

DR. JAN KRČMÁŘ:

Zákon a rozhodnutí.



1. V *Klangově* Komentáři občanského zákonníka (1927 sl. I) na str. 103—149 zabývá se *Pisko* velmi podrobně rozbořem §§ 6 a 7 obč. zák. a dává až do nejmenších jednotlivostí jdoucí poučení o tom, jak si sluší počínati při výkladu zákona a při „vyplňování mezer“. Práce ta je jistě velmi užitečná a záslužná informujíc nás co nejdokonaleji o methodách interpretačních, o analogii a o „přirozených zásadách právních“. Přes to mám pochybnosti, zdali výsledek bude úměrný vykonané práci a prožitému napětí duševnímu. Zdá se mně totiž, že nauka může s prospěchem sotva činiti více než registrovati postup, jaký se při zmíněných činnostech vyskytuje u soudů a to proto, že ony činnosti soudů jsou daleko více úkony politiky vykonávané soudy než je patrné na prvý pohled. Jinak vyjádřeno, tam, kde by návod pro nejlepší výklad právních pravidel a pro vyplňování mezer měl plniti svůj úkol, jsou v činnosti určité síly sociální, které nejkrásněji a nejpřesvědčivěji vybudovaný návod paralyzují. Bude užito té či oné poučky, kde se to soudu hodí k rozhodnutí, jaké má na zřeteli, a kde se to nehodí, užito jí nebude. Jde tu o starý problém, který lze nazvati a potiori problémem poměru mezi zákonem a rozhodnutím, jenž od 2. polovice 18. století náleží k problémům hojně diskutovaným. Denominatio „zákon a soudní rozhodnutí“ je, jak naznačeno, denominatio a potiori, a to jak co do zákona tak co do rozhodnutí. Zákonem se míní nejen, co nazývá zákonem ústava, nýbrž i každá jiná, jak se nyní vůbec říká, abstraktní norma superordinovaná, tedy na př. právo obyčejové, pokud se vyskytuje (srv. k tomu můj článek v Slovníku veřejného práva čsl. pod heslem Obyčej, obyčejové právo) i vládní nařízení, reservatis reservandis. Co platí o rozhodnutí soudním, platí patrně i o četných rozhodnutích úředních.

2. Nemělo by zřejmě smyslu v rámci tohoto pojednání probírat se všemi nuancovanými názory, které byly vysloveny o poměru mezi zákonem a rozhodnutím. Lze konstatovati dva hlavní

způsoby nazírání. Je to především stará, tak řečená sylogistická theorie, podle níž soudce vynáší různými myšlenkovými operacemi ze zákonných textů jejich obsah, a aplikuje tento obsah na konkrétní případ (rozhoduje) vykonává funkci úst zákona. Od této theorie v ničem podstatném se neuchýlila theorie normativní a jde zřejmě jen o jiný způsob vyjádřování, když se rozhodování nazývá delegovanou tvorbou konkrétních norem¹⁾ v rámci (gramaticko-logickém) daném superordinovanou normou zákonnou. Proti-pólem jest učení o svobodném nalézání práva, jež vyslovujíc se pro kompetenci soudce nalézati praeter legem nebo contra legem, resp. tuto kompetenci obhajujíc, nechce viděti v rozhodnutí soudním aplikaci zákona nebo tvorbu konkrétní normy¹⁾ v rámci daném superordinovanou normou zákonnou, nýbrž v zákoně, jež je redukcí právnicky orientovaného myšlení a hodnocení dlouhých dob a mnohých a významných duchů, spatřuje nanejvýše materiál k racionalisaci rozhodnutí vzniklého intuicí a k jeho motivaci s hlediska spravedlnosti²⁾.

3. Aby byl získán obraz pokud možno jasný o materiálu, o kterém jest uvažovati, pokládal jsem za vhodné, obrátiti se tam, kde lze nejlépe nalézt poučení o rozhodování. Pomocí svých semi-

¹⁾ S hlediska jazykového slova konkrétní norma znamenají asi contradictionem in adiecto, ježto norma = pravidlo, pravítko, vzor, vyjadřuje pravidelnost a tedy ve smyslu nás interesujícím abstraktnost. Ale na konec nejde než o otázku terminologickou, na níž se v době přítomné snad více než kdy jindy klade přespřílišný důraz. Podrobným rozborem se objeví totiž leckdy, že tvrzený rozpor není rozparem věcným, nýbrž jen rozparem terminologickým, jakož i že důležité nebo za důležité prohlašované objevy se redukují na objevy nových jmen.

²⁾ Srv. na př. *Isay Rechtsnorm und Entscheidung 1930* a k tomu můj referát ve Sborníku věd právních a státních XXX. na str. 100 sl. Tvrzení arci, že rozhodnutí vzniká nezávisle na zákoně intuicí, je po mém soudě vším způsobem upřílišené. Nesluší přece zapomínati, že rozhodování je dnes dáno na větším díle do rukou vyučených právníků a i tam, kde je přibrán element laický, sotva má význam rozhodující. Právník však, který rozhoduje, přece jen se asi na prvním místě rozpomene na to, co se naučil o zákonech. Výjimkou je snad rozhodování v řízení rozhodčím, když rozhodci nejsou právníci nebo když rozhodčí smlouva dává za základ rozhodnutí nikoli jus, nýbrž aequum et bonum; srv. k tomu na př. Statut de la Cour permanente de justice internationale, čl. 38 odst. 2 (sb. zák. a nař. 124/22).

