

Soudce dnes: bariéra postmoderní dekonstrukce nebo industriální továrna na rozhodnutí?

1. Příznaky hroutících se paradigmat?

Již drahnou dobu před příchodem proroků postmoderny J.F.Lyotarda, M.Foucaulta, J.Derridy, švýcarský lékař Max Picard kreslí portrét doby dekonstrukce: „Slovo se stalo pouhým znakem, který se rozeznává jen podle vnějšího zvuku, už ne podle smyslu. Slovo přestalo mít smysl – ten potřebuje trvání, souvislost, aby se projevil a realizoval – slovo se stává skřekem okamžiku ... Ve světě diskontinuity, nesouvislosti a okamžiku však místo pravdy platí tvrzení. Tvrzení vychází z okamžiku a pouze pro ten okamžik platí. Tvrzení nahrazuje pravdu. Situace nějakého okamžiku se zachytí a na ní se postaví tvrzení – toto tvrzení vesměs odpovídá, avšak odpovídá pouze situaci toho okamžiku a ve světě, v němž se z okamžikovosti žije, neplatí však pro svět trvání. Tvrzení je pouhou nahodilostí okamžiku, neobsahuje ani podstatu toho, co v tom okamžiku je, nýbrž pouze to, co se v něm náhodně projevilo. Pravda se naproti tomu vztahuje k podstatě trvání.“¹

V polovině 80. let Alvin Toffler popisuje dekonstrukci právního řádu v USA následujícími slovy: „rozběhnutá řídicí mašinerie produkuje stále neproniknutelnější směs právních norem ... křečovité reakce vládních decizních pracovníků zesilují převládající pocit anarchie ... elita již nedokáže předvídat výsledek své vlastní činnosti“, přičemž „moc se nepřenáší; narůstá její neurčitost“.² Jsme pravděpodobně svědci něčeho obecnějšího, svědci napětí mezi paradigmaty právního myšlení minulých dvou století a změnami dneška, napětí, jehož důsledky dopadají i právní život zemí transformující se střední Evropy.

V roce 2000 čítá Sbírka zákonů v České republice šest objemných svazků. Po nezbytných reformních krocích z počátku 90-tých let normotvorný úprk nejen pokračuje, nýbrž nabírá na další akceleraci. Důvodem není přitom toliko aproximace práva EU, důvodem je zejména přetrvávající legislativní optimismus, naivní představa, dle níž lze každý společenský problém vyřešit přijetím právního předpisu, kodifikační euforie, neustálá implementace, začasť nízká kvalita přijímaných legislativních textů (představujících v řadě případů nevydařené překlady zahraničních předloh), následně pak improvizovaná reakce na zděšené reakce praktického života (určitě ale i legislativní zásahy, jež jsou součástí politického lobbismu). Výsledkem není transformační úspěch, je jím spíše dekonstrukce právního řádu (dekonstrukce jako nastolení stavu, nikoli ve smyslu negativních změn něčeho pozitivního). Průvodním jevem pak nemožnost absorpce jakýchkoli pořádacích hledisek prostého informačního zahlcení, kdy se pravidlem stává přijímání nepřímých novel, pravidlem se stává označování přijímaných zákonů, jako zákonů o změně a doplnění zákonů jiných, pravidlem se stává opakovaná novelizace zákonů v průběhu jednoho roku (po nabytí účinnosti zásadní rekonstrukce občanského soudního řádu dnem 1. ledna 2001 se již v průběhu jara v Legislativní radě projednává jeho další novela, tři, čtyři novelizace též daňových zákonů v průběhu jednoho roku jsou samozřejmostí). Důsledkem je ale rezignace, začasť spjata s cynismem (v praxi soudní a správní zejména procesním), ztráta schopnosti orientovat se v právním řádu, úzká specializace, v níž se ztrácí schopnost reflektovat smysl a účel aplikovaných norem, jakož i jejich

¹ M.Picard, Hitler v nás. Praha 1996, s.68, 74 (německý originál Hitler in uns selbst, Zürich 1946).

² A.Toffler, Third Wave. Cit. dle slov. překladu: Tretia vlna. Bratislava 1984, s.602, 603, 605.

axiologické a teleologické pozadí, důsledkem je dále formalismus praktického práva, jež z nás činí věrné nositele Kafkova a Haškova odkazu. Tyto úvodní poznámky abstrahují od dalších souvisejících jevů, jakými jsou případně jevy korupce a klientelismu a dále vzdělanostní deficity judičiální sféry (v této souvislosti nikoli úsměv, nebo ironickou poznámku, nýbrž obavy z ohrožení nezávislosti soudců vyvolává v současnosti projednávaný návrh zákona o soudech a soudcích – pokud je někdo nachlazen, přiměřeným prostředkem pro jeho léčbu může být aspirin, nikoli však elektrické šoky, anebo stereotaktická operace mozku).

2. Právní paradigmatata industriální éry

Paradigma legislativního optimismu je v kontinentální Evropě historicky relativně nové, jeho zrod lze datovat koncem 18. a začátkem 19. století. Myšlenkovými zdroji víry v normotvornou aktivitu mocenských institucí se staly racionalismus a osvícenectví, úzce spjaté s noetickým optimismem (Descartes, Kant), s představou o mohutnosti lidského myšlení, spočívajícím ve schopnosti apriorně uchopit svět (v právním myšlení vyústujícím do koncepcí kodifikačních), staly se jimi dále radikální interpretace suverenity lidu, provázející Francouzskou revoluci a konečně lze mezi ně řadit i nedůvěru vůči soudům, pocházejícím z doby „ancient regime“.³ Kromě zdrojů myšlenkových se akceleračním faktorem utváření nových paradigmat staly i proměny statické a autarkické středověké společnosti na měnivou a vyvíjející se společnost industriální. Změna je vlastně novou informací. Spontánní řád má ale meze, kdy je schopen na změnu (novou informaci) reagovat. Neschopnost reakce na podnět (změnu, informaci) má (nebo může mít) za následek vznik nových společenských institucí, resp. posun ve způsobu jejich chování. Úkolem instituce se stává zrychlení normativní reakce na změnu. Důkazem nezbytnosti zrychlení normativní reakce na změnu v oblasti právní je pak obrat od obyčejového k psanému právu spojený s nástupem industriální éry (což platí nejenom pro evropsko-kontinentální typ právní kultury, nýbrž i pro typ anglosaský, případně další). Důsledkem tohoto obratu je éra kodifikací v 19. století a konečně hypertrofie právních předpisů ve století dvacátém.

Na uvedená paradigmatata kodifikačního, resp. legislativního optimismu nevyhnutně navazují paradigmatata racionality, úplnosti, konzistentnosti a hierarchického uspořádání právního řádu.

