: December 2011

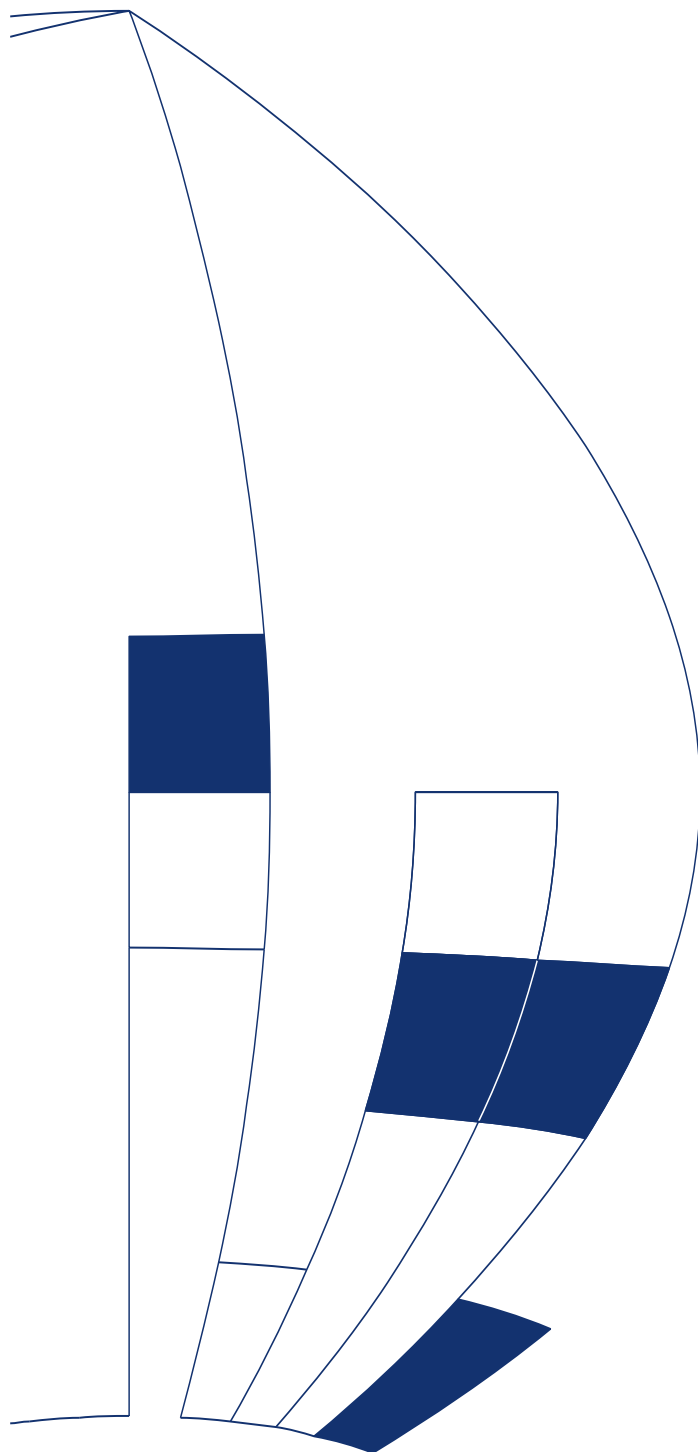
ePub^{WU}, the institutional repository of the WU Vienna University of Economics and Business, is provided by the University Library and the IT-Services. The aim is to enable open access to the scholarly output of the WU.

Základy právní metodologie

Franz Bydlinski

do češtiny přeložila

Jindřiška Munková



EFRE



bm:bwk

ERSTE
In jeder Beziehung zählen die Menschen.

číslo : 95A

Stav: 2003

Řada: Arbeitspapiere
brněnské přednášky Č. 1

vydavatel: Univ.Prof. Dr. Peter Doralt

OBSAH

A) ÚVOD: CO JE A K ČEMU SE PROVOZUJE PRÁVNÍ METODOLOGIE?	4
1. <i>Pojem a úloha</i>	4
2. <i>Potřeba metodologie</i>	4
3. <i>Protimodely</i>	6
4. <i>Metodologie pro aplikaci práva všeobecně nebo pro jednotlivá právní odvětví?</i>	9
B) VÝKLAD (V UŽŠÍM SMYSLU)	11
I. SLOVNÍ („GRAMATICKÝ“) VÝKLAD.....	11
1. <i>Úvodní poznámky</i>	11
2. <i>Ukázkový příklad</i>	11
3. <i>Výkladový materiál</i>	12
4. <i>Jednoduchý případ a prostá subsumpce</i>	12
II. SYSTEMATICKO – LOGICKÝ VÝKLAD	15
1. <i>Výkladový materiál</i>	15
2. <i>Příklady</i>	16
III. HISTORICKÝ (SUBJEKTIVNÍ) VÝKLAD.....	17
1. <i>Spor o subjektivní a objektivní cíl výkladu</i>	17
2. <i>Výkladový materiál</i>	18
3. <i>Příklady</i>	19
4. <i>Kdo je zákonodárce</i>	21
IV. OBJEKTIVNĚ TELEOLOGICKÝ VÝKLAD	23
1. <i>„Objektivní účel“?</i>	23
2. <i>Základní schéma</i>	24
3. <i>Teleologicko- systematický výklad</i>	26
4. <i>Výklad „podle povahy věci“</i>	29
4. <i>Výklad pomocí argumentu ad absurdum</i>	31
6. <i>Výklad podle priority práva a kolize norem</i>	35
7. <i>Právně srovnávací výklad</i>	37
V. VÝKLAD VE ZVLÁŠTĚ OBTÍŽNÝCH PŘÍKLADECH	38
1. <i>Znaky</i>	38
2. <i>Komplexní sporné otázky a právní teorie</i>	40
3. <i>Příklad</i>	42
4. <i>Principy a kolize principů</i>	44
C) DOTVÁŘENÍ PRÁVA	46
I. ZÁKLADY	46
1. <i>Vztah k výkladu v užším smyslu</i>	46

2. „Obecná negativní věta“	48
3. Mezera v zákoně	49
II. ANALOGIE A VYLUČOVACÍ ZÁVĚR	53
1. Údajná „houpačka“	53
2. Druhy analogického závěru	55
3. Závěry z hlediska velikosti jako zesílené poddruhy analogie.....	56
III. TELEOLOGICKÁ REDUKCE (RESTRIKCE)	57
IV. APLIKACE OBECNÝCH PRÁVNÍCH ZÁSAD	59
1. Obecně	59
2. Zjišťování a vlastnost principů	60
3. Mezera v principu	62
4. Příklady.....	64
D) POŘADÍ METOD NALÉZÁNÍ PRÁVA.....	67
I. ABSTRAKTNÍ OTÁZKA POŘADÍ.....	67
1. Obvyklý pragmatický postup	67
2. Jeho teoretické ospravedlnění	69
3. Odchylné modely.....	70
II. NEZBYTNÉ MODIFIKACE	71
1. Hranice legis latae zvláště.....	71
2. Posunutí této hranice „proměnou funkce“	73
3. Konkretizace generálních klauzulí	75
E)VÝZNAM A APLIKACE „SOUDCOVSKÉHO PRÁVA“	77
1. Fenomén a jeho faktický význam.....	77
2. Spor o právní význam soudcovského práva	80
3. Různé pokusy o omezenou závaznost soudcovského práva	86
4. Nauka o subsidiární závaznosti.....	87
5. Praktické důsledky	94
6. Několik podrobností.....	95
7. Změna judikatury jako izolovaný problém?	97

Základy právní metodologie

Univ. Prof. Dr. Franz Bydlinski, Vídeň

A) ÚVOD: CO JE A K ČEMU SE PROVOZUJE PRÁVNÍ METODOLOGIE?

I. 1. Pojem a úloha

Metodologie „vlastní jurisprudence“ (právní dogmatiky) - nikoliv dějin práva, sociologie práva, filosofie práva nebo nauky o legislativě popřípadě právní politice, kterou zde máme na mysli, se často popisuje tak, že se jedná o „chápání“ platného práva nebo o „zabývání se“ platným právem. To není nesprávné, ale příliš toho neříká. Kvůli praktickým potřebám jurisprudence a především právního společenství a jeho členů, jimž orientaci o tom, co je právo, musí poskytnout právě jurisprudence, bude názornější, jestliže odkážeme na jedné straně na bezprostřední předmět právní práce, totiž na právo, ale na druhé straně také na úkoly vědecky provozované jurisprudence. Jejich podstatou je, aby právní problémy, které skutečně vznikly nebo možná vzniknou a na nichž je někdo zainteresován, byly na základě platného práva vyřešeny co možná racionálně a tedy s prokazatelným odůvodněním. (Systematická a racionální práce „de lege ferenda“, tedy na zlepšení legislativní situace, je s tím bezesporu spřízněná, ale pro chybějící vazbu na platný zákon je přece jen třeba ji od toho rozlišovat.) O argumentech, které jsou k tomu vhodné, vypovídají kritéria právní metodologie. „Právo“ musí být přitom chápáno, jak vzápětí v podrobnostech ukážeme, v širokém smyslu, který nezahrnuje pouze jednotlivé publikované předpisy, ale také roviny účelů a principů v právním řádu, které jsou jejich základem.

II. 2. Potřeba metodologie

Potřeba uspořádané a kontrolované práce s právem se ukazuje při jeho aplikaci na případy, tedy jednotlivé skutkové situace, popřípadě na typy případů, v nichž jsou patrné právní problémy. Spočívá především na nevyhnutelné vzdálenosti mezi konkrétním případem (nebo typem případů) na jedné straně a obecně abstraktní

normou na straně druhé, která musí být pokud možná překlenuta pomocí rozumné a věcně správné argumentace. Proto „surovinou“ jurisprudence není toliko právo. Spíše k němu patří i právně relevantní skutkové situace včetně „obecných skutečností oblasti norem“, např. u malého dítěte potřeba pomoci, či organizace hospodářství na základě dělby práce nebo nedostatek dostupného bydlení.

Jen sekundárním zdrojem právních problémů jsou věcné, systematické nebo jazykové chyby zákonodárce. I ty lze pouze redukovat, nelze se jim však vyhnout; zejména ne tehdy, když se do popředí dostávají politicko ideologické prvky nebo „handlování“ v legislativě.

Cílem právní práce je co nejlépe zdůvodněné nalezení právního pravidla, které je skutkové podstatě problému bližší než nejprve existující pozitivní výchozí norma, a které rozhodne předložený problémový případ. Vůči němu tedy musí být nalezené pravidlo konkrétnější než rovina zákona. Příklady následují vzápětí; i k tomu, že ani sebezkušenější znalost zákona pro právní práci nestačí.

Základním modelem právní práce je vždy metodicky uspořádané spojení těch částí práva, které mohou být pro věcný problém relevantní, s problematickou částí skutkové situace, aby bylo získáno (odvozeno) pravidlo, které problém vyřeší.

Prvním krokem k racionálně prováděnému získávání práva je proto vždy co nejlepší zjištění posuzované skutkové situace z hlediska použitelných právních norem a analytické vypracování právně relevantních, především problematických prvků případu. Na ty je třeba metodicky uspořádaným způsobem s pozitivním nebo negativním výsledkem následně aplikovat – snad – relevantní právní normy. Toto analytické přibližování mezi prvky věcné podstaty problému a právními normami které přicházejí v úvahu, je racionálně nepostradatelná „prametoda“, bez níž by se muselo zůstat u globálně pocitového hodnocení pouze vágně zachycených celkových skutkových situací. Dílčí posouzení jednotlivých dílčích problémů je pak třeba synteticky pospojovat s ohledem na nakonec hledaný celkový výsledek. Na elementárním stupni jsou při tom všem užitečné techniky řešení případů, které se osvědčily v jednotlivých právních oblastech; v soukromém právu například metoda „zkoumání nároku“. Tím se však zde nemůžeme zabývat. Nejdůležitější kroky

zkoumání případů by měly být zprostředkovány v přednáškách v jednotlivých oborech.

III. 3. Protimodely

V jurisprudenci je v podstatě všechno sporné; zhusta ovšem neprávem. Tak se například proti právě načrtnutým představám o racionální právní metodologii staví s odkazem na potřeby právní jistoty legislativně pozitivistický model přísné vázanosti zákonem, který ovšem může vůbec fungovat jen potud, pokud je pro problém relevantní obsah zákona z hlediska jeho aplikovatelnosti na posuzovanou skutkovou situaci jasný a nezpochybnitelný. Kromě toho se – namísto diferencovaných a někdy obtížných právních metod – nabízí pouze „uvážení“ nebo „vlastní hodnocení“ příslušného soudce nebo jiného posuzujícího orgánu jako všeúčelový nástroj. Tím se zároveň přiznává rozhodující role osobním nebo skupinově specifickým preferencím úředně příslušného posuzovatele. Znamená to tedy dalekosáhlou a předčasnou rezignaci na racionální, i pro třetí osoby platné, nebo přinejmenším ospravedlnitelné odůvodnění. Je nepochopitelné, jak si někteří představují, že lze pomocí takového přednostního odkazu na subjektivitu každého úředně příslušného posuzovatele podpořit právní jistotu, k níž přece vždy patří co největší předvídatelnost rozhodnutí individuálních případů. Také není zodpovězena otázka, jak by měla být zjišťována příslušnost toho nebo onoho posuzovatele v případech, které nejsou od počátku jednoznačné - ledaže se opět použije rozhodnutí na základě vlastního uvážení.

Protože se extrémny dotýkají, vede radikální normativní skepse z poznání ve spojení se sklonem k „právnímu realismu“ do podobné, ba dokonce ještě bezvýchodnější slepé uličky. V extrémním případě se dokonce pochybuje o tom, že by zákony kdy měly pro aplikaci na konkrétní mezilidské skutkové situace v důsledku své abstraktní povahy poznatelný obsah. Použitelný je prý jen určitý obsah, který judikatura připsá k textům zákonů. Toto „připisování“ se musí ovšem rovněž provádět slovy a větami, které musejí být všeobecnější než popisy skutkových situací. Jak mohou mít taková jazyková připisování – na rozdíl od zákona – poznatelný obsah, zůstává neřešeným tajemstvím.

Zcela nemístné je také, když někteří tvrdí, že právní metodologie je bezcenná v důsledku údajně volné, údajně toliko žádoucím výsledkem určované volby metody (podle jednotlivých metodických kritérií, o nichž pojednáme později): z různých metod se prý používají jen ty, které vedou k výsledku, který si posuzovatel přeje.

K argumentu, který se v této souvislosti uvádí, že chybí jedno jedinou pro vždy dané pevné pořadí metod, zaujmeme stanovisko později při výkladu této otázky. Výstižný poznatek, že se při právní práci s individuálním problémem nikdy „neprobírají“ výslovně všechny metody jako ve škole, nevysvětluje se v žádném případě z jejich použití určeného žádoucím výsledkem, nýbrž zcela uspokojivě pouze z toho, že v mnoha případech je konkrétní nevhodnost určitých metod od počátku evidentní, nebo že určité metody pro řešení zřejmě stačí. Často se o žádném z výkladových kritérií výslovně nediskutuje, nýbrž pouze se argumentuje s odvoláním na již existující nauku a judikaturu. Do ní však metodické argumenty vplynuly již dříve.

Empiricky zcela pochybená je také představa, že každý posuzovatel si od počátku přeje určitý výsledek a přímo o něj usiluje. Zkušenost právníků učí, že také na základě poměrně rozsáhlého zvažování argumentů pro a proti bývá výsledek i při subjektivním pohledu otevřený různým možným řešením. Vyskytne-li se skutečně od počátku tendence k určitému řešení, jak to často bývá, je jí u zkušeného právníka zprvu nereflektované globální použití jeho právních znalostí a vždy vyžaduje pečlivé kritické sebekontroly, které nezřídka vede ke změně původní tendence. To je však již dávno jasné, ovšem bez toho, že by to jakkoli ovlivnilo vášnivé globální kritiky.

V současné době je také moderní tvrzení, že místo metodologie musí zaujmout pozitivní ústava. Známé ústavy však vůbec neobsahují výslovně metodické maximy, takže do nich musí být pouze volně „večteny“. I ústava sama potřebuje jako každá jiná pozitivní právní materie výklad a doplnění. Z pohledu těchto skutečností není jasné, co má vlastně znamenat doporučení, že by se metodologie měla nahradit ústavou. Metodická kritéria nevyplývají vůbec z pozitivních ustanovení ať už kteréhokoliv formálního stupně práva, nýbrž z fundamentálních zásad ideje práva (spravedlnost, právní jistota, účelnost) při aplikaci na reálné vlastnosti pozitivního

práva (jazyk, kontextová souvislost, historický vznik, typická orientace podle rozumných účelů a uznaných hodnocení), jakož i z tisícileté zkušenosti právní vědy. Dílčí kodifikace jako § 6 a násl. OZO mohou vždy napomáhat k upřesnění, jsou však, jak dokazují skoro všechny ostatní právní řády a jejich právně vědecké traktování, koneckonců postradatelné.

Velmi omezené správné jádro mají „protimodely“ ve dvojím směru: na jedné straně je podle zkušeností správné, že mnohé právní otázky nemohou být ani při veškerém metodickém úsilí zodpovězeny s dostačující přesvědčivostí na základě práva, např. ve vyhrocených mezních a sporných případech a zejména v rámci vágních zákonných „generálních klausulí“. Hojně zastávané tvrzení, že každý právní problém má jen jedno správné řešení, není proto empiricky ověřitelné a postrádá smysl, dokud toto správné řešení nemůže být zjištěno alespoň právně pomocí relativně lepšího zdůvodnění. Toto tvrzení je ve své všeobecné formě teoreticky nesplnitelné již proto, jestliže si uvědomíme, že právní argumenty mohou ukazovat směry, jejichž rozdílnost nelze překonat. Správné a důležité je toliko to, že je třeba nejprve co nejintenzivněji a nejpečlivěji hledat nejlépe zdůvodněné řešení, aniž bychom se ihned uchýlili k vlastnímu hodnocení. Sama o sobě pouhá existence protichůdných argumentů nemusí ještě vést k rezignaci, protože je zpravidla možné pro určité řešení nalézt přinejmenším převažující, tedy silnější argumenty než pro opačné názory, na nichž konec konců možná „něco“, ale poměrně méně závažné (základní) může být.

Jestliže však patová situace argumentů zůstane skutečně neřešitelná, může soud dospět ke konečnému hodnocení toliko na základě „soudcovského vlastního hodnocení“; avšak legitimně pouze v tom rámci, který byl nejprve vypracován na základě racionálních argumentů, tedy jako poslední krok. „Vlastní hodnocení“ je také z hlediska racionální, vědecké jurisprudence možné ospravedlnit toliko jeho nevyhnutelností, jestliže a nakolik je tato nevyhnutelnost dána. Intelektuální úsilí o metodicky správnou argumentaci si proto nelze předem uspořít.

Tím nechceme v žádném případě říci, že se to fakticky nikdy neděje, ať už z jakýchkoliv důvodů. Je tím však zřejmě porušena povinnost soudce jako prototypu právního posuzovatele k co nejintenzivnějšímu odůvodnění jeho rozhodnutí, není

to však protimodel, který by byl hoden napodobení. Moudrý „kádí“, který v první řadě čerpá z hlubin své vlastní moudrosti a ukládá její výsledky těm, kdo hledají právo, by byl dnes nedůvěryhodným vzorem; i když životní moudrost a lidské chápání přísluší samozřejmě i dnešnímu soudci. Dnes jsou však samotní soudci často vystavováni přinejmenším z jedné strany dokonce i při vzorném odůvodnění svých rozhodnutí podivuhodně ignorantním nebo agresivním nepřátelským útokům každodenní politiky nebo médií. Neměli by to umožňovat předčasným „vlastním hodnocením“, protože to musí vzbuzovat v tom, kdo ztratil spor, v ještě větší míře podezření z porušení nezávislosti a nestrannosti. Právní zkušenost s obsahově zdůvodněnými právními řešeními problémů vždy ukazuje, v jak velkém rozsahu jsou při metodicky uvědoměném postupu možná racionální řešení právních otázek. U neutrálních věci znalých osob nacházejí nejspíše široký souhlas. Sotva však bude moci být kdy dosaženo potlesku i od toho, kdo „prohrál“.

IV. 4. Metodologie pro aplikaci práva všeobecně nebo pro jednotlivá právní odvětví?

Aplikace práva představuje ve všech právních odvětvích zásadně stejný problém překlenutí mezi všeobecnou abstraktní normou a konkrétní věcnou podstatou. Proto by se mělo vždy vycházet z principiální jednotnosti právní metodologie, jak to odpovídá panujícímu mínění. To se potvrzuje i tím, že v (rakouském) soukromém právu, tj. v §§ 6 a násl. OZO je sice obsažena relativně rozsáhlá, z právně srovnávacího pohledu v této formě jedinečná dílčí kodifikace právní metodologie, že však podle všeobecného mínění jsou příslušná pravidla směrodatná i v ostatních právních odvětvích. Neobsahují fakticky legislativně pozitivní nahodilosti určité právní materie, mají však svůj základ ve věci i v ideji práva.

Soukromé právo však musí mít nejkomplexnější a nejdiferencovanější metodické instrumentarium. V průběhu právního vývoje však vznikly pro mnohá právní odvětví metodologicky přece jen určité zvláštnosti, které obstojí i vůči kritické reflexi. V podstatě však pozůstávají v tom, že se jednotlivé metody z komplexní zásoby vypustí nebo se zvláště akcentují. Soukromoprávní příklady v tomto pojednání pocházejí z autorovy vlastní zkušenosti.

Nejslavnější speciální úpravou je v trestním právu obsažený zákaz analogie „in malam partem“, tj. k tíži obviněného. Trestní skutkové podstaty tedy nesmějí být na základě analogických závěrů (nebo jiného doplňujícího dotváření práva) teprve

upraveny, (ospravedlňující nebo důvody vylučující zavinění však vždy), protože platí zásada „nullum crimen, nulla poena sine lege“. Vyžadován je předpis, který je již v okamžiku spáchání činu platný a hrozí trestem. To však není ani historicky daná nebo dokonce ani přirozenoprávní samozřejmost, nýbrž se v rozvinutém právním systému vysvětluje tím, že fundamentální zásada právní jistoty bude zvláště vysoce hodnocena tam, kde jde o státní zásah do právních statků jednotlivce spojený s neschvalováním daného jednání ze strany společnosti..

Podobné omezení musí v důsledku toho platit i v oblasti „mocenské správy“, protože i zde vždy platí myšlenka jistoty právních statků jednotlivce vůči zásahům centrální moci. Pokud jde o ústavní právo, zastávají někteří zvláště strnule formalistické, jiní zvláště velkoryse neomezené výkladové tendence. Uznat lze však pouze tu zvláštnost, že ve státně nebo stranickopoliticky sporných právních odvětvích by měla mít přednost pro zabezpečení právního míru spíše formální kritéria, jako je znění nebo historické argumenty, protože mohou být v daleko menší míře vystavena stálému podezření z manipulace vyvolávající podrážděné emoce, které v politicky brizantních otázkách vždy projevuje „neúspěšná strana“ (a často preventivně i strana později úspěšná). Klasickým příkladem je stálý pokřik okolo brizantních rozhodnutí ústavních soudů. Ty však právě musí rozhodovat i politicky ožehavé otázky.

V mnoha právních odvětvích, např. v kartelovém a daňovém právu, se pod označením „ekonomické posuzování“ propaguje intenzivní teleologický výklad; zejména proto, aby se právní materie, která se nachází v rychlém vývoji, nefixovala příliš doslovně na pojmosloví zákonných formulací, které často nedostačuje pro specifické účely. Nepoužijeme-li „ekonomické posuzování“ (které samo o sobě z právního hlediska nemá vypovídací hodnotu) jako krycí plášť pro libovůli, ale vytvoříme směrodatné účelové úvahy, může to být metodicky zcela legitimní. O excesivním a jednostranně teleologickém výkladu pomocí „effet utile“ v evropském právu se kriticky zmíníme dále.

B)VÝKLAD (V UŽŠÍM SMYSLU)

1.1. I. Slovní („gramatický“) výklad

V. 1. Úvodní poznámky

Obvykle se rozeznává několik (povětšinou čtyři) interpretačních metod nebo „kánónů“ výkladu, přičemž rozdělení a především podřazení do jednotlivých skupin se mnohdy navzájem velice liší. Jako nejučelnější se jeví dále uvedené rozlišení, protože se opírá o uchopitelný a prakticky významný znak, totiž o „výkladový materiál“, který musí být použit na základě vykládaných norem, abychom mohli přistoupit k předloženým problémům s výhledem na úspěch. Jen ze zákona, který musí být vyložen, nelze samozřejmě čerpat víc, než v něm je; včetně předložených výkladových problémů. Abychom je vyřešili, potřebujeme především dodatečné premisy. Redukcionistický pohled „pouze na zákon“ proto nikterak nepomůže, jak si ihned ukážeme na příkladech. V časové posloupnosti musíme o jednotlivých metodách jurisprudence nejprve pojednat odděleně a ukázat je na příkladech. O vztazích priorit a souborného hodnocení v obtížných případech budeme muset hovořit dále.

VI. 2. Ukázkový příklad

Jako příklad budeme v dalším používat, a to pro její jednoduchou názornost a možnosti variací (ne proto, že by byla zvláště důležitá) dědickoprávní věc, která vyžaduje aplikaci a předtím výklad § 578 OZO: toto ustanovení pro platnost závěti napsané soukromě beze svědků předpokládá, že zůstavitel

- a) text napsal vlastnoručně a
- b) svým jménem
- c) vlastnoručně podepsal.

Ustanovení § 476 a) českého Občanského zákoníku obsahuje obdobný předpis. Některými výkladovými otázkách různého stupně obtížnosti, které navozuje tento celkem jednoduchý a jasný předpis ve vztahu k určitým konstelacím případu, se budeme blíže zabývat později.

VII. 3. Výkladový materiál

Na stupni gramatického výkladu se pochopitelně nachází obecná jazyková zkušenost, kterou posuzující musí použít na aplikovanou normu a verbálně popsaný skutkový stav problému, tj. výkladový materiál, kterým se budeme zabývat. Zákonodárce někdy upřesnil pomocí „legálních definic“ pojmy aplikované normy, což však opět může klást vlastní výkladové otázky a již proto slouží ku pomoci jen v omezené míře. Obvykle jsme však odkázáni ohledně slov a vět zákona na obecný jazykový úzus, který je často toliko převažující jazyková zvyklost. V případě norem, které se obracejí prakticky především na určité skupiny obyvatelstva, např. na lovce nebo na kupce, má přednost jejich speciální jazyková zvyklost. Proto platí i u zákonů „klasických“ právních odvětví, jako je občanské, trestní nebo procesní právo, které jsou převážně odkázány na zprostředkování právníky, domněnka, že směrodatná je existující zvláštní právnětechnická jazyková zvyklost („zástupce“ je pak nejen obchodní cestující, ale také osoba jednající jako zmocněnec).

VIII. 4. Jednoduchý případ a prostá subsumpce

I u jednoduchých případů nebo prvků případů, které se v jurisprudenci naštěstí hojně vyskytují (na což však vysoce teoretická stanoviska často zapomínají), můžeme hovořit o výkladu, pokud výsledek, totiž že danou věcnou situaci s její skutkovou podstatou (tedy jejími předpoklady) lze bez jakýchkoliv obtíží podřadit (subsumovat) použitelnému předpisu, takže právní následek předpisu platí bez dalšího, nevzniká sám od sebe. V každém případě je však třeba posouzení, které lze v tomto případě provést velmi jednoduše prostou dedukcí (subsumpce v rámci sylogismu). Schéma je toto: rozhodný právní předpis tvoří se svými skutkovými znaky (výše a) – c)) nadstavbu, a posuzovaná věcná situace tvoří základnu (o které se sporné strany, totiž dědic ze závěti a zákonný dědic přou navzdory jeho právní jednoduchosti např. proto, že mají různé názory na skutečnosti a důkazy), jak bylo (v nezbytném případě i soudně) zjištěno. Je účelné, aby věcná podstata byla popsána tak, že se pouze uvedou snad právně relevantní prvky, tedy např. ne barva vlasů zúčastněných nebo předchozí potrestání jednoho z nich.

Jestliže abstraktní pojmy právní normy odpovídají konkrétním pojmům věcné podstaty natolik, že tyto posléze uvedené se jeví jako dílčí pojmy předchozích, je

dedukce ukončena a je odvozen právní důsledek normy (platnost závěti) jako závěrečná věta.

Např. je jako věcná podstata zjištěno, že Josef Navrátil napsal kuličkovým perem na vytrženém listu ze sešitu: „ Po mé smrti má můj majetek připadnout Janu Pospíšilovi.“ (Poté následují další dispozice.) Pod tím se podepsal slovy „Josef Navrátil“.

Protože si nelze jako vlastnoruční, individuální rukopisné písmo a jako podpis jménem představit víc než jméno a příjmení, jsou pojmy normy realizovány v co nejužším smyslu, je subsumpce možná bez jakýchkoliv obtíží přímo pod daný zákonný předpis. Závěť Josefa Navrátila je (jen z aspektu formy, který nás zde zajímá) platná. Potřebná individuální právní věta je tím odvozena. Tím jsme získali pravidlo řešení pro celý typ případů, když zevšeobecníme znaky věcné situace a dáme k posouzení rukopis zůstavitele jakýmkoliv psacím nářadím, jakož i podpis jménem a příjmením zůstavitele.

Nelze uplatnit námitku, že papír listiny má velmi obyčejnou kvalitu a že chybí místo a doba pořízení závěti: zákonné znaky skutkové podstaty nevyžadují zvláštní nebo vůbec jakoukoliv kvalitu papíru, údaj o místě a času se v § 578 OZO výslovně zmiňuje jen jako doporučený, ale není nezbytnou náležitostí platnosti. Má pouze objasňující význam. Z právního hlediska postačí nedostatek jedné příslušné náležitosti platnosti.

Jestliže však text napsal přítel, kterého si zůstavitel přizval, vyplývá z toho právě tak zřetelně, že případ nelze subsumovat pod použitelný právní předpis. Taková závěť je proto podle § 578 OZO z hlediska formy neplatná.

Protože jsou takové dedukce, jak uvedeno, možné a jsou na celém světě nesčetněkrát denně více či méně explicitně prováděny s nepopíratelným úspěchem, musejí být četná tvrzení o tom, že logické odvození z obecných norem na užší věcné situace není možné. nakonec chybná. Kterému z těch subtilních právně logických pokusů o překonání svízele, že normy nemají „hodnotu pravdy“ v obvyklém smyslu, je třeba dát přednost, může a musí zde jako prakticky druhořadé zůstat

otevřené. Lze si vypomoci přeložením normativních vět do deskriptivních vět („platí, že ...“) s následným zpětným překladem nebo s nahrazením „hodnoty pravdy“ speciální normativní kvalitou správnosti nebo platnosti.

Projednávaný jednoduchý příklad k § 578 OZO ukazuje také, že jednoduchá dedukce je možná nejenom snad z numerických pojmů v právních normách, jak někteří tvrdí. Rozhodující orientaci pro rozlišování jednoduchých případů nebo prvků případů od obtížnějších poskytne spíše jiný přístup; totiž rozlišování „jádra pojmu“, „třídy pojmu“ a samozřejmě, i když většinou nikoliv explicitně, oblast ležící vně možného použití pojmu. Směrodatný je obecný jazykový úzus. „Jádro pojmu“ se vztahuje na všechny objekty, které si prakticky každý jazykovědec a odborník představuje jako případy použití pojmu nebo s nimi takto zachází. K „třídě pojmu“ náležejí objekty, na které se někdy příslušný pojem v jazykovém společenství rozšiřuje, někdy však také nikoliv. Tady vznikají vlastní výkladové problémy. Tady také je možná subsumpce věcné podstaty problému teprve po vyřešení výkladové otázky, ne však „toliko ze zákona“. Konkrétní pravidlo, způsobilé k subsumpci musí být nejprve vypracováno. Vně třídy pojmu se vylučuje („přímá“) aplikace vykládaného předpisu. (Za určitých okolností je však, jak se ukáže, možná analogická aplikace.)

