

Role soudů při dotváření správního práva

Pavel Mates*

Abstrakt: K dotváření práva soudy dochází nepochybně již řádově mnoho let, u nás se však o něm začalo hovořit až relativně nedávno, první výslovné zmínky o něm nalézáme v časopisecké literatuře, monografiích a sbornících, formulované pod vlivem především německých autorů, spíše až počátkem tohoto století. Stať vychází z toho, že k dotváření práva dochází tehdy, je-li právo aplikováno proti jasné dikci zákona, respektive bez jakékoli jazykové opory v něm, když v něm soudy naleznou jednu z mnoha možných mezer. Problém je ovšem v tom, že mohou odhalovat poměrně libovolně stále další, a navíc soudy mnohdy právo dotvoří, aniž by nějakou mezeru výslovně konstatovaly, a to za situace, kdy je text normy zcela jasný a nesporný. Jak je přitom z uvedených příkladů patrné, jsou hranice či meze dotváření práva stále více posouvány a tam, kde tak učiní nejvyšší soudní instance nebo Ústavní soud, nelze proti tomu nalézt reálně žádný prostředek k nápravě. Je nepochybné, že proces dotváření práva se stal realitou, nicméně je nepochybné, že by se soudy měly přidržovat spíše zásady sebeomezování, jinak bude stále více ohrožován jeden z hlavních principů právního státu, jímž je právní jistota.

Klíčová slova: správní právo, mezery v právu, dotváření práva, soudy

Úvodní poznámky

Problematika dotváření práva patří již delší čas k mimořádně frekventovaným tématům a s jistotou mírou nadsázky lze říci, že se k ní vyslovil, alespoň poznámkou pod čarou, snad každý, kdo se soustavněji právem zabývá ať již z pohledů akademických nebo aplikační praxe.¹ Tento zájem je pochopitelný vzhledem k tomu, že mnohdy jde o součást širších diskursů na téma kvality práva, postavení a role soudů v soustavě mocenských institucí, pramenů práva a dalších.

Celá záležitost s dotvářením práva by nepochybně byla méně komplikovaná, pokud by nebylo zcela rozdílně pojímáno samotné východisko, tedy otázka, co to soudcovské dotváření práva je, kdy o něm lze vůbec hovořit. Jaksi před závorkou je třeba připomenout, že jednota panuje v zásadě alespoň v tom, že jde o výlučnou doménu soudů, a neměly by tak, respektive nesmějí činit orgány exekutivní, kterým nezbyvá než vyčkat, až tento *hard cases* vyřeší soud a zaváže je tak k výkladu, což však nelze argumentovat tím, že by snad správní úředníci byli obecně méně odborně vybavení, ale mnohem spíše především tím, že nejsou vybaveni nezávislostí, jako je tomu u soudců.²

* Doc. JUDr. Pavel Mates CSc., Vysoká škola finanční a správní Praha a FSE UJEP Ústí nad Labem. E-mail: 9122@mail.vsf.s.cz.

1 Z českých autorů zmiňují, bez ambic na úplný výčet, alespoň KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002; VEČEŘA, M. Hledisko účelu a smyslu interpretace práva. In: MACHALOVÁ, T. – VEČEŘA, M. – HLOUCH, L. – SOBOTKA, M. – SOBEK, T. *Aktuální otázky metodologie právního myšlení*. Praha: Leges, 2014; VEČEŘA, M. Soudcovské dotváření práva. In: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012; MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2011; PULKRÁBEK, Z. K problému otevřenosti (psaného) práva a možnostem jeho dotváření. *Právník*. 2000, roč. 139, č. 11, s. 1025–1047; GERLOCH, A. *Teorie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009; MLSNA, P. Vázanost soudce právem a zákonem: ústavněprávní pohled. In: HAMULÁK, O. (ed.). *Fenomén judikatury v právu. Sborník z konference Olomoucké debaty mladých právníků 2009*. Praha: Leges, 2010. V tomto článku navazují na úvahy, které jsem formuloval v článku *Dotváření práva v judikatuře Nejvyššího správního soudu*, srov. MATES, P. *Dotváření práva v judikatuře Nejvyššího správního soudu*. *Právní rozhledy*. 2016, č. 3, s. 82–86.

2 Např. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu čj. 6 A 100/2002-74 a rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 4 Ads 20/2007-59; ČERNÍN, K. Úředníci a pyramida: K výkladu podzákoných právních předpisů správními orgány. *Správní právo*. 2016, č. 2, s. 104.

Poměrně často bývá dotváření práva spojováno s použitím analogie, o dotváření práva se hovoří také v souvislosti s výkladem neurčitých pojmů, respektive norem s relativně neurčitou hypotézou, extenzivním výkladem, ale též argumentem *a minori ad maius* a argumentem *a maiori ad minus*, vytvářením ustálené praxe nebo konstantní judikatury či teleologické redukci.³ Podle některých autorů se jedná o dotváření práva také v případě, je-li řešen rozpor mezi národním a unijním právem,⁴ další považují za dotváření práva situaci, kdy soudy podle čl. 95 odst. 1 Ústavy posuzují soulad jiného předpisu se zákonem a podzákonný předpis neaplikují.

