

Interpretace a soudcovská tvorba práva

Recenzní esej na knihu Jana Wintra *Metody a zásady interpretace práva*

Martin Madej*

Abstrakt: Příspěvek je recenzní esejí na druhé vydání knihy *Metody a zásady interpretace práva* od Jana Wintra, přičemž témata obsažená v recenzované knize jsou rozvíjena esejistickou formou. Poté, co autor shrne základní parametry současných kontinentálních teorií interpretace práva, hodnotí recenzovanou knihu jako vynikající shrnutí tohoto paradigmatu. Pozastavuje se však nad tendencí Jana Wintra považovat za interpretaci zákona i situace, kdy mezi konkrétními skutkovými okolnostmi a zákonem (respektive duchem zákona) žádný typ sylogismu neexistuje (ba někdy ani existovat nemůže). Navrhuje alternativu, podle níž kde chybí sylogismus mezi duchem zákona a konkrétním případem, je úkolem soudu vytvořit normu pro tento typ případu. V závěru recenzní eseje se autor v krátkosti zamýšlí nad předpoklady pro výkon soudní moci jako druhého a podpůrného článku právní normotvorby.

Klíčová slova: interpretace práva, právní výklad, dotváření práva, soudcovská tvorba práva, právní norma, hermeneutika

Úvod

Vzpomínám na den, kdy jsem se s dobrým kamarádem procházel po londýnském Hyde Parku. Už nevím, jaké tehdy bylo počasí nebo kolika běžčům jsme se tehdy museli vyhnout, ale pamatuji si, že jsme se angažovaně přeli o povahu vztahu mezi hudebníkem a posluchačem. On tvrdil, že hudba je médium, skrze něž dochází ke komunikaci emocí směrem od hudebníka k posluchači, a že ideálním výsledkem poslechu je tedy pocit porozumění. Já jsem byl proti, protože posluchač přece v hudbě často nalézá věci, které existují mimo hudebníka: vzpomínky, inspiraci, odhodlání apod. Funkcí vztahu hudebníka a posluchače, argumentoval jsem, je stimulování smyslů posluchače za účelem jeho potěšení nebo osobního rozvoje. Dnes už sice na naši debatu pohlížím jako na bezpředmětnou, i díky ní jsem si však časem uvědomil, že hudba je tak osobní záležitost, že povaha vztahu mezi hudebníkem a posluchačem se nakonec odvíjí především od subjektivity hudebníka a subjektivity posluchače. Hudba – stejně jako bezesporu ostatní formy umění – je zřídka kdy konsenzuální.¹

Právo funguje jinak. Předpokládá se porozumění mezi tvůrcem normy a adresátem normy.² Není-li tvůrce normy znám – třeba v případě právního obyčeje – předpokládá se alespoň srozumění adresáta s tím, že primárním smyslem obyčeje není adresáta inspirovat nebo pobavit, nýbrž sdělit mu následky spojené podle práva s určitým chováním. Orgány nadané autoritou právo aplikovat musí být s normotvůrcem alespoň v zásadním konsenzu o situacích, které normotvůrce zamýšlel obecně normativně upravit nebo které přenechal k individuálnímu rozhodnutí orgánu aplikace práva.

* JUDr. Martin Madej, MJur, je doktorandem na katedře teorie práva a právní vědy PF UK. E-mail: martin.madej@amo.cz. Za podnětné připomínky děkuje Pavlu Ondřejkovi, Karlu Eliášovi, Janu Wintrovi, Jaromíru Francovi, dvěma anonymním recenzentům a dále všem účastníkům Vědeckého semináře z ústavního práva a teorie práva na PF UK. Tento text byl publikován s podporou programu Progres Q04 s názvem *Právo v měnícím se světě*.

1 CROSS, I. Music and Communication in Music Psychology. *Psychology of Music*. 2014, Vol. 42, No. 6, s. 809–819.

2 KÁČER, M. *Na okraji krajnej núdze: O prepisovaní zákonov počas ich aplikácie*. Praha: Leges, 2015, s. 40.

Že je jazyk ve své podstatě nedokonalým prostředkem lidské komunikace, není třeba zvláště vyzdvihovat. Právní filozofové a někteří filozofové jazyka však vedou spory o to, do jaké míry lze vůbec ztotožňovat běžné formy lidské komunikace s komunikací mezi tvůrcem normy a obecnou skupinou adresátů normy o obecné skupině případů.³ Nejde jen o nepřirozenost právního jazyka. Nejde ani o neosobnost právní regulace, tu ona sdílí do určité míry s jinými typy komunikování, třeba s masmédií. Komunikace prostřednictvím právního textu je specifická tím, že zatímco u jiných typů komunikace zjišťujeme úmysl řečníka z řečového aktu, v právu zcela běžně přepisujeme řečovému aktu úmysl řečníka.⁴ Měl však normotvůrce vůbec nějaký úmysl ve vztahu ke konkrétnímu (byť třeba jen hypotezovanému) právnímu případu, a jestli ano, jsme schopni ho rekonstruovat?

To se netýká jen komunikace standardu prostřednictvím textu právního předpisu. V *common law* systému je základním pramenem práva precedent, tj. komunikace standardu prostřednictvím příkladů. Vskutku i tento typ komunikace (např. „Učiň tak, jak učiním já.“) za sebou zanechává obdobnou oblast neurčitosti jako komunikace obecného standardu chování („Každý muž si musí při vstupu do kostela sundat klobouk.“).⁵ H. L. A. Hart a další však ukázali, že normování předem prostřednictvím u nás dominujících obecných standardů je spjata nejen s nedokonalostmi jazyka, ale i s naší neznalostí světa a neschopností jej předvídat. Jednoduše nejsme schopni upravit všechno dopředu; jsme jen lidé, ne bohové.⁶ Právníci podle Harta usilují o „ráj pojmů“ (*heaven of concepts*), pojmy natolik vyjasněné, že jejich interpretace nebude třeba.⁷ Právo každopádně neposkytuje vždy jasné řešení případu a soudci někdy nezbyvá než postupovat podle vlastního uvážení.⁸

Na rozdíl od historické pojmové jurisprudence,⁹ současné kontinentální interpretační teorie v zásadě sdílí Hartův antiformalismus, tj. názor, že normativní úprava neposkytuje vždy přesnou právní normu, pod kterou postačí skutkové okolnosti subsumovat.¹⁰

³ „Obecný případ zahrnuje podle ideologie vázaného soudcovského rozhodování nekonečné množství představitelných individuálních případů popsaných v rámci obecného případu obecnými znaky. Zákodárce tedy může vyřešit nekonečné množství individuálních případů konečným množstvím obecných norem upravujících obecné případy.“ KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*. Praha: Karolinum, 2002, s. 16.

⁴ Jak psal O. Weinberger (WEINBERGER, O. *Norma a instituce: Úvod do teorie práva*. Brno: Masarykova Univerzita, 1995, s. 165), „jelikož právní norma s klasickou strukturou (na rozdíl od teleologické právní normy) neobsahuje explicitně vyjádření svého smyslu a účelu, nelze tyto stanovit bez rekurzu na předvedění interpreta“ (cit. ve stanovisku pléna ÚS Pl. ÚS-st. 1/96, týkajícího se povinného zastoupení advokáta dalším advokátem). Předveděním interpreta se zde myslí to, co interpret ví o okolnostech přijetí normy.

⁵ HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 125.

⁶ *Ibidem*, s. 128.

⁷ Na problém prázdnoty pojmů u nás nedávno upozornil Václav Janeček v JANEČEK, V. *Kritika právní odpovědnosti*. Praha: Wolters Kluwer, 2018. Mezi kontinentálními teoretiky není shoda na tom, jestli takto „vyjasněná“ ustanovení mohou existovat. Alespoň v Česku je to tak, že vlivná interpretační směrnice v § 2 občanského zákoníku zásadu *clara non sunt interpretanda* implicitně odmítá, protože předmětem výkladu je každé ustanovení zákona. Viz LAVICKÝ, P. et al. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 99. Z toho plyne, že o žádném právním pojmu (odpovědnost, péče řádného hospodáře apod.) nebylo napsáno tolik svazků, aby soud pojem nemohl opět otevřít a jeho význam „upřesnit“ podle řešeného případu. Proč ale ty svazky píšeme? O ráj pojmů alespoň usilujeme. Možná ale doktrína připsuje pojmům větší roli než soudy samotné, které v případě mezery v právu nemají usilovat o upřesnění významu pojmů, ale o „vytvoření práva, které by bylo možno považovat za zákon v materiálním smyslu“ (ÚS I. ÚS 318/06).

⁸ HART, H. L. A. *The Concept of Law*, kap. 7.

⁹ Zejména pojmové jurisprudence prosazované Rudolfem von Jheringem v letech 1851–1863. Viz HOFMANN, H. From Jhering to Radbruch: on the Logic of Traditional Legal Concepts to the Social Theories of Law to the Renewal of Legal Idealism. In: PATTARO, E. et al. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*. Springer, 2009, s. 303.

¹⁰ GADAMER, H.-G. *Pravda a metoda I*. Praha: Triáda, 2010, s. 288. *Srov. Dig. 1, 3, 10*; „Ani zákony či usnesení senátu nemohou být napsány tak, aby zohledňovaly všechny případy, které někdy mohou nastat; postačí, když zahrnují to, co se často přihodí.“ (cit in: MELZER, F. *Metodologie nalézáni práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 10).

Znamená to, že Hartova kritika se na kontinentální teorii nevztahuje?

Kontinentální teoretici hlásají, že před subsumpcí je třeba právní normě správně porozumět. V souladu s poznatky moderní hermeneutiky lze volbou správných myšlenkových nástrojů (metodologická hermeneutika) či správným vztahem interpreta k normativnímu textu (fenomenologická hermeneutika) nalézt správné řešení právního případu,¹¹ a to přestože je na počátku procesu interpretace Hartův na první pohled nedokonalý obecný standard chování. Výsledkem tzv. objektivistického či racionálně pozitivistického¹² přístupu k právní interpretaci je myšlenka, že výklad má vést k nalezení rozumného smyslu práva v konkrétním případě, nikoliv k nalezení skutečné či předpokládané vůle historického zákonodávce; zákon totiž musí být rozumnější než jeho tvůrce.¹³

Z toho plyne, že se připouštějí možné mezery v zákonech, méně však v *právu obecně*.¹⁴ Jak píše Filip Melzer, mezery v zákonech mohou být buď vědomé, nebo nevědomé, a to podle toho, jestli o nich zákonodávce v době přijetí věděl, nebo nevěděl. Úkolem interpreta je nevědomé mezery vyplnit konzistentně s existujícími hodnotami a strukturou právního řádu.¹⁵ Vědomé mezery by měl interpret respektovat, alespoň nevznikají-li pochyby o protiústavnosti úpravy, kterou by musel řešit Ústavní soud, to ale jen zrušením předpisu, nikoli jeho dotvořením.¹⁶ I s ohledem na zásadu zákazu odepření spravedlnosti a udržování důvěry v právo soudy většinou užívají analogie, teleologické redukce nebo jiných nástrojů, jak se mezeře v právu vyhnout.