Příklad přítele, který píše podle diktátu zůstavitele, překračuje např. každou jazykově myslitelnou variaci slova „vlastnoručně“.

Variace případu vyřízená prostou subsumpcí je proto tak jednoduchá, protože zákonné předpoklady (výše a)-c)) i v jejich nejužším chápání, tedy v jejich „jádro pojmu“, zahrnují znaky případu. Doporučuje se však i situacích, které se na první pohled nejeví zcela jasné, abychom se co nejlépe vyhnuli chybám, jakýsi „test“ v tom směru, zda jednoduše dosažený výsledek při zprvu globálním pohledu nevzbuzuje z hlediska roviny účelu a roviny právních principů podezření, že se prostřednictvím principiálních, systémových nebo věcných rozporů porušují fundamentální zásady ideje práva. Tak tomu u výše uvedeného případu zcela jistě není. Kde se to však vyskytne, ukazuje se, že se nedá vyjít pouze s prostou subsumpcí.

Jestliže však jednoduchou věcnou podstatu poněkud posuneme do různých směrů, ukáže se ihned, kolik možných výkladových otázek může obsahovat tak jasná a přesvědčivá norma jako § 578 v „třídách pojmu“ jejich skutkových znaků. Vyhoví „psaní“ stenogramem nebo kyrilikou? Stačí písmo, které zůstavitel sám pořídil na psacím stroji nebo na počítači? Stačí podpis pouze příjmením, pouze křestním jménem, pouze přízviskem nebo pseudonymem nebo pouhým označením příbuzenství („váš tatínek“)? Stačí, jestliže vlastnoruční označení jména zůstavitele stojí v úvodu závěti, zatímco na konci se nachází závěrečná formule „to je moje poslední vůle“ ?

U některých z těchto otázek můžeme argumentovat na jazykové úrovni v tom nebo onom směru vesměs převažující jazykovou zvyklostí, aniž bychom jen touto cestou dospěli k jasnému a systematicky přesvědčivému řešení. Proto je vždy zapotřebí dalších argumentů, podle následujících výkladových metod. Jazyková analýza zůstává však i nadále důležitá pro přesnější uchopení problému, jejíž pomocí upřesňujeme rozličné možné významy pojmu a tím tu či onu výkladovou otázku. Tak můžeme proti sobě postavit obvyklé, široké pojetí „vlastnoručně“ jako „napsané vlastní rukou“ a užší pojem „vlastními, proto individuálně určenými písmovými znaky“, tedy rukopisně. Jazyková zkušenost nás učí, že je obojí možné a pochopitelné. Jestliže např. řekneme: „Sekretářka pana X je nemocná; musel proto tento dopis vlastnoručně naklepat na psacím stroji“, míníme tím jednoznačně a pochopitelně širší význam. Jestliže však naproti tomu řekneme: „Mně napsal slavný pan Y dokonce vlastnoruční dopis“, myslíme tím jednoznačně užší význam. Koho zprvu napadne pouze širší význam a kdo jej chce uplatnit pouze pomocí jednoduché subsumpce, mohl by se velice mýlit a zcela nesprávně vyložit účel předpisu o formě. Zmíněný „test“ by měl odpomoci od takových možných pochybení. Nemůžeme správně interpretovat, aniž bychom si vyjasnili jazykově možné významy pojmu.

1.2. II. Systematicko – logický výklad

IX. 1. Výkladový materiál

Jako východisko si zde zvolíme explicitní obsah jiných než přímo vykládaných a aplikovaných předpisů téhož nebo i jiného zákona, který je s prvním v systematické souvislosti, pokud slibuje rozřešení existujícího problému. Tato souvislost však může vyplynout již z vnější posloupnosti více předpisů: jestliže je nájem upraven v závazkovém právu, nemůže se jednat o věcné právo. Věcné vady se neposuzují prostě podle pravidel o nesplnění, protože po nich je přímo (§§ 918 a následující O.Z.O.) zařazena samostatně odpovědnost za věcné vady (§ 922 a násl. O.Z.O.). Systematická vzájemná souvislost však může vyplývat především – i u ustanovení, které v zákoně leží daleko od sebe – i z toho, že předpisy, která musíme použít při výkladu, se zcela nebo z části vztahují na tutéž věcnou podstatu jako vykládaný předpis. Přitom musíme vzít v úvahu i všeobecnou zkušenost ohledně vylíčení komplexních myšlenkových obsahů a proto komplexních textů v lidské komunikaci, zejména při konstrukci právních řádů.

X. 2. Příklady:

Ke zmíněné variantě příkladu podpisu příjmením nebo pseudonymem (např. „Schneckerl“ pro populárního fotbalistu) poskytuje § 43 OZO cenný systematický argument pro dostatečnost, protože rozšiřuje ochranu práva na jméno pomocí nároků na zdržení se a na náhradu škody výslovně také na „krycí jméno“ nabyté faktickým používáním. (nedostatečné jsou naproti tomu předpisy, které upravují nabytí „vlastního“ jména, protože nevypovídají nic o přezdívkách nebo jménech umělců atd.). Tím je právně uznáno, že nad rámec „úředního“ jména může být významné i „pouhé“ nazvání dotčené osoby obvykle v běžném styku, a proto je právně zcela chráněno. Proč by pak „krycí jméno“ nemělo při vlastnoručně psané závěti postačovat jako identifikační prostředek a podpisová formule, by bylo nepochopitelné. Zbývající věcný kontext (platnost závěti, ochrana jména) na těchto úvahách nic nemění. Že „krycí jméno“ přichází jazykově v úvahu jako „jméno“, je vyjádřeno přímo v tomto slovu, i když v nesporném jádru tohoto pojmu leží pouze „úřední“ křestní jméno a příjmení, takže rozhodující je teprve systematický argument. Závažné teleologické nebo principiální pochybnosti nejsou patrné.

Globální argument, že by „vlastně“ měla být směrodatná každá jasně projevená poslední vůle zůstavitele, takže m.j. nemusí vůbec záležet na způsobu podpisu, by

naproti tomu byl naprosto nevhodný, protože nepochybně odporuje formě závěti požadované platným právem.

K výkladu, kterým jsme se nyní zabývali, patří i známá pravidla pro řešení domnělých kolizí norem, totiž pravidla o přednosti *lex specialis* oproti *lex generalis*, jakož i o přednosti *lex posterior* před *lex prior*. Odpovídají zkušenosti, pokud jde o předpokládanou vůli zákonodárce, a objektivně o obecně (proto) uznávaném významu takto kolidujících pravidel.

Sem náleží také pravidlo, že by výklad neměl vést k tomu, že pro určité předpisy nezbude v důsledku k jejich vztahu k jiným předpisům žádný aplikační prostor, že jsou proto vůbec nepoužitelné nebo alespoň nepotřebné, a proto postrádají smysl; ledaže taková nepodařenost - povětšinou jako důsledek dobrých, ale špatně realizovaných úmyslů zákonodárce dosáhnout jasnosti – zřetelně vyplývá z jiných výkladových kritérií. Tak existují např. početné předpisy, které opakuji obecné zásady o odpovědnosti za zavinění podle § 1295 OZO. pro různé speciální případy škod; zřejmě proto, aby se příslušné právní důsledky daly co neúplněji poznat. Dále je třeba odmítnout např. široký výklad slova „každý“ v § 1295 OZO, který odpovídá obvyklému jazykovému chápání, a to m.j. proto, že by vzala speciální normě § 1327 OZO (náhrada škody pro pozůstalé) jakýkoliv možný smysl. Mimo jiné proto je třeba pojem „každý“ v § 1295 OZO omezit na každého přímo poškozeného.

1.3. III. Historický (subjektivní) výklad

XI. 1. Spor o subjektivní a objektivní cíl výkladu.

Tento spor je dosti zbytečný a dnes v podstatě překonaný. Jako „subjektivní“ se označuje hledání problémově relevantního úmyslu historického zákonodárce. „Objektivní“ je naproti tomu zjištění problémově relevantního obsahu zákona, který můžeme odvodit pečlivým a odborným posouzením z vyhlášeného textu zákona v jeho souvislosti z hlediska současných poměrů. Ve skutečnosti musíme, a vždy jsme museli, použít obojí možnosti poznání, jestliže chceme splnit právní zadání dosáhnout racionálně co nejlepšího odůvodnění, přičemž podle konkrétní

problémové situace stojí v popředí jeden nebo druhý přístup. O výlučnosti toho nebo onoho „výkladového cíle“ by se tedy již nemělo mluvit.

Co zbývá, je ve věci pouze důležitým aspektem otázky přednosti právních metod (k tomu viz níže). Můžeme k tomu říci jen tolik, že musíme hledat ten výklad, který je v současném právním řádu a současném právním společenství ten, který lze nejlépe odůvodnit, protože jde o aktuální aplikaci práva. To však vylučuje pouze jednoznačné fixování na historický úmysl zákonodárce, ne však jeho význam v souhře výkladových metod, které se mohou navzájem relativizovat prostřednictvím svého pořadí a jejich souhrnného vyvážení (srovnej dále)

XII. 2. Výkladový materiál

U historického výkladu sestává výkladový materiál ze všech nějakým způsobem poučných odkazů na vůli nebo úmysl „zákonodárce“, který vydal vykládanou normu, která má být aplikována, tedy „historického“ zákonodárce ve vztahu k právě danému problému. Alternativa, kterou někteří zastávají, postavit generelně na jeho místo současného zákonodárce, prakticky odpadá, protože ten zpravidla nikterak neodkazuje na své úmysly ohledně starších normy.

Protože právní předpis nepozůstává toliko z jazykových prvků (textů), nýbrž se v něm spíše vyjadřuje normativní lidská vůle, a protože „objektivní“ text zůstává i v souvislosti velmi často vágní nebo mnohoznačný, je použití legislativní vůle přímo samozřejmé všude tam, kde nám zjiitelná vůle pomůže kupředu v tom či onom problému. (Tak tomu z nejrůznějších důvodů přirozeně vždy není).

Pro vypátrání úmyslu zákonodárce je (nad rámec zákonného textu zachyceného prostřednictvím dřívějších interpretačních stupňů) mimo jiné poučný stav práva před vydáním vykládané normy, protože srovnání nezřídka umožňuje dobře poznat, zda něco a popřípadě co mělo být změněno. (Např. uvedení místa a data závěti v § 578 OZO nikoliv jako nezbytné, ale pouze jako doporučené lze pochopit jen na základě předchozích nejistot v tomto směru.)

Z historického hlediska je důležité také srovnání vydaného zákona s tehdejší právně vědeckou literaturou, přičemž zejména vědecké výklady, jejichž autoři měli také

značný vliv na vypracování zákona, mohou pomoci dále. I srovnání nakonec vydaného zákona s předchozími návrhy může pomoci kupředu; právě tak všeobecně politické východisko zákona (např. ochrana spotřebitele nebo „transformace“ Evropské směrnice).

Nejplodnější jsou však „zákonné materiály“, pod nimiž rozumíme veškeré písemné (a proto trvale reprodukovatelné) dokumenty o vzniku zákona od prvních záměrů nebo projektů přes práce na návrhu zákona v některém úřadě nebo odborné komisi až k projednáním v parlamentu. Dnes máme k dispozici „důvodovou zprávu k vládnímu návrhu“ příslušného zákona a někdy i zprávy parlamentních výborů. Nezřídka nám umožňují poznat přímo problémově relevantní názory nebo účely zákonodárce, které chtěl realizovat pomocí tohoto zákona.

„Účel“ je prvotní a žádoucí stav, a proto má být realizován. Vydaný předpis je prostředkem k jeho dosažení. Z různých výkladových možností v jazykové rovině odpovídá lépe účelu ta, která je způsobilá k tomu, aby realizovala v normě popsany stav ve větším a spolehlivějším rozsahu. To nelze zjistit toliko pomocí lingvistických úvah, nýbrž je k tomu zapotřebí analýzy faktů z hlediska předvídatelných důsledků té či oné výkladové varianty.

Dnešní moderní prostá „analýza důsledků“ sama o sobě, aniž by pravděpodobné důsledky mohly být poměřeny určitými účely nebo hodnoceními a patřičně vyselektovány, nám naproti tomu nepomůže kupředu.

Prostý historický výklad se snaží zjistit problémově relevantní názor zákonodárce pomocí významu jeho právních pojmů a právních vět, což zároveň naznačuje jeho problémově relevantní záměr. Historicko-teologický výklad, který bývá plodnější, se ptá po tom, proč, tedy z jakých problémově relevantních důvodů, popřípadě k jakým problémově relevantním účelům byla norma vydána; např. proč § 578 OZO požaduje vlastnoruční napsání a podpis, a podpis jménem. To lze objasnit ve značném rozsahu z jednacích protokolů k OZO.

XIII. 3. Příklady

Historický účel znaku skutkové podstaty „vlastnoručně“ – který se přímo nabízí – se dá totiž snadno zjistit. Všeobecně byl při projednávání zastáván názor, že „vnější forma“ u závětí musí postavit pravost projevu vůle zesnulého mimo jakoukoli pochybnost (Ofner, Původní návrh a jednací protokoly k rakouskému OZO, I, 344). Speciálně k pozdějšímu § 578 OZO. zamítla komise většinou návrh, aby byla vůbec zrušena závěť soukromě napsaná beze svědků pro zvláštní nebezpečí padělání, přičemž odmítla nadměrný formalismus na újmu právně znalých občanů a především pomocí argumentů, že je nanejvýš obtížné padělat nepoznatelně rukopis (sic!) závěti sestávající z více řádků (Ofner I. 347). Z toho na jedné straně vyplývá názor, že „vlastnoručně“ znamená „rukopisně“, a na druhé straně jako účel znaku „vlastnoručně“ všeobecně snadná přezkoumatelnost pravosti na základě listiny (v případech potřeby i srovnáním písma pomocí grafologického znalce).

Teprve ve spojitosti s všeobecnou zkušeností, že texty napsané na stroji nebo počítači nepřipouštějí individuální zjistitelnost pisatele, je ve spojitost s touto zkušeností tím bezpečněji zdůvodněna neplatnost takto napsané závěti: neumožňuje přezkoumání pravosti sama ze sebe.

To nemá nic společného s otázkou pouhého důkazu, zda by nemohlo být např. prostřednictvím náhodně přítomných svědků dokázáno, že zůstavitel závěť na stroji napsal osobně: na jedné straně nemá platnost závěti záviset na nějaké takové náhodě; na straně druhé je v tomto případě dána pro možnost podplacených nebo jinak zmanipulovaných svědků zvláštní nedůvěra k takovému důkazu, protože zůstavitel sám již k tomu nemůže být dotázán.

O stenografické nebo v kyrilice napsané závěti nejsou naproti tomu žádné pochybnosti: je rukopisná, tedy vyhotovená s přezkoumatelnými individuálními znaky.

Pokud jde o „podpis“, potvrzuje se, jak je již z jazykového hlediska jasné, že musí být uveden na konci textu, protože jen tak je zřejmé, že jeho účelem bylo „skončení právního úkonu“ (Ofner I. 347, II. 538). Pouze podpis svědčí podle obvyklé praxe o tom, že prohlašující ukončil své úvahy, a že chce aby existující text nabyl účinnosti.

Tomu nevyhovuje uvedení jména na počátku listiny nebo v textu; mohlo by totiž vždy jít o pouhý návrh (Ofner II, 539).

Kupodivu méně poučné jsou materiály týkající se interpretace znaku „svým jménem“. Původní návrh požadoval v § 373, předchůdci ustanovení § 578 OZO, vedle dalších formalit později uznaných za zbytečné zatížení, ještě podpis křestním a rodným jménem (příjmením). Změna na „svým jménem“, která se stala zákonem, není vysvětlena. Lze se však právem domnívat, že i to mělo uvolnit přísnost formy. To dokládá dostatečnost podpisu příjmením a také pouze křestním jménem, což však je u běžných křestních jmen v důsledku množství jejich nositelů z hlediska identifikace přece jenom poněkud problematické. Proti tezi o uvolnění by bylo možné namítnout, že mohlo být zamýšleno i prosté zkrácení formulace v zákoně a pojmem „svým jménem“ (v jednotném čísle!) bylo jako dříve míněno úplné „úřední“ nebo „občanské“ jméno. Křestní jméno a příjmení sice náležejí nepochybně ke jménu zůstavitele a z jazykového ohledu lze označit každou část jako „jméno“. Není však nikterak samozřejmé, že tři různé varianty (křestní jméno, příjmení nebo obojí) jsou jednotné a že se v jednotném čísle označují jako „jeho jméno“. Jazykově to však nepochybně není vyloučeno, jestliže pomyslíme na to, že křestní jméno a příjmení každé samo o sobě spadají pod pojem jména.

Z jazykového i (v důsledku formulačních rozdílů oproti původnímu návrhu) historického hlediska mluví však vše v podstatě spíše ve prospěch dostatečnosti podpisu křestním jménem nebo příjmením. Zcela stvrzeno je to objektivně teleologickým výkladem, na který odkazujeme již zde:: jak křestní jméno, tak i příjmení se používají v právním styku jako stvrzující závěrečná formule. Také jako identifikační prostředek postačují zpravidla vždy ve spojení s ostatním obsahem závěti a s jinými významnými vedlejšími okolnostmi (místo nalezení závěti); v každém případě o nic méně než plně vypsané celé jméno (Karl Maier).

XIV. 4. Kdo je zákonodárce

Otevřená je zatím otázka, koho nebo co přesněji označuje zjednodušující slovní obrat „zákonodárce“. V této souvislosti se často pociťuje jako problém, že sice absolutní monarcha nebo diktátor je zosobněný zákonodárce, kdežto v rozvinutém demokratickém právním státě se zúčastňuje v legislativě mnoho lidí, zejména

parlamentní většina, takže se nedá najít jediný člověk, jehož reálná vůle by mohla být rozhodná. Kolektivní vůle není ale nic psychologicky reálného, nýbrž pouze konstrukce.

Z pohledu právní praxe jsou to však v podstatě pouze zdánlivé problémy. Ani absolutní monarcha nepojal při vydávání OZO tento zákon v jeho podrobnostech do svého vědomí a tím do své vůle, aby byl chtěl k bezpočetným výkladovým otázkám cokoliv konkrétního. Totéž dnes platí pro velkou parlamentní většinu a zčásti dokonce i pro příslušné experty jednotlivých politických stran v parlamentě, jejichž informace a tvorba vůle ohledně vydávaného zákona jsou zpravidla velice globální, kdežto většina členů parlamentu hlasuje na základě mnohem menší informovanosti. Detailní práce, snad pro výklad potřebná, se vždy odehrávala a odehrává v odborných poradních grémiích nebo na úřadech, zejména na ministerstvech, která připravují návrhy zákonů, v politických a hospodářských svazech, které ovlivňují a schvalují tyto návrhy, atd.

„Kolektivní vůle“ je ve skutečnosti konstrukce vzdálená realitě. Je však samozřejmě možné, že individuální vůle více osob nebo mnoha lidí ohledně určitých otázek se pohybuje ve stejném směru; také tak, že lidé se připojují k vůli jiných lidí, kterou si ověřili nebo také neověřili a přijímají tuto vůli za svou. Podivuhodné konstrukce, jako např. ta, podle níž vůle zákonodárce je vůle, kterou lze přičíst podle pravidel mezilidské komunikace neexistující bytosti, nejsou ani potřebné ani jakkoli smysluplné.

Musíme spíš vycházet z toho, že se na legislativě podílí množství různých lidí v různých rolích; zejména političtí, hospodářští nebo právní iniciátoři, zpracovatelé návrhů, poradci, posuzovatelé atd. jako neformální, ale právě pro detailní práce a tudíž i pro výklad nanejvýš důležité instance; taktéž však „formální“ zákonodárci v ústavních legislativních orgánech, kteří často mají pramálo co dělat s přesnějším obsahem zákonů relevantním pro jeho výklad, nýbrž povětšinou stanoví hlavní rysy nové úpravy nebo je korigují a jinak fungují (jako dříve absolutní monarcha) jako pozitivizační instance, která svým usnesením dává zákonu platnost.

„Zákonodárce“ je proto třeba chápat jako zkratku pro všechny reálné osoby, které se neformálně i formálně podílejí na příslušném zákonodárném aktu. „Vůle

zákonodárce“ je veskrze reálná lidská vůle, totiž vůle jednoho nebo několika osob z tohoto okruhu, která se prosadila v zákonodárném procesu v problémově relevantní otázce. Samozřejmě to také může být kompromis mezi úmysly, které se původně rozcházely. Jistě není zapotřebí vykonstruovaných nadbytostí nebo nebytostí; nehledě na to, že nejsou v praktické (a patrně v žádné) vědě vůbec namístě. Zda se dají dodatečně přesně zjistit osoby, jejichž názory, popřípadě úmysly původně nebo vůbec byly tím posledním, co rozhodlo, nehraje žádnou roli.

Problém, jak má být možné, že vlastně „soukromě“ nebo neformálně v přípravě činní pracovníci mohou dokonce vytvořit relevantní záměr zákonodárce, není příliš závažný, kde jde o - reálně existující – vliv na výkladově relevantní obsah zákona a nikoli formálně o platnost zákona jako takového. Řeší se rozumnou a věcnou úvahou, že oficiální zákonodárné instance, jestliže a pokud bez vlastních změn a výhrad uvádějí z vnějšku vypracované zákony v platnost, nejenže přebírají samotný text, nýbrž také úvahy a úmysly, na nichž tento formulovaný text spočívá. To dokládá i to, že pouhý text zákona bez kontextu důvodů, úmyslů a úvah, na nichž spočívá, by byl jen omezeně srozumitelným torzem. Hovoří se o „teorii úmluv“ v tom smyslu, že formální zákonodárné orgány uzavrou úmluvu o převzetí textu návrhu včetně jeho pozadí, když nedají najevo opak. Samozřejmě mohou při usnášení nejen pozměňovat připravené návrhy, nýbrž také vyjádřit, že uvádějí v účinnost navržený předpis beze změn z jiných než navržených důvodů. To by bylo patrně méně časté než změna textu.

1.4. IV. Objektivně teleologický výklad

XV. 1. „Objektivní účel“?

Často se mluví o objektivním účelu zákona jako protikladu k subjektivnímu účelu zákonodárce, což se právem kritizuje jako paradox. Jestliže účel je žádoucí stav, o který je třeba usilovat, předpokládá to subjekt, který si jej žádá a snaží se o něj. Myšleno však je něco zcela rozumného: právní otázka se často nedá přesvědčivě vyřešit metodami, jimiž jsme se dosud zabývali; např. proto, že pro daný problém „třída pojmu“ nelze ani v historickém materiálu nalézt poučné představy nebo účely,

protože vůbec nelze najít relevantní historický materiál, nebo protože zjistitelné historické účely (např. účely zákonodárce z doby nacismu) jsou v současném právním a faktickém kontextu jednoznačně překonané. Soudci jsou však v každém případě povinni rozhodovat ve sporech, které jim byly předloženy. (I mezi inteligentními lidmi o tom existují neuvěřitelná nedorozumění). Bylo by však neoprávněné po vyčerpání dosavadních metod přenechat příslušné právní instanci, v konečném stupni nejvyššímu soudu, aby rozhodla podle osobní záliby nebo preferencí. Soudce musí v nejširším vůbec možném rozsahu jednat jako představitel právního společenství, který je povinen odůvodněním. Je proto třeba se neustále pokoušet o to, aby z možných výkladových variant byla vypracována taková, která se nejlépe vpraví do platného právního systému. Teprve tehdy, zůstane-li toto úsilí marné, je „vlastní uvážení soudce“ mezi spornými stranami nezbytné a proto legitimní (aby se zabránilo svépomoci a s ní spojenému násilí) .

Před touto poslední, již ne jako racionální kvalifikovatelnou metodou, lze a musí se ještě předpokládat, že se zákony zpravidla nikdy neprodukují svévolně a náhodně, nýbrž ke sledování přinejmenším v určité míře rozumných, a proto zjistitelných účelů a v souladu s právní ideou, a že mají být takto aplikovány.

Dokud není jasně dokázán opak, je třeba – při nemožnosti racionální rekonstrukce – zákonodárci přiznat že vyřešil skutkové otázky v souvislosti vztahu prostředku a účelu věcně a výstižně, popřípadě v souladu s nejlépe osvědčenou („pravdě nejbližší“) zkušeností, v nezbytném případě příslušného vědního odvětví. I to se zpravidla stává v důsledku pomocných prostředků, které má zákonodárce jako státní ústřední instance k dispozici, a mělo by to vždy tak být.

XVI. 2. Základní schéma

Za uvedených předpokladů, které patří ke zde relevantnímu výkladovému materiálu, je tedy třeba zkoumat, jaký účel nebo jaké účely vůbec nebo nejpravděpodobněji přicházejí v úvahu podle veškeré dosavadní zkušenosti s právními účely v konkrétní souvislosti, které můžeme s rozumnou pravděpodobností předpokládat, jestliže vezmeme určitý předpis jako prostředek a zkoumáme za pomoci korektních výpovědí o skutečnostech, pro sledování kterých účelů přicházejících v úvahu je vhodný. Toto zkoumání musí být pro nedostatek historických odkazů na zde

pojednáváním výkladovém stupni provedeno na základě všeobecné zkušenosti z pohledu dobře informovaného a na půdě právního řádu stojícího posuzovatele, tedy v tomto smyslu „objektivně“, a pokusit se najít tu relevantní účelovou hypotézu, kterou je s největší pravděpodobností třeba rozumně předpokládat.

Mnohému radikálnímu skeptikovi to může připadat nadměru spekulativní, je to však v každém případě v důsledku nutnosti komplexní argumentace daleko racionálnější než východisko okamžitého „vlastního uvážení“, které může nabídnout jedině radikální skeptik.

Jako výkladový materiál tedy slouží – vedle předpokladů uvedených pod bodem 1 - všechny informace o účelech zákona, které se v souvislosti s problémem jeví s rozumnou pravděpodobností jako možné, a o skutečnostech, které pomáhají k posouzení vztahu prostředku a účelu (s vykládanou normou jako prostředkem a účelem, který je teprve hledán). Tak se dostanou do užší volby jen takové účelové hypotézy, u nichž můžeme přisvědčit vhodnosti normy jako prostředku.

Na tom ztroskotává např. i v objektivně–teleologické rovině, tedy např. pro posuzovatele, který nemá k dispozici historický výkladový materiál, možná účelová hypotéza ohledně skutkového znaku „vlastnoručně“ v § 578 OZO, že tento znak má pouze podporovat zručnost člověka v psaní: listina, kterou někteří lidé vůbec nepořizují, jiní nanejvýš jednou nebo dvakrát ve svém životě, je k tomu evidentně nevhodná.

Abychom se vyhnuli kruhu, omezme dále vykládanou normu při vypuštění dané výkladové otázky co nejvíce na užší oblast, které se výkladové pochybnosti netýkají, a hledejme pro ni nejvhodnější účelovou hypotézu. Z takto zjištěného účelu lze – v příznivém případě – odvodit řešení daného výkladového problému. Např.: ze znaku „vlastnoručně“ v diskutovaném předpisu o formě závěti by bylo třeba zpětně usuzovat na základní účel, když nejprve vypustíme kritické oblasti, tedy závěť napsanou na psacím stroji a stenografickou závěť; tedy pro text vyhotovený normálním rukopisem, (ať už jakýmkoliv psacím materiálem). V tomto příkladu máme k dispozici (odhlédneme-li nyní od historického výkladového materiálu) zvláště příznivý případ, protože toliko účelová hypotéza vážně vysvětluje platný předpis

oproštěný od konkrétních výkladových pochybností, aniž by bylo možno cokoliv namítat proti jejímu schválení jako systémově nebo věcně nesprávné: hypotéza, že účelem je spolehlivé přezkoumání pravosti na základě samotné listiny. Tím je dáno úplně dostačující a uspokojivé vysvětlení pro náležitost vyhotovení podpisu vlastnoručně.

I když výkladovou otázku zkoumáme objektivně teleologicky, vyplývají výše uvedené již historicky zdůvodněné výsledky zcela nezávisle na osobní zálibě posuzujícího právníka, který např. může být subjektivně zastáncem co nejširší volnosti formy a tudíž mírnějšího výkladu formálních předpisů, nebo má např. silný odpor vůči znakům písma, které jemu nejsou přístupné (např. stenografické). To však právě nesmí mít žádný vliv. Charakteristický a také jako argument proti radikálním skeptikům vhodný je však poznatek, že v tomto příkladě by objektivně teleologický výklad poskytl zcela týž výsledek jako výklad historicky subjektivní.

Obtížnější se stane objektivně teleologický výklad samozřejmě v okamžiku, když vážně přichází v úvahu několikero alternativních účelů jako vhodný základ pro výklad předpisů. (To je třeba zásadně odlišit od velmi časté situace, že problémově relevantní a proto metodicky nápomocný účel je kompromis mezi zprvu použitými všeobecnějšími účelovými úvahami). Ani tak však není v žádném případě nezbytné uchýlovat se při volbě mezi vhodnými účelovými hypotézami k „vlastnímu uvážení soudce“. Spíše je třeba použít pro další právní selekci před uvedeným posledním východiskem nejobecnější základní právní hodnocení, tedy fundamentální principy ideje práva, které samozřejmě do značné míry zprostředkovaně pomocí konkrétních právních měřítek mnohdy povedou dále. Abychom si to ukázali na příkladu, budeme muset opustit náš dosud hojně používaný případ závěti, což někdy vyžaduje větší podrobnost.

XVII. 3. Teleologicko- systematický výklad

Prvním a nejdůležitějším dodatečným kritériem pro volbu mezi zprvu vhodnými účelovými hypotézami je pro právní řád fundamentální zásada spravedlnosti obecně a zároveň bez jakéhokoliv patetického smyslu; to znamená zásada rovné míry, přičemž s rovným je třeba zacházet rovně, s nerovným v souladu s jeho nerovností nerovně. (Kdo přitom nemá obavu ze související redukce zejména na

„ústavněprávní“ stupně práva, může použít ústavněprávní zásadu rovnosti, která představuje „pozitivizaci“ všeobecné míry rovné spravedlnosti). Nepochybnou neúplnost tohoto měřítko, které neobsahuje přesná kritéria pro rovné a nerovné, lze v dané souvislosti překonat tím, že se v tomto směru odvoláme na účelová ustanovení nebo hodnotová rozhodnutí v právním řádu provedená na jiném místě, tedy mimo zákon, který nyní vykládáme. Zde již nepotřebujeme výslovný obsah jiných, systematicky poučnějších pravidel jako dodatečně potřebný výkladový materiál (srovnej výše pod III.), nýbrž základy jejich účelů nebo hodnocení. Ty byly nejprve vzaty za základ této jiné normy. Věcné situace dotčené skutkovou podstatou předpisu však obsahují jako své jádro konstelaci mezilidských zájmů, zpravidla typický konflikt zájmů, který pozůstává právě tak nebo přece v podobné formě i v normativní oblasti vykládaného pravidla; zde ovšem vložený do souvislosti ostatně jiné věcné podstaty.