V uvedených případech, které mohou činit dotváření práva až nekonečné, se však mnohem spíše jedná o metody, nástroje k interpretaci a aplikaci práva, což jsou jiné kategorie než dotváření práva, byť nepochybně mohou být hranice mezi nimi mnohdy nezřetelné.⁵ Pokud se týče kolize národního práva s unijním, bude tu nepochybně třeba uplatnit princip aplikační přednosti a nikoli dotváření práva, což platí tím spíše v případě eurokonformního výkladu.⁶ O dotváření práva v uvedeném smyslu nepůjde nepochybně ani v případech, kdy Ústavní soud působí jako tzv. negativní či derogující zákonodárce, vzhledem k tomu, že zde neexistuje mezera v právu, ale nesoulad uvnitř jeho hierarchicky strukturované soustavy.

Lze však mít za to, že mnozí autoři používají tento termín ve zmíněných souvislostech spíše ve smyslu „literárním“, aniž by si uvědomovali, o co zde ve skutečnosti jde.

Samozřejmě ani na vymezení toho, co se skutečně rozumí dotvářením (někdy se hovoří o vytváření) práva ve vlastním smyslu, nenalezneme jedinou či jednoznačnou odpověď. Tak např. A. Gerloch a J. Tryzna chápou pod tímto pojmem situaci, kdy soud argumentuje ještě jinými prameny, než jsou ty, které plynou z uznávaných pramenů, jakými jsou např. sociální a ekonomické poměry, k čemuž dodávají, že jde v našich poměrech o případ spíše ojedinělý a hojněji se vyskytuje v přístupu Ústavního soudu.⁷

I. Pelikánová v citované stati rozeznává rozdíl mezi kognitivním nahlížením na právo, jeho interpretaci, při níž je právo pouze nalézáno, protože beztak existuje, třebaže není v normě přímo vyjádřeno, a nahlížením skeptickým, když se interpret drží toho, co zákonodárce výslovně stanovil a právo zde tvoří, respektive dotváří.

Jindy je pod pojmem dotváření práva chápána situace, kdy judikát (zde pojímán jako rozhodnutí vyššího soudu) specifikuje vágní normu, řeší konflikt dvou norem nebo modifikuje normu, která má absurdní důsledky.⁸

³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 8 Afs 49/2007-52, čj. 8 Afs 13/2011-81 a 4 As 13/2008-107, rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem, pobočka v Liberci, čj. 60 A 1/2013-49; nález Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 3221/11; SPRINZ, P. Normativní povaha soudních rozhodnutí, její význam a další vybrané aspekty. In: HAMULÁK, O. (ed.). *Fenomén judikatury v právu. Sborník z konference Olomoucké debaty mladých právníků 2009*. Praha: Leges, 2010, s. 56; MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 103; LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin – Heidelberg – New York: Springer Verlag, s. 382 an.; WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 46; HOLLÄNDER, P. *Příběhy právních pojmů*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2017, s. 217.

⁴ Např. MORAVEC, O. Vyplacení nesporné části nadměrného odpočtu v podmínkách daňového řádu. *Daně a právo v praxi*. 2017, č. 1, s. 2–8; STEHLÍK, V. – HAMULÁK, O. a kol. *Unijní právo před českými soudy*. Praha: Leges, 2014, s. 227.

⁵ GERLOCH, A. *Teorie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2004, s. 209–210; PELIKÁNOVÁ, I. Rozum, právo a interpretace. *Bulletin advokacie*. 2010, č. 12, s. 27.

⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 4 As 111/2014-27.

⁷ GERLOCH, A. – TRYZNA, J. Několik úvah o roli nejvyšších soudů v podmínkách demokratického právního státu. In: ŠIMÍČEK, V. (ed.). *Role nejvyšších soudů v evropských ústavních systémech – čas pro změnu*. Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, s. 94–95.

⁸ KÜHN, Z. Role judikatury v českém právu. In: BOBEK, M. – KÜHN, Z. a kolektiv. *Judikatura a právní argumentace*. Praha: 2013, s. 109.

Se stručnějším, nicméně výstižným pojetím se lze setkat v německé literatuře, která dotvářením práva (*Fortbildung des Recht*) chápe případ, je-li právo aplikováno proti jasné dikci zákona, respektive jakékoli jazykové opory v něm.⁹

Jen zdánlivým paradoxem je, že k tomu, aby právo mohlo být vůbec dotvářeno, musí v kontinentálně evropském systému existovat právní norma, obsažená v nějakém prameni práva, na jejímž základě nelze poskytnout ochranu subjektivním právům, a zde je pak na soudu, aby tak učinil.¹⁰ Důvodem, proč respektive dokonce musí být právo dotvářeno, je tedy mezeru v zákoně. Spojení „ochrana subjektivním právům“ je používáno zcela vědomě a musí být použito v plném rozsahu, protože právě tento účel patří mezi základní podmínky dotváření práva a nikdy by se tak tedy nemělo stát za jiným účelem, tedy jestliže by tímto postupem měl být účastník řízení zatížen.