naristů jsem probral sbírku rozhodnutí *GUW* (Glaser-Ungerovu) a *Vážného* sbírku rozhodnutí nejvyššího soudu československého s těchto hledisek:

a) Jakých užívají soudové (a zejména soud nejvyšší) interpretačních method při redakci svých rozhodnutí? b) Lze snad konstatovati nějaký řád při užívání oněch method? c) Jaké jsou případy, ve kterých bylo užito § 7 obč. z.? d) Vyskytly se nějaké případy, ve kterých soud uznává platnost některého zákona, odepřel mu poslušnost? e) Vyskytly se případy, ve kterých soud vydal rozhodnutí, které sám prohlašuje za nevhodné (neúčelné), dovolává se své vázanosti na zákon? f) Vyskytly se případy, ve kterých soud, dospěv k tomu, že zákonný tekst není jednoznačný a že v rámci zákona lze rozhodnouti různě, volil v konkrétním případě alternativu, která dopouští rozhodnouti nejúčelněji, naznačuje zároveň, že v jiném konkrétním případě by se bylo rozhodnouti pro alternativu jinou? Při tom nebylo však přihlížeti k oněm případům, ve kterých užívá tekst pojmů pružných, jako přiměřená náhrada, důležitý důvod, obyčejné schopnosti, řádný provoz hospodářství, bedlivý hospodář, nutná nebo slušná výživa atp.³⁾

4. Rozboru materiálu vyzískaného touto methodou jest předeslati několik poznámek, snad samozřejmých. Vidíme na prvý pohled, že v soudních rozhodnutích jsou sdruženy aspoň dvě rozdílné stránky soudcovské činnosti. Je zde především samo rozhodnutí v užším smyslu (nález, enuntiát) a tedy podle novější terminologie konkrétní norma, t. j. výrok, že něco má býti čili výrok, kterým se někomu ukládá individuální povinnost (na př. osoba A jest povinna osobě B zaplatiti 1000 Kč do 14 dnů pod eksekucí). Tato konkrétní norma jest, jak zákon nařizuje (§ 414 c. ř. sd.), motivována a to jak sběhlým skutkovým dějem, vyličeném v rozsudečně podstatě skutkové (§ 417 odst. 1 č. 4 c. ř. sd.), tak zhusta rozbořem zákonných tesktů, při němž soud užívá určitéch method interpretačních, dospívá k právním větám. Platnost rozhodnutí (konkrétní normy) nezávisí na tom, zdali nepřekročilo rámec daný delegací superordinované

³⁾ *Přílišná* pokuta (sc. konvencionální) podle § 1336 obč. zák. sem ovšem nenáleží, ježto tu nejde jen o pružnost slova „přílišná“, nýbrž sám pojem přílišné pokuty je sporný.

normy zákonné,⁴⁾ nýbrž na tom, zdali podle předpisů práva procesního ono rozhodnutí může býti zvráceno. Co do motivace enuntiatů týkající se smyslu zákona a vyskytující se zhusta ve formě právních vět (jež často mají formu abstraktních norem), nemá autoritativní povahy,⁵⁾ právě tak jako nemají autoritativní povahy právní věty, které vyslovil nejvyšší soud v sneseních, která nejsou rozhodnutí v užším smyslu. Nejde tu v podstatě o abstraktní normy jiné povahy než jaké jsou vysloveny ve vědeckém díle (učebnici, příručky, monografii atp.).⁶⁾ Zdali tu přece není jakýsi závažný rozdíl, bude uváženo níže.

5. Obrátíme-li se k prozkoumanému materiálu s hlediska dotazníku uvedeného pod č. 3, můžeme především konstatovati, že se soudové naveskrz prohlašují za vázané na zákon a že jsou

⁴⁾ Jinak tomu bylo, kde bylo zavedeno tak řečené référé législatif (srv. na př. *Spiegel Recht und Gesetz Der référé législatif und die Anfrage bei Hof 1912*). Jinak tomu však bylo zejména v zákonodárství velké francouzské revoluce (dekrét z r. 1790), jež zřídilo tribunal de cassation, povoláný anulovati rozsudky soudů, které obsahovaly une contravention expresse ou tacite de la loi. Tribunál ten nebyl míněn jako orgán moci soudcovské, nýbrž jako orgán (aneks) moci zákonodárné. Jde tu o instituci obdobnou našemu ústavnímu soudu, zřízenému zák. č. 162/20, jenž arci rozhoduje o tom, zdali ten či onen zákon je v soulase s ústavou.

⁵⁾ Srv. na př. *Hova* Československé právo procesní II. str. 414.

⁶⁾ Tvorbu konkrétních norem (enuntiatů) i tvorbu právních vět z textů zákonných (soudy v řízení sporném i nesporném, kautelární jurisprudenci, naukou) nazval jsem ve svém *Občanském právu I § 7* aplikací práva. Interpretací rozuměl jsem podle starých vzorů zjišťování smyslu textů (sc. zákonných). (Rozumí se, že každý text a tedy i právní věta ražená soudem nebo naukou, může býti předmětem interpretace.) Po vydání tohoto spisu řešení problému „aplikace a interpretace“ se stalo velmi oblíbeným, a namozve se ony pojmy určují jinak se zjevnou nebo skrytou výtkou, že dosud se oba pojmy mály. Ježto nejde o pojmy zákonné, je zřejmo, že sotva lze vytykáti pojmům, jak jich kdo užívá, nesprávnost, nýbrž jen neúčelnost. Nevidím dosud důvodů, proč bych od pojmů, jak jsem jich užil, měl odstoupiti. Proti mé terminologii by snad mohl býti uveden § 6 obč. zák., kdež slovo Anwendung sotva kryje pojem tak široký, jako je pojem aplikace mnou zvolený. Ale sotva zase jde o pojem tak úzký, že aplikací je tvorba konkrétních norem (enuntiatů), protože se v enuntiatu zákonu vůbec žádný smysl nepřikládá. Srov. ostatně zajímavé poznatky v *C o d. T h e r. Erster Theil, Caput I § V, č. 86 a H o r t e n I, I § 32*, kdež předchůdcové § 6 o. z. jsou namířeni nejen proti soudům, nýbrž také proti stranám a jejich právním přátelům.