3. Externality a jejich příčiny

Již druhá polovina 19. století přinesla dostatečnou zkušenost ohledně externalit (nechtěných negativních průvodních jevů) zmíněných paradigmat. Představa soudce v podobě stroje povoláného toliko k mechanické subsumpci skutkových zjištění konkrétního případu pod apriori úplnou normativní úpravu v praxi, v konfrontaci s reálným životem, fungovat nemohla a ani nefungovala. Důvodem selhávání představy o soudci – subsumpčním stroji se

³ Zajímavé postřehy k myšlenkovým kontextům Francouzské revoluce viz J.H.Merriman, Francouzská úchylka, Právník, č.12, 1998 a zejména Ch.Perelman, Logik und Argumentation. Königstein 1994, s.64: „Francouzská revoluce chtěla, aby se role soudce stala bezzbytku pasivní, aby se tento koncentroval toliko na aplikaci zákonů jako zřetelného výrazu státní vůle, aby působil toliko jako nástroj, jenž provádí naprosto neosobně a stejným způsobem vůli zákonodárce.“

stává napětí mezi na straně jedné principem zákazu denegatio iustitiae⁴ a na straně druhé neúplností práva.

Tato neúplnost je dána z povahy věci řadou příčin:

První a snad základní je spjata s nemožností apriorně postihnout rozmanitost a vývoj věcí a vztahů. Tato konstatace platí sama o sobě, platí ale o to více, že právo v systému demokratické legitimacy není, nemůže a ani nesmí být toliko výsledkem „vědeckého“ poznání (důsledkem takovéto myšlenkové hypotézy je pak nutně totalitní systém), nýbrž je výsledkem složitě utvářeného politického konsensu.

Další příčina neúplnosti práva plyne z povahy komunikačního prostředku, v němž jsou právní předpisy formulovány. Bez sdělnosti adresátům právo ztrácí rozumný smysl, v důsledku čehož tímto komunikačním prostředkem je právní jazyk jako odborný druh přirozeného jazyka. Pro přirozený jazyk je ale tak typická sémantická i syntaktická nepřesnost a neurčitost, pročež proces subsumpce je začasť i procesem tvořivého hledání významů jazyka. Na tuto okolnost navazuje okolnost další, a to obecnost právní normy, jež je jejím definičním znakem. Stupeň obecnosti vlastní právní normě je přitom vymezen tím, že právní norma určuje svůj předmět a subjekty jako třídy definičními znaky, a nikoli určením (výčtem) jejich prvků (viz náleží Ústavního soudu ve věci Pl. ÚS 24/99).⁵ Obecnost, jež je spjata s aplikací termínů (jazykových výrazů), označujících pojmy a nikoli individualizované entity, pak je z povahy věci (jazyka) spjata s určitou neostrotí vymezení obsahu a rozsahu pojmů.

Příčina třetí, jež ovlivňuje neúplnost práva, je opět dána z povahy právní regulace plynoucím rozdílem v hlediscích systematizace práva a strukturování právních předpisů na straně jedné a strukturou právní normy na straně druhé, rozdílem, jenž lze překlenout toliko určitým interpretačním instrumentáři a v řadě případů toliko tvůrčí myšlenkovou aktivitou.

4. Řešení externalit v právním myšlení 19. a 20. století

Teoretické právní myšlení v kontinentální Evropě na vzniklá napětí reagovalo koncepcemi, usilujícími se nadále respektovat obecně kulturní paradigmaty doby, avšak řešit negativní dopady s nimi spjatých externalit (a to již v učení F.C. von Savigny, jenž v 19. století položil základy metodologie výkladu práva v kontinentální Evropě, výkladu ve smyslu rekonstrukce myšlenky obsažené v zákoně, různých modifikacích zájmové jurisprudence počínaje R.Jheringem a konče Ph.Heckem, dále pak zejména v koncepci volního práva H.Kantorowicze, usilující se reagovat na nastíněné napětí analýzou možného prostoru tvůrčí soudcovské aktivity v oblasti mezer v právu). Reakci na vzniklou situaci přináší i stanoviska judiciální. Zmíním na tomto místě alespoň názor německého nejvyššího soudu z roku 1889, dle něhož: „je pro zákonodárce nesplnitelným úkolem každý obecný zákonný princip ve větě vyjádřit s takovou jasností, aby bylo možné odvodit z této věty jednoduchým úsudkem důsledky pro všechny zvláště uzpůsobené, dotčeným principem ovládané případy. Dále, není úkolem zákonodárce přijmout zvláštní normu pro každý utvářející se životní vztah. Konečně není věci zákonodárce myslet na všechny juristicky technické formy, které by mohly být s to

⁴ Tento princip byl poprvé explicitně zakotven v čl.4 Code civil, který nedovoluje soudci, aby odmítl rozhodnutí z důvodu „mlčení, nejasnosti či nedostatečnosti zákona“, přičemž soudce, jenž by tak učinil, by se provinil „odmítnutím spravedlnosti“.

⁵ Podrobněji k problematice obecnosti právní normy viz P.Holländer, *Nástin filosofie práva*. Praha 2000, s.25 a násl. K obecnosti zákona viz J.Filip, P.Holländer, V.Šimíček, *Zákon o Ústavním soudu. Komentář*. Praha 2001, s.231 a násl.

zmařit cíle zákona (v rozporu se soudní aplikací, jež lpí na písmenkách zákona). Mnohem více je to věcí jurisprudence a především povinností ... judikatury.“⁶

Technologický optimismus industriální doby 20. století a jeho totalitní deriváty (nacismus a komunismus), upevňující fixaci paradigmatu psaného práva jako technologie moci, jako technologie řízení společnosti, dále bouřlivé dějiny Evropy 20. století, spjaté s kataklyzmaty světových válek, genocid, vyhnání, převratů, a tím nezbytností nových začátků (provázených legislativní hyperaktivitou), to vše napětí paradigmat a praxe potencovalo. Konečně důvodem dalším, vedoucím k normotvorné hyperaktivitě i v době konce 20. a počátku 21. století je intenzita technologických a na ně navazujících společenských změn. Právní myšlení reaguje na tuto situaci diferencovaně dle jednotlivých ji ovlivňujících faktorů.