1. Jde vždy o mezeru v právu?

Jistě není zákonodárce, respektive normotvůrce, který by takovou mezeru tvořil záměrně a spoléhal na to, že bude zaplněna v rámci aplikace. Proto zřejmě není na místě argumentace, že analogie, respektive dotváření práva není na místě tam, kde s ní zákonodárce výslovně nepočítá. Ponechává-li tedy někdy např. prostor pro analogii, činí tak vědomě s tím, že tímto výkladem bude právo poznáno, ale nikoli vytvořeno.¹¹

Problém je však v tom, že o mezerách toho bylo napsáno, jak řekl prof. L. Spiegel již na počátku minulého století, tolik, až to budí úzkost a počet stran na toto téma se v postmoderní éře mnohonásobně zvýšil. Lákavé je řešení, podle něhož by měla být každá mezeru v právu řešena doplněním zákona, které však patří spíše do říše iluzí. Obdobně to platí i o požadavku tzv. anticipované interpretace, podle níž by měl tvůrce právní normy předpokládat, jak bude vykládána, takže žádná mezeru by vzniknout neměla.¹²

To, že žádný právní řád není dokonalý, jeho normy jsou nutně nedokonalé, chybné a mezerovité, protože není v moci tvůrce práva, aby v několika ustanoveních pokryl celou úpravu, je dnes všeobecně uznávaným a náležitě argumentovaným faktem jak v literatuře, tak judikatuře a platí pro všechna právní odvětví, včetně práva správního. Dodávám k tomu, že existují teorie, které na základě různorodé argumentace existenci mezeru v právu odmítají někdy vůbec, jindy jen v právu veřejném, jejichž slabina tkví především v tom, že se přidržují pouze textu zákona a nepřihlížejí k tomu, že mezeru je konstatována až posteriorně aplikujícím orgánem.¹³

⁹ Např. KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. Bern: Stämpfli Verlag, 1998, s. 131; z tohoto pojetí vychází u nás F. Melzer (MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 5–6) nebo P. Holländer (HOLLÄNDER, P. Savignyho paradigma v době dekonstrukce práva. In: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*, s. 27–28).

¹⁰ GERLOCH, A. – TRYZNA, J. Úvaha nad principem legitimního očekávání obdobného posouzení právního případu. *Soudce*. 2014, č. 4, s. 16.

¹¹ HÁCHA, E. *Analogie, Slovník veřejného práva československého. Sv. I*. Praha: Eurolex Bohemia, 2000 (reprint), s. 61; rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 3 Ads 75/2009-30.

¹² ŠÍN, Z. *Tvorba práva. Pravidla, metodika, technika*. Praha: C. H. Beck, 2003, s. 6, s. 16–17.

¹³ Např. HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004, s. 132; M. Musil tu trefně hovoří o tom, že dokonalé normotvorba a legislativa je mýtus (MUSIL, M. Mýtus legislativní dokonalosti. In: GERLOCH, A. – KYSELA, J. (eds). *Tvorba práva v České republice po vstupu do Evropské unie*. Praha: ASPI, s. 301 an.; ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1988, s. 90; MATES, P. *Správní uvážení*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, s. 14–16; náleze Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 15/01 a sp. zn. ÚS 3221/11, kde tento soud mimo jiné konstatoval, že „[...] soudce není ‚subsumpční automat‘, který na skutkový stav aplikuje ‚dokonalé‘; tj. jednoznačně znějící (a všechny situace výslovně řešící) zákonné ustanovení[...]“.

Skutečnost, že mezery v právu jsou nutně odhalovány až *ex post*, představuje současně jeden z významně komplikujících faktorů, teorie je totiž schopna jich odhalit až nepřeborné množství, takže lze nalézt a zdůvodnit jejich existenci prakticky kdykoli. Jen pro příklad A. Peczenik zformuloval čtyři základní typy možných mezer v zákonné úpravě: mezery z důvodů nedostatku právní úpravy, logické rozpornosti a neurčitosti a mezery axiologické dané morálně nevhodnou úpravou, F. Melzer rozeznává mezery pravé neboli technické a teleologické, které dále člení na otevřené a zakryté a dále vědomé a nevědomé a v tomto výčtu by bylo možno samozřejmě pokračovat.¹⁴

Lze si ovšem položit otázku, zda si soud, zpravidla se jedná o vyšší instance, takovou situaci opravdu představuje a takto argumentuje.¹⁵ Příkladem v tomto směru může být postup při řešení otázky nicotnosti správních aktů, kde Nejvyšší správní soud fakticky zcela smazal procesní rozdíl mezi rozhodnutím nezákonným a nulitním. Na jedné straně sice výslovně uznal, že nezákonnost a nulita nejsou totožné, dovedl však, že není důvod k tomu, aby účastník nemohl použít efektivnějšího a rychlejšího prostředku obrany proti nicotnému rozhodnutí, čili mu přiznal právo podat i proti nicotnému rozhodnutí odvolání, aniž by musel vyčkávat, až prohlášení nicotnosti nadřízeným správním orgánem podle § 78 správního řádu, protože to má povahu dozorčího prostředku, jež nemůže účastník přímo ovlivnit. Svůj závěr opřel o konstatování, že lpění na doslovném textu zákona by bylo formalistické a odporovalo zásadě procesní ekonomie.¹⁶ Právní úprava správního řádu je zde ovšem nepochybně ucelená a funkční a o tom, že by v ní byla jakákoli meze, se v citovaném usnesení neobjevuje ani slovo.