tedy poslušni § 98 ústavní listiny. Ani jedenkrát jsem se nesetkal s výslovným nebo zakrytým tvrzením, že zákonem, jehož platnost se uznává, se nesluší řídit. Naproti tomu se setkáváme leckdy s tésí, že zákon, který nebyl „výslovně“ zrušen (srv. § 9 obč. zák.), jest pokládati za změněný (zrušený) a že se tato změna (toto zrušení) neopírá o určitý nový tekst zákonný, s nímž starý tekst se nesnáší (srv. zase § 9 cit.), nýbrž o všeobecné úvahy. Instruktivní je po té stránce rozhodnutí sb. II. 574, jež se zabývá § 208 lit. a—c, voj. trest. zák. Stůjtež zde tato slova:

„Byl tedy v čase státního převratu právní stav ten, že obmezení občanské způsobilosti k právům a právním činům jakožto následek trestního odsouzení trval při ztrnulosti bývalého společného zákonodárství pouze pro ty příslušníky branné moci, kteří odsouzeni byli soudem společného vojska. Poněvadž pak pro brannou moc Čsl. republiky odstraněn byl rozdíl mezi stálým vojskem a zeměbranou, jsa překonán jednodolitostí této branné moci a poněvadž § 2 zák. č. 6/1918 výslovně ustanovil, že rozdíl mezi orgány společného vojska a zeměbrany k trestnímu stihání povolányými přestává, nutno míti za to, že nejpozději dnem 4. listopadu 1918 jakožto dnem posléz řečeného zákona předpis § 544 obč. zák. a § 208a—c voj. tr. zák. pozbyl v státním území Čsl. republiky působnosti, ježto rozdíl mezi společným vojskem a zeměbranou již není a bylo by protismyslné, aby zaostalost dualistické soustavy bývalého rakousko-uherského mocnářství byla nyní dokonce rozšířena na celou brannou moc Čsl. republiky, tedy i na ty její příslušníky, pro něž by dříve jakožto příslušníky zeměbrany byla neplatila, jsouc odstraněna zákonodárstvím té i oné poloviny, pokud právě mělo ruku volnou.“

V četných rozhodnutích se zjišťuje smysl zákonných tekstů rozmanitými methodami interpretačními a to tak, že se soud nikterak neomezuje na výklad filologický a logický, nýbrž užívá i interpretačních method jiných. Hojně se vyskytuje metoda historická, ale operuje se také hledisky účelnosti (povahou věci, požadavky praktického života). Starších rozhodnutí se dovolává nejvyšší soud často, arci ne tak, že by se dnes rozhodovalo určitým způsobem, protože se tak rozhodlo včera, nýbrž tak, že se starší rozhodnutí i nadále pokládá správným. Přes to však se setkáváme i s výroky, že soud se ustálil na určitém způsobu rozhodování.

Jedno z nejinstruktivnějších rozhodnutí co do interpretačních method je posudek nejvyššího soudu vídeňského vyžádaný ministerstvem spravedlnosti o § 150 ex. ř. (srv. Věstník ministerstva spravedlnosti 1902, str. 156). Passus, který nás zajímá, je tento:

„Durch die Fassung des § 150 E. O. wird dem Wesen nach die Behandlung von Dienstbarkeiten, Ausgedingen und anderen Reallasten in ihrem Verhältnisse zu den betreibenden Gläubigern unter Wahrung des Prioritätsprinzipes erörtert und dabei zum Ausdruck gebracht, daß zum Abbruche der bücherlichen Rangordnung solche Lasten dem Ersteher ohne Anrechnung auf das Meistbot grundsätzlich nicht überwiesen werden dürfen. Daraus allein, daß in dieser Gesetzesstelle nur von den betreibenden Gläubigern die Rede ist, kann noch nicht gefolgert werden, daß von der Regel des § 32 CO. und des § 29 GBG. abgewichen und eine Ausnahme von den Bestimmungen des § 216 f. 4 EO. geschaffen werden wollte, wonach Rechte und Lasten nach der Rangordnung der bezüglichen Eintragungen zum Zuge gelangen. Dieser Standpunkt des Gesetzes erhellt unzweifelhaft aus dem Berichten des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses und der Permanenzkommission des Herrenhauses, in welchen zwischen betreibenden Gläubigern und anderen Pfandgläubigern nicht unterschieden wird. Die entgegengesetzte Deutung des § 150 EO. würde allen Regeln der Auslegung widerstreiten und liesse sich sogar in Ansehung der zur Zeit der Wirksamkeit der Executionsordnung bereits erworbenen Pfandrechte mit dem Grundsatz des § 5 a. b. GB., daß Gesetze nicht zurückwirken, keineswegs in Einklang bringen. Durch die Ueberweisung derartiger Lasten an den Ersteher ohne Anrechnung auf das Meistbot ist die Benachteiligung der Pfandgläubiger nur dann ausgeschlossen, wenn die Last allen Pfandrechten vorgeht, daher ohnedies in erster Reihe berücksichtigt werden muß. In allen übrigen Fällen aber kann die Ueberweisung derartiger Lasten an den Ersteher ohne Anrechnung auf das Meistbot, insoferne eine solche Ueberweisung nicht durch besondere gesetzliche Vorschrift angeordnet ist, nur dann stattfinden, wenn dies nach Lage des Falles keine Benachteiligung der vorangehenden Gläubiger zum Folge hat.“

Jiným zajímavým dokladem úvah o účelnosti rozhodnutí je

rozh. sb. VII 5479, ačkoli, uváží-li se celý kontext, bylo by je spíše řaditi k § 7 obč. zák. 2 věta. Stůjtež zde tato slova:

„Jednak možno jest, že zaměstnanec jest ještě začátečník nebo pro tělesné vady neb jinou značně zmenšenou způsobilost pracovní silou méněcennou, které nelze ani při největší liberálnosti přiznati nárok na stejnou mzdu jako ostatním zaměstnancům, takže, kdyby zákon individuální jednání nepřipouštěl, mělo by to za následek, že zaměstnavatel by takovému zaměstnanci to dobrodiní (sic!), které mu přijetím do služby neb práce za mzdu jeho osobním kvalitám přiměřenou, ač výše mzdy kolektivní nedosahující, prokazuje, nucen byl odepřítí, takže taková zaměstnání hledající osoba by zůstala bez zaměstnání a bez výživy, připadajíc na obtíž státu, protože rozmnožujíc řady nezaměstnaných, neb obci, protože spadajíc mezi osoby požívající práva chudinství. Ale i naopak mohlo by nepřipouštění míti neblahé následky zase pro zaměstnavatele a ovšem tím opět i pro zaměstnanectvo. Může jíti o mladý podnik, který se hospodářsky teprv ujmouti a zakotviti snaží, postrádaje však potřebných finančních prostředků musí se zatím ve všem, tedy i ve mzdách uskrovniti, nebo mohou postihnouti podnik třeba již zdárně existující různé rány a pohromy, jež mohly by přivoditi jeho ruinování, kdyby nenapjal všechny síly, ku kterémuž napětí bude pravidelně také náležití snížení mezd, ale nelze pochybovati, že tak bude lépe i pro samo zaměstnanectvo, když se snížení podrobí a části mzdy se vzdá, přispěvší takto k udržení závodu a tím pramene své výživy, kdežto příkrou neústupností závod hnán byl by v úpadek, jednostejno, zda neústupnost by měla původ a důvod svůj ve vůli zaměstnanectva nebo ve vůli zákona.“⁷⁾

Není opravdu frazí, že by se doklady o užití metody teleologické daly rozmnožiti mnohonásobně (některé budou ostatně ještě uvedeny níže) a vyskytuje se i výrok, že rozhodnutí by bylo neúčelné (nevhodné), kdyby se zákon bral do slova. Motivována je tato tése leckdy odkazem na § 6 obč. zák., že rozhodnutí opřené o tekst by neodpovídalo vůli zákonodárcově. Jinak trochu o korektuře tekstu se vyslovuje GUW 7414 (jud. č. 222). Judikatura přihlížející k § 7 obč. zák. 2. větě není příliš vydatná, ale za zmínku stojí,

⁷⁾ Ponechávám arci zcela stranou otázku, zdali s uvedeným rozhodnutím a s jeho důvody lze souhlasiti.

že jest leckdy ochotna „vyplňovati mezeru“ tam, kde mezera znamená jen nespokojenost s právním řádem, t. j. přesvědčení, že tekst zákona nedopouští rozhodnutí spravedlivě a že by tedy v právním řádě mělo býti ustanoveno něco, co tam ustanoveno není.⁸⁾

S druhé strany jsou doklady o nazírání soudů, že soud si je vědom neúčelnosti svého rozhodnutí, že však k účelnému rozhodnutí by mohl dopomoci jen zákonodárce změnou zákona. Z nejnovější doby srv. rozh. sb. XIII. 10653.

Nikde jsem se nesetkal s tézí (nechci arci tvrditi, že se nevykytla nikdy), že slova zákona nejsou jednoznačná, že tudíž gramaticko-logický rámec zákonný poskytuje soudci jakousi volnost, a že soud rozhoduje spor (aplikuje superordinovanou normu zákonnou) volí v konkrétním případě smysl, který vede k rozhodnutí účelnějšímu, aby snad v jiném konkrétním případě se zase rozhodl pro smysl jiný⁹⁾

Chápu ostatně velmi dobře, že se tak neděje. Jistě by to bylo proti zásadě o konstanci judikatury, proti zásadě, že má býti opatřeno „aby se jednotně rozhodovalo a nálezy se ustálily“, § 12 zák. č. 216-19. Bylo by to přece jen podivné, aby soudce, dospěv k úsudku, že slovo „stupeň“ má v češtině různý smysl, a rozhoduje pak podle § 612 obč. zák., jednou řekl, že přikládá onomu slovu smysl, jaký je v § 41 obč. zák., podruhé pak aby řekl, že mu přikládá smysl, jaký je v paroemii plures gradus heredum facere, podle toho, jaké jsou zvláštnosti konkrétního případu; nebo aby rozhoduje podle § 758 (novelové verše) a vytknuv, že slovo děti v kapitole 13 II. dílu je víceznačné (srv. jednak § 42 obč. zák., jednak konstantní vazbu v kapitole 13: „děti a vzdálenější potomci“) jednou rozuměl dětmi jen descendenci prvního stupně, jindy descendenty bez rozdílu stupně, zase podle poměrů, na př. podle zámožnosti stran, podle morálních kvalit účastníků atp., nebo aby vysoudiv, že poměr mezi § 1295 a 1928 obč. zák. není jasný, jednou přiznal manželovi nárok na náhradu škody, když

⁸⁾ K pojmu mezer srvov. místo jiných moje Právo občanské I § 10.

⁹⁾ V nauce s tvrzením, že zákon není jednoznačný a že tedy dopouští rozhodnouti různě, se arci setkáváme leckdy. Tuším, že proti tézi textu se vyslovuje Cod. Ther I, 1 § V. č. 86: Dann, wo einerlei der Sache Beschaffenheit ist, da muß auch einerlei Recht sein.

byla usmrcena manželka, jindy manželovi takový nárok odepřel s tou motivací, že zákon dopouští tvrditi, že, byla-li osoba usmrcena, kruh osob, které mají nárok na náhradu škody je uzavřen § 1328, i že kruh ten hledíc k všeobecnému znění § 1295 uzavřen není. Než to jen mimochodem.