S mimořádnou naléhavostí přinesla druhá světová válka v oblasti právního myšlení i kritickou reakci na nelidskosti pozitivního práva, a to v podobě obnovy přirozenoprávních úvah.⁷ Byla zformulována teoretická koncepce, podle které za určitých podmínek je potřeba na právo pozitivní nahlížet jako na neprávo: „Obvyklá verze argumentu nepravosti vychází z toho, že pozitivní (tedy autoritativně stanovený a/nebo sociálně účinný) systém norem lze jen tehdy a potud nepovažovat za právo, když a pokud je zjevně v rozporu se základními a obecně uznávanými zásadami morálky.“⁸ Za nejvýznamnějšího představitele koncepce priority přirozeného před pozitivním právem, zformulované právě v období po druhé světové válce, lze považovat německého právního filosofa a teoretika trestního práva Gustava Radbrucha, jenž svou tezi, později po něm označenou „Radbruchova formule“, pod dojmem zločinů nacionálního socializmu koncipoval takto: „Konflikt mezi spravedlností a právní jistotou patrně lze řešit jen tak, že pozitivní právo, zajišťované předpisy a mocí, má přednost i tehdy, pokud je obsahově nespravedlivé a neúčelné, vyjma toho, jestliže rozpor mezi pozitivním zákonem a spravedlností dosáhne tak nesnesitelné míry, že zákon musí jako „nenáležitě právo“ („unrichtiges Recht“) spravedlnosti ustoupit.“⁹ Radbruch vychází tedy z nutnosti akceptovat platnost pozitivního práva, a to i tehdy, „je-li obsahově nespravedlivé a neúčelné“. Za jedinou výjimku, kdy je možné a nutné přijmout přednost přirozeného před pozitivním právem považuje situaci, když „rozpor pozitivního zákona se spravedlností dosáhl nesnesitelnou míru“.

Radbruchova formule se široce uplatnila nejen v právně filosofickém myšlení, nýbrž i v judikatuře Spolkového ústavního soudu SRN. Nejslavnějším se v této souvislosti stal náleze ve věci státní příslušnosti z roku 1968 (BVerfGE 23, 98). Soud v něm posuzoval nařízení č.11 k zákonu o říšském občanství ze dne 24.11.1941 (GBl. I., s.772), na základě kterého bylo Židům, kteří emigrovali, odňato státní občanství a majetek.¹⁰ Spolkový ústavní soud

⁶ Cit. dle J.Esser, Grundsatz und Norm. 4. vyd., Tübingen 1990, s.3.

⁷ Viz k tomu A.Kaufmann, Über Gerechtigkeit. Dreißig Kapitel praxisorientierender Rechtsphilosophie. Köln-Berlin-Bonn-München 1993, s.221 a násl.

⁸ P.Koller, Theorie des Rechts. Eine Einführung. Wien-Köln-Weimar 1992, s.28.

⁹ G.Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. 1946. Opětovně publikováno in: G.Radbruch, Rechtsphilosophie. Hrsg. R.Dreier, S.L.Paulson, Heidelberg 1999, s.216.

¹⁰ Jádru úvahy soudu je obsaženo v následujících výňatcích z citovaného nálezu: „Právo a spravedlnost nejsou zákonodárci k dispozici. Představa, že „ústavodárce může vše uspořádat podle své vůle, by znamenala návrat k duchovnímu stanovisku bezhodnotového právního pozitivismu, které je v právní vědě a praxi již dlouho překonáno. Právě doba nacionálního socializmu v Německu učí, že i zákonodárce může stanovit neprávo“ (BVerfGE 3, 225 (232)). Tím Spolkový ústavní soud souhlasil s možností odepřít nacionálněsocialistickým „právním“ předpisům platnost jako právu, protože protičeří základním principům spravedlnosti tak zjevně, že soudce, který by chtěl je nebo jejich právní následky uzнат, nalézal by neprávo namísto práva (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198)). Nařízení č. 11 bylo v rozporu s těmito základními principy. V něm dosáhl rozpor se spravedlností tak nesnesitelné míry, že musí být považováno od počátku za neplatné ... Nestává se účinné ani tím, že bylo několik let uplatňováno nebo tím, že někteří z těch, kdo byli odnětím státního občanství postiženi, prohlásili ve své době, že se v ojedinělých případech smířili s nacionálněsocialistickými opatřeními nebo že s nimi souhlasili. Neboť

SRN v uvedeném nálezu pro prioritu přirozeného před pozitivním právem, vycházejí z „Radbruchovy formule“, stanovil dvě podmínky: první je rozpor pozitivní normy s „fundamentálními principy spravedlnosti“, druhou je intenzita tohoto rozporu, tj. rozpor musí být „evidentní“ a musí dosáhnout „nesnesitelnou míru“. Spolkový ústavní soud dále konstatoval, že takto vadný právní předpis je neplatný ex tunc a nestal se platný ani tím, že byl určitý čas aplikován a dodržován.

Léta následující pak přináší další verze argumentu neprávosti, a to ať již od právních myslitelů německých (zejména M.Kriele¹¹) nebo anglosaských (L.L.Fuller¹², J.Finnis¹³)

Přirozenoprávní reflexe napětí mezi pozitivním právem a z něj plynoucím hodnotově neakceptovatelným řešením konkrétních případů dopadá i na roli soudce. Ve své reakci na pozitivněprávní koncepci velkého evropského právního myšlení poválečné éry H.L.A.Harta, jenž východisko z uvedeného napětí spatřuje v občanské neposlušnosti, R.Dreier poznamenává, že takové řešení nezabývá soudce povinností aplikovat právo stojící v rozporu se základními principy spravedlnosti, přičemž považuje za nepřijatelné přenášet spor o pojem práva „na záda občanů“. ¹⁴ V této souvislosti, jako asociace k Dreierově kritice Hartovy koncepce občanské neposlušnosti, lze ze středu přirozenoprávních teorií zmínit úvahu H.Coinga k trestněprávní odpovědnosti soudců za používání zákonů, odporujících přirozenému právu. Coing dochází k závěru, že mravní příkaz stojí výše než podřízenost ve vztahu ke společenství, pouze jeho nedodržení však trestněprávní odpovědnost nezakládá. ¹⁵

Poválečná éra přináší v Evropě i významné institucionální podněty, směřující k prolomení stávajících paradigmat. Dochází ke konstituování speciálních ústavních soudů, tohoto „cizorodého prvku“ v systému justice. Praxe ústavního soudnictví přináší v oboru právního myšlení nejen nové ideje prolínání právního řádu soustavou základních hodnot a principů obsažených v ústavě, nýbrž otevírá ve vztahu k obecné justici i otázku obecné závaznosti rozhodnutí ústavních soudů, tj. jejich fungování v pozici precedentu. ¹⁶ Nelze v této souvis-

jednou ustanovené neprávo, které je otevřeně v rozporu s konstitutivními zásadami práva, se nestane právem tím, že se používá anebo že je zachováno.“

¹¹ M.Kriele, *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen 1979, s.117; M.Kriele, *Rechtspflicht und die positivistische Trennung von Recht und Moral*. In: M.Kriele, *Recht - Vernunft - Wirklichkeit*, Berlin 1990.

¹² L.L.Fuller, *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*. *Harvard Law Review* 71, 1958, s.630 a násl.; tentýž, *The Morality of Law*. New Haven-London 1964, 2. Ed., New Haven-London 1969.