Brian Leiter hovoří v tomto kontextu o právním formalismu jako o normativním ideálu kompletnosti právního systému.¹⁷ Kde nemůžeme pro právní případ nalézt konkrétní právní normu, musíme ji „slepit“ ze zbytku právního systému. Pokud se ale na kontinentu bráníme, že bychom si přece nikdy nemysleli, že dedukce dokáže vyřešit každý právní problém, pak jsme podle dalšího amerického realisty, Duncana Kennedyho, „*nepochopili [Hartovu] pointu, mající co do činění s naším vztahem k abstrakci spíše než s teorií pojmu práva*“.¹⁸

1. Požadavky na kontinentální teorii interpretace

Základní vlastností kontinentální teorie interpretace je její důraz na vědeckou metodu. Kýžená vědeckost teorie interpretace odráží vědeckost, kterou si nárokuje doktrína – v našem prostředí samozvaná právní věda. Ovšem nejde o to, jestli ona vědecká je, nebo není, ale o to, že si vědeckost nárokuje. Správného interpretačního závěru podle tohoto para-

¹¹ K metodologické a fenomenologické hermeneutice viz shrnutí v HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Disertační práce. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2008, s. 64–69. Podrobněji k hermeneutice viz aktuální ŽÁK KRZYŽÁNKOVÁ, K. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer, 2009.

¹² Úkolem právní interpretace není pouze zjistit skutečnou empirickou vůli zákonodávce, ale jeho rozumnou vůli. LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. ergänzte Auflage. Berlin – Heidelberg – New York: Springer Verlag, 1979, s. 31 (cit. in: HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*, s. 22).

¹³ RADBRUCH, G. [DREIER, R. – PAULSON, S. (Hrsg.)]. *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. 2. Auflage. Heidelberg, 2003, s. 107.

¹⁴ KELSEN, H. *The Pure Theory of Law* (z něm. originálu přeložil Max Knight). Clark: The Lawbook Exchange Ltd., 2005, s. 87 („*There are no gaps in law*“); KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995 (soudce nesmí odepřít spravedlnost, vždy se musí pokusit rozhodnout podle práva, a pokud tak učiní, nemohlo se jednat o mezeru v právu). Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu č. j. 5 As 25/2003-83 („[Z] hlediska de lege lata je nemyslitelný konkrétní případ, který by na základě předpokládaného normového souboru nemohl být rozhodnut.“).

¹⁵ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 221.

¹⁶ *Ibidem*, s. 234.

¹⁷ LEITER, B. *Legal Formalism and Legal Realism: What Is the Issue?* Public Law & Legal Theory Working Paper No. 320. University of Chicago, 2010, s. 30.

¹⁸ KENNEDY, D. *A Critique of Adjudication. Fin de Siècle*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, s. 107.

digmatu dosáhneme jen metodologicky korektním postupem.¹⁹ Úkolem právní vědy je precizovat *vědecké metody poznání práva*,²⁰ úkolem interpreta je držet krok. Rozvojem metodologie právní věda přispívá k posilování právní jistoty a důvěry v právo.²¹ Podle Carla Schmitta je právní norma chápána jako zdroj bezpečí, jistoty a objektivit, zakládá (legitimní) očekávání a důvěru.²² Naproti tomu projevy relativismu a skepse při hledání otázky *quid iuris* prý mají „zkázanosné účinky“ a důvěru lidí v právo jen destruuji.²³

Jaké požadavky bychom tedy měli klást na teorii interpretace zapadající do nastíněného paradigmatu? V *prvé řadě* je to víra v metodu a preciznost jejího zpracování. Víra v metodu předpokládá, že se nejedná jen o jeden postup z mnoha, nýbrž postup správný, použitelný univerzálně na libovolnou normu právního řádu.²⁴ Postup by měl mít jen tolik uspořádaných kroků, kolik je potřeba ke správnému výkladovému závěru. Měl by být vyčerpávající v tom smyslu, že po použití jednoho nebo vícera výkladových aspektů²⁵ žádné další výkladové aspekty, které by si nárokovaly správnost jako samostatné metody, už nezůstávají. Metoda by dále měla obsahovat řešení kolidujících závěrů jednotlivých výkladových aspektů.

Za druhé, respekt k demokratickému principu vyžaduje, aby základním výkladovým aspektem byl aspekt jazykový. Vzhledem k nedokonalosti jazyka však očekáváme, že jazykový výklad není finální a že existují kritéria pro jeho ustoupení alternativním aspektům výkladu. Metoda by měla odmítnout volnou ideologii soudcovského rozhodování, která umožňuje zákon „přeskočit“ ve prospěch soudcovského uvážení. Odchýlení se od jazykového výrazu právní normy musí být založeno na „objektivních hlediscích, které mají pokud možno původ v právu samotném“.²⁶

Třetí požadavek se zakládá na dědictví ryzí nauky právní a říká, že normativita normy spočívá v tom, že její charakteristiky nejsou ovlivnitelné fakticitou, tj. tím, co je nebo co se stalo. Norma stanoví, co býti má, a úkolem interpreta je zjistit obsah normy²⁷ a teprve ten aplikovat na konkrétní případ. Interpreta si můžeme představit jako archeologa, který svým štětečkem postupně odkrývá skutečnou podobu normy neboli „odstraňuje sémantické nejasnosti“.²⁸

2. Metody a zásady interpretace práva

Knihy Jana Wintra s názvem *Metody a zásady interpretace práva* (Auditorium, 2019, 296 s. – dále také jen jako *Metody*) všechny tyto požadavky splňuje. Jako taková je jedním z nej-

¹⁹ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 15.

²⁰ KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Vědecké metody poznání práva*. Praha: Ústav státní správy, 1983.

²¹ Takto si třeba kolektivní monografie s názvem GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds). *Metodologie interpretace práva a právní jistota* kladla otázku „*kerak zajistit nebo alespoň posílit právní jistotu*“ (z předmluvy) a tak byl nazvaný i za ní stojící vědecký grant.

²² KYSELA, J. Jaká jistota v nejistém světě? In: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012.

²³ MARŠÁLEK, P. Wintr J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, 229 s. (recenze). *Právník*. 2014, roč. 153, č. 1, s. 70–74.

²⁴ Teorie může diferencovat zásady výkladu v jednotlivých právních odvětvích, samotný výkladový proces (charakter subjektů výkladu, povinnosti subjektů výkladu, struktura výkladu apod.) je jedinečný.

²⁵ Pojem, jak ho používá HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*.

²⁶ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 116 an.

²⁷ NEUBAUER, Z. Weyrova teorie práva. *Časopis pro právní a státní vědu*. 1937, roč. XX, č. II.

²⁸ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 116 an.

lepších vyjádření popisovaného paradigmatu, které si čtenář v českém prostředí může přečíst. Jde již o druhé vydání, které je oproti prvnímu z roku 2013 doplněné o recentní judikaturu, přepracovaný výčet interpretačních zásad a odkazy na nejnovější publikace k tématu. Základní východiska, strukturu a názory autor nezměnil.

Nejprve pár formálních poznámek. Práce se nachází na pomezí monografie a učebnice. Na učební pomůcku, jak se zdá být chápána autorem,²⁹ je ale zbytečně vědecká, odvracející studentovu pozornost četnými poznámkami pod čarou a příliš dlouhými úryvky z judikatury.³⁰ Její podrobnost jí nicméně neubírá na srozumitelnosti.

Metody a zásady interpretace práva působí jako dílo analytické, když s pomocí odborné literatury zasazuje praktické příklady interpretace práva do teoretického rámce. Svými slovy chce být „popisující, zobecňující a systematizující reálnou praxi českých soudů“³¹ a snaží se o „reflexi interpretační praxe českých soudů a o představení používaných zásad jazykového, systematického, historického a teleologického výkladu v uspořádaném celku“.³² Zároveň však zcela souhlasí s názorem Filipa Melzera, že „právní metodologie má normativní charakter, zabývá se totiž tím, co má být, jak soudci (interpreti) mají při své rozhodovací činnosti postupovat. To ovšem neznamená, že si právní věda nemá všimnout toho, jak interpreti skutečně postupují [...]“.³³ S Wintrovým dovětkem lze souhlasit. Úspěšné analytické dílo se nespokojí jen s popisem praxe, jak se jeví, ale snaží se o odhalení hlubších strukturálních prvků a souvislostí, zatímco neúspěšné analytické dílo se sice také nespokojí jen s popisem praxe, jak se jeví, jeho závěry jsou ale buď neintuitivní anebo neobstojí před silnějšími argumenty. Problém je, že *Metody* nelze hodnotit jako dílo analytické za situace, kdy analyzovaná judikatura buď explicitně, nebo implicitně (coby sestavená homogenní skupinou soudců odučených na kontinuální před- a porevoluční teorii práva) navazuje na existující právní doktrínu, k níž v roce 2019 patří i první vydání recenzovaného díla. Doktrína zase používá judikaturu jako dobré příklady navržené metodologie. Jinými slovy, mezi judikaturou a doktrínou je pěstován jakýsi *groupthink*, soustavná reafirmace použitých metod. To nevylučuje, aby autor tu a tam upozornil, že soud přehlédl některý výkladový aspekt, případně z jiného důvodu dospěl k nesprávnému závěru. Obecně ale dochází k pozorovatelskému efektu, kdy je pozorovaná praxe natolik ovlivněná teorií, že výsledky pozorování nemohou být neutrální. Knihu je proto podle mě třeba vnímat jako dílo především deskriptivní.

3. Wintrova metodologie

Jan Wintr se k výše nastíněnému paradigmatu hlásí hned v úvodu:

„*Metody a zásady interpretace práva jsou založeny na optimistickém předpokladu, že klasické prvky výkladu práva, zejména jazykový, systematický, historický a teleologický, mají i dnes svůj význam a mohou účinně přispět k přesvědčivé interpretaci práva, a tudíž i k rozumné aplikaci obecných právních norem na jednotlivé rozhodované případy.*“³⁴

²⁹ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2019, s. 10.

³⁰ Nepoměrná část judikatury navíc pochází toliko z oblasti ústavního práva, což je neodůvodněně zejména ve třetí kapitole věnované jazykovému výkladu. V situaci, kdy neexistuje veřejný elektronický přístup k judikatuře nižších soudů, to však lze autorovi těžko klást za vinu.

³¹ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 10.

³² *Ibidem*, s. 9.