6. Uvažujeme-li o způsobu, jak se jednotlivých interpretačních method užívá, lze konstatovati toto: Sotva lze se setkati se zjevem (sám jsem se s ním nesetkal nikdy), že by výsledek získaný methodou filologickou a logickou, je-li také účelný, byl korigován jakoukoli jinou methodou. Naopak lze se setkati s výroky, že historické argumenty zdály by se svědčiti proti zákonnému textu (jenž dopouští rozhodnutí účelně), že však úmysly redaktorů v textu nebyly realizovány a že proto k nim nesluší hleděti. Historická methoda, jež nejčastěji slouží k potvrzení výsledku získaného methodou filologickou, jest oblíbená zvláště i tehdy, když různá rozhodnutí možná podle textu zákona jsou s hlediska účelnosti asi stejně účelná (a jsou tedy s hlediska účelnosti indiferentní); srv. z novější judikatury plenární rozhodnutí sb. IX. 7622. Ale historická methoda se vyskytuje také, aby účelnému rozhodnutí dopomohla k platnosti proti textu, který by postuloval rozhodnutí neúčelného; srv. na př. výše citované rozhodnutí o § 150 ex. ř. Argumentace z účelnosti se vyskytuje někdy i sama o sobě, nejsouc opřena o pomoc žádné jiné argumentace.¹⁰⁾ Příkladem jsou na př. rozh. GUV 376, 2210, 6237, Právník 1913 str. 172, souhlasící v tom, že při skutkovém základu § 126 pat. 208/54 nestačí pouhé popření pravosti posledního pořízení, nýbrž že je potřebí rozhodnutí motivovaného. Moment účelnosti tu není vytčen výslovně, ale sotva lze pochybovati, že něco jiného bylo důvodem rozhodnutí.

O nějakém pořadu, v jakém se užívá jednotlivých method interpretačních, není zpravidla možno mluviti, ba někdy lze jen s některými obtížemi konstatovati, že je užito té neb oné methody. Rozhodnutí nejvyššího soudu citovaná per extensum mohou býti uvedena jako doklady; Argumentace z historie zákona následuje zhusta za argumentací filologicko-logickou; srv. na př. rozhodnutí o § 150 ex. ř. Rozh. sb. II. 574 pokládám za argument pro tvrzení

¹⁰⁾ Na všechny tyto věci jsem upozornil ve Sborníku věd právních a státních XIII, str. 11, p. 13.

uvedené právě na místě druhém. „Strnulost rakousko-uherského zákonodárství“ (sic!) lze totiž po mém soudě chápati jako argument historický. Srv. na př. i jud. č. 224. Plenimární rozhodnutí bývají arci leckdy redigována tak, že jsou jednotlivé argumentační metody ostře od sebe odlišeny. Vhodným příkladem je rozh. sb. IX. 7622 pojednávající o § 110 o. z.:

„Nejvyšší soud dospěl k zásadě vyjádřené právní větou (sc. že § 110 je předpisem pořádkovým) především m l u v n i c k ý m r o z b o r e m § 110 Výsledek získaný gramatickým rozбором je dokonale p o t v r z e n dějinným vývojem § 110 . . . Kromě důvodů čerpaných z mluvnického rozboru zákona a jeho historické genese, vedou k názoru zastávanému plenárním senátem důvody další. Je to především p o v a h a v ě c i a z ř e j m ý ú m y s l z á k o n o d á r c ů v V úvahu přicházejí posléze též p o ž a d a v k y p r a k t i c k é h o ž i v o t a.“ Podobný postup zachovává i rozh. sb. 10632 (zkoumání dějinného vývoje zákonných ustanovení, povaha a účel zákona).

Vídeňský nejvyšší soud si zhusta oblíboval takový postup, že se počíná zevrubnou exsposicí historickou, získané výsledky se uvádějí do relace s textem a končí se úvahou o účelnosti; srov. na př. jud. č. 228 (GUW nŘ 7446), č. 221 (7405), 236 (7617).

Případy, kdy se koriguje text zákona tou či onou methodou nebo kdy se nepohodlný text dokonce interpretací odklízí, nejsou právě četné. Jak již bylo pověděno, spíše se jiných method interpretačních užívá ke confirmaci výsledků docílených methodou filologickou nebo k objasnění nejasného textu. A třebaže, jak plyne z citací, nescházejí i rozhodnutí, která, posuzujeme-li věc jen s hlediska metody filologické a logické, jsou contra legem, můžeme dospěti k výsledku, že svobodné nalézání práva, byť i jen v zakryté formě¹¹⁾ je zjev hodně výjimečný. Ti tedy, kdo soudcům arrogují takovou kompetenci, nenalézají vlastně u soudů valného ohlasu.

8. Lze tedy konstatovati, že soudcové si neosobují kompetenci svobodně nalézati právo, nýbrž že se prohlašují za vázané na zákon, že však sami určují, leckdy arci způsobem dosti spletitým, z něhož se explicite nebo implicate dobývá hledisko účelnosti, které zá-

¹¹⁾ Zdali lze vskutku takto na věc pohlížeti, o tom srov. níže pod č. 11.