¹³ J.Finnis, *Natural Law and Natural Right*. New York 1986.

¹⁴ R.Dreier, *Recht – Staat – Vernunft*. Frankfurt a.M. 1991, s.101. Ralf Dreier patří k nejvýznamnějším německým právním filozofům poválečné éry, dlouhá léta vykonával funkci předsedy Mezinárodní asociace pro právní a sociální filozofii.

¹⁵ H.Coing, *Zur Frage der strafrechtlichen Haftung der Richter wegen Anwendung naturrechtswidriger Gesetze*. *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1947, s.61.

¹⁶ Z diskuse k dané otázce v prostředí německém viz kupř. E.Benda, E.Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*. Heidelberg 1991, s.511 a násl.; z diskuse v prostředí českém pak zejména V.Mikule, V.Sládeček, *O závaznosti rozhodnutí Ústavního soudu*. *Bulletin advokacie*, č.8, 1995; V.Pavliček, J.Hřebejk, *Ústava a ústavní řád České republiky*. 1. díl, *Ústavní systém*. Praha 1994, s.307-308; V.Šimíček, *Mohou být vykonatelná rozhodnutí Ústavního soudu ČR všeobecně závazná? Správní právo* č.2, 1996; tentýž, *Vybrané problémy ústavního soudnictví v České republice a v Polsku*. *Právník*, č.7, 1998, s.645; J.Filip, *Ústavní právo*. I. díl, Brno 1999, s.192257-258; A.Procházka, *Závaznost rozhodnutí Ústavního soudu ČR*. *Bulletin advokacie* č.8/1995; E.Wagnerová, *Ústavní soudnictví*. Praha 1996, s.86-87; J.Boguszak, J.Čapek, *Teorie práva*. Praha 1997, s.58; D.Hendrych, C.Svoboda a kolektiv, *cit.dílo*, s.150; P.Holländer, *Role Ústavního soudu při uplatňování Ústavy v judikatuře obecných soudů*. In: *Ústava České republiky po pěti letech*. Ed. V.Šimíček, Brno 1998, s.38-60; J.Blahož, *Soudní kontrola ústavnosti*. *Srovnávací přehled*. Praha 2001, s.426-427; Z.Kühn, *K otázce závaznosti rozhodnutí Ústavního soudu*, *Právník*, č. 6, 2001.

losti nezmínit i soudní aktivismus Evropského soudu v Lucemburku, jehož výsledkem je precedenční právo, a to jak hmotné, tak i procesní.¹⁷

Průvodním znakem vědeckého bádání se stává někdy situace, v níž reálný praktický dopad nových myšlenek směřuje do jiných než zamýšlených oblastí (chtěl-li bych být poněkud ironický k vědcům z oboru farmakologie, zmínil bych jako příklad objev viagry). Vraťme se ale zpátky k právu. Pokud je u R.Dworkina nové a originální chápání problematiky principů v právu instrumentářiem kritického zhodnocení Hartovy pozitivněprávní teorie¹⁸, u R.Alexyho¹⁹ směřuje pak implantace Dworkinových idejí v evropském kontinentálním právním myšlení do oblasti kultivace právního myšlení, oproštění se od bezduchého formalismu, nalezení instrumentária, umožňujícího při aplikaci jednoduchého práva jeho propojení s jeho základními axiologickými a teleologickými základy. Koncepce základních práv a svobod v pozici právních principů, spojená s chápáním ústavy, jako bezprostředního pramene práva, spojená z teorií prozařování právního řádu ústavními principy²⁰, pak ve svých důsledcích nabízí judiciální sféře teoretické instrumentárium pro řešení hard cases,²¹ tedy pro řešení napětí mezi neúplností psaného práva a povahou konkrétního případu.

Toto napětí, pořád v rámci dosavadního, dvěšlet let platného pojmosloví, stávající evropské právní teoretické myšlení řeší přístupem poněkud nominalistickým. Přístup první spočívá v diferenciaci pramenů práva, např. na autonomní a neautonomní,²² přičemž soudní rozhodnutí řadí mezi prameny neautonomní (tj. působící toliko za podmínky, odkazuje-li na ně pramen autonomní). Přístup další, rovněž ale nominalistický, opouští pojem pramenů práva a pracuje s pojmem zdrojů soudcovské argumentace, jež liší na nutné („must sources“), jež jsou stanoveny psaným právem, a na další, jež stanoveny psaným právem nejsou, jsou však aplikovány při zdůvodňování soudních rozhodnutí dle akceptovaného stylu argumentačního myšlení.²³

V pozadí řešení nominalistického je ale nutno zodpovědět i velmi důležité otázky legitimacy (soudcovské tvorby práva) a mezi normotvorné judiciální aktivity. Odpovědi na tyto otázky nás v diskusi vracejí k počátečním otázkám pořadacích principů právního řádu, k opuštění některých paradigmat evropsko kontinentálního právního myšlení, atd. Vracejí nás i k obecnějším myšlenkám teorie vědy, dotýkajícím se napětí mezi teorií a skutečností. Stěžejní dílo v této oblasti představuje práce T.S.Kuhna, *Struktura vědeckých revolucí*²⁴. Dle něj v oblasti vědy se „počáteční pokusy řešit přetrvávající problém budou téměř bezvýhradně

¹⁷ Viz kupř. S.Breithenmoser, *Praxis des Europarechts*. Zürich 1996, s.66 a násl.; P.Fischer, H.F.Köck, *Europarecht*. Wien 1997, s.325; L.Tichý, R.Arnold a kol., *Evropské právo*. Praha 1999, s.165-167.

¹⁸ R.Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Cit. dle německého překladu: *Bürgerrechte ernstgenommen*. Frankfurt am Main 1990.

¹⁹ R.Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main 1995; tentýž, *Theorie der Grundrechte*. 2. vydání, Frankfurt am Main 1994..

²⁰ Aplikaci této myšlenky viz v řadě nálezů Ústavního soudu České republiky: „Jednou z funkcí Ústavy, zvláště ústavní úpravy základních práv a svobod, je její „prozařování“ celým právním řádem. Smysl Ústavy spočívá nejen v úpravě základních práv a svobod, jakož i institucionálního mechanismu a procesu utváření legitimních rozhodnutí státu (resp. orgánů veřejné moci), nejen v přímé závaznosti Ústavy a v jejím postavení bezprostředního pramene práva, nýbrž i v nezbytnosti státních orgánů, resp. orgánů veřejné moci, interpretovat a aplikovat právo pohledem ochrany základních práv a svobod.“ (viz zejména III. ÚS 33/99, I. ÚS 315/99, III. ÚS 210/2000)

²¹ Pod pojmem hard case rozumím přitom případ, k jehož řešení v oboru jednoduchého práva buď schází normativní úprava, nebo z úpravy existující korektní, tj. v právním myšlení obvyklou aplikací standardních interpretačních postupů lze dospět k diametrálně odlišným řešením.