Každý, kdo sleduje judikaturu týkající se zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů ví, že soudy se zde vesměs postavily za práva žadatelů o informace, byť šlo nezřídka o záležitosti účelového až obstrukčního charakteru. V konkrétním případě šlo o to, že povinný subjekt opětovně odmítal poskytnout informace, ačkoli jeho rozhodnutí byla opět opakovaně rušena odvolací instancí, což se pak ještě vícekrát opakovalo. Podle § 16 odst. 4 citovaného zákona má soud při přezkumu rozhodnutí o odvolání na základě žaloby posoudit, zda jsou dány důvody pro odmítnutí žádosti o informaci. Pokud tyto důvody neshledá, má rozhodnutí o odvolání a rozhodnutí povinného subjektu o odmítnutí žádosti zrušit a povinnému subjektu nařídí požadované informace poskytnout. Nejvyšší správní soud však dovedl, že v dané situaci je *de facto* žadateli o informace odnímána možnost obrátit se na soud a takto informaci získat a rozhodl tak, že žalobu lze podat i proti zrušujícím rozhodnutím odvolacích orgánů, tedy těm, jimiž řízení dosud ukončeno nebylo, čímž učinil průlom do celkové koncepce správního soudnictví, které vychází z toho, že se přezkoumávají až konečná správní rozhodnutí.¹⁷ Je třeba říci, že nekoncepční je celé ustanovení zmíněného paragrafu, protože zavádí zvláštním zákonem apelaci do správního soudnictví, které je principiálně postaveno na principu kasačním. Nejvyšší správní soud, ovšem, aniž by shledal tuto úpravu

¹⁴ PECZENIK, A. *On Law and Reason*. Dordrecht: Kluwer Academic Publisher, 1989, s. 24–26. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 233 an.

¹⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 1 As 31/2009-81, kde je řešen vztah mezi textem normy a jako výkladem soudem, včetně odkazu na známý citát G. Radbrucha o soudci moudřejším než je zákonodárce a jeho oprávnění právo dotvořit, představuje v tomto ohledu spíše výjimku.

¹⁶ Usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu čj. 7 As 100/2010-65; tento judikát byl přijat za platnosti úpravy, podle níž o nicotnosti rozhodovaly dílem nadřízené správní orgány dílem soudy, v současnosti platná úprava, již bylo toto rozhodování sjednoceno u nadřízených správních orgánů, na jeho podstatě nic nezměnila.

¹⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 6 As 113/2014-35 a čj. 4 As 289/2015-29, rozsudek Městského soudu v Praze čj. 10 A 18/2014-52.

mezerovitou, nastolil otázku, zda by se nemělo toto pravidlo uplatňovat obecně, protože odmítání autority odvolacího orgánu není ničím, co by mělo být specifické pro právo na informace, ale může se objevit kdekoliv při aplikaci práva.¹⁸

Výslovně jako teleologickou nevědomou mezeru naproti tomu označil Nejvyšší správní soud úpravu § 10 odst. 1 zákona č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím, ve znění pozdějších předpisů, řešící možnost zákazu oznámeného shromáždění. Ta byla podle něj dána tím, že zákonodárce si nebyl vědom možnosti rozporu mezi oznámeným a skutečným účelem shromáždění, který však je podle mínění soudu třeba zkoumat a lze jím argumentovat pro zákaz shromáždění s tím, že důvody pro takové rozhodnutí je třeba velmi přesvědčivě odůvodnit. Nutno dodat, že soud svoje závěry opřel mimo jiné i o důvodovou zprávu a těsnopisecké protokoly o jednání Federálního shromáždění, což jsou argumenty dosti chabé, mimo jiné i s ohledem to, jakou úroveň měly důvodové zprávy v době, kdy byl narychlo schvalován jeden zákon za druhým právě v oblasti základních politických práv. Soud v tomto případě zákon dotvořil tím, že v citovaném ustanovení, které znělo „*Úřad, jemuž bylo shromáždění oznámeno, je zakázáno, jestliže by oznámený účel shromáždění směřoval k výzvě [...]*“, prostě vypustil adjektivum oznámený.¹⁹

Taková mezera, byť nikoli výslovně, byla konstatována v souvislosti s doručováním do datové schránky orgánu veřejné moci podle zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, kde taková výslovná úprava chybí. Nejvyšší správní soud zde odmítl možnost použití analogie, podle níž by byl rozhodný okamžik, kdy se do datové schránky přihlásí adresát, jak je tomu při doručování ze strany orgánu veřejné moci podle § 17 odst. 3 zákona, ale doplnil zákon tak, že zde je rozhodné již dodání do datové schránky orgánu veřejné moci. Svoje stanovisko odůvodnil tím, že by jinak bylo fakticky v dispozici tohoto orgánu, kdy bude datová zpráva doručena, což odporuje principu právní jistoty.²⁰

K dotváření práva vyzývá Ústavní soud, když konstatuje, že soud není absolutně vázán doslovným zněním zákona, ale může, ba dokonce se od něj musí odchýlit v případě, jestliže to vyžaduje jeho účel, historie vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů, které mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako celku. Tento nepochybně působivě formulovaný judikát ovšem poskytuje nejen díky svojí šíři, ale i množstvím neurčitých pojmů, v podstatě neomezené pole pro výklad práva i *contra verba legis*.²¹

Tak se zjevně stalo, pokud se týče počítání lhůt, konkrétně jejich konce při doručování do datové schránky. Podle správního řádu obecně platí tzv. víkendové pravidlo, tedy spadá-li konec lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty až nejbližší následující pracovní den. Správní soudy však dovodily, že to neplatí pro případ, kdy je doručováno do datové schránky, s poukazem na to, že se do ní lze přihlásit kdykoli a také kdekoli.²² Institut datových schránek vstoupil do života o dva a půl roku později, než nabyl

¹⁸ ČERNÝ, P. (Ne)sdělování informací o platu zaměstnanců veřejné správy. *Právní rozhledy*. 2017, č. 8, s. 296–298; Nejvyšší správní soud zde zaujal stanovisko právě opačné než v usnesení čj. A 1/2003-10, kde naopak zdůraznil, že žalobu i ve věcech práva na informace lze podat až po vyčerpání řádných opravných prostředků.