Při výkladu je nyní třeba dát pozor na to, že hodnocení a odpovídající stanovení cíle, které je zřetelně základem systematicky jednoznačné jiné normy, je účinné i při primárně aplikovatelné normě v jejím výkladovém prostoru. Tímto způsobem je respektován základní příkaz rovnoměrnosti. V metodologii přitom hovoříme většinou a názorně o co možná největším „zabránění rozporům v hodnocení“ jakožto nejdůležitějším cíli výkladu. Relativizace – „co možná“ - je nezbytná, protože proti jednoznačným rozporům v hodnocení v zákonných předpisech neexistuje metodologická léčivá bylina, nýbrž zbývá pouze dovolat se zákonodárce, např. rozhodnutí ústavního soudu o porušení rovnosti.

Jednoduchý příklad: při nehodě je jeden z jejích účastníků usmrcen, druhý je viníkem. Škůdce musí podle § 1327 a násl. OZO nahradit pozůstalým, kteří mají ze zákona nárok na výživu, „co jim v důsledku toho ušlo“; tedy právě tu výživu, kterou jim usmrcený již nemůže poskytovat. Jedno dítě usmrceného se v okamžiku jeho smrti již živí samo, aktuálně tedy nedostane žádné výživné. Za nějaký čas po smrtelném úrazu ztratí toto dítě své zaměstnání, nemá žádný příjem, a bylo by tedy znovu vyživováno usmrceným, kdyby ten ještě žil. Záleží při nároku pozůstalého vůči odpovědné osobě na aktuálním zákonném nároku na výživu v okamžiku smrti nebo na rodinněprávním vztahu jako takovém, z něhož může kdykoliv vzniknout nárok na výživu při nezpůsobilosti se sám vyživovat? To není v § 1327 OZO

jednoznačně řečeno. Jeho formulace mluví v důsledku použití minulého času („ušlo“) spíš trochu pro to, že ztrátu výživy, která má být nahrazena, je třeba vztáhnout k okamžiku usmrcení. Lze však také vycházet z okamžiku posuzování. Ze zásady by se zdálo skutečně svévolné, kdyby v situaci zcela rovných zájmů mezi škůdcem a pozůstalým měla rozhodnout náhoda, že pozůstalý právě byl v době usmrcení sám schopen se žít.

Jasnost poskytne teleologicko systematický výklad pomocí § 12 odst. 2 EKHG. Tento zákon ukládá mimo jiné držiteli motorového vozidla při nehodách při provozu tohoto vozidla objektivní odpovědnost za ohrožení bez ohledu na zavinění. Citované ustanovení odkazuje zcela jasně ve prospěch pozůstalého po usmrceném, který má nárok na výživu, na právní vztah, z něhož by mohly vzniknout nároky na výživné, nikoliv tedy na aktuální nárok na výživu v okamžiku usmrcení. Účelem je tedy zřejmě, že je třeba vyhovět každé potřebě na výživu nezávisle na náhodném okamžiku aktualizace nároku na výživné.

Slabí právníci, kteří patří k formalistickému typu písmenkových akrobatů, se přiklánějí ve srovnatelných případech k „argumentu“, že rozšíření povinnosti k náhradě na teprve později vzniklé nároky na výživné je obsaženo pouze v EKHG, takže v jiných případech škod, pro které platí § 1327 OZO, je tomu proto jinak. To je zcela nemístné. Nepochybně by byl zákonodárce mohl v § 1327 OZO řešit otázku okamžiku obráceně. Nehledě na to, že by to byla strašná svévole, to však neudělal, nýbrž v § 1327 OZO projednávanou výkladovou otázku (nerozhodl, nýbrž) nadhodil. Rozhodující nyní je, že se zájmový konflikt mezi škůdcem a pozůstalým v obou těchto oblastech norem nachází zcela ve stejné rovině, takže jasné hodnocení v zákoně EKHG, podle něhož o aktuálním nároku na výživné nemá rozhodovat náhoda, se v plném rozsahu „hodí“ i na pravidlo OZO. Byl by to tedy příkrý rozpor v hodnocení, kdyby naše problémová otázka byla v tomto případě zodpovězena jinak. Kromě toho by zde dokonce byl absurdně zvýhodněn škůdce, který zavinil usmrcení, oproti škůdci, který bez zavinění ručí pouze za provozní nebezpečí jeho motorového vozidla. Výsledek teleologicko-systematického výkladu je tudíž jednoznačný; o řešení našeho problému by nemohlo být nejpozději v okamžiku nabytí platnosti EKHG již pochybnosti.

XVIII. 4. Výklad „podle povahy věci“

Pojem povaha věci se používá způsobem velmi rozdílným a zčásti nejasným; zejména se také setkáváme s pokusy odvodit jeho pomocí normativní důsledky přímo z věcných skutečností. To má ovšem za následek „normativně chybný závěr“.

Zbývají dva vhodné způsoby použití tohoto pojmu: Zaprvé jím můžeme označit případy, v nichž v právním odvození hraje zvláštní roli věta popisující „skutečnosti oblastí norem“, např. protože o ní panují názorové rozpory nebo protože se změnilo směrodatné mínění o její pravdivosti. Zvolme si jako východisko např. právní větu, podle níž smějí být používány pouze stavební hmoty, které nejsou škodlivé zdraví. (Můžeme ji najít v mnohých stavebních řádech výslovně, ale může být také pouhým dílčím prvkem ve všeobecných právních větách, které podporují ohled na zdraví a život jiných). Když se objevil azbest jako stavební materiál, aniž byly tehdy známy jakékoliv zdravotní pochybnosti, lze z této právní věty a z deskriptivní věty o tom, že ohledně azbestu neexistují pochybnosti, dovodit, že tento materiál smí být používán při stavbách. Tato problému blízká, tedy konkrétní právní věta, platila v důsledku dedukce z výchozí normy až do okamžiku, v němž byla poznána nebezpečnost azbestu pro lidské zdraví. Od tohoto okamžiku je třeba bez jakékoliv změny zákona odvodit konkrétní právní větu zcela opačnou, že azbest jako stavební materiál je nepřípustný. (Pro zjednodušení zde neuvažujeme o nepatrném přimíšení azbestu do stavebního materiálu, které je snad neškodné).

Vlastní normativní význam „povaha věci“ v této právě pojednávané funkci nemá. Odvození a zdůvodnění z práva musí v důsledku vazby práva k realitě pracovat v nejširším rozsahu i s výpověďmi o skutečnostech, ať už jde - jako v tomto případě - o výpovědi o „všeobecných skutečnostech oblasti norem“ nebo jako při rozhodování individuálního případu, o zjištěné jednotlivé skutečnosti. Jestliže jsou výpovědi o skutečnostech nesprávné např. v individuálním procesu v důsledku křivé svědecké výpovědi, platí to i pro právní výsledek. Ten ovšem se může stát v důsledku právní moci v mezích procesního práva přesto nenapadnutelný. Použité normativní předpoklady však mohly být zcela korektní a mohlo s nimi být korektně zacházeno..

O ně však jde, jestliže má „povaha věci“ fungovat jako interpretační pomůcka. V oblasti výkladu, tedy v „třídách pojmu“ normativních pojmů a normativních vět, může povaha věci skutečně sehrát objasňující roli, jestliže mezi ní a pouhý věcný popis nepoložíme rovnítko, ale odhalíme v ní určitý normativní obsah. To je možné jen tehdy, ale pak vždy, jestliže sporná „věc“ je typická životní situace, tedy situace, která se v reálném lidském soužití vyskytuje často ve stejné podobě a jestliže tato situace je právně uznána k ní se vztahující úpravou jako „právní institut“. Jako příklad lze uvést smlouvu, vlastnictví, rodinu, atd. , ale pro nedostatek právní úpravy a právní význam nikoli přátelství.

Poskytuje-li však právní úprava prostor pro výklad, který musí být zvládnut objektivně- teleologicky, pak je možné rozlišovat mezi myslitelnými účelovými hypotézami podle toho, která z nich podle panujícího mínění jmenovitě účastníků, lépe napomáhá uspokojivému fungování daného institutu. Institut totiž je již právně uznán. Uspokojivé fungování lze zase odvodit z faktického chování účastníků v případech aplikace institutu, které zúčastněné osoby pociťují jako normální nebo alespoň ne jako zpřetrhané nebo narušené. Z hlediska globální normativní maximy účelnosti je radno zvolit takový výklad, který nejlépe napomáhá uspokojivému fungování právně uznané typické životní situace nebo je přinejmenším nejméně ohrožuje. Zkrátka řečeno, jde o chování bezprostředních účastníků v jejich fungujících vztazích.

Některé příklady jsou zcela banální. Že u kupních smluv v obchodě je místem plnění obchod a časem plnění „ihned“, i když to v zákoně není výslovně řečeno, se rozumí samo sebou; právě tak je místem plnění pro práci zaměstnance při nedostatku jiné dohody podnik, pro který byl zaměstnanec přijat.

Již ne tak banální příklad poskytuje rozhodnutí rakouského Nejvyššího soudního dvora k povinnosti vyúčtování. Pověřenci, společníci-jednatelé, rodiče spravující majetek dítěte nebo poručníci mají podle příslušných jednoznačných právních předpisů povinnost vyúčtování. Jednotlivé úpravy vyjadřují společnou základní myšlenku, že každý, kdo spravuje cizí nebo částečně cizí majetek, musí nositeli majetku (s potřebnými doklady) podat vyúčtování o právních úkonech a postupech týkajících se tohoto majetku a o jejich výsledku. To slouží všude k přípravě nebo

přezkoumání majetkových nároků. Povinnost vyúčtování je rozšířena pomocí právní nebo celkové analogie (k tomu později) na všechny podobné případy, i když taková povinnost není výslovně stanovena.

V konkrétním případě bylo podáno vyúčtování. Oprávněný tvrdil, že toto vyúčtování je nesprávné a podal žalobu na podání druhého, tentokrát správného vyúčtování. Na první pohled překvapivě Nejvyšší soudní dvůr tuto žalobu odmítl, přičemž se výslovně odvolal na povahu věci. Při následném kritickém posouzení se to ukázalo jako správné. Nárok na vyúčtování má přípravnou, popřípadě služební povahu. Má poskytnout oprávněnému informace, které mu umožňují, aby mohl zjistit nebo kontrolovat své nároky na zisk nebo na vydání nebo napadat nároky proti němu uplatněné na náhradu nákladů. Jestliže žaluje na druhé vyúčtování, musí prokázat, že a nakolik to první vyúčtování bylo nesprávné. Podle povahy věci ve výše uvedeném smyslu musí pak mít možnost uplatnit v rozsahu důkazů, které má k dispozici, bez další přípravy a oproti existujícímu vyúčtování svoje nároky na zisk atd., takže mu opravené druhé vyúčtování vpravdě není k užítku. Ačkoliv povinnost vyúčtování samozřejmě směřuje ke správnému vyúčtování a toto nebylo poskytnuto, ukazuje se při patřičné věcné analýze druhý nárok na správné vyúčtování jako zbytečný; v extrémním případě snad dokonce jako šikana. V právním vztahu, který až dosud fungoval a i nadále funguje uspokojivě, v němž se přirozeně mohou vyskytnout i případné chyby, nebylo proto požadováno druhé vyúčtování, nýbrž výsledek prvního by byl opraven správným vypočtením nároku na zisk atd. a v každém případě by byla poskytnuta náhrada škody za chybu. Výkladová otázka, která v zákoně zůstala otevřená, jak často musí být předkládáno dlužné vyúčtování, byla vyřešena podle „povahy věci“ i v druhém, normativním smyslu ve prospěch jedinečnosti. Zbytečná žaloba by přece musela s největší pravděpodobností zpřetrhat sám o sobě dobře fungující právní vztah, k němuž vyúčtování náleží.

Ještě jiné příklady. Předpisy o povinnosti k manželskému spoluzítí a o povinnosti věrnosti mezi společníky je třeba v rámci objektivně teleologického výkladu interpretovat z hlediska rozsahu, který je ve fungujícím manželství, popřípadě společnosti zpravidla obvyklý.

XIX. 4. Výklad pomocí argumentu ad absurdum

V přísném slova smyslu hovoříme o argumentu ad absurdum, je-li výsledek myšlenkového pochodu v rozporu s jedním z jeho vlastních předpokladů. V souvislosti výkladů je tu alespoň jedna podobnost: právní řád je řádem určitého právního společenství a měl by tedy být ve svých jednotlivých dílčích výsledcích co nejvíce souladný s převažujícím právním vědomím tohoto společenství. Jako kritérium stačí, je-li odmítnut velkou většinou, což se vyskytuje i v „pluralistické společnosti“ právě ve smyslu negativního konsenzu; tedy je-li odmítnut všemi členy, kteří jsou s to alespoň trochu rozumně usuzovat a bez ohledu na svůj všeobecný ideologický postoj právní řád zásadně schvalují. Musí přitom ovšem být předpokládáno, že takový konsenzus nespočívá primárně v nedostatku informací nebo v aktuální mediální manipulaci. Můžeme-li takový negativní konsenzus důvodně přijmout jako určitý interpretační výsledek, je dotčená účelová a výkladová hypotéza dovedená do absurdna, a proto je třeba se jí vzdát. Musíme si však ale být vědomi toho, že zde mluvíme o dílčí operaci v rámci metodicko právní práce a zde opět v rámci objektivně -teleologické interpretace týkající se určitých právních předpisů, popřípadě problémů. Měli bychom tedy umět oslabit obavy, že zde se rozhodující vliv na nalézání práva připisuje daným aktuálním emocím snad politicky nebo mediálně zmanipulovaného velkého počtu lidí. Při patřičném zúžení výkladu mluví pro uznání výkladového kritéria, kterým se právě zabýváme, základní zásada právní jistoty ve dvojitým smyslu: co většina členů právního společenství jasně odmítá, nebude také očekávat jako výsledek jejich právního řádu, takže takový výsledek by pro ně musel být překvapující a tím nepředvídatelný. Kromě tohoto by takový výsledek musel podlomit jejich právní vědomí, což by bylo na újmu reálné účinnosti právního řádu jako celku, musel by tedy redukovat stupeň jeho respektování bez aktuálního donucení.

Důležitý příklad poskytuje příčinná souvislost v právu náhrady škody, jehož ústřední norma odpovědnosti za zavinění (§1295 OZO) určuje, že osoba, která jednala zaviněně, musí nahradit veškerou škodu, kterou přivodila svým zaviněním. (Podobně ustanovení obsahují předpisy o odpovědnosti bez zavinění pro příslušný odpovědnostní důvod). Současné, velmi precizní a zásadně dobře zdůvodněné chápání kauzality jako předpokladu odpovědnosti je založeno na tom, že okolnost (zaviněné jednání) je kauzální pro jinou okolnost (škodu), jestliže při odmyšlení první by odpadla i druhá část, (conditio sine qua non čili souvislost podmínek.

Historické představy o kauzalitě, které byly z hlediska právní historie účinné a jsou základem zákona, byly ve srovnání s tím nejasné a podstatně užší jak ukazuje zejména ztvárnění casus mixtus v § 1311 OZO.

Precizní pojem kauzality může ostatně vést k podivným výsledkům, není-li korigován: účastník dopravního provozu zaviní malým nedopatřením nepatrnou dopravní nehodu. Jiný účastník nehody se v důsledku toho dostane do nebezpečí, že kvůli zpoždění své jízdy zmešká důležitou obchodní schůzku. Najme si proto letadlo a při přistávání v cílovém místě utrpí úraz. Obchod, který mu měl přinést zisk se proto neuskuteční. Na cestě domů z nemocnice mu ukradne kapesní zloděj náprsní tašku. Známy ho navštíví v nemocnici a nakazí se tam infekční nemocí, kterou vzápětí přeneše na členy rodiny a své spolupracovníky. Jeden z nich proto nemůže včas navštívit svého strýce a přijde tak o velký odkaz. Ten nyní získá jiný synovec, který se z radosti opije, a proto způsobí těžkou dopravní nehodu, při níž je zraněno mnoho lidí a vznikne velká věcná škoda. Tato historka se dá libovolně dále rozvíjet. Kratší příklad: osoba A zplodí dítě zaviněným protiprávním jednáním, totiž nevěrou nebo znásilněním. Toto dítě nebo jeho potomci způsobí během jejich života třeba jako zločinci veliké škody.

Musí osoba, která první způsobila škodu, popřípadě otec odpovídat za všechny tyto škody? Bez jejich zaviněného jednání by byly nikdy nevznikly.

Z různých kritérií omezení odpovědnosti se zde budeme zabývat toliko „adekvátností“ a omezíme se tu opět pouze na hlavní argument, který se pro ni uvádí. Adekvátnost nebo adekvance při redukci na to nejpodstatnější znamená, že následky škody lze z odpovědnostněprávního hlediska přiřadit odpovědnostnímu důvodu toliko tehdy, pokud jsou tyto následky v důsledku příčiny v okamžiku jejího uskutečnění z pohledu zvláště znalého a opatrného posuzovatele ještě možné (pravděpodobnější) v rozsahu, který je ještě prakticky myslitelný; jestliže tedy nevznikly pouze zcela náhodným spojením okolností z této příčiny, které nikdo neočekává.

Většina z výše uvedených následků škody by byla jasně vyloučena již kvůli tomuto dalšímu předpokladu odpovědnosti omezujícímu prostou kauzalitu. Uvedené příklady

(a mnohé jiné) také ukazují, proč se v novější judikatuře adekvátnost výslovně používá relativně zřídka: ve velké většině jednoznačně jasných případů nikomu nenapadne uplatnit nároky z takových „vzdálených“ škod proti viníkovi, který jako první způsobil škodu. Z dalších poškozených zpravidla o všech těch předchozích událostech nikdo neví. A kvůli požadavku adekvátnosti se o ně také nemusí vůbec zajímat. Jenom to stanovisko, který by rádo právní život zúžilo na procesy, může proto tvrdit, že adekvance má malý praktický význam.

Věcně má adekvance za následek, že současný precizní pojem kauzality se v otázkách odpovědnosti vrací k nejasnostem a užším historickým představám o způsobení škody, avšak toliko o malým a velice omezeným krůčků.

Jako hlavní argument pro tento úzký výklad kauzality jako předpokladu odpovědnosti se vždy uvádí, že jinak by odpovědnost byla bezbřehá, zcela náhodná, co do možnosti jejího rozšíření nekontrolovatelná a nedozírná. Byla by také zcela neúměrná objektivně poznatelnému a proto motivačně relevantnímu škodnímu potencionálu nedovoleného jednání (a často také vůči zavinění škůdce).

Jedna nezbytná část argumentu zůstává ale zpravidla nevyslovena. Totiž, že právě tuto bezbřehost a náhodnost všeobecně odmítají všichni právníci (i včetně těch, kteří nemyslí striktně formalisticky); již pro zcela neomezenou kapitulaci práva před náhodou, která tu jinak hrozí.

Užší výklad požadavku kauzality jako předpokladu odpovědnosti s pomocí adekvátnosti je proto zásadním a důležitým příkladem pro restriktivní objektivně-teleologický výklad pomocí argumentu ad absurdum. Jiný příklad může poskytnout např. náhrada nákladů nepoctivého držitele podle § 336 OZO, jehož odkaz na předpisy o jednatelství bez příkazu, který je jazykově možný, chápala vlivná nauka v tom směru, že s nepoctivým držitelem by se při přiznávání nutných nákladů zacházelo lépe než s poctivým. Důvody, které jsou pro to uváděny, zpravidla neobstojí. Proto platí bez dalšího argument ad absurdum: žádný rozumný člověk by nemohl pochopit, kdyby právní řád v uvedené dílčí otázce (nebo kdekoli jinde) zacházel s nepoctivým lépe než s poctivým.

XX. 6. Výklad podle priority práva a kolize norem

Významný poddruh teleologicko-systematického výkladu hledá soulad vykládané normy s pozitivním právem formálně vyššího řádu. Nejdůležitějšími příklady jsou ústavně konformní výklad prostých zákonů a eurokonformní výklad vnitrostátního práva. Zde nejde pouze o to, abychom se vyhnuli rozporům v hodnocení, ale o co nerozsáhlejší vyloučení pravých rozporů v normách mezi normami formálně různého řádu. Kolidovat by mohly netoliko základní hodnocení, nýbrž samy obsahy norem. Co nejbezpečnější zabránění takovým kolizím je tu všeobecným účelem výkladu. Je nezávislý na konkrétních a prokazatelných historických důvodech zákonodárce, objektivně navazuje spíše na rozličné pořadí pozitivního práva. Vždycky se však předpokládá, že podřízená norma nabízí odpovídající výkladový prostor, takže nalezené řešení se nachází v „mezích legis latae“, o nichž pojednáme dále. Norma formálně nižšího řádu smí porušovat normu vyššího řádu pouze v jednom ze svých možných výkladů, jestliže má být vhodným objektem pro výklad konformní s prioritou..

Rozpory, které přesahují tento rámec a které tedy nelze odstranit výkladem, by musely být řešeny především způsobem, který pro ně předvídá pozitivní právo; tedy podle přesnějšího řazení pomocí nicotností, zrušení nebo nepoužití podřízené normy. Takové řazení se nesmí stát iluzorní použitím neomezeného konformního „výkladu“, který by tak již nebyl výkladem, nýbrž by měnil podřízenou normu v jejímu jádru.

V interpretačním prostoru je však třeba dát přednost konformnímu výkladu a uvarovat se zacházení s právní normou jako nicotnou nebo jejímu zrušení, protože i ona se brání rozporům, aniž by zklamala oprávněné očekávání právníků, pokud jde o platnost korektně vyhlášené podřízené normy (právní jistota) a aniž by přivodila zlom v právním řádu nerovným zacházení s adresáty práva před a po zrušení podřízené normy příslušnou instancí, zejména ústavním soudem (spravedlivá rovnoměrnost).

Jde tedy o minimalizaci obtíží, které nevyhnutelně vznikají v důsledku skutečných nebo pravděpodobných rozporů v normách, které v jednotném právním systému nemohou přetrvávat. Zda se jedná při tom o rozpory v přísně logickém smyslu, je

sice sporné, ale vcelku lhostejné. Nikdo totiž nemůže jednat podle protikladných příkazů norem, takže rozporné normy nejsou vůbec vhodné k tomu, aby plnily svoji obecnou úlohu, totiž sloužit k orientaci lidského chování. O právní nepotřebnosti vzájemně si odporujících norem přitom není třeba pochybovat.

To platí i tehdy, jestliže se rozpor týká norem, které jsou formálně stejného řádu, pro něž neplatí žádné zvláštní zrušovací předpisy. Pak zbývá toliko možnost odstranit nebo minimalizovat rozpor pomocí obecných výkladových pravidel, pokud v konkrétní souvislosti mohou jakkoliv napomoci. Jestli se to nezdaří, jsou obě vzájemně rozporné normy prostě neaplikovatelné, a proto také je třeba je rozumně kvalifikovat jako neplatné. Právní teorie, které popírají posléze uvedenou kvalifikaci, přestože vzájemně rozporné normy neplní svoji funkci, se právě kvůli jejich relevanci pro praxi nedoporučují..

Je třeba ještě poznamenat, že pro výklad evropského práva nemohla být přirozeně zjištěna žádná metodologická pravidla. Evropský soudní dvůr sice zdůrazňuje zejména výkladový cíl „effet utile“. Sám o sobě je to regulérní teleologický výklad. Používá se však v evropské judikatuře zhusta v centralistickém smyslu co nejširších kompetencí a možností působení evropských instancí popřípadě evropského práva, zčásti dokonce aniž by se skutečně bral ohled na kodifikované evropské právo a jeho závaznost. Zejména Evropský soudní dvůr v rozporu s výslovnou diferenciací mezi nařízeními a „směrnicemi“ v evropském primárním právu, z nichž pouze nařízení jsou přímo aplikovatelná, kdežto směrnice mají zapotřebí vnitrostátní „transpozice“, prohlásil i směrnice za přímo aplikovatelné vůči jednotlivým státům (podle doslechu většinou jednoho hlasu v Evropském soudním dvoru).

Při tomto postoji a vzhledem ke skutečnosti, že každá odlišnost v právní situaci v jednotlivých státech se může posuzovat v jakékoliv souvislosti minimálně v důsledku silnější potřeby informace jako ztížení volného hospodářského styku na vnitřním trhu, jsou judikatuře ESD vytyčeny sotva poznatelné meze. Je třeba doufat, že z takového absolutního a jednostranně chápaného teleologického výkladu nevznikne škola, a že i v rovině evropského práva dojde s odeznívající centralistickou euforií a pod vlivem sílícího pracovního zatížení soudního dvora postupně k přechodu k normální teleologické metodě jako pouhému metodickému

dílčímu institutu. Co možná nejvyšší kompetence evropských instancí nebo maximálně možná oblast ovlivňování evropského práva nebyly podle znění evropského primárního práva a poznatelného úmyslu jeho autorů v žádném případě směrodatné právní cíle.

XXI. 7. Právně srovnávací výklad

Pro jednu právní teorii, podle níž se právo vyčerpává pouze v autonomních produktech vůle určitých státních nebo nadstátně organizovaných společenství, popřípadě jejich zákonodárných orgánů, nemůže cizí právo, které někteří dříve pokládalo za prostý „fakt“, nikterak přispět k aplikaci vlastního práva. Jinak je tomu, jestliže o právních řádech uvažujeme také jako o rozličných pokusech o konkretizaci universálních fundamentálních principů ideje práva, tedy spravedlnosti, právní jistoty a účelnosti. Pak se nabízí možnost odpomoci každí nepřekonatelné vágnosti nebo mezerám ve vlastním právním řádu tím, že se na daný problém použije jasná a osvědčená konkretizace jiných právních řádů předtím, než se posuzovatel uchýlí k vlastnímu volnému uvážení. Tak může právní komparatistika nad rámec svého čistě vědeckého významu pro poznání a protože je vhodná jako osvědčená pomůcka racionálních legislativních snah nabýt metodické role i v aplikaci práva; a to bez problémů jako instance, která kontroluje, popřípadě potvrzuje použitelnost určitých výkladových hypotéz z hlediska všeobecně praktické účelnosti a – v oblasti spřízněných společenství- i s ohledem na existující nebo potencionální právní vědomí právníků. Kromě toho se doporučuje opatrnost. Především je třeba odolat komparatistickému pokušení, že se určitá řešení v právních řádech velkých a významných států („právní imperialismus“) a nebo prostě početně více států, které možná od sebe „opisovaly“, pokládají bez dalšího za vhodnější, nebo že nadměrně používají určité právní řády, které jsou k tomu nebo onomu komparatistovi zvláště blízké. Spíše je třeba, pokud to je možné, hledat komparatisticky věcné a principiálně nejlepší řešení, které se zároveň obsahově vpraví do systému vlastního právního řádu. Komparatistické argumenty by měly mít při svém použití rozhodující, nikoliv pouze kontrolně potvrzující funkci jen tehdy, jestliže argumenty pro zjištění nejlepšího řešení v tomto systému pocházející z vlastního právního řádu, jsou příliš vágní nebo rozporné. Jinak hrozí z přebírání cizího práva nebezpečí, že vnese do vlastního právního řádu napětí nebo dokonce rozpory a překvapivé efekty, které jsou povážlivější než ty, které již tak jako tak existují, a které mnohdy odpovídají zhusta

historicky vzniklým nebo různým národním zálibám nebo spočívají na různé úrovni reflexe mezinárodních odlišností v právu..

I tato odlišnost je sama o sobě, měřeno na ideálních představách, kamenem úrazu. Již dávno bylo výstižně poznamenáno, jak je podivné, že spravedlnost (spíše ovšem konkretizace spravedlnosti) je na této straně Pyrenejí jiná než na druhé straně Pyrenejí. Přednosti pozitivně právní unifikace práva v právních odvětvích, která jsou k tomu v důsledku intenzivní mezinárodní hospodářské spolupráce zvláště predestinována, jsou proto jistě značné, k čemuž Vídeňská úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží poskytuje markantní příklad. Uvést tu lze i plány na evropské sjednocení soukromého práva. Jde přitom o komplexní zákonodárné akty, ne již jen o výkladové enklávy cizího původu. Přece však i zde zbývá oproti rozsáhlé euforii vyvážit skutečnost, že cenou za mezinárodní unifikaci práva je vnitřní odtrženost práva od neunifikovaných právních oblastí. Kromě toho existuje nebezpečí, že se unifikace dá částečně nejlépe zvládnout na bázi nejmenšího společného jmenovatele. Ten má mnohdy spíše sklon k jednoduchým nebo pseudopragmatickým řešením než k věcně a principiálně přesvědčivě promyšleným řešením. První pozůstávají nejčastěji ve velmi jednoduchých zákonných formulacích, které se však ukazují při zvládnutí konkrétního problému jako neobvykle vágní a proto málo přínosné.

1.5. V. Výklad ve zvláště obtížných případech

XXII. 1. Znak

Zvláště obtížné právní problémy se vyznačují tím, že se relevantní výkladové argumenty z různých metodických rovin (někdy již i z jedné roviny) včetně objektivně-teleologických členění v závažném rozsahu na rozličné výkladové varianty. Přitom se předpokládá, že vztahy priorit výkladových metod (a jejich relativizaci pomocí nezbytného „testu“), kterými se budeme zabývat později, ještě nevedly k žádnému použitelnému řešení, tj. k takovému řešení, které na jedné straně překonává problémy vágnosti příslušných právních předpisů z hlediska problémové věcné podstaty, a na druhé straně nevytváří rozporné problémy zejména ve vztahu k vrstvám účelů a zásad práva. Samozřejmě v důsledku povahy věci neexistují pro obtížné problémové situace jednoduché nebo dokonce mechanicky aplikovatelné

recepty. Dříve než se smíme legitimně uchýlit k soudcovskému vlastnímu uvážení jako východisku z nouze, je ještě možná komplexní analýza a zvážení všech linií právní argumentace, které byly až dosud ohledně různých směrů předneseny, popřípadě které lze nalézt.

Důraz přitom spočívá na slovu „právní“. Proti ostatním argumentům, které reprodukuje subjektivní nebo skupinové preference nezávisle na právu nebo dokonce s tendencí, která je právu nepřátelská, lze vždy bojovat opačnými preferencemi téže vlastnosti. Racionálně nalézat právo lze proto jen při odpovídajícím omezení vhodných argumentů. Relevantní normativní argumenty, které je proto třeba zvažovat, se musí proto dát vyvodit z práva ve všech jeho systematických vrstvách a z metodologických kritérií. Právo přitom musí být chápáno velmi široce. Patří k němu nejenom „pozitivně právní“ předpisy, ale i účely, které jsou jejich základem, jakož i vrstvy právních principů, které ovládají celé právní instituty a právní materie včetně fundamentálních zásad „ideje práva“, které působí universálně a popisují obecné účely práva.

Za těchto předpokladů se problém zvážení přirozeně přesouvá na objektivně-teleologickou rovinu. Ostatní metody byly totiž již použity i ve své sumarizaci bez valného úspěchu. To ostatně platí i pro objektivně-teleologický výklad, jak byl dosud popsán. Proto potřebujeme objektivně-teleologický výklad další kvality a zároveň vyššího stupně. Až dosud jsem totiž pracoval s prakticky zjednodušujícím způsobem, s „účelem“ zákona. To je do značné míry možné, protože z celého přediva rozličných účelů, které jsou většinou základem zákonné úpravy, přirozeně záleží jen na těch účelech, které jsou problémově relevantní, takže zbývajících nemusíme dbát. „Tento“ zbývající účel může být konec konců kompromisem mezi zprvu protichůdnými tendencemi účelů, jehož vysvětlení poskytne teprve vykládaný předpis nebo znak skutkové podstaty, který jej právě zajímá, takže na původní kolize účelů nemusí být brán zvláštní ohled.