²² L.Morawski, M.Zirk-Sadowski, *Precedent in Poland*. In: *Interpreting precedents: a comparative study*. Ed.: N.MacCormick, R.S.Summers, *Darmouth-Aldershot* 1997, s.233 a násl.

²³ J.Wroblewski, *The Judicial Application of Law*. Dordrecht-Boston-London 1992, s.85.

²⁴ T.S.Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago 1970. Cit. Dle slov. překladu: *Štruktúra vedec-kých revolúcií*. Bratislava 1982.

řídí paradigmatickými pravidly. Přetrvává-li však anomálie nadále, stále více pokusů o její řešení bude obsahovat menší nebo větší modifikace paradigmatu.²⁵ Pokud žádné z řešení nevede k uspokojivým výsledkům, otevírá se dle Kuhna prostor pro formulování, testování a přijetí nového paradigmatu.²⁶

Srovnáním Kuhnova schématu se stávající situací v evropském kontinentálním právním myšlení lze dle mého názoru dospět k závěru, že v reflexi přetrvávajícího napětí paradigmat úplnosti, racionality, konzistentnosti a hierarchického uspořádání právního řádu, paradigmatu spjatého s principem zákazu denegationis iustitiae na straně jedné a realitou praktického fungování práva na straně druhé, postoupil vývoj právního myšlení od stadia řešení, vycházejících z paradigmatických pravidel (např. Kantorovicz) ke stadiu modifikací paradigmat (např. Wroblewski).²⁷ Z uvedeného závěru plyne jaksí bez dalšího otázka: nacházíme se v počátcích formulování, testování a přijetí nového paradigmatu?

5. Klasické instrumentárium

Konflikt neúplnosti práva a principu zákazu denegationis iustitiae ve vazbě na konkrétní rozhodovaný případ je v právním myšlení tradičně zkoumán v rámci kategorie mezer v právu.²⁸ Mezerou v právu (v zákoně) pro účely dalších úvah budu rozumět neúplnost (v určitých případech zákonodárcem zamýšlenou, ve většině pak nezamýšlenou) psaného práva pro určitý komponent posuzovaného případu, tj. situaci, v níž některé komponenty případu jsou upraveny psaným právem explicitně, některé nikoli, přičemž bez jejich právního posouzení případ jako celek rozhodnout nelze. Pro úvodní ilustraci zmíním případ absence zákonné úpravy postupu obecných soudů po kasačních nálezech Ústavního soudu v procesních rádech v České republice, absenci explicitní úpravy způsobu počítání času v Ústavě České republiky, atd., atd.

Konstatování mezery v právu předpokládá přitom srovnání existující podoby psaného práva s jeho ideální myšlenkovou představou. Je tudíž v rozhodující míře hodnotícím aktem interpreta, reflektujícím (více nebo méně) obecně sdílené představy o smyslu, účelů a morali-tě dotčené oblasti práva.²⁹

Mezi zamýšlené mezery v právu lze zařadit případy legislativního použití široce koncipovaných neurčitých právních pojmů, zakotvení diskrečního oprávnění, odkazu na jiné normativní systémy, kupř. na dobré mravy, případně přenechání úpravy interpretační a aplikační praxi. Zamýšlené i nezamýšlené mezery lze pak rozlišovat dle rozsahu, tj. dle toho, zdali se mezera týká toliko jedné právní normy, nebo zákona, nebo dokonce právního odvětví. Dle jejich vzniku je pak lze členit na primární (jež jsou přítomni od přijetí právní úpravy) a

²⁵ Tamtéž, s.134.

²⁶ Tamtéž, s.136.

²⁷ Důkazem přítomnosti stadia modifikace paradigmat je, dle mého názoru, v současné právní teorii dominující stanovisko, odmítající chápání aplikace zákonné normy soudcem v případě hard cases toliko ve smyslu pouhé logické subsumce: viz např. K.Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. vydání, Berlin-Heidelberg-New York 1979, s.154; H.-J.Koch, H.Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*. München 1982, s.58 a násl.; A.Peczenik, *On Law and Reason*. Dordrecht-Boston-London 1989, s.19 a násl.; R.Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. vydání, Frankfurt am Main 1991, s.17 a násl.; M.Pavčnik, *Juristisches Verstehen und Entscheiden*. Wien-New York 1993, s.98.

²⁸ Literatura k tomuto tématu je „nekonečná“. Toliko pro ilustraci odkazují na tyto prameny: C.-W.Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. 2. vydání, Berlin 1983; K.Engisch, *Einführung in das juristische Denken*. 9. vydání, Stuttgart 1997, s.180 a násl.

²⁹ Obdobně viz B.Rüthers, *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*. München 1999, s.463.

sekundární mezery (jež vznikají neschopností příslušné úpravy obsáhnout nově vznikající vztahy). Posledním hlediskem, jež pro členění mezer v právu zmíním, je jejich rozlišování dle toho, zdali jde o absenci explicitní normativní úpravy (tj. o tzv. mezeru pravou, neboli zřejmou) anebo absenci normativní reflexe určitého účelu (tj. tzv. mezeru teleologickou).³⁰

Mezi nejdůležitější nástroje „vyplňování“ mezer v právu již tradičně patří argumentace pomocí analogie, dále důkaz z opaku (argumentum a contrario), teleologická redukce (argumentum a minori ad maius, argumentum a maiori ad minus), systematický výklad a argumentace povahou věci.

Uvedená rozlišení se pokusím ilustrovat několika následujícími příklady z judikatury Ústavního soudu České republiky:

Základní otázkou, kterou byl Ústavní soud ve věci sp.zn. Pl. ÚS 4/99 při posuzování návrhu na zrušení § 202 odst. 2 zákoníku práce nucen řešit, bylo, zdali tím, že ve zmocňovacím ustanovení zákonodárce vytvořil prostor pro valorizaci náhrady za ztrátu na výděлку, příslušející zaměstnancům po skončení pracovní neschopnosti vzniklé pracovním úrazem nebo nemocí z povolání, neporušil ústavní princip rovnosti, pokud tak neučinil rovněž v případě náhrady na výživu pozůstalým. Poté, co soud dospěl k závěru, dle něhož tímto vzniklá mezera, spočívající v absenci jednotlivé normy, ústavně neakceptovatelnou nerovnost zakládá, vycházející dále z principu priority ústavně konformního výkladu před derogací, si položil otázku, je-li dán prostor pro ústavně konformní výklad ustanovení § 202 odst. 2 zákoníku práce, jenž by respektoval princip rovnosti mezi instituty náhrady výděлку, příslušejícího zaměstnanci po skončení pracovní neschopnosti vzniklé pracovním úrazem nebo nemocí z povolání a náhrady na výživu pozůstalých.