³³ *Ibidem*, s. 30.

³⁴ *Ibidem*, s. 9.

Později dodává, že „*snaha uvést výsledky jazykového, systematického, historického a teleologického výkladu do rozumného souladu je klíčovou cestou ke správné interpretaci zákona*“.³⁵ Práce tedy do paradigmatu zapadá přesvědčením, že správná metoda vede ke správnému výkladovému závěru.³⁶

O jednotlivých aspektech výkladu pojednávají kapitoly 3 až 6, rozdělené vždy na obecnou část a zvláštní část, v níž jsou jednotlivé zásady vyjmenovány. Oproti prvnímu vydání došlo v jejich výčtu jen k nepatrným změnám.³⁷ Klasifikace argumentů v citovaných soudních rozhodnutích do zásad spadajících do čtyř základních rubrik zapadá do docela aristotelské snahy popisovaného paradigmatu uchopit a racionalizovat svět okolo nás. Možná někde existují teoretici, kteří užitečnost systemizování výkladových aspektů zpochybňují, já mezi ně ovšem nepatřím. Pokud bychom o nich nečetli, museli bychom si je nutně domyslet. Toliko připouštím, že dosud nejsem zcela přesvědčený o opodstatněnosti tzv. důsledkové metody výkladu. Autor ji chápe jako součást teleologické interpretace, „*neboť zvážení možných následků právní úpravy lze považovat za součást posouzení účelu právní normy v aktuálních sociálních a ekonomických podmínkách; výklad směřující pravděpodobně k nežádoucím důsledkům bude patrně shledán neúčelným, odporujícím rozumnému teleologickému výkladu*“.³⁸ Podstata důsledkové metody je vlastně hermeneutická, protože usiluje o porozumění právní normě interpretem na pozadí konkrétního případu. Výsledkem má být nikoli zavržení neúčelné normy původní, nýbrž adaptace původní normy novým sociálním a ekonomickým podmínkám.

Wintrova práce je vůbec založená na poznacích filozofické hermeneutiky. Ta považuje interpretaci práva za neoddělitelnou od jeho aplikace. Autorovi je cizí představa, že „*orgány aplikující právo interpretací zjišťují obsah právní normy an sich a pak subsumují pod právní normu skutková zjištění*“.³⁹ „*Úkolem výkladu je vyložit zákon tak, aby byl konkrétní případ spravedlivě rozhodnut v právním smyslu slova*“.⁴⁰ Hovoříme-li však o důsledkové metodě, máme se smířit s tím, že údělem soudů je neustálá reinterpretace původních právních pramenů, aby vedly ke spravedlivému řešení v konkrétních případech při nových sociálních a ekonomických podmínkách, s imperativem *prima facie* přednosti⁴¹ textu normy? Vráťím se k tomu níže.

Nejvíce pozornosti věnuje Jan Wintr teleologické interpretaci. Na rozdíl od Lukáše Hloucha ji ale nepovažuje za „*základní aspekt výkladu, od něhož se odvíjí teprve aspekty ostatní*“.⁴² Přesto se zdá, že teleologický prvek je do určité míry přítomen ve všech „*metodách výkladu*“. Nejbliže k teleologickému výkladu má pro Jana Wintra výklad systematický, protože je založen na předpokladu hodnotové koherence. Dělení systematického a teleologického výkladu má odrazit „*poněkud odlišný myšlenkový postup interpreta*“.⁴³

³⁵ Ibidem, s. 277.

³⁶ Správný výsledek je takový, který byl dosažen metodologicky korektním postupem. Jen tak je možná vědecká kritika soudních rozhodnutí, viz MELZER, F. *Metodologie nalézáni práva. Úvod do právní argumentace*, s. 15–16.

³⁷ Jmenovitě, zásadu dějin působení (H7) autor nahradil zásadami diskursivní závaznosti judikatury (T7) a zohlednění *communis opinio doctorum* (T8). Dále autor vypustil zásadu *cessante ratione legis, cessat lex ipsa* (dříve T15) a doplnil zásadu jednotnosti právního řádu jako celku (S22).

³⁸ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 29 a 194.

³⁹ Ibidem, s. 11.

⁴⁰ GADAMER, H.-G. *Pravda a metoda I*. Praha: Triáda, 2010, s. 287, cit. in: WINTR, J. *Vstupní úvahy o interpretaci práva. Všeohr*. 2010, s. 35.

⁴¹ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 279.

⁴² HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*, s. 180.

⁴³ Ibidem, s. 76.

Přednostní postavení teleologického výkladu předjímá už historický exkurs v druhé kapitole s názvem *Litera zabíjí, duch ožívuje*. Vzdělaný v historii Jan Wintr představuje dějiny interpretace práva jako historický konflikt litery a ducha zákona, spojený s dočasným vítězstvím litery nad duchem v časech absolutních monarchií, jen aby se duch během 19. století opět prosadil a promítl do současné kontinentální metodologie. Přestože Carl Savigny teleologii do výčtu „metod“ nezařadil, je to právě on, kdo započal metodologickou linii, na niž chce autor v současnosti navázat.⁴⁴ Význam ducha zákona je patrný i v judikatuře Ústavního soudu citované v první části sedmé kapitoly.

Cestou, jak vázat soudcovské rozhodování, jsou pravidla přednosti. Ty mají soudce nasměrovat v případě střetu interpretačních výsledků jednotlivých „výkladových metod“. Podle toho, jestli kdo upřednostňuje jazykově systematický výklad, historický výklad, teleologický výklad, nebo kombinaci vícera z nich, rozlišuje Jan Wintr textualismus, intencionalismus, funkcionalismus a metodologický pluralismus jako základní (meta)interpretativní pozice. Po odmítnutí prvních třech pozic se autor nakonec přiklání k pluralismu. Společně s Frankem Crossem tvrdí, že soudci nemusí nezbytně zastávat jednotlou interpretační teorii. Jan Wintr se tím odchyluje od výše nastíněného paradigmatu,⁴⁵ počítajícího s univerzálně aplikovatelnou metodou, a usuzuje, že cesta ke správné interpretaci zákona musí být syntetická.⁴⁶ Kniha uzavírá, že ani akceptovaná pravidla přednosti neřeší všechny výkladové problémy a měla by být kriticky používána a na základě zkušeností vylepšována.⁴⁷

Příklonem k interpretativnímu pluralismu Jan Wintr potvrzuje vědecké ambice svého díla. Cítíme-li v různých případech gravitační sílu různých výkladových aspektů, je nerozumné některé z nich předem vyloučit. Pravidla přednosti proto existují nikoli na meta-teoretické, ale na teoretické rovině interpretativního pluralismu. Wintrově metodologii velí opět optimistický předpoklad, že se pro určitý aspekt výkladu můžeme racionálně rozhodnout až v interpretační praxi na základě objektivních pravidel přednosti, kterých navrhuje 10 obecných a dále několik dílčích.⁴⁸ Jeho úvahy se opírají především o judikaturu Ústavního soudu, který potvrdil za jeden z cílů právní metodologie „*stanovit podmínky pro prioritu výkladu e ratione legis před výkladem jazykovým*“.⁴⁹ Podobně se Wintrova kniha pokouší nestranně identifikovat pravidla pro přednost teleologického výkladu před systematickým, výkladu z ustálené judikatury před teleologickým apod.

Přiznám se, že jsem k pravidlům přednosti skeptický. Společně s výkladovými aspekty sice tvoří kostru a úpony interpretační praxe, hybné svalstvo a krev však vycházejí ze subjektů interpretace. Skutečnost, jestli pro odchýlení se od jazykového výkladu existují „*velmi silné a nesporné teleologické argumenty*“,⁵⁰ bývá otázkou hodnotového poměrování a každý z nás poměřuje jinak a s jinými výsledky. *Metody* se ale osobě interpreta nevěnují. Podobně skeptický jsem i k rozlišování různých oblastí pojmu. Překoná-li interpret tzv. hranici nejširšího možného jazykového významu, jedná se podle Wintra o *analogii*. Překročí-li interpret tzv. hranici neurčité části pojmu směrem do jádra pojmu, ale neapli-

⁴⁴ Ibidem, s. 20.

⁴⁵ Řadí se tak mezi jím citované Lecha Wroblewského a Libora Hanuše.

⁴⁶ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 277.

⁴⁷ Ibidem, s. 289.

⁴⁸ Ibidem, s. 279 an.

⁴⁹ Stanovisko pléna ÚS Pl. ÚS-st. 1/96.

⁵⁰ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 280.

kuje-li interpretované pravidlo, máme hovořit o *teleologické redukci*.⁵¹ Ono to zní v obecnosti hezky, ale může soudce na takový model odkázat, aniž by potenciálně vyvolal víc otázek než odpovědí? Jestli kočárek ještě spadá pod pojem vozidlo, nebo ne, je přece věc názoru, často hodnotové volby.⁵²

4. Mezery v právu

Ponechme ale stranou nejasnosti podmínek pro použití analogie a teleologické redukce; sám Jan Wintr uznává, že s tím problémy existují.⁵³ Myslím, že jsem ochotný připustit, že soudci vnímající zákon v jeho systematicko-teleologických souvislostech by měli mít pod podmínkou důkladného odůvodnění vždy možnost favorizovat třeba duch zákona před jeho literou, přestože ne vždy umíme zdůvodnit, proč.

Problém je, že také interpretativní pluralismus s jeho pravidly přednosti vychází z existence Hartova *ráže pojmů*. Vládne mu přesvědčení, že se správnou metodou vyextrahujeme správné řešení daného právního případu *de lege lata*. Někdy postačí litera zákona, jindy ona musí za určitých podmínek ustoupit jeho účelu a smyslu. Z *Metod a zásad interpretace práva* plyne, že *podmínky pro prioritu výkladu e ratione legis se použijí i tehdy, neexistuje-li žádný nutný vztah mezi duchem zákona⁵⁴ a konkrétním případem*. Nutným vztahem míním sylogismus čili provázanost konkrétního případu a ideje stojící za jednou nebo více právními normami.

Problém má spojitost s diskusí o živé ústavě (*living constitution*) probíhající v ústavním a mezinárodním právu. Recenzovaná kniha, pojednávající o interpretaci práva obecně, staví analogicky na myšlence živého ducha zákona. „*Žádný zákon*“, dozvídáme se z Wintrém citovaného rozhodnutí Spolkového soudního dvora, „*nesnese tuhé omezení své použitelnosti jen na případy, které odpovídají výchozí situaci předvídané zákonem, neboť není mrtvou literou, nýbrž živě se vyvíjejícím duchem, který se chce rozvíjet spolu s životními podmínkami a jim smysluplně přizpůsoben dále působit, pokud neroztrhne normu, do níž je nalit*.“⁵⁵

Ideu zákona jako „živě se vyvíjejícího ducha“ je podle mého názoru třeba odmítnout, protože pod pojem interpretace zahrnuje i případy, které do ní z podstaty věci spadat nemohou. Jde podle mě přinejmenším o dva typy mezer označitelné s pomocí Melzerovy typologie jako *následné mezery nevědomé* a *delegační mezery*.⁵⁶

⁵¹ Ibidem, s. 54. Teleologická redukce je přípustná, jsou-li pro ni mimořádně silné důvody, podobně i analogie v soukromém právu.