¹⁹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 8 As 7/2008-116 a čj. 8 As 51/2007-67; zevrubný kritický rozbor tohoto judikátu je podán v ČERNÝ, P. – LEHKÁ, M. *Zákon o právu shromažďovacím. Komentář*. C. H. Beck, 2010, s. 52 an. Zřejmě pod vlivem této judikatury, respektive i její kritiky, došlo zák. č. 256/2016 Sb. k výslovnému vypuštění tohoto výrazu.

²⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 9 Afs 28/2010-79; shodně náleží Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 335/12.

²¹ Nálež Ústavního soudu sp. zn. Pl.ÚS 21/96; J. Pinz hovoří v této souvislosti až expresivně o degeneraci jednoho z hlavních principů moderního právního státu, jímž je princip zákonnosti spolu s dělbou moci a demokratickou legitimitou [PINZ, J. K otázce legality právního výkladu v moderním právním státě. In: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*, s. 330].

²² Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 5 Afs 76/2012-28 a čj. 7 As 113/2013-24, rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové čj. 52 A 63/2014-31.

účinnosti správní řád, takže některé z kritérií uvedených v citovaném judikátu Ústavního soudu by snad mohlo přicházet v úvahu, např. účel datových schránek, jímž je nepochybně též rychlá a efektivní komunikace mezi orgány veřejné moci a jejich adresáty, který je zmiňován i z důvodové zprávy k zákonu č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, nikde se v něm však nehovoří o tom, že by se tak mělo dít na úkor jedné z vůdčích zásad správního či daňového řízení, jíž je rovnost účastníků.

Nelze totiž pominout, že se tu zavádí ničím neodůvodněná nerovnost mezi těmi účastníky správního řízení, kteří datovou schránku mají, a těmi, kteří ji nemají, protože těm se takto dostává i několikanásobné výhody. Takové posunutí konce lhůty je dovozováno i u řízení podle daňového řádu, který sice s existencí datových schránek od počátku počítal, ale žádnou odlišnost ohledně počítání lhůt nestanovil.

Značně široké pole pro dotváření práva představují právní principy, které jsou neurčité a to tím spíše tam, kde nejsou výslovně formulovány a soud je objeví. Zde je pak na něm, kterému z nich dá přednost (např. právní jistotě, rovnosti či hodnotové bezrozpornosti práva), a nepochybně k tomu vždy nalezne potřebné argumenty.

2. Kdy je dotváření práva na místě

Soudy ovšem musí reagovat na skutečnost, že právo, zejména je-li kodifikováno a k jehož novelizacím je přístupováno méně často, nutně stárne tím, že se mění vnější svět, přičemž zákonodárce není schopen přijímat normu pro jakékoli možné životní vztahy, tím spíše, jde-li o takové, s nimiž ani nemohl ve chvíli, kdy normu přijímá, reálně počítat, což však nemůže být argumentem pro to, aby soudy takovou situaci neřešily.²³ O takovou situaci se jedná typicky v oblastech, které jsou výrazně ovlivněny moderními technologiemi.

Ještě za účinnosti správního řádu, zákona č. 71/1967 Sb., byla řešena otázka, co vše je třeba subsumovat pod právo účastníků řízení pořizovat si výpisy ze spisů. Při jeho interpretaci vyšel Nejvyšší správní soud z toho, že samotný právní předpis nutně nese pečeť doby, kdy byl přijímán, a jeho text může zůstat zachován, avšak normy v něm obsažené se mohou změnit. Na tomto základě dovodil, že za situace, kdy se kopírovací stroje, dříve věc neznámá, staly běžnou součástí vybavení všech správních úřadů, je třeba přiznat právo požadovat pořízení výpisů, respektive kopií ze spisů, bez ohledu na to, že toto právo zákon výslovně neobsahoval. Učinil tak rovněž s odkazem na to, že tu fakticky vznikla nepravá mezera v zákoně způsobená jeho neúplností, k níž došlo v důsledku vývoje technologií.²⁴

Jednou z naléhavých otázek, s níž se nedokázala praxe ještě před deseti roky náležitě vyrovnat, byla interpretace pojmu originál, který byl spojován jen s listinnou formou a pro formu elektronickou nebyl definován, a tím ani uznáván. Nejvyšší správní soud zde shledal teleologickou mezeru v právní úpravě danou právě vývojem informačních technologií, když dovodil, že povahu originálu je nutno přiznat i původnímu vyhotovení elektronického podání s elektronickým podpisem splňujícím požadavky (tehdy platného) zákona o elektronickém podpisu.²⁵

V době přijetí zákona č. 247/1995 Sb., o volbách do Parlamentu České republiky, v roce 1995 žádné sociální sítě neexistovaly a povinnost dodržovat tzv. volební ticho, spočívající v zákazu zveřejňovat výsledky předvolebních a volebních výsledků počínaje třetím dnem

²³ HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace, ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 14; ŠOPEK, J. O apolitické justici a soudcovském aktivismu. *Soudce*. 2007, č. 1, s. 14–15.