konné texty platí a jaký je jejich smysl. Při tom by bylo ještě upozorniti na jeden zjev, který se vyskytuje v judikatuře, v nauce i v zákonodárství (při redakci zákonných osnov), ne arci všude stejně. Jde, mohu-li to tak nazvati, o psychologický poměr mezi problémem aplikace práva (rozhodování) a problémem jeho interpretace. Logický poměr je jistě ten, že se vyloží tekst zákona a tekst takto vyložený se redukuje na hypotetické soudy, že něco má býti, je-li splněn určitý skutkový základ (normy abstraktní)¹². Tato abstraktní norma se pak konkretisuje rozhodnutím. Samy texty rozhodnutí soudních a arci také výklady naukové nás poučují s dostatečnou jasností, že psychologický poměr mezi obojí myšlenkovou operací není naveskrz stejný. Soudce drže se textu zákona, který zjistil a (snad podvědomě) redukoval na právní větu (normu), uvádí tuto větu do relace s případem, který má rozhodnouti, a nelíbí-li se mu rozhodnutí, vrací se k textu jinými methodami interpretačními. V nauce je rozdíl ten, že se konstruuje (vymýšlejí) různé případy a ty se pak uvádějí do relace s normou (redukcí zákonných textů určených podle metody filologické) a leckdy se pak tato norma (snad častěji než u soudů) koriguje pomocí jiných method interpretačních. I zákonodárce resp. expert pověřený redakcí zákonného textu počíná si podobně. Redigovaný tekst, redukovaný na normu, uvádí do relace s různými vymyšlenými nebo sběhlými (zejména ze soudních rozhodnutí čerpanými) „případy“ a zkoumá pak racionabilitu textů. Proti soudcům a nauce má arci tu výhodu, že koriguje texty osnovy tak, aby nutily ony vymyšlené a sběhlé případy rozhodnouti tak, jak se redaktoru zdá spravedlivé. Je-li redakci pověřen sbor znalců, dochází na konečnou redakci textů, i když nebylo věcných rozporů nebo když byly odklizeny, kritikou a antikritikou textů. Naproti tomu, kdo formuloval tekst, jiný uvede „případ“, který by podle navrženého textu nebyl rozhodnut správně a podle toho se tekst modifikuje, až uspokojí všechny.

9. Budiž mně dovoleno připojiti několik myšlenek se zřetelem k předloženému materiálu z judikatury a to zejména co do poměru nauky k němu. Především je jisto nebo snad až příliš samozřejmo,

¹²⁾ Proto není asi vhodné, mluvit o interpretaci norem, ledaže by tekst sám byl redigován jako norma.

že nauka není povolána za orgán kompetentní posuzovati platnost konkrétních norem vytvořených soudy (nálezu, enuntyátů), které nabyly právní moci. Konkrétní norma platí (jest vykonatelná), dokud nebude zrušena jiným aktem soudním (rozsudkem ve sporu o zmatečnost nebo o obnovu). Naskytá se tu ostatně obdoba na vyšších stupních normového souboru. Publikovaný zákon platí, i když nauka prokáže ad oculos, že je neústavní. Dokud ústavní soud neprohlásí neplatnost zákona, jest onen neústavní zákon částí normového souboru. I co do nařízení není věc podstatně jiná. I nařízení, o kterém nauka prokázala, že vybočuje z rámce delegace dané zákonem, platí, dokud soud neprohlásí jeho neplatnost; srv. k tomu na př. rozh. Nejvyššího správního soudu ze dne 5. prosince 1930, kterým byla prohlášena neplatnost vládního nařízení č. 355/29, § 4 poslední odstavec, a norem o ně se opírajících.

Co do právních vět, vyslovených soudy, nemají, jak bylo pověděno, autoritativní povahy a abstraktní normy jimi formulované nebo v nich vězící se tedy v podstatě rovnají právním větám vysloveným naukou. Ale zdá se, že je tu určitý rozdíl. Je to rozdíl snad nejuristický, jak se nyní s oblibou říká, ale je to rozdíl závažný. O právní větě ražené soudem (zejména nejvyšším) lze míti za to, že v budoucích sporech bude aplikována, že soudové v budoucích rozhodnutích ji budou konkretisovati a to zejména tehdy, když se s onou právní větou setkáváme opět (ustálená právní věta). Odchylná právní věta vyslovená některým spisovatelem takové budoucnosti nemá. Mnozí budou ochotni říci, že u nás (v Československé republice) platí právní věty:

Služebnosti, výměnky a jiná reálná břemena, jdoucí v pořadí před vymáhajícím věřitelem (ale za jinými věřiteli hypotekárními), budou převzaty vydražitelem beze srážky z nejvyššího podání; individuální smlouva pracovní se nesmí odchýliti od smlouvy kolektivní a to ani na neprospěch ani na prospěch zaměstnance, pokud toho kolektivní smlouva nedovoluje; podnikatelstvo železnice, poháněně silou živelní, odpovídá za škodu na životě a integritě tělesné způsobenou při provozu železnice, jestliže neprokáže a t. d.; mimosoudní rozchod manželů nemá nežádáných právních následků; byl-li soudem právoplatně vysloven rozvod podle § 107—109 obč. zák. a to z některého důvodu uvedeného

v § 13 zák. č. 320/19, může se každý manžel (nevinný i vinný) domoci rozlučky, nehledíc k § 15, na podkladě provedeného sporu o rozvod.

Všechny tyto věty platí, protože se podávají z filologického a logického výkladu zákonných textů.

Jiní budou naproti tomu ochotni říci, že u nás platí tyto právní věty:

Jen služebnosti, výměnky a reálná břemena jdoucí v pořadí před všemi zapsanými věřiteli hypotekárními budou převzaty vydražitelem bez srážky z nejvyššího podání; individuální smlouva pracovní může se odchýlit od smlouvy kolektivní v neprospěch i v prospěch zaměstnance i když kolektivní smlouva svým textem takové volnosti neposkytuje; podnikatelstvo železnice poháněné silou živelní odpovídá za škodu na životě a integritě tělesné způsobenou příhodou v dopravě, čímž se míní nepravdivost v provozu; mimosoudní rozchod manželů může mít některé právní následky, které má podle zákona rozvod soudní; podle § 17 zák. č. 320/19 nemůže se domoci rozlučky manžel, kdyby se přiznání nároku takovému manželu přičilo dobrým mravům.