⁵² Dalším příkladem je „maximální opatrnost“, s níž máme podle autora používat zásadu vyvození opaku. Bylo by podle něj chybou vyvozovat z textu čl. 4 Ústavy („*Základní práva a svobody jsou pod ochranou soudní moci.*“) závěr, že orgány zákonodárné a výkonné moci nejsou povinny ochraňovat základní práva a svobody (WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 114). Tady to jistě platí, ale co právní normy, které nejsou slovně ani hodnotově provázány s jinými částmi právního řádu a které by proto mohly znamenat *a i non-a*?

⁵³ Ibidem, s. 187–189, 271–273.

⁵⁴ Není bez zajímavosti, že Jan Wintr hovoří v *Metodách* o „duchu zákona“ prakticky jen ve druhé (historiografické) kapitole. Ve zbytku používá „účel a smysl zákona“, které jsou, jak mi vysvětlil, pro něj synonymem. Ono to rozlišení ale dává smysl, protože zatímco obvykle hovoříme o účelu a smyslu toho či onoho zákona, z užití v druhé kapitole je patrné, že „duch zákona“ je abstraktnějším, hegelíánským pojmem, jedinečnou entitou stojící v souladu s níže citovaným rozhodnutím Spolkového soudního dvora, za každým zákonem. Vyvrcholením celého konstruktů je, že „duch zákona“ objímá všechny zákony ve všem jeho účely, tzn. že interpret hovořící za ducha nebo rozum zákona chce vlastně říci, že vnímá účely všech vyvíjejících se zákonů a jaké by mezi nimi měly být vztahy, aby bylo právo racionální a v harmonii. Vnímá třeba to, že zákon na ochranu zaměstnanců příliš zasahuje do zákona na ochranu podnikatelů a že duch zákona si vyžaduje vyložit první zákon dostatečně restriktivně.

⁵⁵ Ibidem, s. 266; citovaný BGH, Urteil vom 29. 1. 1957 – 1 StR 333/56 – BGHSt 10, 157, 159.

⁵⁶ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 221 an.

a) *Následné nevědomé mezery* jsou takové, které v době přijetí zákona neexistovaly a které jsou nejčastěji spojovány s moderními technologiemi. Klasickým příkladem je počítání lhůt při doručování 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. Když teprve po nabytí účinnosti správního řádu vstoupily do života datové schránky, správní soudy víkendové pravidlo vyložily tak, že pro datové schránky neplatí, protože se do nich lze přihlásit kdykoli a kdekoli. Pokud by naopak přihlašování bylo vázáno na pracovní dny, pro rozlišení by důvod nebyl.

Vyvstane-li před soudem takový případ, na který se při normotvorbě evidentně nemyslelo, je podle mě jediným správným interpretačním závěrem ten, že se obecné pravidlo na nové datové schránky nevztahuje (k implikacím pro rozhodnutí viz níže). Tady nejde o to, že zákonodárce měl na mysli obecnou skupinu případů, nenaformuloval ale normu tak, aby se s jistotou aplikovala i na datové schránky. Dokonce ani o to, že zákonodárce pokládal doručování do datových schránek za upravené jiným předpisem nebo nepsanými principy práva. Zákonodárce v době přijetí předpisu nemohl mít datové schránky vůbec na mysli, což není interpretace jeho projevu, ale odmítnutí fingování, že k nějakému projevu mohlo dojít buď tehdy, nebo dříve. Nemusím být zastáncem ani textualismu, ani intencionalismu, abych odmítl „nafouknutí“ obecného pravidla o významy, které zjevně nemůže mít, abych odmítl přizpůsobení „*východí situace předvídané zákonem [životním podmínkám]*“ (z citovaného rozsudku německého soudu). Jak totiž upozorňuje Pavel Mates, soudci nic nebrání přizpůsobit původní normu takovým způsobem, který by zákonodárce vůbec nemusel akceptovat – v tomto případě způsobem spojeným s nerovností účastníků ve správním řízení.⁵⁷

Filip Melzer uvádí jako další příklad § 12 odst. 3 občanského zákoníku z roku 1964, který povoluje použití podobizen i bez souhlasu „*pro tiskové, filmové, rozhlasové a televizní zpravodajství*“. Pokud v roce 1964 neexistovalo internetové zpravodajství, nemůže to být tak, že účel ustanovení dopadá na internetové zpravodajství stejně jako na ostatní druhy zpravodajství (to říká Melzer), jelikož v době přijetí zákona jeho účel nemohl působit na předměty, které neexistovaly.

Můj názor si vyžaduje podrobnější odůvodnění. Zaprvé, pokud se stavím proti recentnímu objektivně teleologickému výkladu, nedělám to kvůli kritice zasahování soudů do politiky, jak to autoři píší o soudcovské tvorbě práva často dělají, ale naopak kvůli přiznání (normativně) takové role soudům, jakou ony ve fungujícím právním systému nutně musí mít. Zadruhé, nestavím se výlučně za subjektivně historický výklad a problém mám skutečně jen se spojením „*recentně objektivní teleologický výklad*“, nikoli s teleologickým výkladem samotným.⁵⁸ Zatřetí, nevědomou mezerou nemám na mysli Bydlinského „*protiplánovou neúplnost*“ (v alternativním překladu „*neplánovanou neúplnost*“) právního předpisu, způsobenou nedůsledností zákonodárce.⁵⁹ Začtvrté, nepopírám,

⁵⁷ MATES, P. Role soudů při dotváření správního práva. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 4, s. 338.

⁵⁸ Příklad viz v WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 59. Třeba rozhodnutí Nejvyššího soudu 33 Cdo 3228/2009 je podle mě dobrým příkladem vhodně dimenzovaného teleologického výkladu. Šlo o reklamaci, kterou obchodník považoval za „vyřízenou“, ačkoliv o jejím výsledku spotřebitele neinformoval. Ačkoliv lze slovu „vyřídit“ rozumět snad také jako „dokončit“, soud podle mě správně uvedl, že účelem předmětného ustanovení je (byla a pravděpodobně i bude) ochrana spotřebitele jako slabší strany, proto se v pochybnostech vykládá teleologicky v jeho prospěch.

⁵⁹ BYDLINSKY, F. *Základy právní metodologie* (z něm. přeložila Jindřiška Munková). *Arbeitspapiere des Forschungsinstituts für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht*, 95a. Vienna: WU Vienna University of Economics and Business, 2003, s. 50. Dostupné z: <<http://epub.wu.ac.at/3324/>>. Autorem pojmu je ve skutečnosti C.-W. Canaris. Děkuji recenzentovi za upozornění.

že možná existuje rozdíl mezi kvalitativně zcela novým předmětem regulace a toliko vývojem nebo změnou předmětu nového (např. datový schránka je kvalitativně jen jinou poštovní schránkou a internetové zpravodajství je prostě jen nový druh zpravodajství). Tvrdím však to, že jejich dělící linii nedokážeme dobře popsat.

b) Delegační mezery jsou typem *počátečních mezer vědomých*, tedy takových, které zákonodárce vytvořil vědomě. Výslovné uvedení takové mezery v zákoně je asi spíše nestandardní. V průběhu legislativního procesu se ale často stává, že z původního návrhu předkladatele jsou některá slova, slovní spojení, věty nebo celé odstavce skrze pozměňovací návrhy odebírány, tak aby si alespoň část zákona zajistila potřebnou politickou podporu. Potom se podle Bydlinského, Melzera nebo Wintra uplatní zákaz dotváření práva, jinak by soud vlastně přidával svůj hlas do legislativního procesu.

K *delegační mezeře* dojde tehdy, když zákonodárce určitou otázku vědomě neřeší, ale odkazuje na soudcovskou úvahu nebo užívá vysoce neurčitý pojem. Filip Melzer si myslí, že jde spíše o mezeru *intra legem* a já jeho pozici rozumím;⁶⁰ soudce zde substantivní direktivou sice vázán není, všechny ostatní požadavky na výkon jeho funkce však zůstávají. Na druhou stranu, podržíme-li se ryze interpretační roviny, musí interpret i v případě delegační mezery uznat, že mezi duchem zákona a konkrétním případem žádný nutný vztah neexistuje. Ani tady totiž soudce nemůže dovést víc než to, že ho zákonodárce pověřil nalézt spravedlivé řešení pro určitou výšeč konkrétních případů a že má postupovat podle základních pravidel pro výkon soudcovské funkce (např. zohlednění prejudikatury, přesvědčivost odůvodnění, etika apod.). Hovořit o pouhém *objasnění* práva ze strany soudu na základě předtím existujících významů se mi zdá zavádějící.⁶¹ Pokud se podle Kramera jedná spíše o „*komplementární legislativu prostřednictvím soudcovského práva*“, myslím, že se tím lépe vystihuje určitá dynamičnost procesu tvorby významu.⁶²

Výše jsem uznal, že očekávat od metodologie interpretace práva stanovení podmínek pro prioritu ducha před literou zákona ve všech případech by bylo zbytečné. Na rozdíl od názoru současné (nejen Wintrovy, ale převážné části kontinentální) právní metodologie si ale myslím, že existují určité případy, které nelze postihnout tvořivou interpretací práva a u kterých musíme naopak uznat, že právem normované nejsou. Nejsou normované buď proto, že od jejich regulace zákonodárce vědomě odstoupil, anebo proto, že je *nemohl* předvídat. Tedy ne *nepředvídal*, přestože *mohl*. Nejde mi o docela překvapivé způsoby užití právních institutů, o „neplánované“ mezery.⁶³ Týká se to jen předmětů právní normy,

⁶⁰ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 231. Pohledem obecné právní filozofie jde podle mě o příklad inkluzivního neboli soft positivismu. Soft pozitivisté po vzoru Hartova postscriptu tvrdí, že „vrcholná kritéria platnosti práva mohou kromě původu (pedigree) inkorporovat také principy spravedlnosti nebo substantivní hodnoty morálky, a tyto mohou tvořit obsah ústavněprávních limitů.“ (HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 247). Pokud tedy zákon předepisuje, aby se určitý případ vyřešil podle pravidel slušnosti anebo „podle principů spravedlnosti“ (§ 10 odst. 2 o. z.), inkorporuje tím vlastně tyto externí normy do substrátu, na jehož základě má soudce *intra legem* rozhodnout. Obecnou právní filozofii sem zatahovat nebudu, vůči Melzerově názoru se ale vyhraňuji z podobných důvodů jako vůči soft positivismu: tvrdit, že soudce s diskrecí rozhoduje podle práva a že právo toliko vykládá pro konkrétní případ, je podle mě švindl. On rozhoduje o právu, s právními následky a podle měnících se společenských očekávání od výkonu soudcovské funkce, nikoli podle práva. Podobně viz SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, s. 311.