Dle § 202 odst. 2 zákoníku práce může vláda vzhledem ke změnám, které nastaly ve vývoji mzdové úrovně, upravit podmínky, výši a způsob náhrady za ztrátu na výděлку, příslušející zaměstnancům po skončení pracovní neschopnosti vzniklé pracovním úrazem nebo nemocí z povolání. Uvedené zákonné zmocnění tudíž umožňuje vládě nařízením valorizovat náhrady za ztrátu na výděлку, příslušející zaměstnancům po skončení pracovní neschopnosti vzniklé pracovním úrazem nebo nemocí z povolání. Mechanismus stanovení celkové výše náhrady na výživu pozůstalých se přitom dle § 199 odst. 2 zákoníku práce odvíjí od určení částky, do které by příslušela zemřelému náhrada za ztrátu na výděлку podle § 195, která je ale ve smyslu § 202 odst. 2 valorizována (pokud vláda své oprávnění dané zákonným zmocněním využije). Propojením uvedených ustanovení § 199 odst. 2, § 195 a § 202 odst. 2 zákoníku práce pak Ústavní soud dospěl k ústavně konformní interpretaci § 202 odst. 2, dle níž valorizace náhrady dle § 195 má podle § 199 odst. 2 za následek i zvýšení částky, vymezující náhradu nákladů na výživu pozůstalých, a tím i k „vyplnění“ mezery v právu metodou systematického výkladu.

Ve věci sp.zn. III. ÚS 467/98 byl Ústavní soud konfrontován s absencí zákonné úpravy postupu obecných soudů po jím vydaném kasačním nálezu. Mezeru zákona (v daném případě občanského soudního řádu) se pokusil „vyplnit“ argumentací z povahy věci. Poté, co konstatoval skutečnost, že je si dobře vědom deficitu procesních řádů, pokud tyto neupravují procesní postup v řízením následujícím po kasačním nálezu Ústavního soudu, vyslovil stanovisko, dle něhož závaznost právního názoru, obsaženého v odůvodnění kasačního nálezu Ústavního soudu, pro další soudní řízení v téže věci vyplývá nejenom z čl. 89 odst. 2 Ústavy, nýbrž i ze samotného pojmu kasace. Pakliže by tomu tak nebylo, kasační pravomoc vyšších soudů (v daném případě Ústavního soudu) by neměla rozumný smysl a musela by být nahrazena pravomocí apelační.

³⁰ K řadě dalších hledisek členění mezer v právu viz tamtéž, s.467 a násl.

Ve věci sp.zn. III. ÚS 188/99 se Ústavní soud ocitnul v situaci, kdy zrušil vazební rozhodnutí, jehož rozhodovací důvody dopadaly nikoli pouze na ústavního stěžovatele, nýbrž i na další spoluobviněné, přičemž procesní předpis (zákon o Ústavním soudu) předpokládá subsidiární a přiměřené použití občanského soudního řádu v řízení před Ústavním soudem. Vycházejí z představy úplnosti právní úpravy, reflektující specifika řízení, na které proces před Ústavním soudem navazuje, tj. v daném případě z důvodnosti použití institutu beneficii cohaesionis, argumentoval Ústavní soud systematickým výkladem a povahou věci: „Dle marginální rubriky k § 63 zákona č. 182/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů, se pro řízení před Ústavním soudem předpokládá použití soudních řádů, přičemž samotná dikce uvedeného ustanovení již pak odkazuje pouze na občanský soudní řád a předpisy vydané k jeho provedení. Uvedený rozpor mezi plurálem obsaženým v marginální rubrice a konkrétním odkazem v dikci normy nutno interpretovat v tom smyslu, že pokud zákon o Ústavním soudu nestanoví jinak, použijí se pro řízení před Ústavním soudem přiměřeně ustanovení občanského soudního řádu a předpisy vydané k jeho provedení, pakliže z povahy věci na danou procesní situaci nedopadá přiměřené použití toliko řádu trestního.“

Příkladem použití metody teleologické redukce k „vyplnění“ mezery v právu se stalo rozhodnutí Ústavního soudu ve věci sp.zn. Pl. ÚS 48/95, týkající se restitučních nároků dle zákona č. 243/1992 Sb. u těch osob německé a maďarské národnosti, jež československé občanství nepozbyly, a tudíž jej nenabýly zpět: „Ustanovení o podmínce opětovného nabytí občanství, obsažené v § 2 odst. 1 zákona č. 243/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů, umožňuje při své aplikaci dvojí interpretaci: První na základě argumentu a contrario, druhou na základě argumentu a minore ad maius. Argument z opaku, na základě kterého interpretoval ustanovení § 2 odst. 1 zákona č. 243/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů, Krajský soud v Brně, nutně vede k závěru, podle něhož nesplnění podmínky opětovného nabytí občanství má za následek nedostatek aktivní legitimace pro uplatňování nároků podle citovaného zákona. Argument od menšího k většímu vede však k závěru opačnému (podle tohoto argumentu poskytuje-li norma oprávnění spojené s menším rámcem svého opodstatnění, tím víc jej poskytuje při existenci rámce závažnějšího).“ Vycházejí z naznačeného rozlišení soud přiznal restituční nároky i osobám, jež československé občanství nepozbyly a tudíž jej nenabýly zpět.

Ilustrací řešení sekundární mezery v právu, tentokrát z judikatury Spolkového ústavního soudu SRN je nálezný ve věci Soraya (BVerfGE 34, 269-293). Vycházejí z interpretace čl. 20 odst. 3 Základního zákona, podle něhož je soud při nalézání práva vázán „zákonem a právem“, z čehož se dovozuje přítomnost „nadpozitivního práva“ (des überpositiven Rechts) v ústavním řádu, je dle Spolkového ústavního soudu zmíněným ústavním ustanovením „podle obecného mínění odmítnut úzký právní pozitivismus“, což vede k závěru, že „zákon a právo se sice fakticky ve všeobecnosti kryjí, avšak nikoli nutně a vždy. Právo není identické se souhrnem psaných zákonů. Vůči pozitivním ustanovením státní moci může podle okolností existovat přírůstek na právu, jenž má své prameny v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku a vůči psanému zákonu je schopen působit jako korektiv; nalézt jej a realizovat v rozhodnutích je úkolem soudní aplikace práva ... Soudce se přitom musí vyvarovat libovůle; jeho rozhodnutí se musí zakládat na racionální argumentaci. To, že psaný zákon nesplňuje svoji funkci spravedlivě řešit právní problém, musí být učiněno obezřetně.“ Spolkový ústavní soud zároveň vyjádřil stanovisko, podle něhož kritéria takového postupu se liší podle jednotlivých právních odvětví. V rozhodované věci, vzhledem k vývoji společenských poměrů ve vztahu k době vzniku dotčeného zákona (jednalo se občanský zákoník z roku 1900), soud akceptoval náhradu nemajetkové újmy v penězích, ačkoli zmíněný občanský zákoník její přiznání v daném případě neumožňuje.