Všechny tyto věty platí, protože se jimi prakse konstantně řídí.

Nebudíž vytýkáno, že příklady jsou špatně voleny a že věty uvedené na druhém místě vsutku platí, protože se podávají z filologického a logického výkladu zákonných textů. Dají se jistě nalézt jiné příklady, ve kterých výše vylíčený rozpor se zřetelně objeví.¹³⁾

Byl bych pro svou osobu ochoten přiznati se k první alternativě, ale nedovedu se zbaviti jakéhosi nepříjemného pocitu, vyvolaného možnou námitkou: Je to podivné právo, o němž se dočítáme jen z učebnice nebo jiného literárního výkonu pana X nebo Y (třeba profesora Karlovy university v Praze Dra. J. Krčmáře), když z toho, že takové právo platí, nevydobude na soudě nikdo ani haléře. Připadal bych si trochu podobný tomu, kdo by chtěl tvrditi, že dosud platí prosincová ústava z r. 1867.

Podíváme-li se blíže na rozpory mezi naukou a judikaturou, lze konstatovati dva druhy takových rozporů: nauka (ač sotva najdeme mnoho jednomyslnosti) vytýká, že právní věta vyslovená

¹³⁾ Srov. eksposici otázek uvedených v textu v mém Právu občanském II § 88 XI; III § 71 Dodatek k lit. A-C, § 99 IV; IV § 13 A I 2a), § 17 A II 2 c) β).

soudem je sice vyvedena ze zákonného textu metodami (myšlenkovými operacemi), které se pokládají za přiměřenou výzbroj judikatury, ale že není vyvedena správně. Typický příklad je spor o slovo „může“ v § 17 zák. č. 320/19.¹⁴⁾ Nebo jde o to, že právní věta vyslovená soudem je vyvedena ze zákonného textu myšlenkovými operacemi, které nauka nepokládá za výzbroj příslušející soudům, na př. že je výsledkem snahy korigovati lapsus zákona nebo napravití nevýhody, které jsou důsledky jeho zastaralosti. Sem náleží po mém soudě na př. rozhodnutí týkající se § 150 ex. ř. nebo snad i rozhodnutí hledící k § 208, lit. a—c voj. tr. zák.

Jde tu tedy o kritiku rozhodnutí soudních naukou. Uvažujeme-li o této kritice, dostáváme se tím k určité stránce problému, na který snad dosud nebylo s dostatek upozorněno. Je to jakýsi exkurs, ale nebudiž vykládán ve zlé. Ona stránka problému vynikne snad nejlépe, přirovnáme-li problém řeči k problému práva. Řeči užívají všichni lidé, jazykově vzdělaní i nevzdělaní. Chápeme dobře, že se mluví o instanci, které věříme, když se vyslovuje o správnosti jazykového usu. Jestliže nějaký znalec, který po léta se zabývá vývojem jazyka a jeho duchem, se vysloví o tom, že noviny píší nedbale, že ve formulářích, kterých užívají úřady nebo obchod, se vyskytují ošklivé kazimluvy, nebo že takové kazimluvy se vetřely do zákonů, do vědecké nebo do krásné literatury, nebo zase, že určité slovo utvořené způsobem, který neodpovídá duchu jazyka, v něm nabylo domovského práva, uzná každý rozumný a svou osobou nebo osobičkou ne přespříliš zaujatý člověk, že se tu vyslovila instance, kterou jest respektovati. (To arci neznamena, že by bylo kárati toho, kdo předkládá důvody, kterými se míní ospravedlniti.) Práva takto užívají vlastně jen dvě skupiny lidí. Právní nauka a soudy (úřady). A jako nikdo nechce tvrditi, že že soudové jsou soudci nad naukou, tak by to bylo velikášství nauky,¹⁵⁾ kdyby si zasedla na soudcovský tribunál, osobujíc si závazné rozhodnutí o tom, zda-li si soudové při svém rozhodování počínají správně. Odchylku co do poměru mezi naukou a soudním rozhodnutím znamenalo jistě římské *ius respondendi*. Bylo by možno citovati také čl. 38 statutu Stálého soudního dvora pro mezinárodní spravedlnost (vytýká se ostatně v čl. 59, že rozhodnutí

¹⁴⁾ Srov. k tomu moje *Právo občanské* IV. § 14 A II 2 c β.

¹⁵⁾ Srov. *Ross Theorie der Rechtsquellen* str. 321, p. 13.

soudní je závazné jen pro strany a jen pro případ, který byl rozhodnut), jenž ukládá soudu hleděti (k rozhodnutím soudním, precedencím) a k nauce publicistů zvláště kvalifikovaných, jako k podpůrnému zdroji při určování právních pravidel. Jde tu arci o ustanovení velmi pružné, jak proto, že se autoři označují pružným pojmenováním „les publicistes les plus qualitiés“, jednak že se mluví o nauce jako o podpůrném zdroji právních pravidel.