Projednávaného zjednodušení pomocí použití „tohoto“ (jediného relevantního) účelu zákona se musíme vzdát, jestliže právě řešený problém spadá do oblasti kolize většího počtu výchozích hodnocení nebo výchozích účelů, které se navzájem rozcházejí, a z vykládaného zákona včetně jeho systematického a historického

kontextu nemůžeme zpětně usoudit na žádný určitý problémově relevantní kompromis. I když zákon v dané podobě je bezesporu kompromisem, mohla zůstat neřešena rozhodující otázka, jak dalece by u daného problému mělo mít přednost to či ono kolidující hodnocení. To bude vzápětí blíže demonstrováno na jednom svou podstatou (nikoliv však řešením) jednoduchém příkladu; právě tak i „zvážení principů“, které použijeme k řešení jako objektivně-teleologický výklad zároveň vyššího stupně.

XXIII. 2. Komplexní sporné otázky a právní teorie

Nejprve si však musíme uvědomit, že zvláště sporné právní problémy jsou velmi často značně diferencované a komplexní již na úrovni věcné podstaty, protože řešení aktuálních výkladových otázek právě závisí na oněch souvisejících předběžných vedlejších a následujících otázkách, které mohou být již samy o sobě dosti obtížné a provokovat názorové rozpory. Jen si vzpomeňme na problémový okruh právních úkonů a zejména smluvního práva jako souvisejících oblastí problémů.. Nezbyvá pak nic jiného než navzájem konfrontovat celkový stav všech argumentů pro každou centrální variantu řešení, které byly předneseny a zjištěny ke všem dílčím problémům a analyzovat je pečlivě z toho hlediska, nakolik které z konkurujících množství variant harmonizují lépe s nesporným právním obsahem a především méně kolidují s právními předpisy a principy. Tam, kde opravdu mohou být pro každý zastávaný názor vyvozeny rozumné argumenty z práva, zpravidla se v té nebo oné dílčí otázce bez takových kolizí neobejdeme. Nejlépe odůvodněné je pak to výkladové východisko, které co nejméně koliduje se zabezpečenými prvky práva a zde zejména s hlubšími systémovými vrstvami zásad. Kromě toho mohou nezdědka i dobří a pečliví právníci mít různé názory, takže nikdo, kdo má posuzovat takový problém, nezůstane ušetřen toho, aby si sám pomocí co nejkomplexnější a kritické analýzy stavu diskuse v její relaci ke zjištěnému právnímu obsahu nevytvořil právně zdůvodněný názor.

Tam, kde jde o to, dovést centrální problémy včetně jejich předběžných, vedlejších a následných otázek k jednotnému, co možná konzistentnímu systémově a věcně správnému řešení, označují se zásadní východiska řešení zpravidla i v jurisprudenci jako (právně dogmatické) „teorie“. Ty se pokoušejí řešit rozmanité a komplexní otázky v jednom problémovém okruhu na základě konzistentních základních představ. Musejí přitom usilovat o to, aby respektovaly jasný právní obsah, vyložily

z vrstev právních principů a účelů odpovídající řešení a vyvinuly na jejich základě co možná konzistentní a použitelná řešení i pro otevřené a sporné problémy.

Protichůdné teorie musí být kriticky prověřovány z hlediska toho, která z nich nejlépe odpovídá těmto požadavkům. Vzpomeňme si např. ve smluvním právu a v právu ostatních právních úkonů na teorii vůle, projevu vůle, důvěry a kombinovanou teorii. Z jiných právních oblastí si připomeňme teorii adekvátnosti a ekvivalence u kauzality v právu náhrady škody; dále na různé teorie právnických osob a na teorii jednoty, resp. na teorii rozdělení v právu bezdůvodného obohacení, která rozlišuje mezi kondikcemi z plnění a všeobecným nárokem z bezdůvodného obohacení.

Méně vhodné k tomu, aby poskytovaly použitelné výsledky, než je komplexní tvorba teorie a zkoumání teorie, jsou „topika“ a jiné diskursní teorie, které se snaží vyzískat rozhodující normativní hlediska pomocí volné diskuse (často za ireálných předpokladů). To s sebou přináší nebezpečí bezbřehosti a nekonečnosti. Varianta diskursní teorie, která chápe juristický diskurs v důsledku respektované závaznosti práva jako „zvláštní případ“ a i jinak setrvává na omezených pravidlech argumentace, se však značně přibližuje postupům jurisprudence, které se obvykle používají pro řešení obtížných problémových situací, jak bylo právě popsáno. Konec konců nelze pochybovat o tom, že široká diskuse osob věci znalých je nejlepší cestou, jak poskytnout pro určitý problém co možná nejúplnější relevantní argumenty.

Někteří odmítají používat pojem teorie na právně dogmatické snahy. To se však děje neprávem, i když se mnohdy, ovšem zdaleka ne vždy, jedná v důsledku jejich relativně úzkého problémového okruhu o „mini teorie“. Teorie je množina vět, které nejsou navzájem v rozporu, jejich jednu část lze odvodit z jiných těchto vět, a které jsou zčásti přezkoumatelné. Kromě toho mají povahu návrhu, tedy spekulativního prvku. Mají ukazovat možnou cestu k širšímu poznání a dosahují tohoto cíle, když a pokud se následně osvědčí experimentálně nebo prakticky tím, že jsou široce uznávány.

V jurisprudenci zahrnuje systém vět jedné teorie ideálně reprodukci možných relevantních právních předpisů včetně již poznaných vrstev účelů a principů, účelovou nebo principiální hypotézu pro otevřenou ústřední otázku interpretace (a

vždy pro související otázky) a odvození výsledků pro dotčené typy konkrétních skutkových podstat a (příkladem) jednotlivých případů; spolu s věcnými výpověďmi o skutečnostech okruhu norem potřebných pro taková odvození.

Tyto posléze uvedené lze prověřit ve stejném rozsahu jako jiná empirická tvrzení. Odkazy na právo lze kritizovat na základě práva a metodických pravidel jurisprudence. Účelová nebo principiální hypotéza se musí osvědčit tím, že detailně poznanou právní situaci jednoduše a přesvědčivě vysvětlí a ve zvláště obtížných právních otázkách vede k výsledkům, které nevyvolávají žádné systematické rozpory v právu (včetně jejich fundamentálních vrstev principů); k výsledkům, které jsou prakticky použitelné a zároveň je většina členů společenství pokládá alespoň za udržitelné. U takových právních otázek, které by bylo možné zprostředkovat laikům pouze pomocí podrobného a časově náročného poučení, jemuž se sotva kdo chce vystavit, musí být společenství reprezentována dostatečně věci znalými právníky.

To všechno platí i pro otázku „jak dalece“, která je u zvláště obtížných právních otázek tak často v popředí; tedy pro otázku přesnějšího určení priorit toho či onoho z několika principů nebo druhů principů, které jsou v problémové oblasti zřejmě účelné, ale navzájem kolidují.

XXIV. 3. Příklad

Demonstrační příklad věcnou podstatou jednoduchý si můžeme opět vzít z předpisu o vlastnoruční závěti: závěť sepsaná individuálním písmem je stejně „vlastnoručně“ podepsána slovy „váš otec“. Protože ostatní předpoklady musí být bez dalšího schváleny, závisí platnost této poslední vůle na tom, zda můžeme tento podpis kvalifikovat jako „jméno“ zůstavitele

Ve slovní analýze je to třeba podle obecného jazykového užití jasně odmítnout, protože v něm je jako „jméno“ označeno pouze jedno slovo, jehož funkcí je identifikovat určitého jednotlivce. Tak tomu ovšem při označení příbuzenského vztahu není. Podle určitých logických hledisek a jimi určeného jistě spíše méně obvyklého jazykového užití může být však za „jméno“ pokládáno každé označení, které skutečně za určitých okolností identifikuje určitého jednotlivce, třebaže to není obecná funkce tohoto slova. Tak je tomu při označení příbuzenského vztahu, jestliže

z obsahu závěti a ostatních vedlejších okolností vyplývá, komu chtěl zůstavitel adresovat svůj projev vůle: otec takto oslovených lidí je prostřednictvím označení příbuzenského vztahu jednoznačně určen. V. podpisu pomocí označení příbuzenského vztahu – které v korespondenci mezi příbuznými není neobvyklé, nechybí ani funkce vyjádřit konečnost a tím také platnost .

Nicméně při jazykovém výkladu zákona mluví převažující jazyková zvyklost proti dostatečnosti takového podpisu. Systematicko logický výklad to spíše ještě dotvrzuje, protože předpisy o nabývání křestního jména a příjmení ukazují jednoznačně na jméno v obecném jazykovém užití. Týkají se ovšem zcela jiné konstelace zájmů, nikoli konfliktu mezi různými čekateli dědictví, nýbrž toliko nabytí obecného identifikačního znaku.

V rámci historického výkladu nalezneme pouze odkaz, že „podepsání“ se musí stát způsobem, který zůstavitel „obvykle používá“ (Ofner I, 347). To by mohlo svědčit ve prospěch případnosti takového podpisu, jestliže se zůstavitel v rodinném kruhu obvykle takto podepisoval. Je to však slabý a vpravdě ambivalentní argument, protože takový podpis přichází v úvahu toliko v rodinném kruhu, ale nikoli všeobecně.

Z materiálů nevyplývá důvod, proč má být podpis proveden „jménem“, ačkoliv by jím dotvrzená funkce konečnosti a platnosti zřejmě mohla být vyjádřena i jinou závěrečnou formulí, např. „Toto je má poslední vůle“ nebo „To se má po mé smrti s mým majetkem stát“. Takto „podepsaná“ závěť je však nepochybně co do formy neplatná, protože tu v žádném smyslu nelze hovořit o podpisu vlastním jménem. Objektivně-teleologicky totiž z výše uvedených obecných úvah vyplývá, že ze zákonného skutkového znaku „jméno“ lze zpětně usoudit jen na jeden rozumně přijatelný účel: na zůstaviteli se požaduje nepatrná námaha, aby rozhodujícím způsobem usnadnil pomocí podpisu jménem identifikaci autora textu přímo ze samotné listiny. Jestliže pojmenování osob, jimž jsou primárně adresována poslední pořízení, a ostatní okolnosti, týkající se těchto osob nepřipouštějí žádné pochybnosti, je, jak uvedeno, označení „otec“ jednoznačným identifikačním znakem zůstavitele. To by přece mělo pro tento rozhodný účel stačit.

Pokud jde o historicky doložený účel celého předpisu o formě, tj. umožnit spolehlivé přezkoušení pravosti ze samotné listiny, je přece jen třeba se zmínit o určitých pochybnostech: podpis, který člověk obvykle používá, je ještě silněji individualizován než jeho ostatní rukopis; zvláštnosti jsou pevně dány častým opakováním. Vlastnoruční podpis jménem v obvyklém smyslu umožňuje tedy kontrolu pravosti, která překračuje přezkoumání ostatního vlastnoručně napsaného textu. To při podpisu slovem „otec“ chybí. Zákonný účel co nejlépe přezkoumat pravost tu není beze zbytku realizován, ačkoliv toto manko je z hlediska celkového textu, který je k dispozici pro srovnání písma, nepatrné. (Jinak je tomu samozřejmě při mechanicky pořízeném textu, u něhož je „vlastnoruční“ pouze podpis). Proto také není jisté, že uvedený účel zákona by měl být opravdu uskutečněn až do posledního důsledku. To by mohlo jevit jako pehnaný a zbytečný formalismus.

XXV. 4. Principy a kolize principů

Tyto pochybnosti se dají podložit, jestliže si připomeneme svobodu odkazování, podle níž má každý možnost a právo podle své vůle disponovat svým majetkem pro dobu po jeho smrti. Je evidentní, že tento princip je základem celého právního institutu „závěti“. Je však na první pohled omezen principem nezbytné formy závětí. Ta je rovněž odůvodněná, protože k obvyklým důvodům přísného dodržení formy při určitých právních úkonech přistupuje v dědickém právu ještě okolnost, že se již nelze zůstavitele zeptat na obsah a konečnost jeho vůle. Bylo by určitě nepřipustné, aby byly za účelem všeobecného prosazení svobody odkazování tak dalece omezeny předpisy o formě, jak je to výkladem jen možné, protože by to bylo porušením principu nezbytnosti formy. (Právě tak platí opak). Při projednávaném problému podpisování se tedy jedná o malý pododdíl kolize mezi svobodou odkazování a přísným dodržením formy. Důvod, proč se jako kritičtí posuzovatelé nespokojíme bez dalšího s tím, že převažující jazyková zvyklost zná užší pojem jména, který nezahrnuje slovo „otec“, nespočívá přirozeně v jazykových pochybnostech. Zřídka a „vytržené“ jiné jazykové užití bychom bez zvláštního normativního důvodu nemohli připustit jako vážnou alternativu. Problém však spočívá v tom, že řádově vyšší princip svobody odkazování zde má ustoupit dokonce ve prospěch vcelku vzdáleného a tudíž slabého aspektu příkazu dodržení formy.

Principy, tedy právní základní hodnocení, které jsou základem celých právních institutů nebo právních materií, nejsou zamýšleny pro bezprostřední aplikaci jako právní předpisy. Nemají se také realizovat v maximální možné šíři, protože to v důsledku jejich časté kolize není možné. Jsou to spíše optimalizační příkazy: v kolizním případě je zapotřebí zvážení, které jeden princip omezí jen potud, pokud je to vzhledem k jinému protichůdnému principu nutné a úměrné. U našeho problému není o této nutnosti a úměrnosti v zákonu a jeho bezprostředních základních účelech předem jasně rozhodnuto. Zde jsou i při uznání podpisu „váš otec“ účely předpisu formy realizovány sice ne úplně, ale přece jen do značné míry. Ústup od nich se týká jen dalšího, nikterak nezbytně nutného prvku přezkoumání pravosti. Zato však je svoboda odkazování, tak jako tak silně omezená předpisem formy, zproštěna dalších lákavých a ostřejších omezení. Protože právě u tohoto problému chybí zřetelnější údaje v zákoně a v jeho základech ohledně toho „jak dalece“ u obou protichůdných principů, hovoří podle mého názoru nezbytné, speciálně k problému vztažené vyvážení pro platnost poslední vůle. Další omezení svobody odkazování by bylo podstatně a proto závažnější, než je omezení pouze odlehlého dílčího aspektu nutnosti dodržení formy.

Výsledek získaný metodicky na objektivně-teleologickém stupni vyššího řádu, tj. konkrétní právní věta potřebná k řešení problému, zní na základě právě uvedeného zvážení takto: podpis označením příbuzenského vztahu, který zůstavitele jednoznačně podle obsahu závěti a okolností identifikuje, odpovídá (právě ještě) náležitosti podpisu „vlastním jménem“.

Kdo z empirických důvodů přikládá obvyklému podpisu jménem pro přezkoušení pravosti větší význam, než se to stalo zde, dospěje k jinému výsledku. Může-li uvést odborně vědecké důvody pro to, že podepsání jménem v obvyklém smyslu je pro přezkoumání písma více žádoucí nebo dokonce nutné, které odporují výše uvedenému „obyčejnému teoretickému“ posouzení této otázky (podle informace vědecky a prakticky zkušeného znalce písma takové důvody ovšem neobstojí), bylo by třeba mu dát zapravdu a zároveň se vzdát nyní zde zastávaného názoru. Právní otázky vyššího stupně obtížnosti se často nedají posuzovat s pravděpodobností hraničící s jistotou. V každém případě by však měly předchozí úvahy ukázat, že se nevystačí ani s čistě jazykovou úrovní dokonce zcela zřetelně převažujícího

jazykového užití, ani s domněle jednoduchými všeobecnými úvahami podle „zdravého lidského rozumu“ nebo „zdravého cítění lidu“, protože musíme právní analýzu nejprve dovést tak daleko, jak je to nejvíc možné. I když se jinak vzdáme se co nejlepší racionality, je to nezbytné.

Na tom nemění ani nepopíratelná skutečnost nic, že v právní praxi (zde jako všude) bývá metodická argumentace daleko méně podrobná a explicitně rozvinutá, a že v právě vylíčeném problému snad již předem soustřeďuje na otázku, zda vlastnoruční podpis jménem v užším smyslu má pro přezkoumání pravosti podstatný nebo jen menší doplňující význam. Rozsáhlé právní zkušenosti umožňují často takovou zkrácenou argumentaci. Kromě nahodilostí je ovšem taková zkrácená argumentace zpravidla použitelná jen za předpokladu, že jsme si alespoň na modelových případech zpřítomnili úplný metodický vývoj argumentů. Jen pak lze rozvinout dostatečný „cit“ pro to, co jako samozřejmé nebo banální vůbec nemusí být řečeno výslovně, a kde leží vlastní těžiště problému.

C) DOTVÁŘENÍ PRÁVA

1.6. I. Základy

XXVI. 1. Vztah k výkladu v užším smyslu

Dnes převážně uznávané, ovšem (jako všechno) některými popírané vymezení rozlišuje podle ještě možného jazykového smyslu aplikovaného a proto vykládaného právního předpisu: metodické výsledky, které se pohybují ještě v rámci možného smyslu slova, náležejí k výkladu. Je-li tento možný smysl slova naopak překročen, může být k dispozici jen dotváření práva. Jeho legitimní předpoklady musíme objasnit.

Jiná koncepce volí rozlišování podle úmyslu zákonodárce a připouští dotváření práva jen tehdy, je-li tento úmysl překročen. Především to má mnohem menší rozlišovací způsobilost. Má být striktně doslovná aplikace zákona dotvářením práva, když se historické prameny ohledně úmyslu zákonodárce ubírají jinými směry? Má být

objektivně-teleologická aplikace práva, i když vede k interpretaci, která je z jazykového hlediska tak jako tak nasnadě, bez výjimky dotvářením práva, protože nemáme žádný historický odkaz na subjektivní názor zákonodárce? A proč bychom si měli brát nejzřetelnější legitimaci pro analogickou interpretaci práva, překračující publikovaný zákon, totiž právě širší úmysl zákonodárce?

Naproti tomu se dá prakticky mnohem snadněji zacházet s rozlišováním podle toho, co má právní posuzovatel nejbezprostředněji před sebou, tedy podle textu zákona v možném jazykovém významu.

To se ukazuje především tam, kde má rozlišování svůj největší význam, tedy tam, kde je v důsledku zvýšených požadavků na právní jistotu vyloučen analogický závěr jako hlavní forma dotváření práva; zejména v trestním právu k tíži obviněného (srov. výše). K uložení trestu má dojít jen tehdy, jestliže v okamžiku spáchání trestného činu existuje publikovaná trestněprávní norma, podle níž je možné se relativně lehce orientovat. S tím by bylo zcela v rozporu, kdyby trestnost mohla být odvozena toliko z odkazu na širší úmysl zákonodárce, který ale ve zveřejněném textu vyjádřen není a nelze se jej dočíst. Právě v současném trestním právu zastávají ovšem někteří pomocí subtilních vývodů názor, že bychom se měli vzdát vymezení podle možného smyslu slova. Lépe použitelná kritéria vymezení ovšem tyto hlasy kromě kritiky nepřinesly. Je třeba jen přiznat, že i kritérium možného smyslu slova má svou danou třídu pojmu, a proto není ve všech mezích případech dostatečně ostrým dělítkem. Ale to v ještě větší míře platí pro jiné návrhy na vymezení.

Proto je třeba na tomto místě zásadně zdůraznit, že právní pojmy a vymezení nemohou být s úspěchem kritizovány jen proto, že nedovolují ostře jednoznačné zařazení použitelné

zákonými předpisy, s nimiž se setkává v podobě určitého textu, a má posoudit konkrétní případ, může tuto svou vázanost realizovat, tedy aplikovat předpis jen tehdy, jestliže si vytvořil názor na zprvu pochybný problémově relevantní obsah textu. Bez výkladu to tedy úplně nejde. V dějinách práva se sice setkáváme s tím, že někteří panovníci, kteří své zákony (a vůbec legislativní možnosti) vysoce přeceňovali, různě zakazovali je interpretovat. Tyto zákazy však zůstaly jako kvalifikovaně nesmyslný obsah zákona bez účinku, přesněji: vedly k tomu, že

samozřejmě nezbytné interpretační úvahy musely být prováděny tajně, aniž by byly zároveň podrobeny veřejné kontrole.

V jazykových mezích platných právních předpisů tedy nelze problematice výkladu zcela ujít. Lze ji jen utajit. Je-li však možný jazykový smysl pozitivních předpisů překročen, můžeme si alespoň in abstracto představit, že bez narušení vazby na pozitivně vydané právní předpisy odmítneme právní posouzení případu nebo prvku případu jen proto, že není zachycen žádným možným smyslem slova normy: že s ním tedy budeme přímo zacházet jako s právně irelevantním („bezprávní prostor“). To by sice bylo, jak se vzápětí ukáže, nemístné. Nicméně je pravda, že právní relevance a nezbytnost posouzení věcných podstat, které ani vzdáleně nespadají pod pozitivně vydaný předpis a jeho jazykový obsah, musí být samostatně odůvodněné. Samozřejmě by nešlo o to, spojit jakékoli události daleko mimo rámec každého poznatelného právního obsahu s právními následky; např. přiznat náhradu škody, když se někdo dostatečně nepoděkoval za laskavost nebo když někdo ve spěchu nepozdravil známého.

Metodická zvláštnost dotváření práva spočívá právě v nezbytnosti prokázat, že určitá věcná podstata, která se nedá přiřadit k pozitivnímu předpisu ani v nejširším možném jazykovém smyslu, přesto vyžaduje právní posouzení. Proto se také nedoporučuje různě obvyklá jazyková zvyklost označovat i dotváření práva jako interpretaci nebo výklad v širším smyslu. Dalo by se konec konců říci, že sice stále ještě jde o výklad, ovšem teď již nikoli zákona ve smyslu jednotlivých ustanovení, ale právního systému. Zdůrazněný charakteristický znak dotváření práva se však touto odmítnutou terminologií neúčelně stírá.

XXVII. 2. „Obecná negativní věta“

Účelnost rozlišování, ovšem i možnost dalšího dotváření práva vůbec, popírají právněpositivistické názory, které – více či méně striktně - zastávají „obecnou negativní větu“. Podle té platí, že mimo pozitivní právní pravidla neexistuje žádné právo. Věcné podstaty nebo jejich prvky, které nemohou být přiřazeny k určitým pozitivním právním textům, jsou tedy právně vždy irelevantní. Nevyvolávají žádné právní následky, zejména žádné nároky nebo námitky. Představitelnost mezery

v zákoně nebo v právu, která musí být zaplněna dotvořením práva, je proto odmítána, zčásti s vynaložením značného teoreticko poznávacího patosu.

Někteří kladou důraz na to, že pro výše uvedený negativní výsledek svébytnou „obecnou negativní větou“ vůbec nepotřebují. To je však bezvýznamné, protože ji zahrnuli mlčky a předem mezi premisy svého redukcionistického pojmání práva.

Věcně rozhodující je spíše to, že popsaný základní postoj sice myslitelný je, ale vpravdě postrádá teoretické a vůbec praktické zdůvodnění. Přirozeně lze vytvořit zvláště úzký pojem práva, který přesně vede k popsanému výsledku. Stejně tak dobře možné jsou však i jiné pojmy práva, které jsou pro zvládnutí základního právního úkolu (srov. výše) podstatně účelnější. Ostatně zvláště paradoxní je zúžení na pozitivní zákony, jestliže se v právním řádu jasně v samotném zákonu uznává možnost mezery v zákoně a přikazuje se dotvoření práva, jak tomu je zejména v § 7 OZO a v čl. 1 OR. Přes to se přenést výkladem, k tomu je zapotřebí hodně energie a chybějící obavy z bludného kruhu, protože musí být již v něm argumentováno tím, že právo nemá mezery, tedy s tezí, která má být teprve dokázána. Právě k tomuto účelu je pojem práva koncipován tak úzce, aby mezery nebyly možné.

Positivistické kritice možnosti mezery v zákoně a s ní spojeného dotváření práva chybí tedy způsobilá základna. K tomu přistupuje široká právně historická zkušenost, že zřejmě nikde se nevystačilo toliko s předem formulovanými právními předpisy, ale že vždy bylo a je třeba jejich rozšíření a hledání opor. Zejména v právu, které se vůbec nezakládá na kasuistické dokonalosti (která se tím jistěji mívá cílem), jako např. v rakouském soukromém právu, se nelze obejít bez nalézání práva pomocí analogie, jak vzápětí ukážeme na příkladech. Shrnutí: „Obecná negativní věta“, ať vyjádřená explicitně nebo obsažená implicitně, je, jak bylo výstižně řečeno, „výplod fantazie“. Na čem opravdu záleží, je vypracování co možná nejlépe zdůvodněných kritérií pro další dotváření práva.

XXVIII. 3. Mezera v zákoně

Specifickému metodickému výchozímu problému dalšího dotváření práva popsanému pod 1., odpovídá podle výstižného a zcela převažujícího mínění platný předpoklad mezery v zákoně; komplexní mezery v úpravě s ohledem na pravidla

zvykového práva v tom smyslu, že chybí norma svou skutkovou podstatou přímo použitelná alespoň v rámci co nejširšího jazykového smyslu na daný věcný problém. Tento předpoklad je – oproti odlišným názorům - nezbytný, protože jinak by vůbec nebylo možné rozeznat mezery v úpravě, které se mají vyplnit, od prostě mimoprávních oblastí. To by muselo vést k libovolnému dotváření práva bez jakékoli souvislosti s platným právem.

Mezera v zákoně se zpravidla popisuje jako „neplánovaná neúplnost“ existujících právních předpisů. Chybí tedy předpis podle svého textu (při jeho nejširším chápání) použitelný právě pro daný aktuální problém, který by ale byl k dispozici, kdyby byl zákonodárce jen důsledně plnil svůj plán nebo návrh na právní řád.

Přitom by ale byla ilusorní představa, že zákonodárné instance (nebo kdokoli) navrhne nejprve komplexní generální plán pro veškerý právní řád nebo jeho určité části, který pak ale v legislativních pracích dostatečně nerespektují. Taková představa by šla mimo realitu a možnosti legislativy. „Neplánovanou“ neúplnost lze realisticky interpretovat tak, že v rovině úpravy právních předpisů nebyly důsledně a komplexně realizovány účely a základní hodnocení (principy), jimiž se v té či oné sporné souvislosti nechala vést samotná legislativa. Bez nerealistické představy systematického plánu předcházejícího legislativní činnosti se lze tedy obejít:: „dílčí plány“ v tom smyslu, že se zamýšlíme nad účely a základními hodnoceními legislativně projednávané úpravy, jsou ale zcela realistické.

Důvod pro chybějící komplexní účelovou důslednost při formulaci předpisů spočívá nejčastěji v tom, že legislativci nemají úplný přehled o četných a variantních věcných podstatách, které vlastně jsou obsaženy v oněch účelech a základních hodnoceních, ale nemyslelo se na ně buď vůbec nebo alespoň ne dostatečně. To se stává především tehdy, když se legislativní práce nadměrně soustřeďuje na určité možné formy případů, jen na něž se prakticky pomýšlí. Někdy se mohou jisté rozdíly ve věcných podstatách v důsledku nedostatečné analýzy, tedy v důsledku omylu o skutečnostech, jevit podle účelu a základního hodnocení jako relevantní, ačkoliv při bližším posouzení jimi nejsou. Nemusejí být také omylem zahrnuty ve formulaci skutkové podstaty v zákoně. Nezřídka se také stává, že si zákonodárce sice velmi dobře uvědomuje, že určitou věcnou situaci je třeba upravit, ale pro (skutečně nebo

domněle) malý praktický význam pro ni nevytvoří výslovné pravidlo, nýbrž pro případ potřeby přenechá jeho vytvoření zejména per analogiam „nauce a judikatuře“, jak se tomu pak říká. I v tomto případě by tedy bylo „neplánované“, kdyby odvození potřebného pravidla bylo odmítnuto pod redukcionistickou záminkou.

Znak mezery v zákoně, pro mnohé údajně tak temný, lze bez velkých obtíží vyjasnit, jestliže „mezeru“ vztáhneme k rovině předpisů zamýšlených pro přímou aplikaci a kromě toho použijeme pro její ohraničení obsahově a systematicky hlubší vrstvy účelů a principů právního systému. V podstatě odtud se také derivují právní nástroje pro vyplnění mezer.

To, co bylo řečeno, nabízí také dostatečný popis „teleologické“ mezery stojící prakticky v popředí, kterou někteří mylně označují jako „nepravou“ mezeru; výše vyložený problémově relevantní účel zákona v subjektivně-historickém nebo objektivně-teleologickém smyslu vyžaduje ve spojení se zásadou rovnoměrné spravedlnosti rozšíření právního následku výchozí normy (základna analogie) na věcnou podstatu, která ani při nejširším možném lingvistickém chápání již není pokryta její jazykově formulovanou skutkovou podstatou, poněvadž ta podle směrodatného účelu výchozí právní normy zároveň vyžaduje právní úpravu a zároveň musí být upravena, aniž by to však předem vyslovil daný právní předpis (zákonný nebo zvykového práva). Zde se mezera zjistí a uzavře jedním a týmž metodickým myšlenkovým pochodem, totiž návratem k účelu zákona.

Ošidnější je zjištění a traktování „mezer v principech“. K tomu se vrátíme při výkladu aplikace principů.

Naproti tomu je zjišťování logických („pravých“) mezer mnohem jednodušší. Dokonce i někteří moderní pozitivisté přiznávají, že jsou metodicky relevantní a že je třeba je vyplnit. V těchto případech není existující pozitivní norma bez doplnění vůbec aplikovatelná. Např. v určité souvislosti se nařizuje úročení peněžní pohledávky, avšak bez údaje o úrokové míře. Ortodoxní právně pozitivistické východisko dokonce i v tomto případě spočívá ve volném uvážení soudce, který sazbu úroku stanoví podle libosti. Pragmatičtější úvahy samozřejmě dávají právem přednost analogické

aplikaci předpisu vhodného podle účelu nebo základního hodnocení, které udává výši úroku.

Již na tomto místě v předstihu k pozdějšímu výkladu „hranice legis latae“ je třeba zdůraznit, že rozhodovací prerogativa zákonodárce – bez níž by státní organizace společnosti vytvořením zvláštních zákonodárných orgánů neměla smysl – omezuje specifickým způsobem de lege lata legitimní metodické možnosti jurisprudence. To přirozeně platí právě pro dotváření práva. Toto zvláštní omezení spočívá v souladu jasného znění úrovně úpravy se zřetelně prokazatelným historickým záměrem zákonodárce. Při dotváření práva pozůstává textový prvek v chybějícím pravidlu, které by, byť i jen snad, bylo jazykově použitelné na danou problémovou věcnou podstatu. Jestliže tento nedostatek spočívá na vědomém rozhodnutí zákonodárce, že právě tento zájmový případ nemá vyvolávat žádné nebo jen určité právní důsledky, není dána „neplánovaná“ neúplnost úrovně úpravy, třebaže tento nedostatek není věcně, popř. systematicky odůvodněný, a proto je třeba proti němu bojovat právními argumenty z nižších vrstev práva. Když např. v určitém stadiu nekonečné reformy rodinného práva bylo vdaným ženám výslovně přiznáno právo uvádět své dívčí jméno za jménem muže (dvojí jméno), když se jméno muže stalo jménem manželů, měla podle úmyslu zákonodárce zjistitelného z materiálů v opačném případě muži (jméno ženy jako jméno manželů) zůstat tato možnost uzavřena. Jakýkoli dostatečný důvod, zejména důvod odpovídající rovnoprávnosti nebylo možno zjistit. Vědomé rozhodnutí zákonodárce však odporovalo – tak bylo judikováno - analogické aplikaci uvedeného oprávnění na muže.