6. Instrumentarium moderní

6.1 Argumentace principy

Moderní teoretické právní myšlení reaguje na napětí mezi neúplností práva a nezbytností rozhodnout v konkrétní věci i argumentací principy.³¹ Uvedený argumentační přístup nabývá v současnosti na významu zejména v judikatuře ústavních soudů. Jeho příkladem je rozhodnutí Ústavního soudu České republiky k otázce počítání lhůt v ústavním právu (Pl. ÚS 33/97): „Skutečnost, že Ústava neobsahuje speciální ustanovení o počítání času je přirozená z hlediska komparativního i z hlediska věcného ... ústavy demokratických zemí pravidelně neobsahují speciální ustanovení o počítání času, takže v tomto směru Ústava České republiky není žádnou výjimkou. Moderní demokratická psaná ústava je společenskou smlouvou, kterou se lid, představující ústavodárnou moc (pouvoir constituant), ustavuje v jedno politické (státní) těleso, zakotvuje vztah individua k celku a soustavu mocenských (státních) institucí. Dokument institucionalizující soustavu základních obecně akceptovaných hodnot a formující mechanismus a proces utváření legitimních mocenských rozhodnutí nemůže existovat mimo veřejností akceptovaného kontextu hodnot, spravedlnostních představ, jakož i představ o smyslu, účelu a způsobu fungování demokratických institucí. Jinými slovy nemůže fungovat mimo minimálního hodnotového a institucionálního konsensu. Pro oblast práva z toho plyne závěr, že pramenem práva obecně, jakož i pramenem práva ústavního, a to i v systému psaného práva, jsou rovněž základní právní principy a zvyklosti. ... V systému psaného práva má přitom obecné právní pravidlo charakter samostatného pramene práva pouze preater legem (čili, pokud psané právo nestanoví jinak). I v českém právu takto platí a je běžně aplikována řada obecných právních principů, které nejsou výslovně obsaženy v právních předpisech. Příkladem je právní princip, dle něhož neznalost práva neomlouvá, nebo princip nepřipustnosti retroaktivity, a to nejenom pro odvětví práva trestního. ... Smyslem právního institutu lhůty je snížení entropie (neurčitosti) při uplatňování práv, resp. pravomocí, časové omezení stavu nejistoty v právních vztazích (což hraje zejména důležitou roli z hlediska dokazování v případech sporů), urychlení procesu rozhodování s cílem reálného dosažení zamýšlených cílů. Tyto důvody vedly k zavedení lhůt již před tisíci lety. Na straně druhé, pokud je uplatnění určitého práva, resp. pravomoci, časově omezeno, je nezbytné zohlednit určité skutečnosti (překážky) na straně subjektu tohoto práva, či pravomoci, které, nikoli z jeho zavinění, výkonu těchto brání. Jinak řečeno, vytvořit konstrukci reálně umožňující právo, resp. pravomoc, v daném časovém limitu uplatnit. Za tím účelem právní myšlení, opět již v dobách římských, vytvořilo myšlenkové konstrukce, fikce stavění lhůty (plynutí času), resp. posunutí jejího ukončení. Tato obecná právní pravidla (v daném případě právní fikce), jež jsou svojí povahou právní reakcí na praktické problémy, v evropské právní kultuře platí po tisíciletí. ... je v dispozici ústavodárce, resp. zákonodárce, postupovat i jinak, v tomto případě však je povinen takový postup výslovně stanovit. Jelikož se tak v případě počítání lhůty dle § 50 odst. 1 Ústavy nestalo, nelze její počátek i ukončení interpretovat jinak, než v souladu s obecně platnými principy.“

6.2 Princip proporcionality

³¹ Ze základních prací analyzujících možnosti argumentace principy viz J.Esser, Grundsatz und Norm. 4. vydání, Tübingen 1990; R.Dworkin, Taking Rights Seriously. Cit. dle německého překladu Bürgerrechte ernstgenommen. Frankfurt am Main 1990; R.Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main 1995, s.177 a násl.

Soudní aktivismus vyžadují dále případy, ve kterých je soud nucen rozhodnout konkrétní věc v situaci konfliktu na něj dopadajících norem, případně kolize na něj se vztahujících principů. Pakliže pro řešení prvního z naznačených případů právní myšlení nabízí klasické instrumentarium interpretačních argumentů (*lex superior derogat legi inferiori*, *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior derogat legi priori*), pro řešení případu druhého se v posledních desetiletích intenzivně rozpracovává metoda (*princip*) *proporcionality*.³² Upozorňuji v této souvislosti i na čl. 52 odst.2 Charty základních práv EU, ve kterém je poprvé *princip proporcionality* explicitně zakotven v pozici interpretačního a aplikačního instrumentária, což nepochybně přinese další impuls pro jeho zkoumání.

Ústavní soud České republiky *princip proporcionality* poprvé komplexně vyložil v případě posuzování ústavnosti institutu utajení osobních údajů svědků v trestním procesu (Pl. ÚS 4/94). Vyšel přitom z analýzy problematiky kolize v ústavním právu: „K omezení základních práv či svobod, i když jejich ústavní úprava omezení nepředpokládá, může dojít v případě jejich kolize nebo v případě kolize s jinou ústavně chráněnou hodnotou, jenž nemá povahu základního práva a svobody (veřejný statek). Ústavní úprava postavení jedince ve společnosti obsahuje ochranu individuálních práv a svobod, jakož i ochranu veřejných statků. Rozdíl mezi nimi spočívá v jejich distributivnosti. Pro veřejné statky je typické, že prospěch z nich je nedělitelný a lidé nemohou být vyloučeni z jeho požívání. Příklady veřejných statků jsou národní bezpečnost, veřejný pořádek, zdravé životní prostředí. Veřejným statkem se tudíž určitý aspekt lidské existence stává za podmínky, kdy není možno jej pojmově, věcně i právně rozložit na části a tyto přiřadit jednotlivcům jako podíly.³³ Pro základní práva a svobody je, na rozdíl veřejných statků, typická jejich distributivnost. Aspekty lidské existence, jakými jsou např. osobní svoboda, svoboda projevu, účast v politickém dění a s tím spjaté volební právo, právo zastávat veřejné funkce, právo sdružovat se v politických stranách atd., lze pojmově, věcně i právně členit na části a tyto přiřadit jednotlivcům. V případě kolize je nutné stanovit podmínky, za splnění kterých má prioritu jedno základní právo či svoboda, a za splnění kterých jiné, resp. určitý veřejný statek. Základní je v této souvislosti maxima, podle které základní právo či svobodu lze omezit pouze v zájmu jiného základního práva či svobody nebo veřejného statku.“