²⁴ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 6 A 143/2001-151.

²⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 2 Afs 81/2006-77.

přede dnem voleb, byla zaměřena jen na tradiční média. Když byl Nejvyšší správní soud postaven před otázku, zda takové zveřejnění představuje i publikace na *facebooku* jednoho z politiků, odpověděl na ni jednoznačně kladně. Za pozornost přitom stojí, že řešení nebylo provedeno na základě nalezení analogie s tradičními hromadnými sdělovacími prostředky či rozšiřujícím výkladem, ale naopak s poukazem na specifické vlastnosti tzv. sociálních sítí, které představují zcela nový fenomén pro zveřejňování informací.²⁶

3. Unijní právo

Otázka dotváření práva bývá nejednou kladena v souvislosti se vztahem vnitrostátního a unijního práva. Problém by přitom fakticky neměl vzniknout, protože dojde-li k rozporu mezi oběma právními řády, je jednoznačně dát unijnímu právu aplikační přednost. To platí nejen za situace, kdy se nedođe k implementaci unijních předpisů vůbec, ale i v případě vadné implementace do českého právního řádu, vzhledem k tomu, že i zde je nutno respektovat zmíněnou prioritu.²⁷

O jak složitý proces může jít, lze demonstrovat na případu, kdy byly řešeny podmínky pro zápis do voličských seznamů pro volby do obecních zastupitelstev. Ten je vázán, pokud se týče voličů, kteří nejsou českými státními občany, na to, že prokáží státní občanství státu, jehož občanům právo volit přiznává mezinárodní úmluva, a dále na přihlášení se k trvalému pobytu v obci (§ 28 odst. 1 zák. č. 491/2001 Sb., o volbách do zastupitelstev obcí a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů). Soud se zde zabýval otázkou, zda tato úprava není vůči cizincům diskriminační, vzhledem k tomu, že občan České republiky může trvalý pobyt získat více méně okamžitě, kdežto cizinci zpravidla teprve až po uplynutí několika let přechodného pobytu. Při jejím řešení vyšel z toho, že podle čl. 22 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie (konsolidované znění) má každý občan Unie, který má bydliště v členském státě, jehož není státním příslušníkem, právo volit a být volen v obecních volbách v členském státě, v němž má bydliště, za stejných podmínek jako státní příslušníci tohoto státu. Za rozhodné kritérium přitom vzal výraz bydliště, které samozřejmě vyložil jako pojem širší než trvalý pobyt, a na tomto základě dospěl k závěru, že s ohledem na nerovné podmínky jeho získání pro obě kategorie voličů není česká úprava v souladu s unijní. Zároveň dovodil, že v úvahu nepřichází tzv. eurokonformní výklad, protože přihlášení k trvalému pobytu nelze vyložit tak, že by postačoval i pobyt přechodný. Proto se přiklonil k závěru, že je třeba přímo aplikovat citovaný článek Smlouvy o fungování Evropské unie a výraz bydliště vyložil tak, že k zápisu do voličského seznamu postačuje i pobyt přechodný.²⁸

Jak patrně, soud zde tedy nijak české právo nedotvořil, pouze předepsaným způsobem aplikoval s tím, že jestliže by tak neučinil, jednalo by se o rozhodnutí nezákonné.²⁹

²⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. Vol 8/20216-29. Takový postup není ovšem nezbytný vždy a v případech, kdy byla řešena otázka použitelnosti internetových stránek jako důkazního prostředku, si soud vystačil s rozšiřujícím výkladem úpravy důkazu listinou (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 1 As 80/2016-30).

²⁷ Např. usnesení Ústavního soudu sp. zn. Pl.ÚS 19/04, rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 5 Afs 53/2009-63 a čj. 7 Afs 52/2012-27.

²⁸ Rozsudek Krajského soudu v Brně čj. 64 A 6/2014-20.

²⁹ K tomu nutno podotknout, že český právní řád pojem bydliště zná a používá v předpisech práva veřejného i soukromého a tam, kde obsahuje jeho legální definici, zdůrazňuje v ní obvykle dlouhodobost svazku fyzické osoby s místem, které je tímto bydlištěm (např. § 5 odst. 6 zák. č. 111/2006 Sb., o pomoci v hmotné nouzi, ve znění pozdějších předpisů). Uvažovat lze i o tom, nakolik citované ustanovení smlouvy, z něhož soud vycházel, vystihuje její smysl, protože např. anglický výraz *resides*, či francouzský *réside* je spíše synonymem českého trvalého pobytu, nicméně samozřejmě český text je pro český soud závazný; srov. též rozsudek SDES ve věci *Parti écologiste „Les Verts“ versus Parlament* 294/83.