I v této souvislosti platí hranice legis latae striktně jen rebus sic stantibus. Jestliže v novějších vrstvách práva vystupují do popředí odchýlná legislativní hodnocení, která vedou k rozporným hodnocením ve vztahu ke staršímu zákonu, může být tato hranice za účelem odstranění rozporu posunuta pomocí „proměny funkce“ (srov. k tomu dále).

1.7. II. Analogie a vylučovací závěr

XXIX. 1. Údajná „houpačka“

Analogický závěr jako primární, protože zákonu nejbližší metoda dotváření práva byl již popsán v předchozí části při zjišťování „teleologické“ mezery. Problémově relevantní účel zákona je třeba vyjavit z historického poznávacího materiálu nebo pomocí objektivní indukce; poté je třeba jej aplikovat deduktivně na daný, textem zákona určitě nepokrytý problémový případ. Vyjví se tak i právní následek výchozí normy; sice ne pro „přímou“, ale určitě pro analogickou aplikaci zákona. Rozhodná podobnost (analogie) mezi textově nepoužitelným předpisem a problémovým případem se zjedná tím, že se účel prvního „hodí“ pro druhý. Forma závěru jako taková je vždy způsobilá. Při zjišťování účelu a při odvozování z něho se ovšem mohou jako všude vyskytnout problémy.

Občas musíme rozhodnout otázku analogie, aniž by bylo možné s dostatečnou mírou přijatelnosti pozitivně zjistit problémově relevantní účel zákona. Pak může vyplynout z analýzy rozdílů mezi případy pokrytými zněním výchozí normy a daným problémovým případem, který jistě překračuje jejich rámec, že věcné rozdíly jsou podle všech z kontextu poznatelných právních účelů a hodnocení irelevantní. Dokonce ani když nelze dostatečně vysvětlit, proč právě při pronájmu bytu v osobním vlastnictví se pronajímatel musí spokojit s menší nájemní ochranou než při ostatních pronájmech bytu, je třeba tento předpis aplikovat analogicky na pronájem bytu v osobně vlastněném poschodí (dříve, avšak dnes již zřídka se vyskytující vlastnictví poschodí). Společná povaha, totiž věcné dispoziční právo toliko s jedním bytem (jako nesamostatnou částí domu) je tak zřetelná, že rozdíly v konstrukci vlastnictví v souvislosti s nájemní ochranou nemohou hrát žádnou podstatnou roli.

Oproti analogickému závěru stojí vyhraněně vylučovací závěr (*argumentum e contrario*). Zde se dovozuje, že právní následek přikázaný v jednom právním předpise má platit toliko za skutkových předpokladů tohoto předpisu a že jej tedy nelze rozšiřovat na další případy, které nejsou pokryty zněním předpisu. Patří ke standardním námitkám kritiků metod, že si prý lze z obou protikladných forem argumentu vždy zvolit jeden, a že proto prý jsou oba bezcenné.

To je však správné pouze za mylného předpokladu, že jako právně relevantní přicházejí v úvahu toliko formulované právní předpisy. (Pragmatictější právní pozitivisté přiznávají však při výkladu podstatný význam úmyslu zákonodárce poznatelnému alespoň z jiných pramenů poznání. Proč by tomu mělo být při dotváření práva jinak, toho se dopátrat nelze). Z toho, co bylo řečeno, vyplývá, že se tato námitka sama vyvrací: Jestliže nepřihlížíme toliko k textu, tedy k „písmenkům“ zákona, nýbrž si uvědomíme – např. za pomoci § 7 OZO! – i jeho účely (důvody), nemůže být vůbec řeči o údajně libovolné houpačce mezi analogickým závěrem a vylučovacím závěrem jako zásadní námitce. Spíše záleží na tom, zda se problémově relevantní účel zákona vztahuje toliko na výslovně skutkovou podstatou pokryté věcné podstaty (pak platí argumentum e contrario) nebo je překračuje (pak a jen potud jde o analogický závěr). Jakkoli snaživé nebo patetické odkazy toliko na znění zákona však v této otázce právě tak jako v jiných početných metodických problémech ovšem nepomohou dále. Příklad: § 1327 OZO upravuje pro věřitele ze zákonné vyživovací povinnosti, kterou měla zaviněně usmrcená osoba, nárok na náhradu škody proti odpovědné osobě ohledně toho, co jim v důsledku usmrcení uchází. Posoudit je prý tedy třeba pohledávky z kupní ceny, půjčky nebo náhrady škody proti usmrcenému, jejichž věřitelé v důsledku usmrcení jejich dlužníka nepřijdou ke svým penězům a tudíž jsou („nepřímo“) poškozeni. Analogický závěr z pohledávek výživného na ostatní nároky se nedá odvrátit např. odkazem na znění zákona. Toto znění se přece při každém analogickém závěru překračuje! Rozhodující je spíše zřejmý účel uvedeného předpisu, a to poskytnout zvláštní ochranu potřebě postižených, pokud jde o existenčně nezbytnou výživu. To a nikoli doslovné znění samozřejmě nutně vede k vylučovacímu závěru.

Pravda je, že v mnoha případech může aplikace uvedených kritérií nakonec zůstat pochybná, protože nelze dostatečně přesně zjistit rozhodný účel. To však není argument pro početné příznivěji utvářené případy.

Z pohledu diferenciacie je od argumentu e contrario třeba odlišit argumentum e silentio, tedy argument vyplývající z mlčení zákona i o ratione legis. Účel předpisu neomezuje jeho právní následky přímo na případy v textu formulované jako skutkové podstaty, tedy sám o sobě připouští analogii; nikoli však na právě danou věcnou

podstatu. K tomu mlčí nejen text, ale i účel. Příklad mohl opět poskytnout § 1327 OZO, když rodinné právo terminologicky navíc zřetelně rozlišovalo mezi poskytováním výživy (v užším smyslu) a pracovními výkony v rodině (vedení domácnosti, péče o děti a jejich výchova, manželská pomoc). Na jejich ztrátu způsobenou usmrcením osoby, která je dlužníkem z důvodu rodinného práva, bylo třeba analogicky použít § 1327 OZO v důsledku výstižného účelu zákona (zabezpečení existenčních potřeb).

Tehdy se tedy ohledně ostatních výše zmíněných druhů pohledávek jednalo o argumentum e silentio. Od té doby, kdy znění zákona zahrnuje pod dnes široce koncipovaný pojem výživy i pracovní výkony v rodině, jde o pouhý systematický výklad zákona a vylučovací závěr.

Oproti všelijakým pokusům o písmenkovou akrobacii je třeba výslovně konstatovat, že vědomé rozhodnutí zákonodárce proti přípustnosti analogické aplikace nesmí být akceptováno svévolně nebo s pouhým argumentem o doslovném znění zákona např. podle hesla: Zákon pokrývá jen určité případy a tudíž chtěl pokrýt jen je. To však samozřejmě nedokazuje, že podobné případy jsou vyloučeny vědomě. Zbývá vždy možnost, že nebyly legislativcům dostatečně známé nebo že byly ponechány nalézání práva právě pomocí analogických závěrů. V pochybnostech nelze podezírat zákonodárce kvůli jeho vázanosti rovnou mírou spravedlnosti a principem rovnosti, ze svévolné úpravy jen podle jeho vlastních účelů a hodnocení. Proto je při pochybnostech o jakémkoli vědomě nedůsledném omezení právních následků zákonodárcem na místě analogie a ne vylučovací závěr..

XXX. 2. Druhy analogického závěru

Nejjednodušší forma je a) analogie zákona (analogie legis), která také byla až dosud brána za základ: účel určitého předpisu se hodí na případ, který je právě tím právně podobný, ale z hlediska zákonné skutkové podstaty textově určitě nepokrytý. Např. § 862a OZO stanoví v souladu s teorií doručení nebo přijetí pro prohlášení o přijetí návrhu při uzavírání smlouvy, že toto prohlášení nabývá účinnosti, jakmile dojde příjemci. Pro jiné projevy vůle, které je třeba učinit vůči jiné osobě, např. oferta, výpověď, prohlášení o odstoupení od smlouvy nebo o opci, odpovídající předpis v OZO chybí, ačkoliv všechny tyto projevy vůle zákon přirozeně zná. Příslušná

ustanovení však nelze vůbec použít, když nevíme, kdy popř. čím se daný projev vůle stává účinným. Je tu tedy „logická“ mezera. Zaplní se pomocí analogie k § 862a OZO v souladu s účelem tohoto předpisu, jímž je rozdělení rizika přepravy projevu vůle podle lepšího zvládnutí nebezpečí: odesílatel určuje druh přepravy, jen on může svou volbou ovlivnit vlastní riziko přepravy. Od okamžiku, kdy se projev vůle dostane do sféry panství příjemce, jsou podle povahy věci on sám a jeho organizační opatření příslušné pro to, aby se projev vůle dostal co nejdříve ke správnému adresátu. Tento účel dělby rizika se hodí rovnoměrně pro všechny projevy vůle, k nimž je zapotřebí přijetí.

Nebo: Předběžná smlouva je výslovně podřízena klauzuli rebus sic stantibus (§ 936 OZO); zřejmě proto, že při takovém přípravném úkonu se vázanost účastníků obecně pociťuje jako slabší než při hlavním úkonu. To platí i pro zákonem zvlášť neupravenou opční smlouvu. Proto je na místě analogie. V tomto případě je to jinak hrozící rozpor v hodnocení, který tak dokazuje existenci teleologické mezery a možnost jejího zaplnění.

b) Celková analogie čili analogie iuris zjišťuje z řady zákonných předpisů společnou základní myšlenku a aplikuje ji, protože se na podobný, nikoli přímo upravený případ nehodí žádné z jednotlivých ustanovení, ale společný základ zákona se hodí velmi dobře. Důležitý příklad: Všechny zákonem blíže upravené dlouhodobé závazkové vztahy (nájem, pacht, pracovní poměr, obchodní společnost) obsahují ustanovení, které praví, že každý účastník smlouvy může takový závazkový vztah z důležitého důvodu jednostranně bez dodržení lhůty zrušit bez ohledu na sjednanou dobu trvání; tedy jestliže od něj nelze pokračování ve smlouvě spravedlivě požadovat. K tomu může dojít zejména z důvodu porušení smlouvy druhou stranou, ale také v důsledku objektivně změněných okolností. Mnohé dlouhodobé závazkové vztahy se však nyní díky smluvní svobodě uzavírají s obsahem, který vylučuje jejich podřazení pod zákonné typy dlouhodobých závazkových vztahů (např. směna užívání, dlouhodobá koupě, dlouhodobá dopravní smlouva). Pravidlo o důležitém důvodu je na základě analogie iuris použitelné i na ně: účel, vyhnout se v dlouhodobých vztazích vázanosti, kterou nelze požadovat, se plně uplatní i zde. Jak ukazuje hrozící rozpor hodnocení, existuje i zde teleologická mezera, kterou lze bez obtíží zaplnit.

XXXI. 3. Závěry z hlediska velikosti jako zesílené poddruhy analogie

Argumenty z hlediska velikosti lze aplikovat ve dvou variantách: jako závěr od menšího k většímu (argumentum a minori ad maius) přenáší tento argument právní následek jednoho předpisu na textově nepokrytou věcnou podstatu, která podle účelu tohoto předpisu tento právní následek potřebuje daleko více (je tedy „více než jen právně podobná“). § 1333 an. poskytuje např. věřiteli peněžní pohledávky při objektivním prodlení dlužníka úroky z prodlení. Účel přiznat paušalizovanou minimální náhradu škody platí tím spíše při subjektivním zaviněném prodlení.

Závěr od většího k menšímu (argumentum a maiori ad minus) se obrací do negativa: když ani podle účelu zákona širší skutková podstata nemá určitý právní následek, pak jej tím méně má užší skutková podstata. Příklad: ani poctivý držitel hodný právní ochrany nemůže proti žalobě vlastníka na vydání namítat, že třetí osobě za věc zaplatil kupní cenu (§ 333 OZO). Účelem je postavit najisto, že vlastníka nezajímají vztahy držitele k třetí osobě pro jejich toliko relativní význam. Tím spíše pak platí tento účel, je-li držitel nepoctivý, a proto zasluhuje menší právní ochranu.

Převeden na stranu právních následků říká tento argument, že tehdy, když věcná podstata má podle určitého předpisu širší právní následek, musí k ní náležet i užší (nikoli prostě jiný!) právní následek. Je-li určitá věcná podstata např. v pracovním právu upravena jako důvod k okamžitému propuštění, pak ospravedlňuje také výpověď, třeba s kratší než regulérní výpovědní lhůtou.

1.8. III. Teleologická redukce (restrikce)

Zaostává-li v situaci analogie textové ztvárnění skutkové podstaty za účelem, popř. důvodem zákona, je naopak třeba ještě uvážit případ, v němž příslušný předpis podle svého znění zahrnuje více, než odpovídá jeho účelu; a to již v „jádro pojmu“ (v „třídě pojmu“ pomůže zužující teleologická interpretace). Vzniká tedy zvláště ostrý problém dotváření práva, když již nejužší možný smysl slova přesahuje účel zákona. Tady je jako pendant k analogii na místě dotváření práva pomocí teleologické restrikce, která omezí zákonem přikázaný právní následek na oblast dotčenou účelem.

Protože stávající, i když přesahující znění zákona vzbuzuje větší očekávání než – při analogii – nedostatek snad použitelného znění, je ovšem v mnoha směrech na místě opatrnost. Nejprve je třeba zvlášť pečlivě přezkoumat a zdůvodnit účel, který podmiňuje omezení. To může být usnadněno tím, že lze prokázat, že by bez redukce problematického předpisu nezbyla pro jiné systematicky související právní předpisy žádná oblast smysluplné aplikace. Dále je třeba dbát na to, aby se pod pláštíkem teleologické redukce neprovozovala jurisprudencí slušnosti zohledňující „všechny okolnosti daného případu“, která dotčený předpis okamžitě vůbec zruší. Spíše se musí dokázat, že je třeba z nařízeného právního následku vyjmout celou abstraktně vymezitelnou skupinu případů.

Příklad poskytuje např. požadavek stanovení dodatečné lhůty při odstoupení podle § 918 OZO. Má prodlévající smluvní straně poskytnout ještě příležitost, aby opožděným, ale přece jen okamžitým plněním zachovala smlouvu. Jestliže však prodlévající smluvní strana nad rámec svého prodlení vážně prohlásí, že vůbec nepomýšlí na to smlouvu splnit (odmítnutí plnění), bylo by stanovení dodatečné lhůty pouhou nesmyslnou formalitou, která neslouží svému rozumnému účelu: z nejlepšího zdroje, totiž od samotného dlužníka, je známo, že se nechopí šance dohonit zameškané. V tomto případě je odstoupení účinné bez stanovení dodatečné lhůty.

Nebo: pro právní úkony mezi rodiči a nezletilými dětmi bylo podle staršího práva, tedy bez možnosti vhodného zužujícího výkladu, prohlášeno ustanovení kolizního kurátora za nezbytné (§ 271 OZO). U vánočních dáreků nebo dáreků k narozeninám nebo i jiných darování mezi rodiči a dětmi nemůže nastat účel předpisu, totiž zabránění možným kolizím zájmů rodičů. Nezbytnost ustanovení kolizního kurátora soudem pro obvyklé příležitostné dárky by byla zcela absurdní. Prosté darování rodičů dětem, které není spojeno se žádným zatížením, bylo proto třeba z uvedeného předpisu vyjmout. Tím, že se soustředilo na skutečně hrozící kolize zájmů, pojalo novelizované znění § 271 samo dřívější výsledek teleologické redukce do zákona.

V případě teleologické redukce je třeba chápat mezeru v zákoně potřebnou pro dotváření práva, jako „skrytou“ mezeru, tzn. že jedna podle účelu zákona nezbytná výjimka v explicitních předpisech chybí.

1.9. IV. Aplikace obecných právních zásad

XXXII. 1. Obecně

Obecné právní zásady hrají již při výkladu v užším smyslu a při analogii podstatnou roli (srov. výše ke zvláště obtížným výkladovým problémům nebo k zásadě nesení rizika při projevech vůle, které mají zapotřebí přijetí). I jejich bezprostřední použití při získávání práva - ve věci více či méně reflektované - je snad známo alespoň ve většině rozvinutých právních řádů; v mnoha z nich je dokonce výslovně nařízeno zákonnými předpisy za účelem doplnění zákona. (Komparatisticky zřejmě dosti ojedinělý je naproti tomu pokus o relativně komplexní dílčí kodifikaci metodických pravidel prostřednictvím § 6 a násl. OZO). V § 7 OZO se mj. ustanovuje o použití „přirozených právních zásad“. V přípravných pracích k OZO se zčásti hovořilo o „obecných právních zásadách“. Ani pozměněná formulace v OZO nespočívala v úmyslu věcné změny. Výrazu „obecné právní zásady“ je třeba potud dát přednost, protože méně aktivuje automatický odmítavý postoj, který tak často vyplývá z dosud stále rozšířené fobie k přirozenému právu oproti zákonné formulaci. Hlavní redaktor OZO, Zeiller, byl jako právní teoretik stoupencem přirozeného práva, jako legislativních praktik ale velice dbal na význam zákona, kladl velký důraz na pouze subsidiární a proto relativně řídkou přímou aplikaci obecných právních zásad při nalézání práva; v důsledku rozhodovací a hodnotící prerogativy zákonodárce právě z dnešního pohledu právem. Jinak by pozitivní zákonné právo nemohlo dostatečně plnit svou funkci usmiřovat a podporovat bezpečnější poznatelnost právní situace, pokud je dosahována pomocí pozitivního práva. K tomu dnes přistupuje demokratická legitimace zákonodárných instancí.

Jako metoda nalézání práva následující po výkladu a zákonu blízké analogii, tedy subsidiární metoda, je však přímý odkaz na obecné právní zásady z racionálních důvodů nezbytný. To platí přes jejich přiznanou relativní vágnost. Kritici, kteří na ni

poukazují, nemají ovšem, jak si vzpomínáme, nic jiného, co by nabídli, kromě pouze bezkritériálního uvážení, popř. vlastního hodnocení toho či onoho posuzovatele.

XXXIII. 2. Zjišťování a vlastnost principů

V mnoha právních oblastech a právních institutech jsou odedávna známé určité principy, tj. základní hodnocení, která podstatně ovlivňují dotčenou právní materii. Odlišují se v plynulých přechodech od účelů zákona nebo důvodů zákona tím, že tyto posléze jmenované jsou základem určitých jednotlivých zákonných předpisů, nikoli celkových právních komplexů. Jako příklad pro vůdčí zásady si připomeňme v ústavním právu demokracii, právní stát a ochranu základních práv, princip zavinění nebo maximu „nulla poena sine lege“ v trestním právu, zásady právní moci nebo volného hodnocení důkazů v procesním právu, (omezenou) svobodu vlastnictví, princip publicity a absolutní účinky subjektivního práva ve věcném právu, vůdčí ideje soukromé autonomie a ochrany důvěry v závazkovém právu, princip zdání práva zahrnující obě oblasti, zásadu povinnosti komplexní péče v rodinném právu, svobodu pořizovat poslední vůli a rodinnou dědickou posloupnost v dědickém právu, atd. Již stará nauka o principech zdůrazňovala v mnoha souvislostech obecné právní zásady v tomto smyslu, tedy jako všeobecně systémově nosná základní hodnocení, a využívala jich při výkladu a dotváření práva. Principy v tomto smyslu nejsou právní normy rozčleněné na skutkovou podstatu a právní následek a vytvořené pro prostou aplikaci, ale všeobecné tendence hodnocení komplexních věcných podstat a k nim vztažených konkrétních právních komplexů.

Z právněteoretického pohledu vytkla novější nauka o principech nejprve v podobě Wilburgovy teorie o „pohyblivém systému“ vycházející z právní dogmatiky strukturální zvláštnost principů, které obsahově odlišuje od druhého typu norem, „pravidel“ vytvořených pro přímou aplikaci: principy nevyžadují – jak již bylo uvedeno výše - každý sám pro sebe úplné a co nejširší dodržování, nýbrž obsahují optimalizační příkazy; tedy odstupňované požadavky na to, co být má, které je třeba dodržovat pouze podle možnosti, zejména s přihlédnutím k jiným kolidujícím principům. Novější právní teorie podstatně prohloubila náhled do struktury „více nebo méně“ norem typu principů. V případě kolize musí proto být principy vyváženě vyrovnány již zákonodárcem nebo jinak v aplikaci práva.

Pro zjištění obecných právních zásad je třeba dbát dvou rozdílných pozic: Krátce řečeno, jestliže jedni chtějí vypreparovat z pozitivního práva jeho základní myšlenky, používají naproti tomu druzí názory a konání, které pozorujeme v mezilidských vztazích nezávisle na právu. Již z důvodu co nejlepší kontroly je vhodná kombinace obou cest. Pro aplikaci práva by se mělo začít co nejbližší věci s indukci z pozitivního práva, pokud jde o jeho hodnotové základy, která přesahuje postup již popsany při objektivním zjišťování účelu, totiž překračuje normativní základy jednotlivých předpisů směrem k celým právním institutům nebo systémovým materiálům. Zjišťování principů i na rozdíl od analogického závěru proto nevede k určitému právnímu následku, totiž následku z výchozí právní normy, nýbrž ohledně právních následků toliko k orientaci o hodnotové tendenci vyjádřené v principu.

Široká indukce ostatně nakonec vede k nejuniversálnějším právním principům (podle některých k právním účelům) ideje práva, totiž k zásadám spravedlnosti, právní jistoty a účelnosti, jejichž vnitřní diferenciací se zde nebudeme dále zabývat. Jsou totiž více nebo méně zřetelné a často překryté a zkreslené ne právními, především mocenskými základními tendencemi, nicméně přece jen jsou alespoň v právních řádech našeho právního okruhu prokazatelné a tvoří tak empiricky nejlépe potvrzené základní prvky práva. Jsou to také principy, které by musel akceptovat každý člověk, který klidně a pečlivě zvažuje své dlouhodobé zájmy a zároveň bere ohled i na své spoluobčany jako rovnoprávné nositele zájmů, tedy které jsou zároveň racionálně zdůvodněné.

Zjistit obecné hodnotící základy platných právních předpisů se ovšem často zdaří, jen jestliže převezmeme ze zprvu na právu nezávislého chování většiny nebo nejvlivnějších členů určité společnosti hodnocení, která v nich docházejí výrazu, protože to musí být hodnocení, která se také promítají do zákonů. Např. všeobecné ostré odmítání porušení důvěry („zrada“) a z něho vyplývající zklamání v očekávání zřetelně poukazuje na princip důvěry široce platný v právním řádu; nescetněkrát prokázané přání lidí, aby mohli své vlastní záležitosti regulovat podle své vůle poukazuje na soukromou autonomii a svobodu vlastnictví. Hrozí však nebezpečí, že pouhá indukce z pozitivních právních vět zabloudí mezi početnými možnými stupni abstrakce nebo že dokonce bude traktovat základní myšlenky nepodařených zákonů jako právní principy.

Je nepopíratelné, že sociální koncepce převládající v určitých dobách a na určitých místech, se mohou zejména za pomoci „dostatečné“ politické a mediální kampaně stát včetně svých účinků na legislativu vysoce nehumánní. Vzpomeňme jen na diskriminaci určitých skupin spoluobčanů za posledních 80 let dodneška, která z ještě relativně mírných začátků dosáhla a dosahuje až k brutálnímu masovému vyvražďování. V krajním případě ztrácejí samy z formálního hlediska „korektně“ vydané zákonné příkazy tohoto obsahu materiálně charakter práva. I bez takovýchto krajností by však bylo racionálně nepřijatelné aplikovat odpovídající maximy jako obecné právní zásady dokonce i v „pozitivně“ ještě právně neupravených mezerách diskriminačních zákonů, jak je to v totalitních systémech často propagováno a praktikováno. V právu naopak spíše platí metodická maxima, že je třeba zřetelně věcně nebo systémově rozporné zákony, které ještě zdaleka nejsou nelidské, nebo jsou prostě nemravné, vykládat co možná restriktivně a nerozšiřovat je pomocí analogických závěrů; tedy už vůbec ne pomocí jejich uznání jako obecné právní zásady. Tomu lze zabránit především přibráním fundamentálních principů ideje práva jako kontrolní instance při zjišťování obecných právních zásad. I poznatelná kritéria politicky špatně řízené legislativy, jako např. v Rakousku v případě taxikářských koncesí doložitelná maxima, že zvláště hlasité a dobře organizované profesní skupiny jsou dokonce imunizovány vůči základním ústavním právům, nejsou proto kandidátem na status obecné právní zásady.

Zjištění takového principu je tedy diferencovaný postup, v němž musí spolupůsobit indukce z pozitivních právních pravidel a právních institutů spolu s nutným respektováním hodnotových preferencí zřetelně vystupujících v životě dané společnosti za kontrolního využití fundamentálních zásad práva. Relativně příhodný prostředek pro zdůvodnění nebo kontrolu pravděpodobné právní zásady tvoří právní komparatistika.

Jak dokládají příklady uvedené na počátku předchozí části (IV.2), existují přes veškeré obtíže v různých právních odvětvích početné nesporně uznávané právní zásady. Posléze uvedené problémy lze proto zřejmě ve značné míře překonat.

XXXIV. 3. Mezera v principu

Charakter principů jako „méně nebo více“ norem, tedy jako pouhých optimalizačních příkazů (který také umožňuje prostý převod základního hodnocení do normy chování, která má povahu pouhé směrnice) vylučuje, aby se předpokládala mezera v principu již tehdy, když právní vrstva pozitivních předpisů (v izolovaném pohledu) neodpovídá principu v nejširším možném rozsahu. Tak tomu musí být vždy při všech kolisích principů. Tyto kolise zase znemožňují i optimalizační vyvážení, pokud není známá oblast jejich aplikace, tedy oblast mezery, která má být zaplněna. Mezera v principu tedy musí být zjištěna odděleně od jejího zaplnění, a to v co možná úzkém napojení na existující pozitivní úpravy, které mají být doplněny. Cílem je totiž pokud možná konsistentní celkový systém.

Jsou dvě možnosti: při zkoumání podobnosti se prověřuje, zda právě posuzovaný případ je případům pokrytým určitými jednotlivými předpisy alespoň natolik podobný, že - za předpokladu konsekventnosti hodnocení – je právní hodnocení vždy nutné a tedy nepřichází v úvahu zařazení do „mimoprávního prostoru“. Na rozdíl od analogie nejde ještě o zpřístupnění určitého právního následku na základě výchozí právní normy pro daný problémový případ : právní následek nebo právní následky může, popř. mohou být pro právě posuzovaný případ z hlediska problému cizí a zcela nepoužitelné. Odtud se otevírá pouze samotná nezbytnost právního posouzení, že se potud a jen potud účely nebo základní hodnocení existujících pozitivních norem „hodí“.

Při zkoumání úplnosti se bere v úvahu v právním životě typický životní vztah, který je uznán komplexní právní úpravou jako právní institut, a proto zasluhující podporu, a zkoumá se, zda tato úprava (včetně jejích možných analogií) ve skutečnosti dostatečně napomáhá fungování tohoto institutu, které je pro přímé účastníky žádoucí. Není-li tomu tak, existuje mezera, kterou je třeba zaplnit pomocí obecných právních zásad. Obě tyto možnosti zkoumání mezer lze kombinovat a mohou se navzájem zřetelně posilovat.

Právní následek potřebný pro problémový případ (nebo při diferencovaném výsledku více právních následků) musí odpovídat hodnotícím tendencím daných právních principů, které jsou v úmyslu dosáhnout optimalizace navzájem vyrovnané a které je třeba odvodit z typů právních následků známých v právním řádu v jiných

souvislostech; to proto, abychom se vyhnuli dalším zbytečným komplikacím a nejistotám.

XXXV.4. Příklady

Hlavní příklad charakteristický pro kulturu novější doby potlačující fenomén smrti poskytuje v Rakousku soukromé právo mrtvých, Otázkou je, kdo má rozhodovat o způsobu a místu pohřbu zesnulého. Pro spor o tom mezi soukromými účastníky chybějí přímo nebo analogicky použitelné předpisy. (Zdá se, že veřejnoprávní zemské předpisy, pocházející ze sanitárních a obecně z předpisů pořádkové policie o pohřbu, se zčásti o takovou úpravu skrytě pokoušejí, což ale musí z ústavněprávního hlediska ztroskotat na chybějící kompetenci zemí v oblasti soukromého práva a v důsledku toho na ústavně konformním výkladu). Takový právní spor není příliš častý, ale pak je mezi zúčastněnými veden s tím větší rozhořčeností (např. mezi manželkou a přítelkyní zesnulého, nebo mezi rozvedenými rodiči zesnulého dítěte). Uplatňuje se nárok na vydání mrtvoly, zejména nároky na exhumaci, popř. námitky proti takovým nárokům.

V jednom velmi starém rozhodnutí se jednou vyslovil rakouský Nejvyšší soudní dvůr zcela ve smyslu „obecné negativní věty“: V důsledku chybějící právní úpravy neexistují v tomto směru nároky nebo námitky. Na tomto stanovisku bylo zvláště absurdní to, že tím byl spor mrtvolu přenechán svévolnému vyřešení lstí nebo násilím, protože osoba, která se fakticky jakýmkoli způsobem zmocnila mrtvoly, musela být právně nenapadnutelná.

Proto se tato právní otázka mezitím i v judikatuře posuzuje podle zjistitelných právních zásad: V první řadě rozhoduje vůle samotného zesnulého, která nemusí být projevena např. ve formě závěti a dokonce působí jako hypotetická vůle, když zesnulý neprojevil žádnou konkrétní vůli ohledně svého pohřbu, ale za daných okolností lze na jeho straně předpokládat určitou vůli, kterou by byl měl, kdyby byl o této otázce uvažoval. V druhé řadě rozhodují nejbližší rodinní příslušníci, a to nikoli podle formálního stupně příbuzenství, ale podle skutečného blízkého vztahu k zesnulému před jeho smrtí. Dbát je také třeba na zásadu klidu mrtvých, takže by se mělo zabránit z důvodů piety exhumacím, které nejsou z právního hlediska bezpodmínečně nutné.

Znamená to kombinaci zásady soukromé autonomie v jejím zvláště výrazném osobnostněprávním projevu a zásady rodinné péče použitelné v druhé linii v upřesnění, které vyplývá v běžně fungujících rodinných vztazích zpravidla bez jakýchkoli sporů. Upřesnění uvedených zásad vztahujících se k danému problému se tedy řídí „povahou věci“ ve výše vyloženém smyslu. Protože dokonce daleko méně emotivní konflikty zájmů než je spor o mrtvolu samozřejmě mohou a musí být v podmínkách rozvinutého práva projednávány v řádném řízení, a protože právnímu institutu rodina chybí úprava pro případ smrti rodinného příslušníka, vyplývá ze zkoumání podobnosti i úplnosti, že existuje mezera v principu, kterou je třeba zaplnit.

Podle starší zákonné úpravy se judikatura odvolávala zejména ohledně práva mimomanželského otce na návštěvu dítěte, v otázkách mezinárodního práva soukromého a v jednom zvláště důkladně odůvodněném rozhodnutí ohledně námítky nejistoty na „přirozené právní zásady“, než byly výslovně pojaty do zákona (§ 1052, věta druhá OZO).