Strukturu metody poměrování pak nastínil následujícím způsobem: „Vzájemné poměrování v kolizi stojících základních práv a svobod nebo veřejných statků spočívá v následujících kriteriích: Prvním je kriterium vhodnosti, tj. posuzování toho, zdali institut, omezující určité základní právo, umožňuje dosáhnout sledovaný cíl (ochranu jiného základního práva nebo veřejného statku). Druhým kriteriem poměrování základních práv a svobod je kriterium potřebnosti, spočívající v porovnávání legislativního prostředku, omezujícího základní právo resp. svobodu, s jinými opatřeními, umožňujícími dosáhnout stejného cíle, avšak nedotýkajícími se základních práv a svobod, resp. dotýkajícími se jich v menší intenzitě. Třetím kriteriem je porovnání závažnosti obou v kolizi stojících základních práv nebo veřejných statků. Tato základní práva, resp. veřejné statky, jsou *prima facie* rovnocenná. Porovnávání závažnosti v kolizi stojících základních práv, resp. veřejných statků, (po splnění podmínky vhodnosti a potřebnosti) spočívá ve zvažování empirických, systémových, kontextových i hodnotových argumentů. Empirickým argumentem lze chápat faktickou závažnost jevu, jenž je spojen s ochranou určitého základního práva. Systémový argument znamená zvažování

³² Viz kupř. judikaturu Spolkového ústavního soudu SRN, počínaje rozhodnutím BVerfGE 7, 198 (205). Z recentních teoretických prací viz kupř. R.Alexy, *op.cit.* v pozn.č. 30, s.262 a násl.; J.-R.Sieckmann, *Zur Begründung von Abwägungsurteilen*. *Rechtstheorie* 26, 1995; tentýž, *Abwägung von Rechten*. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 81, 1995.

³³ K pojmu veřejné statky v ekonomické literatuře viz např. P.A.Samuelson, W. Nordhaus, *Ekonomie*, Praha 1991, s. 770-771, 982; v literatuře právníké např. J.Raz, *Right-Based Moralities*, in: *Theories of Rights*, (Ed. J.Waldron), Oxford 1984, s.187; R.Alexy, *op.cit.* v pozn.č.30, s.239 a násl.).

smyslu a zařazení dotčeného základního práva, či svobody, v systému základních práv a svobod. Kontextovým argumentem lze rozumět další negativní dopady omezení jednoho základního práva v důsledku upřednostnění jiného. Hodnotový argument představuje zvažování pozitiv v kolizi stojících základních práv vzhledem k akceptované hierarchii hodnot.“

Ve své judikatuře Ústavní soud neaplikuje pouze postuláty vhodnosti, potřebnosti a proporcionality v úzkém smyslu, nýbrž také postulát minimalizace zásahu do základních práv (jehož použití bylo právě důvodem derogačního nálezu v uvedené věci): „Lze tudíž konstatovat, že v případě závěru o opodstatněnosti priority jednoho před druhým ze dvou v kolizi stojících základních práv, je nutnou podmínkou konečného rozhodnutí rovněž využití všech možností minimalizace zásahu do jednoho z nich. Tento závěr lze odvodit i z ustanovení čl. 4 odst. 4 LZPS, a sice v tom smyslu, že základních práv a svobod musí být šetřeno nejenom při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod, nýbrž analogicky rovněž v případě jejich omezení v důsledku jejich vzájemné kolize.“

Princip proporcionality se stal pravidelnou součástí argumentace Ústavního soudu (např. Pl. ÚS 16/98), a to používá všechny jeho postuláty. V případě Pl. ÚS 43/93 bylo zrušeno odpovídající ustanovení zákona (část ustanovení § 102 TrZ) kvůli porušení postulátu vhodnosti, tj. vztahu mezi použitými právními prostředky a cíly zákonodárce.³⁴ V případě Pl. ÚS 15/96 byla zrušena zákonná regulace kvůli porušení postulátu potřebnosti. Ve věci šlo o zrušení ustanovení zákona, které omezovalo dispoziční právo obcí, jako vlastníků, u bytů sloužícím pro potřeby ozbrojených složek. V již zmíněném případě institutu anonymních svědků Ústavní soud aplikoval všechny komponenty principu proporcionality a protiústavnost (a tedy i derogační důvod) shledal až na základě dotčení postulátu minimalizace zásahu do základních práv a svobod.

7. Závěr jako návrat k úvodní otázce

V právní politice současnosti jsme svědci přetrvávající dominance legislativního optimismu, víry v efektivnost normativní reglementací ovlivňovat detaily lidského dění, spjaté s hypertrofií právních předpisů, s nepřehledností, nestálostí, nesrozumitelností právního řádu, s jeho dekonstrukcí. Je otázkou, zdali sféra judiciální, a to v konfrontaci s realitou života i s poznatky právní vědy, nalezne v sobě sílu a odvalu stát se určitou bariérou čelící dekonstrukci. Je otázkou, zdali neopustí pozici industriální továrny na rozhodnutí a nepokusí se, se vši zdrženlivostí a pokorou veřejné službě, hledat řešení konkrétních věcí v rámci předem daného normativního rámce pohledem základních principů (psaných i nepsaných), pohledem obecně sdílených představ o axiologii a racionalitě právního systému. Zdali se pokusí nabídnout veřejnosti hledání smyslů a účelů, hledání možností sestavit z roztržité mozaiky smysluplný obraz.

³⁴ Uvedený závěr soud vyjádřil následujícím způsobem: „Po zvážení všech okolností a souvislostí, do nichž je § 102 tr. zák. zasazen dospěl Ústavní soud České republiky k závěru, že neurčitá a nevymezená trestněprávní ochrana Parlamentu, vlády a Ústavního soudu v čl. 102 tr. z. jde nad rámec ústavního pořádku a mezinárodních závazků České republiky, neboť při dostatečné trestní ochraně státních orgánů v §§ 154 odst. 2 a 156 odst. 3 vnáší svou obecností a neurčitostí prvek nadbytečné ochrany, která navíc nevymezeností objektu ochrany vybočuje jak z obecně uznávaných zásad právního státu, tak i z rámce omezujícího v čl. 17 Listiny zásahy státu do občanských práv na opatření, která jsou svou povahou nezbytná k zachování určitých hodnot. V § 102 tr. zák. nemůže jít o nezbytné opatření již proto, že ochrana poskytovaná státním orgánům v §§ 154 a 156 je dostačující a z hlediska vymezení objektu ochrany přesnější. Pojetí § 102 tr. zák. je v tomto směru rovněž v rozporu s mezinárodními závazky ČR a jurisdikcí Evropského soudu pro lidská práva.“