4. Meze dotváření práva

V souvislosti s dotvářením práva je předmětem diskusí, jaké jsou jeho meze, hranice. Podle F. Bydlinkského je tomu tak předně v případech, kdy je z textu normy jasně dán úmysl historického zákonodárce.³⁰ Problém této jistě zajímavé argumentace je v tom, že jsou to opět soudy, které odhalují, zda je opravdu takový úmysl dán. Jako příklad lze uvést § 82 odst. 4 správního řádu, který zcela jednoznačně stanoví koncentrační zásadu v odvolacím řízení, když vylučuje překládání tzv. novot, jestliže je účastníci mohli uplatnit již dříve, jímž mají být vedeni k tomu, aby vše podstatné účastníci uplatnili již v prvostupňovém řízení, čímž zákonodárce nepochybně sledoval naplnění požadavku rychlosti a hospodárnosti řízení. Nejvyšší správní soud se nicméně propracoval k tomu, že v řízeních, kde má být účastníkovi z moci úřední uložena povinnost, tato zásada neplatí. Za tím účelem použil výklad systematický a teleologický a poukázal i na analogii s trestním řádem, nicméně na základě žádného z nich nelze přesvědčivě dokázat, že by se zásadně neodchýlil od zcela jasného textu normy a jejího účelu.³¹

Pochybnosti o zákazu dotváření práva dosud nebyly vzneseny ohledně správního práva trestního, kde se ovšem v minulosti hojně používala analogie ku prospěchu pachatele správních deliktů, a lze očekávat, že tomu tak bude i nadále, a práva daňového a úpravy příslušnosti správních orgánů.³² Pro všechny oblasti práva platí, že soudy smějí dotvářet právo jen ku prospěchu účastníků řízení.³³

Pokud se týče stanovení příslušnosti, Ústavní soud vůbec vyloučil, že by zde mohly existovat teleologické mezery, protože by to odporovalo principu právní jistoty, a v právním státě je nutno vždy hledat orgán veřejné moci, který má rozhodnout, v daném případě správní orgán, který měl určit náhradu za vyvlastněný majetek.³⁴

Na druhé straně však soudy připustily dotvořením možnost rozšíření příslušnosti, a to pod všeobsahujícím argumentem materiálního nazírání. Ustanovení § 171 správního řádu nepochybně zcela jednoznačně spojuje možnost vydání opatření obecné povahy se zákonným pověřením, zmocněním, s nímž se setkáváme např. ve stavebním zákoně, zákoně o civilní letectví nebo v zákoně o státní památkové péči. Ústavní soud nicméně dovodil, že rozhodující nejsou formální znaky aktu, ale pohled materiální, čili nikoli to, co stanovil zákonodárce, ale to, co lze z textu normy vyčíst, aniž by přitom ve svém dosti eklekticky formulovaném nálezu nějakou mezeru v úpravě správního řádu či soudního řádu správního konstatoval. S ohledem na toto stanovisko nezbylo správním soudům než svoje původní stanovisko, stojící na pozici formálního pojetí tohoto institutu, které nepochybně přinejmenším dávalo větší míru právní jistoty, zásadně přehodnotit.³⁵

Mimo zmíněné výjimky nezůstává ani Ústava, což lze dokumentovat na výkladu jejího ustanovení článku 63 odst. 1 písm. i), který zní stroze tak, že prezident republiky jmenuje (zde se souhlasem předsedy vlády nebo jím pověřeného člena vlády) soudce. Při řešení případu, kdy prezident republiky plošně nejmenoval vládou navržené osoby soudcem,

³⁰ Viz MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 235.

³¹ Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 1 As 136/2012-23 a čj. 5 As 7/2011-48.

³² Např. MORAVEC, O. Není daně bez zákona. *Bulletin advokacie*. 2014, č. 5, s. 66 an.; náleží Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 13/12.

³³ Vzhledem k tomu je sotva akceptovatelný závěr Ústavního soudu, který takový postup nevyloučil, byť tak učinil v oblasti soukromého práva, bude-li jejich závěr přesvědčivě argumentován (náleží Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 190/15); NEMČEKOVÁ, I. Proč je důležité si dále pokládat otázku souběhu funkcí. *Bulletin advokacie*. 2017, č. 5, s. 72–73.

³⁴ Náleží Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 318/06; srovnej též rozsudek Soudního dvora EU C-268/06.

³⁵ Náleží Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 14/07; např. rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 4 Ao 1/2010-43, čj. 3 Ao 2/2009-93 a čj. 2 Ao 6/2010-93.

jinak splňující zákonem stanovené podmínky, se správní soudy jaksi mimoděk musely vyslovit k tomu, v jaké pozici prezident republiky vystupuje v jednotlivých Ústavou mu svěřených kompetencích, a dospěly k závěru, že v daném případě je správním úřadem *sui generis* a vzhledem k tomu musí svoje rozhodnutí odůvodnit, čímž současně vyslovily, že jeho adresát požívá soudní ochrany podle soudního řádu správního. Je nepochybné, že ústavodárce neměl při koncipování citovaného článku takové řešení vůbec na mysli a soud jej výrazně dotvořil, když tu na základě teleologického výkladu právem spatřil mezeru v podobě nedostatečnosti právní úpravy, která neřešila zajištění práva na rovné podmínky přístupu k voleným a jiným veřejným funkcím a nediskriminace.³⁶

Jednoty není v tom, zda lze dotvářet i kogentní normy, což je v oblasti správního práva otázkou kardinální, vzhledem k tomu, že naprostá většina norem má tuto povahu. Ústavní soud to sice na jedné straně vyloučil, když spatřil porušení práva na spravedlivý proces podle čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod a principu vázanosti soudů zákonem podle čl. 95 odst. 1 Ústavy v situaci, kdy obecné soudy neaplikovaly výslovné znění kogentní normy, nicméně současně připustil, že případná odchylka by byla možná, ale jen bude-li náležitě odůvodněná. Tím ovšem soudům, dovodí-li na základě jazykového výkladu, že příslušné ustanovení normy není nesporné, fakticky nic nebrání v tom, aby se od textu i kogentní normy odchýlily případně až dotvořením zákona.³⁷