Důležitý příklad ze současnosti je tzv. „kvasivěcné právo nájemce“ nemovité věci, jehož pomocí se podle konstantní judikatury nájemce může bránit proti neoprávněné třetí osobě, která jej vyhání nebo ruší. (Ochrana držby nájemce k tomu podle rakouského práva z různých důvodů, zejména pro velmi krátké lhůty pro držební žaloby, nestačí.) Jak bylo na jiném místě podrobně ukázáno, může tento věcný prvek v nájmu odůvodnit obecná zásada ochrany nájemce v současném právu. Směřuje ovšem v zákonném ztvárnění toliko vůči pronajimateli a jeho nástupcům ve vlastnictví a omezuje především právo výpovědi pronajimatele při pronájmu bytů a nebytových prostor za tím účelem, aby zajistila nájemci existenčně nutné užívání bytu a – podstatně problematičtější – prostorový základ pro podnikání. Tím spíše (zkoumání podobnosti se závěrem na základě velikosti!) musí tento zajišťovací účel působit proti neoprávněným třetím osobám, když se prosazuje dokonce proti vlastníku a pronajimateli. § 372 OZO, na jehož analogii je s oblibou odkazováno, je nejen v důsledku svého znění, ale zejména svým účelem nevhodný. Toto ustanovení totiž má za cíl poskytnout možnému (ale v důsledku pochybného předchůdce neprokazatelnému) vlastníku popř. – v důsledku předpokladu vydržení dostatečně kvalifikovanému – „budoucímu vlastníku“ předem věcné nároky podobné vlastnictví

(selhávající jen ve vztahu ke skutečnému vlastníku). K tomu je především zapotřebí nabývací úkon způsobilý pro nabytí vlastnictví, o čemž u nájmu nemůže být ani řeči. § 372 by také nemohl ani pomocí analogické aplikace ospravedlnit diferenciaci mezi nájemci nemovité a movité věci, jak to činí judikatura. Nosné zdůvodnění tedy spočívá v zásadě ochrany nájemce a tím omezuje rozsah „kvasivěcného práva nájemce vůči třetím osobám“ na nájemní vztahy, za jejich trvání zákonem zvláště chráněné.

Dále: konstantní judikatura zastává názor, třebaže ve věci chybí přímo nebo analogicky použitelný předpis, na základě principu důvěry, zčásti výslovně s všeobecným odkazem na „zásady spravedlnosti“, že jednání o smíru staví promlčení projednávaných nároků. I v tom spočívá důležitý příklad aplikace obecné právní zásady v praxi. Právní následek se nevyvozuje ani z přímo, ani z analogicky použitelné úpravy stavení promlčení v OZO

Klasický příklad, a to pro aplikaci principu zdání práva, poskytuje následující problém: Osoba A je jako vypůjčitel, nájemce nebo uschovatel majitelem věci osoby B; osoba C ji zaviněně poškodí a zaplatí ihned náhradu škody přímo osobě A, kterou pokládá za poškozeného vlastníka. Osoba A mu nedorozumění nevysvětlí. Vzápětí nato se osoba B, která je pravým poškozeným a tedy pravým věřitelem z titulu náhrady škody, domáhá náhrady škody na osobě C. Osoba A byla ve smyslu předpisu o zdání práva v ustanovení § 367 OZO důvěrníkem vlastníka, takže by musela být chráněna dobrá víra osoby C ve vlastnictví osoby A. V § 367 jde však o nabytí vlastnictví osobou v dobré víře, nikoli jako v tomto případě o případný výjimečně zprošťující účinek zaplacení toliko zdánlivému vlastníku. V právu postoupení pohledávky existuje v § 1395 obdobný zprošťující předpis, který však má zcela jiné předpoklady ohledně zdání práva. Společný princip zdání práva vyžaduje, protože existující zdání práva vlastnictví osoby A je přičitatelné osobě B podle zákonného hodnocení § 367 OZO, ochranu dobrověrného plátce, tudíž zprošťující účinek jím poskytnuté platby. Ve spojitosti s § 1395 OZO, který se svou skutkovou podstatou a účelem ovšem nehodí, je třeba s tímto právním následkem souhlasit, protože v daném věcném problému zcela vyhovuje principu zdání práva.

D) POŘADÍ METOD NALÉZÁNÍ PRÁVA

1.10. I. Abstraktní otázka pořadí

XXXVI. 1. Obvyklý pragmatický postup

Praxe právního argumentování používá všeobecně právní metody, popř. kriteria v tom pořadí, které jsme zvolili i v tomto pojednání. K pozdější metodě pokročíme teprve tehdy, když a pokud ještě nemohl být daný problém vyřešen na předchozím stupni, popř. předchozích stupních. Tento postup má svůj dobrý důvod, aby si nikdo nepřidělával zbytečnou práci a sobě i jiným zbytečné potíže. Každý sáhne nejprve k domněle použitelnému (s pozitivním nebo negativním výsledkem) právnímu předpisu, jehož text je úředně publikován a proto nejsnáze dosažitelný, a který mu přináší jazykovou zkušenost, kterou má jako každá jiná jazyka znalá osoba. Jen v případě nouze bude právní posuzovatel pátrat po jiných systematicky poučných právních předpisech, a případně přejde k historicky poučným pramenům poznání o úmyslech zákonodárce, které musí být teprve vyhledány. Objektivní zjištění rozhodného účelu zákona klade další analytické a věcné požadavky a musí ve značné míře pracovat s pravděpodobnostními úvahami. Dotváření zákona vyžaduje – již zmíněné - dodatečné zdůvodnění mezery v zákoně a je v případě analogie blíže, při aplikaci obecných právních zásad vzdálenější k nejsnáze zjistitelnému zákonu.

V praxi přitom přirozeně přeskočíme metodické stupně, jejichž neplodnost in casu lze předvídat; právě tak zůstanou při dosaženém řešení problému nepovšimnuty i ty stupně, které jako vzdálenější ještě zbývají. To se zpravidla provádí bez školáckého projednávání, nýbrž mlčky a samozřejmě. Často také vedou k dostatečně zdůvodněnému řešení argumenty sečtené z několika stupňů metod. Někdy také sáhne, přestože problém byl již vyřešen, z důvodu zvláštní opatrnosti ke kontrole a dotvrzení výsledku po další metodě; např. ve smyslu eventuálního nebo alternativního odůvodnění. To vše můžeme ignorovat nebo kritizovat jen ze sotva důvěryhodného teoretického pocitu nadřazenosti. To platí i pro skutečnost, že se metodické argumenty používají často jen nepřímo prostřednictvím výroků literatury a judikatury, do níž již předtím vplynuly.

K obvyklému pragmatickému postupu je ovšem třeba dodat dvě věci: Zprv je třeba ještě jednou důrazně poukázat na nezbytnost globálního „testu“ jako kontroly nejprve dosaženého výsledku, který musí být proveden pomocí fundamentálních zásad ideje práva ohledně možného rozporného hodnocení, věcné nebo funkční rozpornosti nebo narušení širokého negativního konsensu společnosti. Spolu s tím je zapotřebí využít již existujících výsledků z odlehlejších (při dosavadním získávání výsledků nepoužitých) metodických stupňů. Bez takového testu hrozí dokonce nebezpečí, že správnost nebo dostatečnost dosud dosaženého výsledku spočívá na nepoznané hrubé chybě; např. na chybějícím úsudku o jazykové mnohoznačnosti (vlastnoručně!) nebo na nesprávných představách o historickém stavu práva.

Za druhé je třeba naléhavě zdůraznit, že oproti některým náznakům nebo implikacím v metodologii nejde u jejích různých metod snad pouze (ovšem také) o postupné odstraňování jazykových vágností, nejasností a mnohoznačností, které možná relevantně zatěžují použitelný právní předpis. To jasně dokazuje dotváření práva, které jednoznačně překračuje text zákona a tím také veškeré jazykově vágní oblasti („možný smysl slova“). Problematické jsou také a právě universální právní hodnoty, které jsou shrnuty v ideji práva. Proto se nesmíme zastavit na jednom metodickém stupni, když jsme např. z převažujícího jazykového užití dosáhli jazykově dobře zdůvodněného odvození, které však se sebou nese jasně rozporná hodnocení, jednoznačnou neúčelnost (věcnou nebo funkční rozpornost) nebo negativní konsens zahrnující frapantní porušení. (Jinak by neexistovalo žádné nalézání práva pomocí analogie!). Pak je třeba pokračovat v právní analýze – v mezích legis latae, kterými se budeme vzápětí zabývat, dokud tento normativní nedostatek není odstraněn. Řešení problému je dostatečně odůvodněno teprve tehdy, když byly překonány jak jazykové, tak i normativní obtíže. I z tohoto hlediska nevystačíme bez uvedeného testu. Vzbuzuje-li hrubý průzkum ve svém rámci pochybnosti, nutí to k prohloubení argumentace i pomocí metodických stupňů, které dosud nebyly použity.

Byl-li však na určitém metodickém stupni daný problém vyřešen způsobem, který vyhovuje jazykovým požadavkům (nebo požadavkům na odůvodnění mezery) a zároveň fundamentálním normativním systémovým požadavkům, nejsou již další metodické stupně zapotřebí. Bylo-li např. poznáno, že § 431 OZO jazykově a ve své

souvislosti s příslušnými předpisy zákona o pozemkových knihách vyjadřuje jednoznačně princip zápisu pro nabývání věcných práv a že to je (test !) věcně a systematicky zcela obhajitelný výsledek, je další pátrání po tom, zda historický zákonodárce snad přece jen neměl na mysli toliko princip publicity, zbytečné, protože je irelevantní.

XXXVII. 2. Jeho teoretické ospravedlnění

Vylíčený obvyklý sled jednotlivých metod lze podpořit také teoretickoprávně, takže se uznává i jako pořadí; pravda s omezeným významem, jak vzápětí objasníme.

Východiskem pro nalézání práva jsou u interpretace pravidla v podobě textů. Při dotváření práva musí být taková pravidla teprve získána. Výkladovým materiálem je každému přístupná jazyková zkušenost, obvyklá souvislost komplexních výroků zejména normativní povahy, odděleně získávaný historický materiál a obecná zkušenost o právních účelech, které lze očekávat, jakož i souvislosti prostředku a účelu včetně nezbytných faktických informací. Materiál pro získávání práva se opatřuje tím obtížněji a nejistěji, čím více je vzdálen od textově snadno zjistitelného zákona. Abstraktně a všeobecně slibuje proto u individuálních rozhodnutí vždy dřívější metodický stupeň více předvídatelnosti, rovnoměrnosti a úspornosti odůvodnění,

Odtud se ospravedlňuje, ovšem opět toliko in abstracto, vylíčený poměr priorit. Přímou rozhodující je však jen v tom zvláštním případě, v němž různé metody poskytují stejně silné (nebo také stejně slabé) protichůdné argumenty. V tomto smyslu např. zastává právem i konstantní rakouská judikatura zejména přednost jazykově (i v systematické souvislosti) jasného zákonného textu před odchylným úmyslem zákonodárce vyplývajícím z materiálů.

Je-li však, jak je to pravidlem, in concreto síla argumentů rozdílná, když např. možné nebo lehce převažující jazykové použití stojí proti opačnému, jasnému úmyslu zákonodárce, nebo když historické odkazy odporují jednoznačnému objektivně-teleologickému nálezu, nemůže abstraktní přednost sehrát žádnou rozhodující roli.

Tady vyplyne nejlépe zdůvodnitelné řešení teprve z komplexního vyvážení argumentů, které mohou být nalezeny in concreto.

XXXVIII. 3. Odchylné modely

Abstraktní otázka pořadí je tedy značně vzdálená významu, který mu chtějí připisovat zejména radikální kritikové právní metodologie. Pro nedostatek jednou pro vždy daného poměru pořadí metod se prý právní metodologie ukazuje (podle názoru kritiků) jako bezcenná.

Na tom je ovšem všechno špatně. Na jedné straně existuje, jak bylo ukázáno, pevný poměr pořadí in abstracto a je do jisté, i když skromné míry použitelný v praxi, Na druhé straně je ale samozřejmé, že vždy rozhodný poměr pořadí možný není, protože jednotlivé metodické stupně mohou zřejmě poskytovat argumenty velmi rozdílné síly. Jazykový výklad může vykázat jen srozumitelné, převažující, možné nebo vzdáleně možné jazykové užití, atd. Jen naprosto realitě vzdálená fixace na vesměs jasné, avšak protichůdné argumenty umožňuje vyzdvihnout otázku pořadí jako kruciální problém právní metodologie.

Běžná odpověď jurisprudence na takovou kritiku zní ovšem tak, že jednotlivé výkladové prvky jsou vždy toliko části jednotného výkladového procesu a že proto musí být používány vždy vedle sebe. To sice stačí k obraně proti kritice, která je realitě cizí, avšak realitě to neodpovídá. Komplexní použití všech metodických stupňů spolu s pečlivou srovnávací analýzou rozdílných východisek a jejich dílčích výsledků je, jak již bylo vyloženo, nezbytné jen u zvláště obtížných problémů. Požadovat komplexní použití veškerého myslitelného výkladového materiálu pro každý banální výkladový proces bylo jak teoreticky nemístné, tak především prakticky beznadějně. Žádný rozumný právní posuzovatel nebude přece provádět systematické rešerše, historické výzkumy nebo analýzy prostředku a účelu, jestliže vyřešil svůj problém již na jazykovém stupni pomocí obecné (nebo alespoň zřetelně převažující) jazykové zvyklosti a jestliže ani globální „test“ nevzbuzuje žádné pochybnosti. Takový test samozřejmě nemusí být výslovně zapracován např. do odůvodnění nebo posudku; zejména je-li jeho výsledek tak jako tak negativní. Alespoň pro vnitřní sebekontrolu je však přesto nepostradatelný.

1.11. II. Nezbytné modifikace

XXXIX. 1. Hranice legis latae zvláště

Ještě je třeba se zabývat jedním velmi důležitým prvkem teorie pořadí právní metodologie. Spočívá ve funkci právního míru a právní jistoty pozitivní legislativy k ní dnes demokraticky legitimovaných instancí. I méně zdařilé, ba i problematické produkty legislativy mají nárok na to, aby byly respektovány, protože jinak by tato funkce mohla být vystavena téměř bezmezně názorovým sporům. Tento respekt však končí – což v demokratických poměrech právního státu zřídka přichází v úvahu – u zákonů, jejichž hrubě nelidský obsah je v příkrém rozporu se spravedlností a ideou práva, a který jim přes formálně korektní vznik odnímá materiálně charakter práva (Radbruchova formule). Připomeňme si např. protižidovské norimberské zákony za doby nacismu nebo v podobě zákona etablovanou pravomoc tajné policie ke zvůli v komunismu. Z normálních netotalitních právních vztahů lze připomenout judikaturu německého říšského soudu z dvacátých let dvacátého století vztahující se k revalorizaci, která byla v jasném rozporu s pozitivněprávní úpravou nominalismu (marka = marka) v měnovém zákonu. V podmínkách neočekávané hyperinflace tu vznikl příkrý rozpor zákonné situace se spravedlností teprve na základě masivní změny „skutečností oblasti norem,“ který měl nekontrolovatelné sociální a hospodářské důsledky

Nalézání práva „contra legem sed secundum ius“ (totiž v souladu s vrstvou právních principů) lze vzít v úvahu jen v takových mezních výjimečných případech. Širší diferencované chápání domněle mnohdy přípustného „nalézání práva contra legem“ ztrácí svou specifickou funkci a proto působí zmatečně.

Kromě příkrých extrémních případů nesmí být prerogativa legislativy v žádném případě překonávána nalézáním práva, které staví na místo zákona primárně co nejširší přiblížení k základním právním hodnotám ideje práva. To je „toliko“ maxima právní práce de lege ferenda. Kdyby byla praktikována také de lege lata, odstranila by ve značné míře rozumný smysl dělby funkcí a mocí mezi legislativou a aplikací práva. Takové nespoutané dotváření práva, byť by sledovalo dobré nebo dobře

míněné cíle, by bylo větším zlem; respektování třeba chybných pozitivních zákonů je menší zlo. Je to cena, kterou musíme alespoň do příští změny zákona zaplatit za lepší možnost smírného urovnávání sporů ve společnosti.

Takové omezení je třeba sladit s vylíčenými diferencovanými metodami nalézání práva, když si uvědomíme, že zákon nesestává jen ze zveřejněných slov a vět jako formy, ale také z normativní lidské vůle jako obsahu. Jsou-li oba prvky v souladu s pravděpodobně aplikovatelnou zákonnou normou, je tímto zjištěním proces získávání práva ukončen a je dosaženo (primární) hranice legis latae, i když objektivně-teleologické argumenty, nebo argumenty pocházející z vrstvy právních principů zřetelně ukazují na to, že přednost zasluhuje jiné řešení. S ohledem na „conditio humana“ a na často protichůdné zájmy lidí by odklon od této pozice byl téměř výzvou k tomu, aby všechno a cokoli, tedy zejména i dobře odůvodněné nebo alespoň obhajitelné zákonné normy, byly rozmělněny řečením a především „přepsány jinak“ až do jejich úplného zrušení. Tím se právní argumenty z hlubších vrstev práva nestávají prostě právně irelevantní, nýbrž jsou jen uznány za nepoužitelné de lege lata, Mohou a mají být adresovány zákonodárci jako právní, nikoli pouze jako „politické“ argumenty spolu s návrhem na změnu zákona. Příkladem z autorovy bezprostřední zkušenosti je jeho boj proti vyloučení immateriální škody na základě starého znění § 1328 OZO v případech sexuálního zneužití a proti vyloučení zajištění pro pohledávky ze stavebních úroků stavebním zákonem. První argumentace uspěla u zákonodárce po víc než 30 letech, druhá v poměrně kratší době.

Hranice legis latae se tak označuje jako soulad obou součástí pozitivního zákona, totiž (jasného) znění zákona se zřetelně prokazatelným úmyslem historického zákonodárce. § 6 OZO to výslovně potvrzuje výstižným hodnocením obou těchto prvků zákona. Úmysly spočívající v prokazatelných (netoliko možných) omylech zákonodárce o skutečnostech je i zde jako vždy třeba přejít jako irelevantní, protože tím není narušena hodnotící prerogativa zákonodárce. Vzpomeňme si jen na jednoznačně chybný názor zákonodárce na nezbytnost určité transformace jedné evropské směrnice. (U pochybných posouzení skutečností působí proti tomu hodnotící prerogativa zákonodárce.).

Při dotváření práva vyznačuje zřetelný nedostatek použitelného zákonného textu („mimo možný smysl slova“) ve spojení s prokazatelným historickým úmyslem zákonodárce, že v tomto okamžiku problematická věcná podstata nemá mít žádné právní důsledky nebo nemá mít ty právě zajímavé právní následky, (primární) hranice legis latae. Význačným příkladem z německého práva bylo odmítnutí všeobecného respektování změněných poměrů u smluv zákonodárcem BGB.

XL. 2. Posunutí této hranice „proměnou funkce“

Početné faktické změny v oblasti reálného práva nevyvolávají žádné právní problémy. Tak se s nesčetnými technickými přístroji, které se vynořily teprve po vydání občanských zákoníků, zachází bez dalšího podle norem o kupní smlouvě a převodu vlastnictví, protože tyto normy jsou svým zněním a účelem natolik abstraktní, že zahrnují i tyto novoty. Nové smluvní typy vzniklé v hospodářském styku se posuzují, jako jiné zákonem nijak blíže neupravené druhy smluv podle obecných předpisů o právních úkonech a závazcích, mj. pomocí individuální analogie ke vhodným předpisům zákonem zformulovaných smluvních typů. V takových případech se ovšem může objevit přání vyjasnit právní situaci pomocí podrobnější úpravy.

Jestliže se změní „obecné skutečnosti oblasti norem“ nebo o nich ze zkušenosti vzešlé věty jako ve výše uvedeném případě s asbestem, může za zcela nezměněného postavení výchozích norem v důsledku proměny faktických předpokladů nalézání práva následovat odchylný výsledek. Změny skutečností, které nejsou relevantní, nemohou naproti tomu právní situaci nikterak změnit. Faktickými změnami nemohou být vůbec modifikovány samotné zákonné předpisy, zákonné důvody a právní principy, ale, jak bylo ukázáno, výsledky z nich odvozené.

Metodicky problematičtější jsou změny systému norem mimo prosté změny zákonů, tedy u formálně nezměněných právních předpisů, které můžeme označit jako „proměnu funkce“ a které jsou velmi často spojeny s faktickými změnami. Zvláště u negativních v samotném zákonu vůbec neformulovaných, nýbrž toliko nedostatkem možné úpravy vyjádřených úmyslů zákonodárce může vyplynout, že se obecné skutečnosti oblasti norem změnily v takové míře, která vyvolává pochyby, zda by současný zákonodárce, který by dnes komplexně normoval, taktéž rozhodl negativně. Jako příklad nám opět poslouží hyperinflace po první světové válce. Vedla

ke změnám v aplikačních výsledcích základních právních principů, ke změně právního vědomí (srov. zároveň) významného pro chápání příslušných generálních klauzulí tváří v tvář nedohledné masové kalamitě a ke spíše svévolně nebo náhodně vymezeným dílčím reakcím novějšího zákonodárce. Příkré bylo zejména vývojem dané tvrdé porušení principu ekvivalence mezi věřiteli a dlužníky a při zvládnání válečných břemen pomocí svévolné diskriminace peněžních věřitelů vůči vlastníkům věcí. Zásadně negativní rozhodnutí zákonodárce BGB proti přihlížení ke změněným okolnostem, které ovšem v zákonu nebylo explicitně vysloveno, bylo proto překonáno vypracováním a uznáním předpisů o odpadnutí právního důvodu; a to v Německu odpovídající novou konkretizací generální klauzule o důvěře a víře (Treu und Glauben). Její přípustnost spočívala v tom, že se z naznačených důvodu rozhodnutí zákonodárce, které stálo v jejím pozadí, proti přihlížení ke změněným důsledkům muselo pokládat za překonané.

Jednoduchý příklad proměny funkce v normativní rovině tvořily rozvodové důvody z doby nacismu, které podle svého textového obsahu u rozvodu z důvodu rozvrácení manželství omezovaly právo námitek nevinného žalovaného manžela zcela neutrálně (ale vágně) „podstatou manželství“, které však měly sloužit specificky nacistickým účelům (totiž podpoře rasově bezvadného potomstva). Po pádu nacistického systému musely být historické účely samozřejmě nahrazeny v rámci pak platného právního řádu nezávadnými účely (myšlenka zneužití), jimž předpis svou formulací mohl stejně dobře vyhovět.

U proměny funkce jde zpravidla o to, že v novějších vrstvách zákonů vystupují do popředí legislativní účely a hodnocení pro určité věcné oblasti, které kolidují s účely a hodnoceními starších předpisů pro jiné, ale systematicky související věcné oblasti, čímž by byly založeny rozpory v hodnocení mezi různými právními komplexy, kdyby se neodstranily. Je-li tento rozpor tak závažný, že převažuje nad nejistotami spojenými se změnou výkladu starší normy, je na místo historického účelu třeba postavit objektivní účel platný z hlediska času, který rozpor v hodnocení odstraní. Tak např. mají předpisy EMRK o náhradě imateriální škody při omezení osobní svobody rozhodující „dálkový účinek“ na – teprve poté také schválený – výklad 1329 OZO na omezení osobní svobody mezi soukromými osobami. Dále nemohly být bez hrubého rozporu v hodnocení předpisy o ochraně zdraví při práci zprvu vypracované

pro určité skupiny zaměstnanců upírány zaměstnancům, kteří bez zvláštních zákonů podléhali toliko OZO, takže § 1157 OZO týkající se povinnosti péče jejich zaměstnavatele musel být nad rámec svého znění a oproti svému původnímu omezenému účelu vyložen šíře, popř. rozšířen pomocí analogie.

Na závěr jako příklad: na místo účelu v § 1041 OZO pocházejícího z překonaných vztahů v římském právu, ale v aktuálním kontextu velmi nejasného nastoupil nově stanovený účel, který je se zněním tohoto ustanovení v plném souladu a objektivně zdůvodněný, který zakládá v rakouském právu všeobecný (s plněním nespojený) nárok z bezdůvodného obohacení.

XLI. 3. Konkretizace generálních klauzulí

Právě v souvislosti s otázkou pořadí představuje zvláštní problém konkretizace generálních klauzulí, jako např. „dobré mravy“, „důležitý důvod“, „Treu und Glauben“, „veřejný zájem“, „úspornost a hospodárnost“, „hospodářsky odůvodněný“, „nemravný“ atd. Přitom se jedná o vědomě zvláště vágně formulované zákonné předpisy, tedy předpisy s nepatrnou informační hodnotou. Jejich hlavní funkcí je zachování určité přizpůsobivosti práva změněným poměrům a především určité rozevření prostoru pro hodnotové představy, které ve společnosti bezprostředně panují. Ve velmi širokém rámci jejich jazykového obsahu a jejich systematického postavení v zákoně tu připadá aplikaci práva zvláště dalekosáhlá úloha konkretizovat je na dané problémy. Zvládnout generální klauzule alespoň trochu racionálně je možné jen tehdy, když je chápeme primárně jako odkaz na velmi rozdílný konkretizační materiál, protože v mnoha problémových situacích nejsou často dostatečně přínosné jen jednotlivé druhy tohoto materiálu. Proto (a také z jiných, historických důvodů) nejsou namísto protichůdné striktní koncepce, které chápou např. určité generální klauzule toliko jako odkaz na mimoprávní „pocit slušnosti všech (?) spravedlivě a správně uvažujících osob“ nebo naopak používají jen právu imanentní prameny poznání. Generální klauzule musí být spíše pojímány jako odkaz na obecné právní zásady včetně fundamentálních principů (např. princip ekvivalence v problému základu právních úkonů; ochrana svobody ve vztahu k centrálním osobnostním okruhům), na veškeré systematicky poučné, protože problémově blízké předpisy (včetně jejich účelů) platného práva včetně ústavněprávních předpisů a na

pravidla komunikace přímo dodržovaná v mezilidských vztazích (bez účasti státních orgánů) a na vzniklé nebo změněné chápání lidského chování.

Úkolem judikatury je tu, jako ostatně vždy, tato měřítka vypracovat a vyvážit a ve vztahu k danému problému je přesně zformulovat. Tento úkol je však v tomto případě v důsledku obsahové nedostatečnosti zákonného předpisu daleko širší než u preciznějších ustanovení. To je také zjevné a zákonodárcem generální klauzule jako nevyhnutelné chtění. Nakonec tkví v generálních klauzulích také odkaz na vytváření a aplikaci „soudcovského práva“. To je jednou z nejdůležitějších metodických problémových oblastí i v rámci „kontinentálního“ kodifikovaného právního systému.

Při této konkretizaci jde teoreticky o „výklad“ generální klauzule, protože její možný smysl slova je v důsledku její vágnosti neobyčejně dalekosáhlý. Proto se, jak již ukazuje různý konkretizační materiál, mnohdy objevuje nalézání práva, které věcně spíše odpovídá dotváření práva. Při konkretizaci generálních klauzulí musí být zásadně kombinovány všechny právní metody, pokud jsou vůbec v konkrétní souvislosti plodné. „Povaha věci“ tu vystupuje v důsledku odkazu na názory o lidském chování a mezilidskou komunikaci do popředí daleko silněji než kdekoli jinde.

Protože se musí konsistentně vpravit do právního řádu, mají u kolísí právu imanentní prostředky konkretizace v pochybnostech přednost před pouhými pravidly komunikace a názory o lidském chování. Proto je nutné omezit aplikaci práva v rámci generální klauzule hranicí legis latae a možností proměny funkce; a to zde v tom smyslu, že použití generální klauzule nesmí vést k výsledkům, které jsou v rozporu s jasným zněním a souladným jasným úmyslem historického zákonodárce jiných preciznějších úprav. Připomeňme si příklad proměny funkce u základu právního úkonu. K důležité proměně funkce došlo i u „dobrých mravů“ podle § 1 zákona proti nekalé soutěži, jehož účelem byla původně toliko ochrana soutěžitelů proti nekalé soutěži, kdežto nyní se tento ochranný účel v souladu se změnami v pozdějších zákonných vrstvách a změněnému pojmání komunikace rozšířil i na spotřebitele. Jiným důležitým případem proměny funkce generálních klauzulí je „nepřímý“ (soukromoprávními předpisy zprostředkovaný a do nich tím vložený) „účinek na třetí

osoby“ ústavněprávních základních práv v soukromém právu, která byla provedena hlavně pomocí „dobrých mravů“ , popř. „Treu und Glauben“.

E)VÝZNAM A APLIKACE „SOUDCOVSKÉHO PRÁVA“

XLII. 1. Fenomén a jeho faktický význam

Jako soudcovské právo (též precedenční právo, soudní obyčej, case-law) označujeme normativní věty, které se používají v odůvodnění rozhodnutí soudů, především nejvyšších soudů a nejsou pouhou reprodukcí pozitivních právních předpisů; tak např. věty v příslušné rakouské judikatuře, které podstatně (do konkrétna) přesahují pouhý zžtel, popř. opakování § 578 OZO, že stenografický záznam zcela splňuje požadavek vlastnoručního vyhotovení, kdežto strojopis nikoli. Nejedná se tedy o samotné soudní rozhodnutí individuálních případů, které se stane mezi spornými stranami pravomocné, ale o obecnější věty, které slouží jeho odůvodnění a nalézají se na střední úrovni abstrakce mezi zákonnými předpisy a rozhodnutím individuálního případu. Proto také § 12 OZO podle svého znění nevypovídá nic o vlastním problému vázanosti soudcovským právem.

Není pochyb o tom, že zdaleka nejobvyklejší metoda nalézání práva v právní praxi vzhledem k problémovému případu spočívá v hledání „příslušných předchozích rozhodnutí“, tj. takových, která obsahují pravidlo soudcovského práva (též „případová norma“), které je (deduktivně) použitelné na předmětný problémový případ, popř. na jeden (možná několik) z jeho problematických prvků. (Druhá představa, že „případová norma“ musí rozhodnout všechny, možná zcela různorodé problémy daného případu, je v důsledku velmi obtížné konstrukce a nanejvýš omezené použitelnosti takového nadkomplexního pravidla zcela bezúčelná.)

Způsob používání precedentů je dobrým kriteriem pro juristickou kvalitu uživatele: U slabších právníků dochází někdy k podivuhodným chybám, poněvadž citují izolovaně vytržené věty z možných precedentů a aplikují je bez ohledu na jejich vlastní význam, který je dostatečně určen teprve v kontextu skutečných okolností případu a sporných právních otázek předchozího případu, na fakticky zcela jiné

problémové situace Tak např. se může ze soudního výroku vysloveného ve zcela jiné souvislosti nedopatřením a nesprávně stát odmítnutí analogické aplikace ustanovení § 936 OZO o klauzuli rebus sic stantibus na opční smlouvy (vždy, když někdo navíc nezná judikaturu, která tuto analogii tak jako tak výslovně potvrzuje).

Důležitost hledání precedentů a užívání precedentů při praktickém nalézání práva by byla velmi špatně pochopena, kdybychom odtud třeba chtěli odvodit zbytečnost nebo alespoň nepatrný význam výše vyložených metodických kriterií a myšlenkových pochodů. K tomuto závěru sice někteří docházejí, je však z několika důvodů nesprávný. Nejprve musí být samozřejmě právní problémy posouzeny s co nejlepším odůvodněním i tehdy, když k nim dosud neexistují žádná precedenční rozhodnutí. Dále existují i v judikatuře sporné otázky. Konečně, jak podrobněji vyložíme dále, musí být dosavadní předchozí rozhodnutí kriticky přezkoumávána, pokud jde o jejich vlastní dostatečné právní odůvodnění, což je možné jen za pomoci metodologických kriterií jurisprudence.