⁶¹ K objasňující a doplňující funkci interpretace práva viz KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*. Praha: Karolinum, 2002, s. 24.

⁶² MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 113.

⁶³ Jan Wintr zmiňuje rozhodnutí Nejvyššího soudu (31 Cdo 4545/2008), v němž šlo o povinného v exekučním řízení, který po pravomocném nařízení exekuce uzavřel v kanceláři soudního exekutora kupní smlouvu (jako prodávající) s oprávněným (jako kupujícím). Současně s uzavřením kupní smlouvy bylo dohodnuto započtení kupní ceny na stejnou část exekučně vymáhané pohledávky povinného. Právní jednání povinného bylo později Vrchním soudem v Olomouci vyhodnoceno jako absolutně

o jejichž existenci zákonodárce vědět vůbec nemohl, jako byl internet nebo datové schránky. To je idea v samém epicentru Hartovy skepse: nejsme schopní upravit všechno dopředu; jsme jen lidé, ne bohové.

5. Dynamická tvorba práva

Shrnutím a komentářem recenzovaného díla je úkol recenzenta obvykle splněn. *Metody a zásady interpretace práva* však nejsou dílem novým a polemika s ním by měla proniknout do větší hloubky. Můj základní protiargument popsán ve 4. části se týkal okolností, které si zákonodárce s běžnou fantazií vůbec nemohl představit. Ve zbytku eseje chci naznačit podle mě analyticky přesnější model mezer v právu a navrhnout alternativu, jak jejich výskyt řešit.

Začnu příkladem. Major Haluška vydá následující rozkaz: „Všichni vojáci budou zítra v pět na cvičišti!“ Protože u toho vojín Jasánek nebyl, tak ho o rozkazu uvědomím. Pokud Jasánkovi řeknu: „Jasánku, z rozkazu majora máš být zítra v 17.00 na cvičišti,“ ačkoliv měl major na mysli 5.00, pak jsem si majorův rozkaz špatně vyložil. Co když ale major neví o vojínově těžkém úrazu, který mu brání na cvičišti dorazit? Znamená to, že můžu do majorova rozkazu včíst podmínku, že pokud je vojín Jasánek po těžkém úrazu a uposlechnutí rozkazu by ho ohrozilo na zdraví, rozkaz se na něj nevztahuje? Že účelem jeho rozkazu je dostat na cvičišti jen zdravé vojáky?

Domnívám se, že účelem a smyslem rozkazu bylo dostat na cvičišti *všechny* vojáky. Tolik plyne z rozkazu jako řečového aktu. Z rozkazu naopak neplyne povědomí majora Halušky o zdravotním stavu vojáků. Není vyloučeno, že major Haluška o špatné tělesné kondici některých vojáků tušil, nepřikládal jim však váhu. Pak můžeme dovodit jeho úmysl vztáhnout rozkaz i na vojína Jasánka.⁶⁴ Takovou domněnku bychom však museli doložit; třeba odkazem na majorovy rozkazy předešlé, kde zdravotní stav vojáků nezohlednil.

Major Haluška možná neví o Jasánkově úrazu, k úrazům vojáků ale dochází často a není důvod, proč by pro tento případ vyšší důstojníci nemohli vydávat rozkazy. O následnou nevědomou mezeru (část 4.) se tedy nejedná. Pokud major nerozhodl opačně, můžeme z různých střípků reality poskládat jeho hypotetický (*sic!*) rozkaz. Možná policisté v obdobné situaci nemusí rozkaz uposlechnout, možná existuje etický kodex pro výkon vojenské služby, kde figuruje princip ochrany života a zdraví českých vojáků při výkonu služby. Možná tady takové skutečnosti nejsou, naopak víme o majorově proslulé averzi vůči hypochondrii. Nicméně i tady se můžeme legitimně ptát, jestli lze absenci povědomí o majorově úmyslu vůči zraněným vojákům vyplnit plombou našich znalostí praxe ozbrojených složek nebo majorovy povahy. Kdo si odpoví, že ano, dopouští se podle mě chyby v sylogismu. Žádný interpret bez telepatických schopností totiž nemůže s jistotou vědět, jak by major Haluška poručil, kdyby o Jasánkově úrazu věděl. Možná by jednal v souladu s principem ochrany zdraví vojáka, možná s principem jiným. Pohledem nezú-

neplatné, protože se na jeho majetek vztahovalo generální inhibitorium. Žalobce (oprávněný v exekucním řízení a kupující strana smlouvy) se proti rozsudku dovolal. Nejvyšší soud podle mě správně uzavřel, že generální inhibitorium se na takové případy *e ratione legis* nevztahuje, protože zde šlo o uspokojení věřitelovy pohledávky mimo exekuci, které mělo vést k jejímu zastavení. Přestože si zákonodárce takové skutkové okolnosti nemusel představit, nebyl důvod, proč by nemohl, a proto je podle mě teleologická redukce přípustná.

⁶⁴ Připomeňme Weinbergeova slova, že účel a smysl normy se většinou nelze dosáti „bez rekurzu k předvedění interpreta“ (citace výše).

částečného interpreta prostě neexistuje logický vztah mezi rozkazem ke všem vojákům a zraněným vojínem Jasánkem.⁶⁵ Naproti tomu metoda recentního teleologického výkladu, kterou rozvíjí i Wintrova kniha, se absencí úmyslu normotvůrce nenechává limitovat. Postačí znalost významu, jaký by s normou spojoval její adresát znalý právního řádu, společnosti a světa okolo ní.⁶⁶

Pokud úmysl majora není znám, vojínu Jasánkovi nezbyvá než rozkaz buď uposlechnout, nebo neuposlechnout. Právní řád ale není řádem vojenským. Znamená to snad, že soudce má odepřít spravedlnost tam, kde právní úprava pro konkrétní případ jednoduše chybí? Takový závěr by byl samozřejmě nesmyslný už jen u delegačních mezer, kde je cílem spravedlnost poskytnout, nikoli odepřít. Přestože tady nemám prostor obhájit možnou alternativu v celé její šíři, chci ji alespoň krátce představit. Alternativa zní: *kde chybí nutný vztah mezi duchem zákona a konkrétním případem, je úkolem soudu vytvořit normu pro tento typ případu.*

Pro ilustraci alternativy poslouží nedávno rozhodnutá věc žadatelky o mezinárodní ochranu, které byl na pražském letišti odmítnut vstup na území České republiky, protože nespĺňovala zákonné podmínky.⁶⁷ Po umístění v přijímacím středisku se u žadatelky vyvinuly potíže s dýcháním způsobené silným astmatem a panickými stavy. Ve své žalobě k Městskému soudu v Praze argumentovala, že je zranitelnou osobou, a proto jí vstup měl být povolen. Soud však žalobu zamítl s tím, že musel posuzovat pouze zákonnost rozhodnutí, kterým žalobkyni nebyl na území povolen vstup, což vyplývalo z § 75 odst. 1 s. ř. s., podle nějž „[p]ři přezkoumání rozhodnutí vychází soud ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu“.

V době, kdy se věc dostala k Nejvyššímu správnímu soudu, byl zdravotní stav žadatelky ještě horší. Nejvyšší správní soud nakonec potvrdil zákonnost postupu a rozhodnutí správního orgánu, který o zranitelnosti žadatelky neměl informace. Zároveň však došel k závěru, že zabraňuje-li zákon přihlédnout ke změnám, k nimž došlo po vydání napadeného správního rozhodnutí, nenapĺňuje tím požadavek účinného přezkumu v rozumných intervalech ve shodě s čl. 5 odst. 4 Úmluvy.⁶⁸ Dovolací soud rozsudek Městského soudu zrušil a s odkazem na judikaturu Ústavního soudu rozhodl o nutnosti ústavně konformního výkladu § 75 odst. 1 s. ř. s.

⁶⁵ Podobný názor zastává *Komentář k československému občanskému zákoníku* (1935) citovaný v Melzerově monografii na s. 153: „Případ, kdy jazykovým výkladem z právního předpisu nelze dovodit konkrétní pravidlo chování pro normativní teorii znamená, že obsah normy není do té míry stanoven, abychom bez další normotvorné operace mohli zjistiti konkrétní povinnost, tj. co se v daném případě státi má. Interpretace, zabývající se pouze zjištěním obsahu norem, ať abstraktním, ať konkrétním, nemůže obsah takovéto vyšší normy doplňovat, třeba by to bylo sebe účelnější, neboť by tím překročila úkol svůj, tj. zjistiti a tím poznati obsah té které normy.“ (zvýrazněno autorem). Problémem takových teorií podle Melzera je, že nenabízí žádnou přijatelnou alternativu. Jedinou alternativou prý má být volná úvaha soudce. Třeba smluvní právo systému *common law* fungovalo až do 19. století prakticky bez právních předpisů; znamená to, že *common law* soudci nebyli ničím vázáni? A pokud neznamená, proč je podle Melzera tato alternativa nepřijatelná? Protože u nás není tradiční? Sekce *Teorie popírající legitimitu objektivně teleologického výkladu* bohužel nedosahuje akademických kvalit zbytku Melzerovy knihy.

⁶⁶ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 167.

⁶⁷ Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze 4. září 2019, č. j. 9 Azs 193/2019-48.

⁶⁸ Čl. 5 odst. 4 Úmluvy zní: „Každý, kdo byl zbaven svobody zatčením nebo jiným způsobem, má právo podat návrh na řízení, ve kterém by soud urychleně rozhodl o zákonnosti jeho zbavení svobody a nařídil propuštění, je-li zbavení svobody nezákonné.“ NSS jinde uvedl: „Záruka zakotvená v citovaném článku zahrnuje právo na pravidelný soudní přezkum důvodů pro trvání zbavení osobní svobody. Ten může být prováděn soudy automaticky, postačuje však umožnění cizinci iniciovat takový přezkum v rozumných intervalech (viz např. rozsudky ESLP ze dne 25. 10. 1989 ve věci *Bezicheri proti Itálii*) [...] V dané souvislosti je nutno vzít v úvahu, že cizinec je podle zákona o pobytu cizinců zajištěn z typově podstatně méně závažných důvodů než vazebně stíhaný obviněný v trestním řízení, takže je nezbytné, aby standard soudní ochrany jeho osobní svobody byl přinejmenším takový, jaký je ve vazebních věcech [...]“ (z rozsudku ze dne 4. 9. 2012, č. j. 7 As 97/2012-26).