Závěr

Jistě lze nalézt stejný počet kvalitních důvodů hovořících pro to, že by soudy měly dotvářet právo, i proti tomu. To, co tomuto trendu nahrává, je trvající a zatím, zdá se, nezastavitelná hypertrofie práva a s tím související dekonstrukce práva; pro oblast správního práva, které trpí tím, že je vytvářeno povětšinou různými resorty a tedy bez koordinace a schopnosti formulovat jeho účel, zvláště typická.³⁸ Jsou to pak právě až soudy, které mohou prosazovat požadavek hodnotové bezrozpornosti, jímž bývají rozsudky mnohdy výslovně nebo mlčky zaštitovány. Tomu nahrává i fakt, že sociální stát postihuje stále širší oblast sociálních vztahů, kvantitativně nejvíce opět předpisy správního práva, což současně podporuje i to, že v právním státě se trvá na tom, aby každá regulace byla provedena zákonem, respektive na jeho základě, která však, jak bylo zmíněno, nikdy nemůže být zcela komplexní a bezmezerovitá, a teorie hledá stále složitější argumenty, proč tomu tak má být, o nichž soudy následně hledají oporu pro svoje mnohdy překvapivá rozhodnutí.³⁹

Prostor pro dotváření práva se otevírá i tím, že si správní soudy nárokují přezkoumávat stále širší okruh rozhodnutí a jsou náchylné zabývat se i otázkami ryze odbornými, kde již fakticky nahrazují správní orgány, což výrazně vybočuje z koncepce správního soudnictví, a nechce se jim příliš naslouchat výzvám k sebeomezování.⁴⁰ Jejich tendencí přitom je právo spíše hodnotit, a to nutně podle svého subjektivního nazírání, než jej vykládat, což nutně narušuje právní jistotu, případně i legitimní očekávání, které jen těžko lze vždy vyvážit prospěchem pro jiné principy.

³⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 4 Aps 3/2005-35 a čj. 4 Ans 9/2007-197.

³⁷ JURÁTKOVÁ, P. Uplatnění nákladů exekuce v insolvenčním řízení. *Bulletin advokacie*. 2017, č. 1-2, s. 26-27.

³⁸ HOLLÄNDER P. *Příběhy právních pojmů*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2017, s. 76.

³⁹ Např. MATES, P. – ŠMÍD, J. Can the Welfare State Be Lean? In: *Czech Yearbook of International Law. Volume V*. New York: Juris, 2014, s. 303 an.; FETERIS, E. T. *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*. Dordrecht: Springer Netherlands, 1999.

⁴⁰ Takovým dosti krajním případem bylo rozhodnutí Městského soudu v Praze, jímž se přivlastnil právo hodnotit správnost odpovědi při maturitní zkoušce, takže se fakticky „přeměnil“ na maturitní komisi střední školy (rozsudek čj. 3 A 135/2016-43).

Problém soudcovského dotváření práva má ještě další dimenzi. Ve slovníku se objevil výraz „soudcokracie“, někdy používaný politiky v pejorativním smyslu, zejména v situacích, kdy nesouhlasí s některým konkrétním rozhodnutím soudů. Je však též součástí fundovaných úvah o tom, zda a nakolik může tato extenze soudů do oblasti náležející přímo legitimované moci zákonodárné vychýlit či přímo narušit dělbu moci, která ústí v zamyšlení, jaké negativní důsledky to může přinést. Soudy nemají, na rozdíl od moci zákonodárné a výkonné, žádné mocenské ambice, posláním správních soudů je, zjednodušeně řečeno, kontrola veřejné správy, a proto by neměly, slovy A. Ehrenzweiga, za každou cenu vypátrávat v zákoně něco, co v něm není, což se někdy, jak patrně z citované judikatury, děje.⁴¹ Problém je přitom v tom, že postupuje-li takto Nejvyšší správní soud, lze jeho rozhodnutí korigovat spíše jen pojmově než reálně.

Jakkoli není soudcovský aktivismus jevem vítaným, zřejmě se dotváření práva nevyhneme, a to i vzhledem k tomu, že v jednotlivostech se tento postup jeví jako racionálnější než změna právního předpisu.

⁴¹ KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 190.

Role of Courts by Making Administrative Law Complete

Pavel Mates

Abstract: The participation of courts in law making has undoubtedly been happening for many years already; in the Czech Republic, we started to talk about the issue relatively recently, it was first explicitly mentioned in the academic literature mostly reflecting the impact of German authors, at the beginning of this century. The starting point of this article is the fact, that courts participate in law making when the law is applied against the clear diction of the law, when courts find in the legal texts one of many possible loopholes. The fact is that courts can reveal relatively arbitrarily another ones, and furthermore, courts often participate in law making without pronouncing any loophole expressively, namely under a situation, where the text of the regulation is entirely clear and indisputable. As it can be seen from the examples mentioned above, the boundaries or limits of such activity of courts complete are shifted permanently and increasingly and when such activity is undertaken by the supreme judicial authority or by the Constitutional Court, there can be found no means for remedy. There is no doubt, that the above mentioned tendency has become reality, however, there is no doubt, that courts should abide rather by the principle of self-restraint, otherwise, one of the main principle of the legal state will be threatened permanently, and that is legal certainty.

Key words: administrative law, loopholes in law, making law complete, courts