V „evropských kontinentálních“ právních řádech kodifikovaného systému je však nakonec přesný právní význam existujících, i jednotných precedentů mimořádně sporný. A v poslední řadě nedokazuje podrobné používání předcházející judikatury nic oproti obvyklým metodickým pravidlům již proto, že – odhlédneme-li od pouhých schvalovacích nebo pocitových rozhodnutí s víc než problematickou legitimitou – do jejich odůvodnění již musely vplynout metodicky korektní argumenty získání práva, takže odkaz na určité precedenty vždy nepřímou rovněž zahrnuje i metodické argumenty, které jsou v nich obsaženy (nebo z nich mohou být rekonstruovány).

Z výše uvedených důvodů se precedenční judikatura ještě dosti jednotně uznává (alespoň) jako „pramen poznání práva“; podobně jako učebnice nebo vědecké pojednání: tu i tam se jedná o již existující pokusy řešit určité právní otázky právně odůvodněným způsobem. K nim může sáhnout současný posuzovatel aktuálního případu, který obsahuje tytéž právní otázky. Někdy tak musí učinit; totiž vždy tehdy, jestliže sám nedokáže analyzovat dotčenou právní otázku ab ovo a rozhodnout ji za úplného vyčerpání všech argumentů, které lze shromáždit. Tak tomu v právní praxi pod tlakem každodenní práce velmi často je. Používání precedenční judikatury, která

je k dispozici, jako zásoby již existujících řešení problémů je proto vysoce účelné, ba nutné.

I s její pomocí se ovšem dá uspořít svébytná práce jednotlivého posuzovatele jen v určitém rozsahu. Na jedné straně jsou precedenty, které jsou i pro jen poněkud kritického posuzovatele v důsledku jejich zřetelně nedostatečného odůvodnění na první pohled nesprávné. Očividně nesprávný „právní poznatek“ není vpravdě žádný právní poznatek, ale pouze nezdařený pokus o něj. Jak již bylo naznačeno, je pro skutečnou precedenční povahu stávající judikatury k právě aktuálnímu případu vždy též zapotřebí pečlivého analytického přezkoumání. Mechanické používání precedentů proto není vhodnou náhradou za vlastní právní myšlení posuzovatele. Toto myšlení je však ve značné míře oproštěno od nemožného úkolu, že každý právní posuzovatel musí u každé vyskytnuvší se právní otázky sám proniknout do všech hloubek a zákoutí daného problému.

Traktování stávající judikatury jako v rámci možného kriticky používaného „pramene poznání práva“ je takřka vždy samozřejmé. Pod trvalým juristickým úkolem každého jednotlivého právního posuzovatele musíme rozumět nacházení řešení položených právních otázek racionálně co nejlépe odůvodněných z celého právního řádu a z nezbytných empirických vět „co nejvíce se blížících pravdě“, přirozeně stále narušované potřebami praktické práce a omezenými prostředky a schopnostmi každého jednotlivého posuzovatele. Objektivně optimalizovat sledování tohoto cíle lze pouze spojeným úsilím a diskusí všech, kdo kvalitně působí v právu jako praktici a teoretici. I přínos právní vědy může a musí přitom být podstatný již proto, poněvadž její představitelé mohou zpravidla pracovat bez zvláštních časových mezí, protože je netísň nutnost včasného rozhodnutí, zato ale jsou omezeni na problémové okruhy, které si sami zvolili. Náзор dnes pod vlivem komparatistiky často zastávaný, že produkty soudcovské moudrosti jsou per se nadřazeny všem výsledkům profesionální právní vědy, je již z těchto důvodů zcela mylný; právě tak jako – dnes již vsutku nikým netvrzená – zásadní přednost poznatků „profesorů“ jako takových. Takové profesně specifické představy o přednosti jsou, kdyby měly být míněny vážně, neuvěřitelně naivní nebo zcela tendenční, protože může záležet jen na síle argumentů v dané souvislosti, ať už je předloží kdokoli.

Profesionální právně vědecká práce je prakticky plodná jen tehdy, když neztrácí ze zřetele již zmíněný trvalý juristický úkol, ale stále jej vidí jako vzdálený cíl, který nepřímou podporou i pomocí základní teoretické práce. Přirozeně tím nejsou vyloučeny právněteoretické snahy vedené zcela jinými cíli, ale ke splnění trvalého juristického úkolu mohou přispět jen náhodně.

XLIII. 2. Spor o právní význam soudcovského práva

Dotud vyložený technicko-informativní význam „soudcovského práva“ jako účelného a dokonce často nezbytného prostředku metodické, i když zkráceně argumentující aplikace práva v obvyklém smyslu je těžko popírat, a skutečně by měl být dosti nesporný. Zcela jinak je tomu s otázkou, zda a v jakém rozsahu mají věty soudcovského práva také svébytný právní, tedy normativní význam.

Tato otázka je v „evropském kontinentálním“, tedy zásadně kodifikovaném právu mimořádně sporná. Především velká šíře k tomu vážně zastávaných názorů je z hlediska praktického významu problému udivující a povážlivá. Ještě nedávno se výstižně hovořilo o „metodologických rozpacích“, jde-li o nakládání s fenoménem soudcovského práva, které stále nabývá na důležitosti, ale je neustále pocitováno jako cosi nelegitimního.

Jeden extrém tvoří tradiční a stále stejně rozšířená „kontinentálněevropská“ koncepce, která nejde ani o krůček za rámec judikatury jako pouhého pramene poznání. Svébytný právní význam byl ještě nedávno v rámci této koncepce nepřekonatelně úzce a zřetelně posuzován v tom směru, že „soudcovský precedent sám o sobě nic“ (právně podstatného) neznamena. To je z hlediska pouhého pramene poznání práva zcela důsledné, protože je přece lhostejné, odkud právní posuzovatel získává své nezbytné právní poznatky; zda tedy důvěřuje právní literatuře, a když ano, kterým z jejích proudů nebo děl, nebo stávající precedenční judikatuře nebo vlastnímu výzkumu.

Jedna pro právní význam irelevantní variace tohoto názoru poukazuje na fakticky přesto význačný význam hledání precedentů a používání precedentů. Tak se říká, že starší judikatura, která je k dispozici, je (pouze) právně sociologicky významné faktum; že má (pouze, ale přece) „faktickou“ nebo „praktickou“ platnost nebo

závaznou sílu; ba dokonce, že nezáleží na právní kvalitě soudcovského práva proto, že „praktická platnost“ stačí.

To je v rámci normativní vědy, jakou jurisprudence je, v každém případě nedostatečné. Citované pojmy znějí v důsledku normativního obsahu „platností“ nebo „závazností“ dokonce jako rozpory. Ale můžeme je snad interpretovat v tom směru, že v právním styku lze fakticky všeobecně počítat se skutečným dodržováním stávajících precedentů, i když veškerá právní závaznost chybí. Vskutku však nelze odmítnout normativní otázku: Smí a má se aktuální právní posuzovatel, především příslušný soudce odchýlit od stávajícího precedenčního práva, popř. za jakých předpokladů? . A dále: musí se v právním styku, popř. za jakých předpokladů počítat s tím, že k takové odchylce dojde? Globální výpovědi o všeobecné tendenci k dodržování precedentů mohou snad být fakticky správné, ponechávají však přirozeně otevřené všechno, co je právně rozhodující. Vyslovují toliko všeobecnou prognózu, která v individuálním případě jako taková dokonce málo pomůže, zejména však nezaujímá žádné stanovisko k tomu, jakou úlohu má soudcovské právo legitimně hrát. Je to vysvědčení chudoby překonané metodologie, jestliže se uzavírá před touto právně rozhodující otázkou. Vylíčené výpovědi vedou totiž na normativní úrovni k závěru, že se při posuzování individuálních případů smějí předchozí rozhodnutí dodržovat - což mnohé výroky v rámci soudcovského uvážení pokládaného za směrodatné pak ještě zbytečně zdůrazňují – ale že je také mohou ignorovat. V právním styku se tedy musí bez ohledu na fakticky převažující tendenci k dodržování počítat také s ignorováním nebo odmítnutím předchozí judikatury. To nenapomáhá ani soudci, který je povinen rozhodnout, ani právnímu styku.

Extrémní opak k „samo o sobě nic“ zastávají názory, které nakonec pokládají toliko soudcovské právo za právně relevantní a tudíž také za závazné“; protože zákonná pravidla prý jsou v důsledku své všeobecnosti pouhým programem; protože mají jen ten obsah, který z něj „povinně“ (?) odvodí soudci; protože prý zákon snad ještě nikdy neurčil soudcovské rozhodnutí (!), protože prý nemá vůbec žádný obsah podstatný pro rozhodnutí atd. To všechno zcela odporuje zkušenosti, protože jednoduché případy nebo prvky věcných podstat jsou běžně bez jakýchkoli obtíží a bez dalšího posuzovány na základě zákona. I teoreticky je třeba se zeptat zastánců takových koncepcí, jak to, že takové nepochybně existující obtíže v mezilidské

komunikaci a zejména v pochopení textu sice nikde nevedou k přehnanému tvrzení, že všechny lidské výroky jsou prakticky nesrozumitelné, ale že to má platit právě pro výroky zákonodárce. Zvláště bizarní pro svou rozpornost je představa, že tato úplná nesrozumitelnost má sice platit pro zákon, ale již ne pro – stále značně obecná! – pravidla soudcovského práva; podle jednoho takového hlasu právě tak málo pro zásadu rovnosti, tedy zvláště obecnou normu! Mnohé výpovědi tohoto druhu by nakonec mohly spočívat nejen v obecné skepsi z poznání, nýbrž v destruktivních tendencích zvláště vůči právu a jurisprudenci. Vcelku však tyto postoje přes svou nesprávnost vedly v mnoha právních řádech (nikoli v Rakousku) k téměř bezbřehé euforii soudcovského práva, která líčí zákonné předpisy v podstatě jako veličiny, které je třeba co nejrychleji překonat svobodným „soudcovským dotvářením práva“. Komparatistický vliv „common law“ v tomto směru byl značný, je však již anachronický, protože v oblasti jeho vlastní platnosti již dávno nabyly „statutes“ (zákony) nejvyšší důležitosti a jsou plně respektovány.

Poněkud méně extrémní názory nepopírají existenci poznatelného obsahu zákona in toto, pokládají však soudcovské právo za právní pramen stejné úrovně jako zákon, pak zpravidla povahy zvykového práva, ale zčásti i za svébytný důvod vzniku práva.

Ani tyto koncepce však nejsou výstižné. Zvykové právo zahrnuje právní věty, které jsou v právním životě skutečně účinné, jejichž „positivizace“ nevznikla usnesením zvláštní zákonodárné instance uznávané v právním společenství, ale v důsledku stejného (zcela převažujícího) chování lidí v právním styku a (na rozdíl od obyčejí, obchodních zvyklostí atd.) za spolupůsobícího přesvědčení, že maxima, která je jeho základem, je právně závazná (*opinio iuris sive necessitatis*). V záplavě současné legislativy je dnes na rozdíl od minulosti a dlouhodobě v „common law“ relativně málo místa pro vznik pozitivních právních předpisů přímo na základě chování a vědomí prostých členů právního společenství. V rakouském právu je však třeba jmenovat např. právní institut správy k věrné ruce (*Treuhand*), důvod ospravedlnění chování podle sportovních pravidel nebo typického pro sport u zranění, některá zvláštní pravidla v agrárním právu (reálná společenství jako právnické osoby); smlouvy o předání mezi živými se zvýhodněním přejímajícího; pravidla o veřejných pozemkových služebnostech, a také uznaná (ze zákona nezdůvodnitelná) platnost ustanovení o efektivní mzdě v pracovněprávních kolektivních smlouvách.

Právněpositivisticky motivovaná tvrzení o tom, že chybí aktuální zvykové právo, jsou tedy každopádně neodůvodněná; právě tak i tvrzení, že ústava vylučuje vznik zvykového práva, protože tento důvod vzniku práva nezmiňuje. Tento argument je pouhá podmnožina „obecné negativní věty“ a ztroskotává již na tom, že ústava, pokud vůbec směřuje k vyčerpávajícímu výčtu objektivních pramenů práva, přitom má zjevně na mysli (ponecháme-li stranou mezinárodní právo veřejné) toliko vědomou tvorbu práva. Samotný spontánní vznik zvykového práva v právním styku je kvalitativně něco zcela jiného.

Kvalifikace soudcovského práva jako zvykového práva ztroskotává však již na samotném předpokladu, že toto právo vzniká v důsledku stejného chování v právním styku. Soudcovské právo je spíše produkt státních orgánů, byť ty pracovaly v rámci svého úkolu rozhodovat jednotlivé spory a ne s úmyslem vytvářet obecné normy. Dnes se sice „*opinio iuris*“ prokazuje zpravidla nejjednodušeji příslušnou judikaturou, protože a když zachází s větou vytvořenou ve vztazích jako se závazným právem a tím právnímu styku zprostředkuje nebo potvrzuje odpovídající právní přesvědčení. Všeobecné skutečné chování v právním styku je pro zvykové právo nenahraditelné. K tomu nestačí, že jsou často opakovaná pravidla judikatury jako taková v právním styku široce respektována, o což dbá již advokátská a poradenská opatrnost, protože produkce normativní věty soudem a ne prostřednictvím právního styku je zpravidla všem zúčastněným zřejmá. Může se ovšem stát, že původní pravidlo soudcovského práva natolik proniklo v právním styku do praxe a právního vědomí, že se zcela zapomnělo na to, že zprvu vzniklo a bylo stvrzeno toliko v soudcovském právu. (Příkladem toho je zajišťovací převod práva prostřednictvím držby v německém právu.) Pak se uzná zvykové právo, lhotejno, zda lze zjistit, že se odpovídající zachování v právním styku vyvinulo již před příslušnou judikaturou, paralelně s ní nebo následně.

Nad to, co bylo řečeno, mluví proti teorii zvykového práva ještě silný argument *ad absurdum*. V důsledku stejné úrovně zákonného a soudcovského práva by tato teorie musela vést k tomu, že každé jednou etablované rozhodnutí, byť evidentně chybné a odůvodněné toliko domnělou „aplikací zákona“, by zároveň derogovalo zákon, s nímž je ve skutečnosti v rozporu. Sebehrubší chyba judikatury by se již nedala korigovat v důsledku (mladšího) domnělého zvykového práva. K tomu, aby zvykové právo

mělo skutečně derogatorní účinky („desuetudo“), je zapotřebí požadovat, aby určitý zákonný předpis nebyl za všeobecného právního přesvědčení dlouhodobě užíván jak právním společenstvím, tak i státními orgány.

Z toho, co bylo řečeno, lze vyvodit esenciální rozdíl mezi zvykovým právem a soudcovským právem: prvé vzniká ve vztahu k dosud platnému právnímu řádu autonomně v právním styku, druhé je produkováno – ledaže se jedná o otevřené porušení práva – alespoň jako pokus o odůvodnění ze stávajícího závazného právního řádu.

Pouze podobně, nikoli stejně postihují tyto námitky koncepci, která pokládá soudcovské právo za svébytný další pramen závazného práva stejného řádu. Nadále lze však použít argumentum ad absurdum o přímé derogační síle každého jednou etablovaného směru rozhodování, byť i skutečně vznikl v úplném rozporu s právem závazně daným judikatuře, která se je pouze pokouší aplikovat, protože možná padla za oběť hrubým interpretačním chybám nebo věcným nedorozuměním. Chybná judikatura sama svým vlastním pokusem o odůvodnění uznala přednost daného právního řádu, ale přitom se minula cílem. Že z toho má zároveň vzniknout soudcovské právo téhož řádu jako zákon, které pouze zdánlivě potlačuje nesprávně aplikovaný zákon (spolu s jeho základy), by logicky bylo samo rozporem. Rozhodnutí uznává přednost zákona, protože se jej pokouší aplikovat, mívá však v důsledku vadného odůvodnění svůj cíl a právě tím potlačuje zákon, jehož přednost samo uznalo. Důsledné teorie vypadají jinak.

Právně rozhodujícím momentem je přitom přednost zákona; „prerogativa zákonodárce“. Touto poněkud stručnou, ale proto pohodlnou formulací se zde míní vždy přednost zákona nikoli jako pouhé sumy publikovaných textů, které si lze přečíst, nýbrž – s výjimkou zvykového práva – veškerý právní systém daný judikatuře jako závazný; tedy zákonné předpisy včetně účelů, které jsou jejich základem, jakož i obecné právní principy a metodologická pravidla. Pouhé zákonné texty, jak již bylo ukázáno, jsou totiž v důsledku své odlehlosti od konkrétního právního problému samy o sobě pro aplikaci práva vcelku vesměs nedostačující. „Přednost zákona“ znamená tedy přednost celého právního systému závazně daného judikatuře; a proto také výsledků o něj se opírajícího metodicky správného nalézání práva.

Že by tato přednost byla porušena, kdyby každé pravidlo judikatury mělo stejnou platnost jako zákon, a proto by jako mladší pravidlo muselo derogovat každý starší zákon, který by s ním byl v rozporu, je nasnadě. Proto § 12 .OZO výstižně vylučuje, aby soudní rozhodnutí měla sílu rovnou zákonu a byla tmu odpovídajícím způsobem rozšiřována na jiné případy. Podle svého znění pojednává tento paragraf ovšem o rozsudcích týkajících se individuálních případů a tím zdůrazňuje toliko subjektivní hranice právní síly. Míněny jsou však nepochybně i soudcovské právní věty obsažené v jednotlivých rozsudcích. Těm se tak zřetelně odnímá jen síla rovná zákonu, nikoli však jejich normativní význam.

Někteří autoři se dnes velmi usilovně snaží zdůvodnit přednost zákona vůči soudcovskému právu na základě příslušných pozitivních ústav. To je na mnoha místech v důsledku řádění soudcovskoprávní euforie a v souladu s tím produkovaného neomezeného „soudcovského dotváření práva“ jako pokus o dosažení ukázněnosti pochopitelné, ale zbytečné. Nejde vůbec o výklad pozitivních ústavních pravidel, která jsou více nebo méně vhodná nebo pomocí „dočtení“ určitých zásad uzpůsobená jako vhodná, ale o strukturální prvek právní kultury (alespoň) celého našeho „kontinentálněevropského“ právního systému. (Ten je však nejnověji kupodivu právě v oblasti „evropského práva“ povážlivě ohrožován juristickou skorovšemocností ESD.) Spočívá v dělbě mocí a funkcí mezi státními orgány a orgány práva, které jsou vytvářeny za účelem a s funkcí tvorby práva na straně jedné a na straně druhé těmi, které jsou dosazovány za účelem a s funkcí rozhodovat jednotlivé případy. Tato dělba úkolů je nezávislá na tom, že je v široké míře nevyhnutelný i vznik (doplňujícího) soudcovského práva. Nesmyslné a proto zbytečné by naproti tomu bylo dosazování různých právních orgánů pro obecnou tvorbu práva na jedné straně a pro rozhodování jednotlivých případů na straně druhé, kdyby tyto posléze uvedené orgány nebyly vázány předností zákona. Nesmyslné by byly i politické šarvátky a demokratické volby o většinu v zákonodárných sborech, kdyby jejich výsledky měly vůči judikatuře nanejvýš pouze doporučující povahu.

Popsaný rozdíl ve strukturách a jeho důsledky nezávisejí ani na existenci psané nebo demokratické ústavy, nýbrž jen na uvedené dělbě funkcí. Ani a právě v absolutní monarchii v době vydání OZO neexistovaly žádné pochybnosti o

vázanosti soudnictví zákonem, tedy o samozřejmé přednosti zákona. Hlavní redaktor OZO, Zeiller, tuto přednost zdůrazňoval se vši naléhavostí. (Jiná otázka, která nás zde bezprostředně nezajímá, byla, jak dalece mohl naopak „panovník“ stáhnout rozhodování jednotlivých případů na sebe nebo na ad hoc určené instance. Tak tomu bylo z hlediska pozitivního práva jako důsledek absolutismu. Zeiller k tomu ovšem zastával přirozenoprávní princip nezávislosti soudce zavazující neformálně eticky i panovníka).

Co po nevyhnutelném odmítnutí extrémních stanovisek „ničeho“ (pokud jde o právní význam) a „všeho“ (pokud jde o úplný pramen práva) ve vztahu k soudcovskému právu zbývá, je přirozeně střední cesta, tedy nauka o omezené, po mém soudu přesněji o subsidiární závaznosti soudcovského práva, která závisí na předpokladech, které je třeba nastínit. Příležitostné námitky proti tomu, které vycházejí z demokratického principu současných ústav, jsou zřejmě liché: Tomuto principu by nijak neposloužilo, kdyby každý soudce mohl podle své libosti dbát nebo nedbat stávající precedenční judikatury nebo dokonce kdyby byl vázán každým precedenčním rozhodnutím.

Nehledě na přesnější předpoklady a meze vázanosti, které musí být ještě vyjasněny, vyplývá již z dosavadních vývodů, že použitelné zařazení soudcovského práva do našeho právního systému musí dát v každém případě odpověď na otázku normativní vázanosti (a nikoli pouze globální sociologické výpovědi o pravidelném vlivu precedentů), a že přednost zákona musí i nadále zůstat nedotčena.

XLIV. 3. Různé pokusy o omezenou závaznost soudcovského práva

Nauka o omezené závaznosti precedenční judikatury je, jak je nasnadě na základě toho, co již bylo řečeno, relativně stará a rozšířená zejména ve švýcarské literatuře. Není však nikterak jednotná. To zde můžeme nastínit na několika příkladech.

Jedna velmi pečlivě zpracovaná soudcovskoprávní teorie „případové normy“ omezuje zde ovšem velmi úzce pojímanou vázanost na oblast soudcovského dotváření práva a odmítá v oblasti výkladu zákona jakoukoli vázanost na precedenty. Ze zde zastávaného stanoviska není patrný žádný dostatečný důvod pro toto

rozlišování, protože i oblast (doplňujícího) soudcovského dotváření práva tak jako tak podléhá kontrolujícím právním kritériím, jak to bylo vyloženo výše. Kdo to popírá a chápe soudcovské dotváření práva zásadně jako nalézání práva contra legem, může dospět k jinému pohledu. Přitom přece nelze schvalovat odchylnou premisu, totiž vzdání se přednosti zákona. Správné je totiž, že přednost zákona je zpravidla možné narušit tím méně, čím méně určitá je zákonná úprava a její normativní základy. To ale neodůvodňuje kategoriálně radikální odlišnost ve vztahu k legitimitě dotváření práva.

Jiné pojetí akceptuje směřodatnost precedenčního práva jen tehdy, když precedent není ve sporu argumentativně „napaden“. Přitom se však nehodnotí, že možné slabiny a tedy potřeba přezkoumání dosavadního pravidla judikatury mohou být patrné nejen z argumentů, jimiž sporné strany napadají precedenční judikaturu, nýbrž že na ně může přijít i posuzující soudce nebo mu mohou být nápadné.

Jedna význačná nauka přisuzuje stávajícímu soudcovskému právu „presumptivní“ platnost, takže je závazné, když a dokud není vyvráceno. To je konec konců přijatelné, ponechává však otevřené, jak a čím může popř. musí být takové vyvrácení provedeno. Zatím se mluví jen o protichůdných dobrých důvodech nebo vůbec jen o protichůdných „důvodech“, což nechává otevřené skoro všechno.

Totéž platí i o hlasech v rámci nauky o omezené povinnosti dodržování, které se zabývají pouze tím, zda proti právním větám precedenční judikatury lze namítat dobré důvody, aniž by se o nich, zejména o jejich druhu nebo závažnosti řeklo něco hmatatelného.

XLV. 4. Nauka o subsidiární závaznosti

Souhrně řečeno postačující nauka o závaznosti soudcovského práva musí mít na zřeteli její v praxi ohromný význam pro nalézání práva, odpovídat na normativní otázku jeho závaznosti, respektovat přednost zákona a (již proto) uvádět co nejsystematičtěji zajištěné a v praxi co nejlépe použitelné předpoklady pro závaznost nebo nutnost odchylky.

Těmto požadavkům odpovídá, jak jsme dosud viděli, nejlépe autorova nauka o subsidiární závaznosti soudcovského práva. Setkává se proto (kromě kritiky, o níž se ještě zmíníme) se značným souhlasem a je zejména ve značné míře souladná s těmi výroky německého Spolkového soudního dvora, které se výslovně vyjadřují k závaznosti precedentů.

Její základní myšlenky jsou tyto: Fundamentální právní zásady spravedlnosti a právní jistoty vyžadují uznání normativní vázanosti na stávající judikaturu. To ale znamená, že s určitými členy právního společenství, totiž spornými stranami „starých“ soudních řízení zacházely státní instance (soudy, úřady) v jejich individuálních případech již v souladu se stávajícími soudcovskými právními větami. To nutně vzbuzuje i odpovídající očekávání právního styku ve vztahu k budoucím individuálním případům, které jsou z hlediska prvků případu již pokrytých soudcovským právem stejnorodé. Jakákoli „vybočující rozhodnutí“ proto neodpovídají základnímu příkazu rovnoměrnosti, zužují předvídatelnost individuálních rozhodnutí a tím i ústřední požadavek právní jistoty.

Kdo tomu dává přednost, nechť se odvolá na ústavněprávní zásadu rovnosti a ústavní princip právního státu, tedy na ústavně pozitivní deriváty uvedených právně etických fundamentálních principů, takže ve hře nejsou jen pouhá „pravidla moudrosti“. To je ovšem přesvědčivé toliko pro ty stupně pozitivního práva, které se nacházejí níže než ústavní právo. Otázkou, zda a jak by bylo možné přiznat v rámci pozitivní ústavy uvedeným principům přednost před jinými ústavními normami, např. před nezávislostí soudců v nejširším pojetí bez odkazu na jejich zvláštní právněetický status, se zde nemusíme zabývat.

Na rovnoměrnou spravedlnost a právní jistotu se společně odvolává bez ohledu na ostatní nuance většina zastánců nauky o omezené závaznosti soudcovského práva. Jednotlivé hlasy se ovšem opírají buď pouze o měřítko spravedlnosti nebo o právní jistotu, aniž by pro to bylo viditelné dostatečné vysvětlení. Naproti tomu je přesvědčivé, když se nyní ve prospěch vázanosti precedenčním právem navíc poukazuje také na fundamentální princip účelnosti ve smyslu nezbytné efektivnosti státního aparátu právní ochrany. Státní instance rozhodující individuální případy by

byly vskutku beznadějně přetíženy nebo by se v důsledku nezbytného personálního rozšíření mimořádně zdražily, kdyby v každém jednotlivém případě musela být každá právní otázka znovu posuzována ab ovo; v každém případě ze strany svědomitých právníků, kteří by se nechtěli jednoduše svěřit stávající precedenční judikatuře jako právně sociologické „černé skřínce“, ale kteří usilují se vši vážností o právně správné rozhodnutí. Pro ně je v každém případě zapotřebí normativních kritérií.

Zmíněné fundamentální právní principy vedou přirozeně i k nezbytným omezením vázanosti precedenty, která respektují přednost zákona (v širokém smyslu). Rovnost spravedlnosti (a ústavněprávní zásada rovnosti) nevyžaduje žádnou mechanickou egalitu ve všem a vůči každému, zejména pak žádné rovné zacházení v bezpráví. Zakázány jsou jen svévolné, věcně neodůvodněné diferenciaci v zacházení s členy daného právního společenství. O tom lze však hovořit jen tehdy, kdyby se státní orgán chtěl toliko na základě osobních nebo skupinových preferencí, nebo proto, aby byl originální, nebo z neznalosti předcházejících rozhodnutí nebo v důsledku právního pochybení v aktuálním případě odchýlit od maximy, podle níž se až dosud zacházelo s lidmi ve stejných situacích.

Jestliže však naproti tomu poslouží změna v judikatuře ke korektuře mezitím poznaného právního pochybení, k němuž došlo v předchozích rozhodnutích, nebo kdyby byla maxima předchozího rozhodnutí v současném pozměněném kontextu nesprávná, pak je odklon od precedentu všechno jiné než svévolný nebo věcně neodůvodněný, nýbrž spíše dán předností zákona jakožto právního pramene určeného primárně k orientaci právního společenství; je také dán samotnou maximou o rovném zacházení, pokud tato vyžaduje nerovné zacházení s nerovným: jinak stejné případy jsou relevantním způsobem nerovné, jestliže k nim došlo později po poznání chyby v aplikaci práva nebo po relevantních změnách v kontextu.

I z aspektu právní jistoty je třeba respektovat přednost zákona. Positivní tvorba práva (a tedy i na ni nezbytně navazující metodické nalézání práva) má dokonce jako svůj hlavní účel nabídnout pro chování lidí v právním společenství pokud možná jasnou orientaci. Pokud tohoto účelu, byť třeba teprve po opakovaných metodických pokusech, lze dosáhnout (neztrouhá tedy snad na nevyhnutelné odlehlosti zákona od konkrétního případu nebo na nedostacích zákona), vyžaduje právní jistota, aby

nalézání práva respektovalo přednost zákona; tudíž také odklon od dosavadní snad rozporné judikatury.

Pokud jde o státní aparát právní ochrany, jsou jeho účelnosti dány imanentní meze tím, že při neuvážlivé vázanosti na precedenty by naopak byla nanejvýš nepříznivě ovlivněna efektivnost legislativního aparátu.

To všechno má tento důsledek: závaznost soudcovského práva závisí na tom, že nemůže být vyvráceno jako nesprávné na základě daného pro judikaturu závazného práva (ne jakýchkoli z jiných hledisek „dobrých důvodů“). Meze výkonu jurisprudence, zejména možnost rozdělení metodologicky relevantních argumentů na protichůdná řešení, nutí ke skromnému pojetí správnosti: Vyvrácení se zdaří tehdy, může-li být pravidlo řešení problému odchylovající se od dosavadního soudcovského práva znatelně lépe odůvodněno na základě daného právního řádu. Tím odkazujeme na výše vylíčený výklad a dotváření práva včetně metodických kritérií přednosti a vždy nezbytného komplexního vyvážení protikladných argumentů, z nichž silnější jsou ty, které jsou v rozporu s méně početnými a především ze systematického pohledu (v souvislosti s odůvodněním práva) méně základními normami právního systému.

Pro správnost rozhodnutí musí být samozřejmě směrodatná věcná a právní situace v okamžiku, v němž k ní dochází. Precedenční rozhodnutí je proto třeba zkoumat nejen z toho hlediska, zda byla již odedávna nesprávná, ale především také z toho hlediska, zda nepozbyla správnosti v důsledku relevantních změn právní a věcné situace (popř. podle našich vědomostí relevantních faktorů).