Jak má Městský soud v novém rozhodnutí, které v době přípravy tohoto textu ještě nevydal, žalovanému zdůvodnit, proč byl jeho postup nesprávný? Je pravdou, že stanoví-li mezinárodní smlouva něco jiného než zákon, použije se podle Ústavy mezinárodní smlouva. Jenže Úmluva neříká „rozhodnutí správního orgánu je nezákonné, pokud se pokračování zajištění stalo nezákonným“. Úmluva apeluje na smluvní strany, aby do svých právních řádů zakomponovaly procesní záruku účinného přezkumu. Protože ta však v českém právním řádu není, postupoval nižší soud podle jasného zákonného požadavku rozhodování *ex tunc*.

S Úmluvou je neoddělitelně spojena problematika zvláštního typu interpretace, interpretace lidskoprávních norem, kterou *Metody* řeší jen okrajově. Polemizováním s autoritou štrasburského soudu konstatovat porušení Úmluvy, tam kde stát podle mezinárodního soudu nedodržel abstraktně formulovaný standard, bych se tudíž dostal mimo rámec recenzované knihy. Taková polemika však není třeba, protože věc byla řešena soudy obecnými, které by se neměly pouštět do spekulativních interpretací žádných norem, ani českých, ani mezinárodních (např. atributy „přezkumu v rozumných intervalech“). Úmluva apeluje na smluvní strany, aby do svých právních řádů zakomponovaly procesní záruku účinného přezkumu. Jestli ta v českém právním řádu pro případy zajištění existuje, nebo ne, je věcí názoru, ale s relativní jistotou můžeme říci, že český zákonodárce k tomu žádný postoj nezaujal, když si výše uvedené skutkové okolnosti nedokázal představit. Nešvarem současné metodologie právní interpretace je totiž právě to hledání (společně s pojmovou jurisprudencí) toho, čeho v zákoně není, místo aby se spokojila s jeho nedokonalostí. Je zavádějící tvrdit, že *informovaný* a *správný* výklad § 75 odst. 1 s. ř. s. – a už vůbec vůle zákonodárce při jeho přijetí – byl v době rozhodování správních soudů „nafouknutý“ o vybraný požadavek Úmluvy. Ustanovení § 75 odst. 1 s. ř. s. upravuje obecnou procesní zásadu, která zajišťuje mj. to, že se soudy nestaví do role nadřazených správních orgánů. Není v něm imanentně nic, z čeho bychom mohli – ať už na abstraktní rovině, nebo v procesu konkretizace – extrahovat tento právní následek, podobně jako ho nejsme schopni extrahovat z noční oblohy nebo plátku syra.

Pokud přesto souhlasíme se závěrem NSS, je to proto, že rozumíme jeho potřebě oprosit se od obecné normy v § 75 odst. 1 s. ř. s.⁶⁹ Někdy jsou hypotéza a dispozice právní normy docela jasné, jindy se musí vyložit s ohledem na její smysl, pozici v systému práva apod. Některé případy jsou ale pro právo tak atypické, že se právu jeví jako *terra incognita*. Význam charakteristik nesubsumovatelných faktů tady zcela převáží význam charakteristik aplikovatelných norem.⁷⁰ Řízené soudcovské uvážení unikátní kombinace faktů má nikoli jen dominantní, ale zcela výlučný vliv na výsledek rozhodnutí.⁷¹

⁶⁹ Jinými slovy, souhlasíme, že morální nárok svědčící člověku za určitých okolností nemůže být zneplatněn obecnou zákonnou normou, která tyto okolnosti nevedla v patnosti. V britském kontextu jsem k tomu našel následující *dictum* Lord Hoffmana: „princip legality znamená, že [...] základní práva nemohou být převážena [pouhými] obecnými slovy zákona, protože existuje příliš velké riziko, že plné důsledky jejich [základních práv] významu mohly legislativním procesem projít bez povšimnutí.“ (R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms [2000] 2 AC 115, 131). Uvážíme-li, že v *common law* vznikají základní práva i na základě precedentu, chápeme, že jde o potvrzení autority soudní moci chránit základní práva před Parlamentem, nechápajícím faktické důsledky jeho obecných norem.

⁷⁰ O charakteristikách norem a faktů hovoří Robert Alexy při popisu hermeneutického kruhu. ALEXY, R. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1995, s. 77 (cit. in: WINTNER, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 11).

⁷¹ Uvažme tento úryvek z jiného rozhodnutí NSS (č. j. 2 As 361/2017-43) k subsumpci pod pojem „veřejná produkce“: „Při posouzení, zda je určitá hudební produkce ve vnitřních prostorách budov pořádána veřejně, lze jen obtížně vytýčit abstraktní a za všech okolností platný katalog rysů či vlastností, které taková činnost musí mít, aby byla činností takto vyhláškou obce charakterizovanou. Vždy je nutno konkrétní případ posuzovat spolu s kontextem, v němž se odehrává, a zohlednit všechny pro něj

V případě nemocné žadatelky o mezinárodní ochranu tedy souhlasíme s doplněním českého právního řádu o relativně konkrétní právní pravidlo, že vstup na naše území bude žadateli povolen bez ohledu na předchozí správní rozhodnutí, prokáže-li, že je zranitelnou osobou. Souhlasíme s ním ne snad z toho důvodu, že jde o správný výklad právních předpisů, ba dokonce ani proto, že jde o jeden z více výkladů opodstatněný poměrně nejsilnějšími normativními argumenty.⁷² Souhlasíme s ním z toho důvodu, že v situaci absence výslovného konkrétního pozitivně právního pravidla proti⁷³ existují silné normativní argumenty pro úsudek, že takové právní pravidlo *by být mělo*. Soudce se tedy musí postavit do role normotvůrce.⁷⁴ Povahu použitelných normativních argumentů neurčuje metodologie interpretace práva, ale teorie soudního rozhodování.

Myslím, že moje úvaha vykazuje určité průniky s teorií interpretace podle Hanse Kelsena. Také Kelsen tvrdil, že soudcovské rozhodnutí je pokračování, nikoliv začátkem, právotvorného procesu. Platnost obecné normy proto není statický stav, nýbrž dynamický proces.⁷⁵ Nalézání práva chápe jako veskrze konstitutivní proces, proces tvorby práva ve vlastním smyslu. Připodobňuje ho k tvorbě zákonů na základě ústavy: pokud ústava nepředepisuje vytvoření jen těch správných zákonů, proč od soudců očekávat dedukci jediného správného rozhodnutí ze zákona?⁷⁶ Rozdíl mezi oběma procesy je tedy spíše kvantitativní, kvalitativně je soudcovské uvažování naroveň tomu zákonodárnému. Výsledkem interpretace může být podle Kelsena pouze určení rámce. Skutečnost, že soudcovské rozhodnutí je založeno na zákoně, ve skutečnosti znamená pouze to, že se drží v rámci daném zákonem.⁷⁷

Kelsenova teorie je v opravdu mnoha ohledech slabá. Většina autorů dnes na rozdíl od něj přece jen uznává dichotomii tvorby a výkladu práva. Myšlenka normy jako dynamického procesu však nabízí určitou inspiraci. Kelsen by neměl pochopení pro hermeneutický kruh, v němž dochází k jakési dvousměrné komunikaci mezi normou a faktickým stavem. To ale neznamená, že má každá norma svůj jedinečný moment stvoření a vše ostatní je jen otázkou dedukce. Mezi zákonodárcem a soudcem existuje partnerský vztah, kdy každý ze své vlastní pozice v právotvorném procesu vytváří pravidla chování. První „tah“ provede zákonodárce a soud už dál právo tvořit nemusí (pokud je norma použitelná) anebo musí (pakliže je norma nekompletní).

Aby bylo jasno, i kontinentální metodologie usiluje o určitý partnerský vztah mezi zákonodárcem a soudem, kdy soud vychází z textu zákona a zároveň se od něj může ve výjimečných případech odchýlit. Ještě častěji ale soud připisuje textu zákona relativně překvapivě významy, aby se od něj odchýlit nemusel. Dokáže-li (zásadně vyšší) soud odů-

podstatné a nezřídka velmi specifické rysy či jejich vzájemnou kombinaci.“ Podobné *caveat* ukazují, jak omezený význam může mít takový právní pojem pro soudní rozhodnutí. Působí jako maják, ke kterému za bouřlivé noci námořníci nejprve musí doplout, aby ho uvedli do provozu. Můžeme sice trvat na tom, že nebýt majáku, neměli by námořníci k čemu doplout, to je však jen sebeklam zastírající realitu politováníhodného selhání majáku.

⁷² Nejde o „normativní větu vyjádřenou normotvůrcem“ ani o „v prostoru a čase se měnící význam textu právního předpisu“, jak si myslí GUASTINI, R. *Fragments of a Theory of Legal Sources*. *Ratio Juris*. 1996, Vol. 9, 366 an. (cit. in: KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*, s. 29).

⁷³ Konkrétní pravidlo, podle něhož vstup na naše území nebude žadateli povolen bez ohledu na jeho zdravotní stav, existuje-li správní rozhodnutí o nepovolení vstupu.

⁷⁴ Jak to předpokládá často citovaný čl. 1 švýcarského občanského zákoníku z roku 1907, který, pokud text ani výklad zákoníku neposkytuje řešení právní otázky, po soudci požaduje, aby rozhodl podle pravidla, které by vytvořil na místě zákonodárce.

⁷⁵ KELSEN, H. *Všeobecná teorie norem*. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 63.

⁷⁶ KELSEN, H. *The Pure Theory of Law*, § 34–35.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 80.

vodnit, proč charakteristiky případu spadají nebo naopak nespádají pod určitou právní normu, ačkoliv to významná část teorie nebo praxe dosud vnímala jinak, právní norma se o tento význam obohatí; hovoříme o jejím lepším poznání. Proces se může mnohonásobně opakovat. Krok zpátky je sice možný, musí však pro něj být z důvodu kvaziprecedenční závaznosti judikatury závažné důvody. To vše podle naší právní vědy pomáhá právní jistotě.