To se netýká snad jen výslovných změn přímo aplikovatelných zákonů. Že pravidlo judikatury může být překonáno změnou zákona, se rozumí samo sebou. Spíše jde zejména o metodologický „dálkový účinek“ novějších zákonů na (systematický) výklad nebo doplnění starších předpisů, jejichž výkladem nebo doplněním se zabývala předchozí judikatura. Příklad poskytuje v Rakousku zavedení EMRK a její předpisy o náhradě imateriální škody, kvůli nimž se – neslýchaně úzký – výklad příslušných pravidel OZO stal systematicky neudržitelný a tím byla (s konečnou platností) vyvrácena odmítavá rakouská precedenční judikatura ve věcech omezení svobody. Nebo: v rámci generální klausule „dobrých mravů“ (§ 879 OZO) má nové

pravidlo zákona o ochraně spotřebitelů, podle něhož se smluvní vyloučení odpovědnosti za poškození osob stalo nepřípustné, systematicky účinky jako konkretizující faktor § 879 OZO se stejným výsledkem, protože život a zdraví podnikatelů samozřejmě nesmějí být hodnoceny méně než stejné právní statky spotřebitelů. Tím byla v rámci dobrých mravů vyvrácena dosavadní pravidla judikatury, která byla založena na hrubém nebo zvláště hrubém zavinění. Pokud generální klauzule odkazují na všeobecné mínění a pravidla veřejnosti, jsou v tomto směru rozhodující zřetelné změny; např. v nové konkretizaci znaku „necudný“ v trestněprávní skutkové podstatě prostřednictvím změny v judikatuře.

I změna takových všeobecných skutečností nebo našich vědomostí o nich, které při hledání práva fungovaly správně jako premisy, může vést k odchýlným právním vývodům a tím ke skutečnému vyvrácení – původně dobře odůvodněných – pravidel soudcovského práva. (Liché globální odkazy na změněné poměry mohou naproti tomu věc spíše zatemnit).

Připomeňme si výše uvedený případ s asbestem. Nebo: Banky praktikovaly opožděné (a z hlediska úroků relevantní) „odepsání z účtu“ při převodech na konto zákazníka. To soudy původně nehodnotily jako nepřiměřené znevýhodnění zákazníků ve smyslu zákona, protože exaktní „odepsání z účtu“ zároveň s doručením převodního příkazu by bylo příliš nákladné a zdražovalo by je – i pro zákazníky. Tato judikatura byla uznána za neudržitelnou, jakmile byly všechny banky vybaveny počítači a proto odepsání z účtu s přesností na den byla bez zvláštních nákladů možná.

Hlavní směrnice ohledně závaznosti soudcovského práva musí proto znít takto: Je třeba se – na základě uvedených fundamentálních principů - přidržet pravidla soudcovského práva, jestliže a pokud nemůže být – alespoň v aktuálním kontextu – vyvráceno znatelně lépe zdůvodněnými úvahami; tedy jestliže se při přezkoumání ukáže (ve smyslu znatelně lepšího zdůvodnění) jako správné (což je samozřejmé), ale také – a to je to důležité – jestliže je možné je alespoň dobře zastávat podle judikatury nadřazeného právního řádu a jeho metodické aplikace; i tehdy, když totéž platí právě tak i pro odchýlná řešení. V této oblasti přibližně stejně závažných protichůdných právních argumentů, tedy v oblasti metodického „non liquet“, a proto

subsidiárně jsou pro vázanost na stávající věty soudcovského práva rozhodující uvedené fundamentální právní principy. Domněle kritická otázka, zda lze vyzískat z rovné spravedlnosti a zásady právní jistoty konkrétní výsledky pro řešení případu, se vůbec neklade, protože to se děje toliko pomocí stávajících pravidel soudcovského práva. Teprve jejich existence opatřuje zásadám rovné spravedlnosti a právní jistoty důležitou další oblast aplikace.

Přednost zákona (v širokém smyslu, jak uvedeno výše) a možnosti relevantních změn v právním nebo právně relevantním skutečném kontextu sice vždy nutí ke stálému prověřování stávajícího soudcovského práva, když účastníci v konkrétním řízení přednesou i jen snad relevantní nový argument proti dosavadnímu řešení soudcovského práva nebo je takový argument předložen v právně vědeckém rozboru nebo jej odhalí sama judikatura. Jakékoli naděje na zvláště pohodlné nalézání práva nebo na velký zisk z efektivity rozhodování by proto nebyly namístě. Konec konců je i nadále nepopiratelná účelnost ve všech případech (a proto vcelku ve velice relevantní míře), v nichž byl jeden právní problém již důkladně prozkoumán a rozhodnut, aniž by od té doby byly zpozorovány nové a možná relevantní protiargumenty.

Příkaz vždy nově přezkoumat právní problém, jakmile se vyskytne i jen snad metodicky relevantní protiargument, dokazuje, že nemají oporu občasné námitky, podle nichž zde zastávané stanovisko má prý „antidynamickou tendenci“ nebo musí vést ke „strnutí“ již jednou dosaženého stavu judikatury. Mohou vycházet jen z nepřesného čtení. Ve skutečnosti směřuje zde zastávané stanovisko pouze proti svévoli a je šetrné k právní jistotě. Stejně nemístné je jako námitka tvrzení, že se nedá „jen tak bez dalšího“ zjistit přibližně stejná zdůvodnitelnost více řešení. To je správné. Ale ještě nikdy nebyl tvrzen opak. Při prověřování soudcovského práva je spíše třeba použít celé výše naznačené metodologické instrumentarium; v případě potřeby včetně jeho obtížných částí. Na přezkoumávajícím právníkovi se přitom jistě nepožaduje víc než při prvním zpracování právního problému. Zatímco tam může být zjištěné přibližné patové postavení právně relevantních argumentů zrušeno toliko „vlastním soudcovským hodnocením“, vyplyne při přezkoumávání existujících vět soudcovského práva určité jasné řešení, totiž na základě fundamentálních právních principů příkaz přidržet se precedenční judikatury.

Námítky toho druhu, že precedenty nemohou být závazné jako zákon, vbíhají vůči zde zastávanému názoru do otevřených dveří, protože subsidiární (a i jinak každé omezená) vázanost samozřejmě není žádná vázanost rovná zákonu, nýbrž takovou vázanost spíš výslovně popírá.

Vážně, ale proto zdaleka ještě ne jako přesvědčivou, je třeba brát námitku, že precedent by se musel týkat úplně stejného případu a být „nasyčen argumentací“, tedy presentovat argument ke každé dílčí otázce.

Ta první není případná, protože precedent může evidentně existovat i jen pro dílčí problém, a proto stačí, je-li pravidlo soudcovského práva, které se k němu vztahuje použitelné i v novém případě, byť ten vykazuje ještě jiné prvky věcné podstaty. Upřesnění soudcovského práva, týkající se předpisů o omylu, která byla vyvinuta v jednom případě výkladu omylu v projevu, mohou být použita např. i v případě jiného omylu v právním úkonu, jestliže se i v něm hodí na určitý prvek věcné podstaty, např. pravidlo, že u osoby, která omyl způsobila ve smyslu § 871 OZO, nezáleží na zavinění. Za druhé je podle výše uvedených právních základů pro omezený závazný účinek soudcovského práva argumentace precedenční judikatury vůči samotnému pravidlu soudcovského práva, které již bylo uplatňováno na lidi, zcela sekundární: jen samotné pravidlo soudcovského práva, nikoli jeho snad v každém směru slabé odůvodnění má význam pro ně a tím i pro použití maximy rovnoměrnosti. Vyplyne-li z průzkumu, že precedenční judikatura je přes své slabé odůvodnění nebo snad s jiným odůvodněním udržitelná, je třeba je z důvodů rovnosti zachovat. Předmětem očekávání právní veřejnosti je všeobecně pravidlo soudcovského práva jako takové, nikoli jeho odůvodnění. Ostatně, pokud to je slabé, vzbudí – při nejmenším u odborníků - malou důvěru. Ale i ono stačí ve spojení s jasně použitelnou zásadou rovnoměrnosti pro ospravedlnění vázanosti. Potud se „dvojitá zdůvodnění“ omezené vázanosti ukazuje jako cenné: při nápadné slabosti jednoho se může druhé ještě vždy plně prosadit.

Na rozdíl od námitek, jimiž jsme se zde zabývali, je zvláště závažný postoj metodologické literatury, která připisuje zde rozvinuté nauce o soudcovském právu několik podstatných předností; realisticky vyhovuje zacházení s rozhodnutími nejvyššího soudu obvyklému v praxi tím, že vytváří teoretický základ pro jeho

omezenou normativní závaznost. Vyhýbá se nebezpečí „naturalistického chybného závěru“ z bytí na mění stejně jako i opačnému nebezpečí relativizace vázanosti soudce zákonem a právem. Dále implikuje elegantní vysvětlení skutečnosti, že se platné právo vzdor stále stejným zákonným ustanovením ve své aplikaci neustále mění. A konečně že je adekvátně podchycena soudcovská konkretizace generálních klausulí a neurčitých právních pojmů.

To všechno, zdá se, potvrzuje, že nauka o subsidiární závaznosti precedentů v zásadě představuje systematicky a věcně výstižné zařazení fenoménu „soudcovského práva“ do „evropského kontinentálního“ primárně kodifikovaného práva.

XLVI. 5. Praktické důsledky

Hlavní aplikační oblast pro korektně používané soudcovské právo tvoří i v kodifikovaném systému generální klausule a podobně neurčité právní pojmy v zákonném právu s jejich výše vyloženým diferencovaným a nezřídka stejně tak vágním nebo rozporným konkretizačním materiálem. Nezbytné minimum právní jistoty a rovnoměrnosti v aplikaci práva je zde zpravidla vůbec dosažitelné jen při pečlivém zohlednění precedenční judikatury. To platí např. pro „dobré mravy“ v obecném občanském právu a v soutěžním právu, pro „přiměřenost“ bolestného atd. Z těchto důvodů je tu také omezená vyvratitelnost stávajícího soudcovského práva, tudíž jeho závaznost je prakticky rozšířená. V závislosti na důvodech je i zde samozřejmě možný důkaz, že dosavadní judikatuře k určité otázce odporují v současnosti převažující důvody, které vyplývají ze zřetelných změn v normativním konkretizačním materiálu nebo v normou dotčených a proto právně relevantních skutečnostech. To potvrzují četné odůvodněné změny judikatury i v této oblasti. Jako příklad zde uveďme novější silné zdůrazňování požadavků soutěže založené na výkonu (oproti dříve důrazněji zastávané stavovské morálce), jakož i zahrnutí zájmů spotřebitelů v judikatuře k nekalé soutěži a rozšíření bolestného i na osoby, které v důsledku zranění pozbyly citlivosti.

Kriteria vypracovaná pro aplikaci „soudcovského práva“ jsou však bez dalšího použitelná i v oblasti úprav s přesněji vymezenými skutkovými podstatami. O tom

svědčí i každá v daném směru dobře odůvodněná změna judikatury; např. v Rakousku opuštění dlouholeté judikatury o „mimoknihovním vlastnictví“ založeném údajně na základě právního úkonu pouhým reálným předáním; dále např. oprava staré judikatury o účincích zpracování věci dodané s výhradou vlastnictví; opuštění koncepce, že promlčení pohledávky na náhradu škody může začít a také skončit před vznikem každé škody; nakonec přece akceptované rozšíření „petitorní žaloby nájemce proti třetím osobám“ také na zápůrčí nároky a – velmi působivé – definitivní uznání pokračování ve výplatě mzdy zaměstnavatelem v případě nemoci jako případ likvidace škody způsobené třetí osobou. Pokud se tyto změny v judikatuře výslovně odvolaly na zde zastávanou nauku, dokazují také bezmocnost tvrzení o „antidynamické tendenci“ této nauky.

Z rakouských příkladů, v nichž pečlivé a komplexní prozkoumání judikatury vyjevilo její (při nejmenším) udržitelnost i v současném kontextu a vedlo k jejímu zachování, jmenujme zde např. soudní (ne toliko na základě právního úkonu) odporovatelnost smlouvy pro nedostatek vůle a absolutní účinek zákazu cese (kde je snad indikováno nové prozkoumání); dále ponechání odpovědnosti soudních znalců v režimu obecného práva na náhradu škody oproti četným tvrzením o použitelnosti úřední odpovědnosti.

XLVII. 6. Několik podrobností

Jen o několika zvlášť důležitých podrobnostech aplikace soudcovského práva se zde ještě můžeme zmínit: Pravidla soudcovského práva nejsou obvykle v precedenční judikatuře formulována jako zákonu podobné normy, ale v rámci odůvodnění rozhodnutí individuálního případu často v popisných větách; např. o nutném výkladu předpisu ohledně jeho účelu atd. Jejich normativní povahu a jejich přesnější význam je často třeba vyanalyzovat na pozadí daných skutečností a právní argumentace sporných stran v konkrétním sporu. Tento postup zde musí ve značné míře nahradit historický a systematický výklad zákonů. Samozřejmě může důležité odkazy poskytnout i zjištění historického vývoje judikatury. Často je nezbytná analogická aplikace některé zprvu úzce koncipované věty soudcovského práva (což bývá pravidlem, protože se výpovědi vztahují se k individuálnímu případu) na podobné situace, které nevykazují žádné rozdíly, které lze právně uznat za relevantní

(„argumentace případ od případu“). Jako příklad může posloužit rozšíření smluvních povinností ochrany a péče na třetí osoby, které jsou zřejmě blízké smlouvě.

Po příkladu právních řádů založených na case law je třeba v normativních větech precedenční judikatury rozlišovat „ratio decidendi“ od „obiter dictum“. K prvnímu okruhu náležejí ty soudní výroky, které byly nutné pro odůvodnění výsledku rozhodnutí, k druhému ty, které byly učiněny nad to; např. v rámci srovnávacích úvah, s předstihem pro možné budoucí případy, k dalšímu objasnění výsledku, z vědeckoprávních důvodů systematické uzavřenosti nebo z jakýchkoli jiných důvodů. Hraniční pásmo ovšem tvoří dvojí, alternativní nebo eventuální rozhodnutí.

Pouhá obiter dicta se zpravidla pokládají za méně významná, protože jim patrně nebyla věnována táž péče jako skutečně nosným důvodům rozhodnutí. Proto k nim není třeba přihlížet, jsou-li v rozporu s rationes decidendi jiných precedentů.

Jiné rozpory v judikatuře je třeba řešit pomocí priority jednoznačně převažující judikatury, zvláště na újmu jednotlivých „rozhodovacích přestřelků“, a ve prospěch pozdějších a také speciálnějších rozhodovacích pravidel („lex“ posterior, popř. specialis). Někdy je možné rozporné případové normy harmonizovat tím, že se odvodí z jejich skutečně dotčených věcných podstat a koncipují se úžeji. Ty směry judikatury, jejichž rozpory nelze odstranit, přirozeně vylučují závaznost precedentů.

Je sporné, zda jim lze nad rámec nižšího postavení obiter dicta upřít jakýkoli význam jako soudcovského práva. Problém spočívá v tom, že zde pro omezenou vázanost neplatí „dvojí zdůvodnění“ jako takové: pouhé dictum ještě nevede k tomu, že s určitým lidmi bylo zacházeno v souladu s ním, neposkytuje tedy žádný přímý základ pro argument rovnoměrnosti. Na druhé straně může zřetelně vyhlášený právní názor nejvyššího soudu, byť z hlediska rozhodnutí nepodstatný, získat značnou a mnohdy přímo vyžádanou publicitu, a proto může být z hlediska právní jistoty vysoce relevantní. K tomu přistupuje, že po nějaké době je právě z tohoto důvodu pravděpodobné, že nižší soudy vydaly již ve smyslu dicta nepublikovaná rozhodnutí, která se nedají snadno nalézt, popř. že právní poradci ovlivnili chování svých klientů ve smyslu dicta s poukazem na odpovídající výsledky procesu. Pak bylo s lidmi zacházeno reálně ve smyslu obiter dicta.

Po mém soudu bychom proto měli, jestliže dosud existuje jen jedno soudcovské obiter dictum (a to se ukáže jako alespoň udržitelné), i tomu přiznat subsidiární závaznost. Bylo by důsledné klást na jeho vyvrácení poněkud slabší požadavky a nepožadovat žádné z právního hlediska zřetelně lepší důvody pro opačný názor, nýbrž se spokojit s lepšími důvody bez zvláštní kvalifikace.

Je sporné, zda při nedostatku precedenční judikatury nejvyššího soudu „může i všeobecně přístupná, tedy publikovaná judikatura soudů nižších instancí mít účinky subsidiární závaznosti. Po mém soudu je tomu v souladu s požadavkem rovnosti a právní jistoty třeba přisvědčit, aniž by se tím ubralo na zvláštních funkcích nejvyššího soudu. I nejvyšší soud je přece vázán směrodatnými fundamentálními právními principy. Ovšem jestliže se přesvědčí o tom, že v aktuálním kontextu může nabídnout lepší zdůvodnění pro opačné řešení, pak – jak tomu všeobecně je v soudcovském právu - neexistuje pro něj tak jako tak žádná vázanost.

V případě rozporů mezi judikaturou nejvyššího soudu a soudů nižších instancí má přirozeně ta první přednost, i když obojí jsou podle prioritního práva stejně obhajitelná. Jinak nelze dosáhnout možné míry rovného zacházení a právní jistoty již proto, že rozsah působnosti soudů nižších instancí musí být prostorově menší. K tomu přistupuje důvod účelnosti, že se v průběhu projednávání v nižších instancích musí trvale prosadit nejvyšší instance, pokud neexistují procesní omezení pro dovolání k nejvyššímu soudu. Ta však jsou z hlediska hmotného práva irelevantní náhodností.

XLVIII. 7. Změna judikatury jako izolovaný problém?

„Rozpačitý přístup“ velkých částí právní metodologie k soudcovskému právu se zvláště zřetelně projevuje v tom, že v současné době existují v „kontinentální Evropě“ pokusy traktovat změnu judikatury jako izolovaný problém, aniž by se zaujalo stanovisko k zásadní otázce závaznosti soudcovského práva. To je však vyloučeno, protože toliko zaujetí pozice k otázce závaznosti umožňuje zásadně možné systematicky správné stanovisko ke změně judikatury; jestliže precedenční judikatura právně neznamena „nic“, musí to platit i pro její změnu, a nemohou jí stát v cestě žádné zábrany. Je-li judikatura ten vlastní samozřejmě závazný pramen práva,

musela by být jejím důsledkem neměnnost; nebo alespoň – spokojíme-li se pouze s omezeným důsledkem – omezení možnosti změn na malý počet výjimečných situací, které lze snadno popsat. Má-li precedenční judikatura omezenou vázanost, musí být samozřejmě přesně určeny její meze z hlediska možnosti a žádoucnosti změn v judikatuře. Je to povážlivý důkaz ztráty důsledného a proto systematického právního myšlení se značně širokým dopadem, jestliže namísto toho je dnes bohužel rozšířeným a zdánlivě pragmatickým způsobem nahlíženo na změnu judikatury izolovaně, a proto k ní argumentováno z libovolných pozic. Toliko zdánlivá pragmaticčnost nesystémově izolovaného zahájení diskuse se projevuje v tom, že dnes módní „teorie o časovém spínači“ (seriózněji: zákazy zpětného účinku) k otázce změně judikatury vykazují početné a velmi rozdílné varianty; pro nedostatek důsledného, systematického přístupu tomu ani nemůže být jinak.

Těmito úvodními kritickými poznámkami nechceme zastírat, že zčásti může vzniknout skutečný, závažný hmotněprávní problém. Jeho řešení však nemůže spočívat ve volně konstruovaných „zákazech zpětného účinku“. Někdy je ovšem zcela uspokojivé řešení zhora nemožné, takže musí jít o volbu menšího zla.

Jako příklady pro zvlášť vyhocené situace z rakouské a německé judikatury mohou názorně posloužit tyto: Záruka jako zajišťovací prostředek není v rakouském právu dopodrobna upravena zákonem. Proto také chybí varující předpis o formě, kdežto pro (neobchodní) ručení je nezbytná písemná forma. Judikatura dlouho pokládala za účinné i neformální záruční prohlášení. Pod vlivem masivní vědecké kritiky však nejnověji akceptovala, že ochranný účel písemné formy ručení platí zcela a dokonce u zajišťovací záruky ještě v silnější míře. Proto prohlásila na základě analogie (§ 7 OZO) ohledně formy ručení pouze ústní záruku za neplatnou.

V Německu byla po dlouhá desetiletá smlouva s architektem pokládána za smíšenou smlouvu. Pohledávky architekta proto podléhaly jen obecné třicetileté promlčecí lhůtě. Podle nové interpretace smlouvy s architektem jako smlouvy o dílo je použitelné pravidlo o zvláštní krátké, toliko dvouleté promlčecí lhůtě.

Oba příklady jsou pro zde zastávané stanovisko, které odmítá zákaz retroaktivního účinku, zvláště obtížné. Vytvářejí totiž na rozdíl od mnoha jiných příkladů,

nepochybně pravé problémy ohledně ochrany důvěry: kdo se spolehl na dosavadní judikaturu, stojí tu nenadále bez účinného zajištění nebo překvapivě rychle ztrácí svou pohledávku v důsledku promlčení.

Na základě těchto aspektů ochrany důvěry a právní jistoty se otevřela již přede několika desetiletími po vzoru USA, kde ovšem byly a jsou koncepce v každém jednotlivém státě a v různých dobách předmětem sporů, zejména v Německu, ve Švýcarsku a posléze i v Rakousku široká diskuse o tom, zda a jak může a má být chráněna důvěra dotčených právních subjektů ve stávající pravidlo judikatury, které bylo založeno interpretací nebo dotvářením práva. Tato diskuse se možná již rozšířila i na další země. Není-li tomu tak, lze ji brzo očekávat.

Až do doby před několika desetiletími se v kodifikovaném právním systému „kontinentální Evropy“ nikdy nepochybovalo o tom, že soudy mají rozhodovat z právního hlediska co možná správně. To především znamená, že se musí vzdát svého dosavadního pojetí a rozhodovat odlišně, jestliže v soudním přezkumu vyjde najevo, že jejich dosavadní právní názor spočíval na chybné interpretaci nebo chybném dotváření práva, nebo pozbyl správnosti vlivem podstatné skutečné změny poměrů nebo metodicky relevantní změny v právním kontextu.

Právě to mnozí pod vlivem transatlantické inspirace napadají ve velmi sugestivně vedené diskusi. Požaduje se „zákaz retroaktivního účinku“. V nejpřísnější a nejdůslednější variantě požadují příslušné teorie, aby judikatura, když uzná nezbytnost změny svého právního názoru, nejprve své nové přesvědčení o právní situaci ve svých rozsudcích pouze oznámila, ale fakticky zahájené případy rozhodla podle svého starého právního názoru, tedy podle svého vlastního současného přesvědčení nesprávně. Teprve nové případy, jejich skutkové situace vznikly teprve po oznámené změně judikatury, mají být fakticky rozhodovány podle nového právního názoru. Říká se tomu přirozeně americkým pojmem „prospective overruling“.

Rozdíl oproti zákazu retroaktivního účinku – který ostatně má zapotřebí zdůvodnění a konkretizace - u zákonů, na který se příslušné teorie i u změny judikatury rády odvolávají, je již na základě dosavadních poznámek zjevný: spočívá v hlavní funkci

soudů rozhodovat sporné případy na základě právního řádu. Zákonodárce má mnohem širší prostor pro ztvárnění a uvážení a nikdy nerozhoduje – i když upravuje se zpětnou účinností - vědomě nesprávně. I judikatura v určitém smyslu rozhoduje tak jako tak vždy a nutně „se zpětným účinkem“, totiž o časově předcházejících skutkových situacích. Paralely zákazu retroaktivního účinku u změn zákonů a změn judikatury jsou proto povrchní a jako argumenty nevhodné.

Kromě toho působí proti důsledné teorii zákazu retroaktivního účinku, jak byla právě nastíněna, při nejmenším jeden přesvědčivý argument: tato teorie musí prakticky vést k téměř úplné nenapadnutelnosti a také strnulosti zavedeného, byť sebenesprávnějšího pravidla judikatury: při akceptování důsledného zákazu retroaktivního účinku v popsaném smyslu by mohl každý, kdo se ve svém sporu obrací proti stávající judikatuře, v příznivém případě počítat s tím, že mu judikatura teoreticky ve výsledku přisvědčí, ale v praxi na základě aplikace svého dřívějšího sice za nesprávný uznaného názoru nechá uspět jeho odpůrce se všemi důsledky ohledně nákladů řízení. To musí odstrašit každého od napadání jednou etablované judikatury. Ale bez podnětu vyplývajícího ze sporných případů k přezkoumání stávající judikatury nedojde. To není žádoucí ze žádného právně obhajitelného aspektu.

Proto někteří zeslabují zákaz retroaktivního účinku v tom směru, aby se v „úvodním případě“, v němž se jedna procesní strana poprvé domůže změny judikatury, rozhodlo v její prospěch na základě právní situace uznané za správnou. Ve všech ostatních starších případech má být naproti tomu rozhodováno jako dosud, tedy podle nového stavu poznání nesprávně. Někteří doporučují jako variantu, aby ve všech v okamžiku změny judikatury již zahájených řízeních působil nový právní názor. Těmto modifikacím, které zachovávají podnět k potírání chybné nebo pochybné judikatury, však odporuje rozpornost navrženého řešení se zásadami spravedlnosti a rovnosti; to jak rychle se dostane jeden z mnoha obdobných případů k nejvyššímu soudu nebo vůbec k soudu, závisí na mnoha náhodách, ale v žádném případě ne na hmotně rozdílných zúčastněných zájmech zasluhujících ochrany. Rozdílné zacházení s účastníky sporu na základě pouhých náhod nebo dokonce manipulací a tedy bez věcného zdůvodnění je však svévolné a v rozporu se zásadou rovnosti.

Jemnější proud v rámci teorií o zákazu retroaktivního účinku, který je si těchto problémů dobře vědom, se proto zřídka jednotných řešení a na soud, který se rozhodl změnit svůj dosavadní právní názor, přenáší úkol, aby ad hoc formuloval přechodné ustanovení, tedy aby sám stanovil, zda a jak dalece má v jednotlivém případě platit „zákaz retroaktivního účinku“. Návody, které k tomu byly v literatuře zpracovány, jsou však tak vágní, že alespoň trochu spolehlivá prognóza, jak jej soud v konkrétním případě stanoví, není možná. To někteří zastánci této variantní teorie dokonce výslovně přiznávají. Zvláště to pochopitelně platí tehdy, kdyby se mělo bez jakýchkoli dalších směrnic spoléhat toliko na uvážení soudu. O právní jistotě nemůže být proto ani řeči. Zda a nakolik bude chráněna důvěra účastníka řízení ve stávající judikaturu, zůstává vpravdě a priori zcela otevřeno. Již to prakticky vylučuje boj proti jednou zakořeněné judikatuře pro nevypočitatelné riziko a kromě je zcela v rozporu se základy všech teorií o zákazu zpětného účinku, se zásadami právní jistoty a ochrany důvěry. Nemělo by se přece spoléhat na stávající judikaturu; všechno by bylo nejisté.

U tak nedostatečných základů teorií nesmí proto udivovat, že v jejich rámci jsou také skoro všechny další otázky nezhojitelně sporné. Uvedu jen tu nejdůležitější: postačuje abstraktní možnost důvěry v judikaturu nebo musí, což by praktický význam zákazu retroaktivního účinku značně zredukovalo, taková důvěra v jednotlivém případě skutečně existovat, což předpokládá konkrétní znalost podstatného obsahu dosavadní judikatury?

Teprve po naznačení vnitřních sporných otázek teorií o zákazu zpětného účinku je třeba vznést základní námitky, které směřují proti všem variantám těchto nauk. Zaprvé je třeba jmenovat již zmíněnou hlavní funkci soudů rozhodovat sporné případy s co možná nejlepším právním odůvodněním. S tím je neslučitelné, aby se jej po poznání nesprávnosti dosavadního právního názoru v nějakém rozsahu přece jen přidržovaly. Je nesprávná občasná námitka, že princip důvěry patří také k právnímu řádu. To nemůže ospravedlnit, že důvěra jednoho účastníka v dosavadní judikaturu je chráněna na úkor druhého soukromého účastníka, který za tuto judikaturu a za důvěru prvního účastníka není nikterak odpovědný. K důvěře dala podnět stávající judikatura, nikoli druhý účastník. Není mu žádným způsobem přičitatelná a proto se jej netýká..

Za druhé porušují teorie o zákazu zpětného účinku, i když v rozličném rozsahu, prioritu metodicky správně vyloženého nebo dotvořeného zákona. Uzná-li nyní soud nové řešení právní otázky za lépe odůvodněné a tedy v tomto smyslu za právně správné, má postupovat podle tohoto náhledu ihned a bez časové prodlevy, protože jinak porušuje přednost zákona před svým vlastním dosavadním právním názorem.

Třetí námitka proti všem teoriím o zákazu zpětného účinku je snad nejsilnější a nejzřejmější: nelze pochopit, proč má být důvěra jednoho účastníka sporu v dosavadní judikaturu respektována a chráněna, ale nikoli důvěra druhé strany ve – jak se nyní ukazuje – správnou právní situaci. Při nejmenším v této důvěře tato druhá strana zahájila spor. Často se také touto právní situací již dala vést ve svém předchozím hmotněprávně relevantním chování; snad s nevědomým rizikem tehdejší opačné judikatury. Její důvěra byla snad riskantní, ale přece měla správný objekt. Ochrana důvěry nahlížející na judikaturu, ale ne na skutečnou právní situaci pouze „jedním okem“ , se zdá být zcela neudržitelná.

Po tom všem je výsledek na prvním místě zcela negativní: všechny varianty teorií o zákazu zpětného účinku je třeba odmítnout. Je třeba i nadále zastávat „staré“ pojetí, že soudy mají rozhodovat s co možná nejlepším právním zdůvodněním. Zastává je naštěstí také rakouský Nejvyšší soudní dvůr.

Tím nikterak nepopíráme, že se v situaci, kdy dochází ke změně judikatury, mohou vyskytnout vážné a nesnadné problémy s ochranou důvěry, jak naznačují oba na počátku uvedené příklady. Proto je třeba zdůraznit, že jinak nepříliš šťastná diskuse k otázce retroaktivity vytvořila povědomí o problému, které přispívá k důležitému poznatku: v mnoha případech lze dospět k odpomoci zcela nebo zčásti ve hmotněprávní rovině, tedy bez násilných nebo nepředvídatelných zákazů zpětného účinku.

Příslušné hmotněprávní instituty a předpisy je třeba podle jejich obsahu a účelu brát vážně a ne je snad instrumentálně přizpůsobovat ve prospěch jednostranné ochrany důvěry. Lze např. uvést popření zavinění, jestliže se škůdce orientoval podle

dosavadní judikatury; nebo doplňující výklad smlouvy, která ukládá další neočekávaná zatížení; konečně, avšak s velkou opatrností, zneužití práva.

V mnoha případech, např. v úvodních příkladech (když zcela výjimečně zvláštní okolnosti neodůvodňují zneužití práva) se nelze vyhnout tvrdému výsledku. To je ovšem menší zlo ve srovnání s naznačenými důsledky „jednooké“ ochrany důvěry. Jak by bylo možné nalézt všestranně a v každém případě uspokojivé řešení v problémové situaci, která se již předem vyznačuje velmi neuspokojivou situací mimo oblast sporných stran, totiž judikaturou, které je třeba se pro nesprávnost vzdát?

Na závěr: to, co bylo řečeno, platí v plném rozsahu pro běžnou rozhodovací činnost soudů, která je zaměřena na z právního hlediska správné posouzení sporného případu mezi rovnoprávními účastníky; tedy zcela jasně v soukromém právu. Abstraktní kontrola norem ústavními soudy a abstraktní řešení výkladových otázek v rozhodnutích o předběžných otázkách Evropským soudním dvorem vykazují zvláštnosti, které jsou také předmětem pozitivněprávních úprav. Touto oblastí se však zde již nemůžeme zabývat.

(Podrobné rozpracování tématu s dostatečnými doklady vyšlo v časopisu Juristische Blätter 2001, 2 an.)