Právní stav, ke kterému to vede, můžeme ilustrovat na příkladu obecné normy N_1 s textem „Každý muž si musí při vstupu do kostela sundat klobouk,“ která má po několika zvláštních případech znít:

„Každý muž (který má na hlavě klobouk; který je starší 4 let; který má ruce; který netrpí nemocí, pro kterou se akt sundání stal nesnesitelným; který se neidentifikuje jako žena; kterému v tom ze závažných důvodů nebrání svědomí, přičemž závažným důvodem není silný pocit ze slušivosti klobouku)

si musí (neučiní-li duchovní pro tento případ výjimku)

při vstupu do kostela (včetně katedrály a kapličky; ne však administrativní církevní budovy; není-li v něm teplota pod bodem mrazu)

sundat (za sundání se nepovažuje toliko naklonění klobouku na stranu)

klobouk (ve skutečnosti jakoukoli pokrývku hlavy, ale ne bezpečnostní helmy či jiné pokrývky, dostal-li by se jejím sejmutím do ohrožení života nebo zdraví).“

Rozdíl má být v porozumění, kdy zatímco první výraz je jen „prvotním přiblížením“, druhý výraz normu identifikoval přesně. Někdy se hovoří o kompletnosti normy. To samozřejmě až do chvíle, než zjistíme, že soud vyhověl stížnosti na muže, který si při vstupu do kostela klobouk sice sundal, jiný klobouk mu ale na hlavě zůstal, protože nosil klobouky dva. Metodolog pak může tvrdit, že všechny tyto významy můžeme vyčíst z obecné normy N_1 , uvážíme-li její účel a smysl. Avšak z toho, že účelem a smyslem normy N_1 je třeba vynucení projevu úcty ke křesťanskému svatostánku (v momentu přijetí i v momentu výkladu), nemůžeme dovodit, jak by se zákonodárce postavil k nepředvídatelné situaci, kdy v kostele náhle vypne topení a lidem je zima na hlavu. Je to samozřejmě absurdní příklad, ale postačí ke zdůraznění převládajícího názoru, podle kterého je přípustnější pokusit se právní normu kreativně vyložit tak, aby se na případ nakonec vztahovala, než uznat, že mezi ní a případem zkrátka a dobře žádný nutný vztah není.

Pokud bychom si to připustili, mohli bychom naši energii raději věnovat otázkám soudního rozhodování, tj. kdo by soudci měli být⁷⁸ a zejména jak by měli rozhodovat. Mohli bychom ve výše uvedeném případě uznat, že zákonodárce skutečně nepřijal nic víc a nic méně než obecnou normu N_1 a že aby nedošlo k odepření spravedlnosti, jsou soudci povinni vytvořit za skutkových okolností $S_2, S_3 \dots S_n$ právní normy $N_2, N_3 \dots N_n$, které budou do budoucna aplikovatelné pro tento typ případu. Bylo by to řešení nepochybně procesně ekonomičtější, protože by soud i strany řízení ve svých podáních místo 1) marginálních

⁷⁸ „Dokud budou právní předpisy mnohočetné, velmi rychle se mění, často málo srozumitelné, a to i díky rezervám v technických transpozice, jež jsou nejednou nahrazovány pouhými překlady směrnic, a případně zatížené rozpory, bude větší díl práce na komponování právního řádu do smysluplného celku náležet soudcům. Měli bychom se proto více zajímat, kdo vlastně čeští soudci jsou.“ KYSELA, J. Jaká jistota v nejistém světě? In: GERLOCH, A. – TRYZNA, J. – WINTR, J. (eds). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012.

teleologických aspektů „kompletní N_1 “, 2) zapadlé třetí věty dvě stě padesáté osmé poznámky pod čarou důvodové zprávy, 3) rýsování genealogických vztahů mezi rakousko-uherskými předobrazy a normou N_1 , 4) balancování protichůdných argumentů systematického výkladu, 5) komparaci se zahraničními úpravami apod. rovnou odkázali třeba na normu N_4 ,⁷⁹ případně došli k závěru, že pro dané skutkové okolnosti žádný standard není a je potřeba ho vytvořit *pro futuro*.⁸⁰

6. Předpoklady soudcovské tvorby práva

Kombinace nekompletních právních norem a zákazu odepření spravedlnosti – jako nevyhnutelných daností každé normativně organizované a spravedlivé společnosti – vede k poptávce po soudcovské tvorbě práva. Na výkon soudcovské funkce jsou už dnes klade-ny důležité požadavky přesahující pouhou vázanost zákonem (čl. 95 Ústavy), některé psané, jiné nepsané. Kniha *Metody a zásady interpretace práva* je vynikajícím shrnutím standardů plynoucích z metodologie právní interpretace. Knihu však charakterizuje lpění na dodržování metod interpretace i tam, kde je právo třeba dotvořit. Úkolem navazující právní teorie je a) identifikovat okolnosti, za kterých už soudce nečelí jen nejasnému, víceznačnému nebo zbytku právního řádu odporujícímu textu právní normy, nýbrž právní mezeře, kterou z určitých důvodů není možné interpretačně vyplnit, a b) sestavit soubor substantivních a procedurálních standardů pro tvorbu nových právních norem neodvozených *de lege lata*. Jinými slovy, úkolem právní teorie je *stanovit předpoklady a podmínky pro výkon soudní moci jako druhého a podpůrného článku právní normotvorby*.⁸¹

Nyní se v krátkosti vyjádřím k předpokladům soudcovské tvorby práva, zatímco podmínky ponechám pro jinou příležitost. Výše jsem navrhl tzv. počáteční vědomé mezery a delegační mezery coby základ, od něhož se teorie může odrazit. Realističtější model by však měl pracovat s něčím víc než jen s poznatkem, že v komplikovaných a dynamických organizovaných společenstvích lidí zákonodárce nemůže předvídat výskyt některých bezprecedentních, kvalitativně nových předmětů právní regulace. Měl by reflektovat poznatek, že empirický zákonodárce některé věci, jak se říká, „ponechá praxi“. ⁸² Zásada *de minimis non curat praetor* by měla být chápána nejen pro minimálně společensky škodlivá jednání, ale i pro natolik marginální, anebo sice nikoli marginální, leč neobvyklé, aspekty předmětu regulace, že by stály za zmínku jen nepřijatelně kazuistickému předpisu.

Aby v těchto oblastech bez zákona neexistovalo bezpráví, ubírají se moderní společnosti k něčemu, co Scott Shapiro nazývá ekonomikou důvěry (*economy of trust*).⁸³ Ekono-

⁷⁹ Formulovanou ve starším rozsudku XY, který se týkal pokrývek v hlavy v mešitách. Norma N_1 se sice na mešity nevztahuje (má svou vlastní normu, N_2), pro rozhodnutí dnešního případu však budou smérodátné důvody pro rozhodnutí v rozsudku XY, protože existuje analogie nikoli mezi N_1 a N_2 , ale mezi skutkovými okolnostmi dnešního případu a rozsudku XY. Omlouvám se čtenáři za kódování.

⁸⁰ K diskusi zákazu retroaktivity a principu právní jistoty už zde nemám prostor. Ve stručnosti se ale ztotožňuji se střízlivým názorem vyjádřeným in: DWORKIN, R. *Hard Cases*. *Harvard Law Review*. 1975, Vol. 88, No. 6, s. 1062: Pokud se u soudu střeťnou dva na první pohled stejně přesvědčivé výklady právního předpisu, není žádný důvod pro tvrzení, že jestliže soud jednu stranu překvapí, je to důsledek právě toho originálního výkladu (zde výkladového závěru, že se norma N_1 vůbec neaplikuje).

⁸¹ Významným krokem vpřed je určitě brněnská kolektivní monografie VEČEŘA, M. – HURDÍK, J. – HAPLA, M. a kol. *Nové trendy v soudcovské tvorbě práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2015, zejména kap. 5.

⁸² Srov. s podivně sebejistým tvrzením Pavla Matese, že „[j]istě není zákonodárce, respektive normotvůrce, který by takovou mezeru tvořil záměrně a spoléhal na to, že bude zaplněna v rámci aplikace.“ MATES, P. *Role soudů při dotváření správního práva*. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 4, s. 335.

⁸³ SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, s. 337 an.

miku důvěry lze chápat jako systém, v němž se dichotomie kogentní: dispozitivní rozpadá na škále definované důvěrou. Že regulujeme podnikání na kapitálovém trhu zákonem, který může svou délkou konkurovat našim největším kodifikacím, navíc doplněným o množství vyhlášek a sdělení, je bezpochyby důsledek zákonodárcovy snahy nenechat v tak riskantním odvětví nic náhodě. Naopak u většiny soukromoprávních smluv se máme spokojit s několika obecnými ustanoveními občanského zákoníku, přičemž konkrétní úprava právních vztahů se ponechává na fantazii smluvních stran. Obdobný kontrast nalezneme třeba u podmínek výkonu různých typů živnosti. Podobné regulační jevy můžeme uchopit prizmatem důvěry.

V kontextu práva hovoříme nejčastěji o důvěře v právní systém, důvěře Poslanecké sněmovny vládě, případně důvěře a nedůvěře mezi lidmi, kteří podle toho vstupují do smluvních vztahů. Shapiro poukazuje na důvěru jinou, a sice na důvěru mezi tvůrcem a interpretem normy. V každém společenství jsou lidé, kterým v jejich chování stát nemůže důvěřovat, nebo kterým důvěřovat sice může, ale kteří bez pomoci svůj potenciál nedokáží realizovat, anebo kteří si navzájem nedůvěřují natolik k účasti na různých společenských vztazích.⁸⁴ Základní funkcí práva je tuto nedůvěru odčinit.⁸⁵

Pro Scotta Shapira je důvěra mezi tvůrcem a interpretem normy obdobná jako důvěra mezi tvůrcem a interpretem plánu, např. plánu investičního, který finanční poradce připraví pro svého klienta. Protože jeho Plánovací teorie práva (*The Planning Theory of Law*) není v českém prostředí příliš známá, poslouží delší úryvek pasáže týkající se důvěry:

„Představme si finančního poradce, který pro svého klienta připraví investiční plán. Vymyslí ten nejlepší možný postup, poradce plán sepíše do dokumentu, který pak předá klientovi. Pokud poradce odvede dobrou práci, zřídka vyvstanou o správném výkladu dokumentu pochyby. Předělaný postup bude evidentní. Přesto si můžeme o tomto plánu položit metainterpretativní otázku: která metodologie interpretace dokumentu je správná? Tak třeba, měl by se klient držet textu doslova, anebo, alternativně, konstruovat jeho význam, tak aby ho vždy vedl k tomu správnému finančnímu rozhodnutí? Je lákavé odpovědět si následovně: protože smyslem plánování je dospět k nějakým cílům, texty obsahující plány by měly být vždy interpretovány ve světle těchto cílů. Interpret by v opačném případě jednal kontraproduktivně a nerozumně. A tedy, jestliže by doslovný text plánu vedl klienta k provedení něčeho finančně nevýhodného, klient si musí plán vyložit tak, že takový krok nepředepisuje. Vada takové odpovědi je nabíledni. Ponechat někomu, aby si vykládal investiční plán toliko v souladu s účelem peněžního výdělku, by zmařilo pointu celého plánu. Klient vyhledal poradcovu pomoc právě proto, že nerozumí prostředkům, které ho nejlépe dovedou k jeho cíli. Smyslem plánu je kompenzovat klientovu nevědomost. Musí-li klient plán interpretovat, tak aby ho vždy vedl k tomu správnému finančnímu rozhodnutí, je mu plán v podstatě k ničemu.“⁸⁶ „Plány plní svou roli v řízení důvěry jen tehdy, když metodologie interpretace respektuje jejich ekonomiku důvěry.“⁸⁷

Investiční plán, který detailně vyjmenovává, které akcie, kdy a za kolik by měl klient koupit, patrně nekládá do klientova úsudku příliš velkou důvěru. Téměř vše je rozhodnuto už na úrovni plánu a prostor pro diskreci klienta je tak minimální. Pokud klient businessu nerozumí, plán jeho neznalost *kompenzuje*. Pokud ale klient businessu rozumí,

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem, s. 338.

⁸⁶ Ibidem, s. 332–333.

⁸⁷ Ibidem, s. 335.

může poradce v plánu udělit mnohem větší volnost. Může třeba doporučit nákup určité komodity v určitém roce, aniž by specifikoval, kdy přesně a za kolik. Naopak, pokud by plán klienta příliš svazoval, poradce by tím zbytečně promrhal příležitost využít klientových znalostí a schopností, třeba jeho exkluzivních informací o očekávaném zhodnocení cenného papíru, který se aktuálně obchoduje levně. Plán tak může *kapitalizovat* klientovy schopnosti.⁸⁸

Ani zkušený finanční poradce totiž nedokáže vždy vývoj trhu předvídat. Tím se vracíme k Hartově skepsi a k právu. Hart upozornil, že lidská neschopnost předvídat budoucnost se projevuje různou měrou v různých oblastech chování a že právní systémy na tuto neschopnost reagují patřičně různorodou skupinou nástrojů.⁸⁹ V některých otázkách bude mít právní řád tak vyhraněnou pozici, že deviaci na základě konkrétních okolností případu prakticky nepřipustí. Tak tomu bude i tam, kde je určitost právní normy důležitější než její obsah (tzv. koordinační problémy).⁹⁰ Zatímco tam, kde je apriorní regulace příliš obtížná, se využívá obecných právních norem naskytujících podstatnou míru diskrece.⁹¹

Shapiro je s Hartem zajedno, když říká, že právo koriguje důvěru skrze sociální plánování (*the law manages trust through social planning*).⁹² „Zákonodárce by měl identifikovat ty důvěryhodné a svěřit jim úkony, které budou těžit z jejich důvěryhodnosti; stejně tak by měl identifikovat ty méně spolehlivé, naplánovat jejich chování do větších podrobností a upřít jim možnost zneužít nebo kořistit z jejich moci.“⁹³ Co se může zdát jako apel na zákonodárce je ve skutečnosti interpretační směrnicí: Hart a Shapiro nabízejí metodu interpretace, která vede interpreta k reflexi nad jeho místem v procesu tvorby práva.

Slovník důvěryhodnosti a spolehlivosti možná není v liberálním právním státě příliš vhodným, nepopisuje ale přece nic jiného, než k čemu ve skutečnosti dochází. Udělení licence pojišťovně bude upraveno výrazně detailněji a rigidněji než udělení práva nezbytné cesty, protože to druhé bude přece jen více záležet na okolnostech případu a zralém úsudku soudu (§ 1029 odst. 2 o. z.) než to, které instituci by měly být svěřeny miliardy korun z kapes pojištěnců.⁹⁴ Slovy Scotta Shapira uděluje právní řád soudci v případě nezbytné cesty více důvěry než ČNB v případě pojišťovnictví. Možná by ale bylo přesnější říci, že z hlediska práva žádný subjekt ani orgán není natolik spolehlivý, aby právo ponechalo prostor jeho libovůli, jsou však oblasti, kde je prostor pro úvahu úmyslně regulován na minimum, a to ne nutně závisle na kvalitách rozhodujícího.⁹⁵

⁸⁸ Ibidem, s. 333–334 a 336.

⁸⁹ Ibidem, s. 130–131.

⁹⁰ Jestli jezdit na silnici vlevo nebo vpravo, je ve výsledku docela jedno. Všichni ale musí jezdit na stejné straně.

⁹¹ Ibidem, s. 133.

⁹² Ibidem, s. 338.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Úmyslně si vybírám příklad z občanského zákoníku, pro který sice existují prováděcí předpisy, ale který je založen především na důvěře ve strany soukromoprávních vztahů (např. § 4 odst. 1 o. z.) a v obecné soudu při řešení soukromoprávních problémů (§ 10 o. z.). Pokud tedy soudy v minulosti pravidelně doplňovaly občanský zákoník z roku 1964 (např. výše zmiňované ustanovení týkající se podobizen pro „tiskové, filmové, rozhlasové a televizní zpravodajství“ doplněné o internetové zpravodajství), ba dříve i ABGB, můžeme usoudit, že těžily z důvěry zákonodárce, který považoval tuto úroveň normotvorby za vhodnější.

⁹⁵ Typickým příkladem jsou taxativní výčty. Zmíňme příklad vykonavatele soudního exekutora (WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 187 an.), který je podle Nejvyššího soudu úřední osobou, protože se soudu podařilo tuto funkci vyčíst z kombinace § 127 odst. 1 písm. f) a písm. d) trestního zákoníku, kde písm. d) obsahuje demonstrativní výčet funkcí v paragrafu, který je jinak celý výčet taxativním. Pokud by soud respektoval skutečnost, že mu zákonodárce [alespoň v kontextu písm. f)] nesvěřil charakteristiku úřední osoby, protože použil taxativní výčet, nedošel by ke svému kontroverznímu závěru. Soud svým způsobem porušil vloženou důvěru, respektive nedůvěru. Protože však použil teleologickou metodu jinak přípustným způsobem, má klasická metodologie právní interpretace problém vytyčít, v čem je argumentace věcně nesprávná.

Způsob, jakým zákonodárce jednotlivé oblasti reguluje, tedy podle Shapira odráží důvěru, jakou on má ve vztahu jednak k adresátům právních norem, jednak k orgánům jejich aplikace (ty nás zajímají především⁹⁶), v souvislosti s konkrétním typem chování.⁹⁷ Výklad právních norem proto musí být konzistentní s ekonomikou důvěry právního systému.⁹⁸ Wintrový *Metody*, které s veličinou důvěry nepracují, vystupují v tomto světle výrazně dworkinovsky. Orgány aplikace práva se neliší rozličnou mírou důvěry, jež jim v té které oblasti regulace přísluší.⁹⁹ Liší se pravomocí a působností, to ano, ale svědčí-li jim pravomoc a příslušnost, je jejich povinností rozhodnout po právu, po spravedlivém zvážení celku.¹⁰⁰ Limitovat orgán aplikace práva společenskými fakty, jako je důvěra zákonodárce, zde není přípustné.¹⁰¹ Bohužel to vede k problému popisovanému výše: místo aby současná metodologie interpretace radila, jak postupovat jen při nejasném řešení právem řešeného případu, nárokuje si svou roli i tam, kde právo případ neřeší (např. delegační mezery nebo následné nevědomé mezery), čímž interprety staví do nelehké pozice: musí racionalizovat, proč právní normy vykládají, když je ve skutečnosti vědomě či nevědomě vytváří, protože právní systém bez nich jako podpůrných článků právní normotvorby nemůže fungovat.

⁹⁶ Domnívám se, že útoky odpůrců tzv. soudcovského aktivismu u nás jsou nešťastným důsledkem neochoty především pražské metodologie právní interpretace vyklidit část teoretického pole pro účely diskurzu o dotváření práva.

⁹⁷ Třeba Pavel Mates uvádí, že si můžeme o dotváření práva a *hard cases* myslet, co chceme, ale všichni se shodneme na tom, že to mohou dělat jen soudci, nikoli úředníci. Ne snad pro jejich větší odbornou vybavenost, ale pro jejich nezávislost. MATES, P. Role soudů při dotváření správního práva. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 4, s. 333. Ona to je teoreticky pravda, ale stojí za zmínku, že každý den dojde nepochybně k tisícům případů aplikace práva správními orgány (skrze policistu, lesního strážce nebo tu paní za přepážkou Czech POINTu), kdy si správní orgány vykládají neurčité normy s cílem vykonat jejich pravomoc podle nich optimálním způsobem a nikdo s tím nic nedělá. A není to vždy špatně. Ať tak či onak, soudce i správní orgán sice mohou mít prostor pro normotvorbu, mohou ale jednat příliš aktivisticky, respektive *ultra vires*, což je jenom jiný výraz pro porušení důvěry, která jim byla ekonomikou důvěry alokována.

⁹⁸ SHAPIRO, S. *Legality*, s. 339.

⁹⁹ Narazili jsme na to výše u syntetického přístupu k interpretaci. Kde jazykový výklad nestačí nebo je nejednoznačný, musí interpret zohlednit co nejvíce výkladových aspektů a poměřit jejich význam pravidly přednosti. Kdo ale říká, že předmětná právní norma musí být vůbec aplikovatelná?

¹⁰⁰ WINTROV, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 10.

¹⁰¹ Můžeme si však představit i podmínky soudcovské tvorby práva techničtějšího charakteru, např. podmínky pracující s obecností normy. Třeba pokud podle Grégoire Webbera platí, že čím abstraktnější nebo obecnější lidskoprávní ústavní norma, tím větší prostor pro zákonodárce legislativně vymezit (a nikoli omezit) rozsah základního práva, lze navrhnout, že čím abstraktnější nebo obecnější zákonná norma, tím větší prostor pro soudce odmítnout její aplikovatelnost na konkrétní příklad a vytvořit pro něj *pro futuro* normu novou. WEBBER, G. *The Negotiable Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Interpretation and Judicial Law Creation

Review Essay on the Jan Wintr's Book *The Methods and Principles of Legal Interpretation*

Martin Madej

Abstract: The paper is a review essay on the second edition of "The Methods and Principles of Legal Interpretation" by Jan Wintr, where the topics contained in the reviewed book are developed in an essay form. After summarizing the basic parameters of contemporary continental theories of legal interpretation, the author evaluates the reviewed book as an excellent summary of this paradigm. However, he pauses over Jan Wintr's tendency to count as legal interpretation also a situation where there is no (or where cannot even exist) a logical relationship between concrete facts and the law (or spirit of the law). It proposes an alternative, which postulates that where the necessary relationship between the spirit of the law and a particular case is lacking, it is for the court to establish a standard for this type of case. At the end of the review essay, the author briefly reflects on the conditions for the exercise of judicial power as an act of legal norm-making.

Key words: legal interpretation, legal hermeneutics, judicial law-making, legal norm, Czech legal theory