Jak zástupci nauky, tak soudcové (tito aspoň převážně), jsou vyučení právníci a žádná z obou kategorií není právním řádem (zákonem) povolána za soudce nad druhou. Spíše lze říci, že jejich úkoly je odkazují na to, aby se doplňovaly. Neboť činnost obou, podávajíc se z úkolů na ně vložených, je nutně jednostranná, má své výhody a svoje nedostatky. Nauka má výhodu volby otázek, a ježto není časové tísně, možnost vyčerpati zvolené otázky až do dna. Je-li činnost nauková sdružena s úřadem učitelským, nutně vede k opakovanému prozkoumání velké výšece právního řádu. Je tu nezávislost, ne sice na ideové náplni doby, ale přece na konkrétní skutkové podstatě. Ale nauka je více odcizena sociálnímu životu a její výroky mají jen povahu akademickou. Mají tedy význam jen potud, pokud vnitřní svojí pravdivostí dovedou přesvědčiti soudy, že výsledky, ke kterým nauka dospěla, jsou správné. Nejkrásněji odůvodněné rozhodnutí naukové je jen kusem potišťného papíru, kdežto právní věty vyslovené soudem, ač také nemají autoritativní povahy, se zřetelem k tomu, že jsou nebo mají býti dány předpisy, „aby se jednotně rozhodovalo a nálezy se ustálily“, působí jak na budoucí rozhodování, tak na sám sociální život. Uvědomí-li si nauka jasně, že díky určitým svým výhodám jest poradcem soudů a nic více, lze říci, že pochopila svůj úkol.

Jako výsledek těchto úvah lze především vytknouti, že spory mezi naukou a judikaturou o smysl zákona, zjištěný metodami, které jak nauka tak judikatura pokládají za výzbroj příslušející judikatuře, jsou spory mezi dvěma rovnocennými činiteli. Věc je nejiná, než když dva representanti vědy mají o určité právní otázce různá mínění. Z tohoto poznatku bych si troufal, hledě k tomu, co bylo pověděno výše, dospěti k této zásadě: Ustálila-li se v takových případech judikatura na určité právní větě, ztěžjí brání názor toho či onoho spisovatele úsudku, že tato právní věta platí. Jinak bychom snad dospěli k výsledku, že sice platí určitý zákonný

tekst, že však tam, kde není jednomyslnosti, neplatí žádná z právních vět ze zákonného textu vyvedených.

11. Co do otázky, je-li přesvědčivé tvrzení tu neb onde se vyskytující, že soudové užívající na cestě ke tvorbě právních vět jiných metod interpretačních než metody filologické a logické, a to zejména metody teleologické, si nepočínají správně, je nutno pohlednouti se po důvodech, kterými se prokazuje tato tése. Důvody by mohly býti dvojí a to jednak důvody, které jsou mimo pozitivní právo (zákon) a důvody vyčténé ze zákonných textů. Důvod prvního způsobu byl formulován tak, že užívání metody filologické a logické a jen jich znamená přihlížeti k výrazovým prostředkům, kterých užil zákon. Ježto zákon se objevuje ve formě jazykové a ve formě lidského myšlení, uzavírá v sobě mlčky a samozřejmě, co učí teorie řeči a myšlení. Zdá se mně však, že bylo jasně prokázáno, že v této tési vězí starý kvas a že se dá opřítí jen o neprávníckou (ne-normologickou) představu o vůli stojící za zákonem.¹⁶⁾ Jest opravdu od výše uvedené tése vzdálená na př. tése *E h r e n z w e i g o v a*,¹⁷⁾ když se vytýká, že každý zákon má účel a že pravá věrnost k zákonu spočívá v tom, když vykladač se postaví do služeb tohoto účelu?¹⁸⁾

Důvod vyčténý ze zákonného textu je vázanost soudce na zákon (§ 98 ústavní listiny a existující snad předpisy o výkladu, jako na př. § 6 obč. zák.). Nechci se zabývatí tvrzením, že je tu jakési *petitio principii* a že otázka a odpověď: Proč je soudce vázán na zákon? Protože to zákon nařídil, se asi rovnají otázce a odpovědi: Proč jsi povinen poslouchati svého otce? Protože to otec nařídil. Avšak i když nehledíme k této závadě, sotva dovedeme někoho přesvědčiti, že odpírá výše citovaným pružným textům zákonným poslušnost soudce, který užívá interpretačních metod vůbec obvyklých. Jeden jen doklad chci uvéstí pro to, kam by mohl vésti příliš striktní výklad „vázanosti“ na zákon. § 1318 obč. zák. praví, že když někdo bude poškozen tím, že spadne věc nebezpečně zavěšená nebo postavená nebo tím, že bylo něco vyhozeno nebo vylito, odpovídá za škodu ten, z jehož bytu byla věc vyhozena nebo vylita, nebo spadla. Vyskytlo se to nebo to snad jen bylo

¹⁶⁾ Srov. *Ross* na u. m. str. 328 sl.

¹⁷⁾ *System I/1* § 17 IV.

¹⁸⁾ Pěkný příklad dává novelový text § 780 obč. zák.; srv. k tomu *Právník L VII.*, str. 53 sl.

tak konstruováno. Do bytu se vloupali zloději a při jakémsi pravidelném obléhání střelíce a vrhajíce z oken kusy zařízení, zranili nebo dokonce usmrtili někoho z oblehatelů. Prý se vyskytl hlas (relata referro), že nešťastný obyvatel bytu, dlící kdesi na cestách, jest odpověden za vzniklou škodu. Jest přiznati, že vyličený skutkový děj odpovídá skutkovému základu § 1318 a to i co do střelby. Nechť jde o ruku vrhající kámen nebo jiný předmět vlastní silou nebo silou zesílenou pružností tetivy luku nebo praku, nechť konečně o ruku stiskající kohoutek střelné zbraně, vše to tvoří vlastně řadu, kterou právníci, užívajíce ne zcela přesně terminus vypůjčený od matematiků, říkají řada fluksní. Pravda, že pro obor občanského zákonníka by tu byl ještě § 6 obč. zák. se svou vůlí zákonodárce, ale přílišné urgování gramaticko-logického rámce snadno by uvedlo v posměch toho, kdo by takto urgoval. Jest arci přiznati, že proti příkladu výše uvedenému lze namítnouti, že se opírá o petitionem principii. Nutnost rozhodovati podle hlediska účelnosti (účelu zákona) se hájí nemožností rozhodovati neúčelně. Ale je-li petitio principii v příkladě, není jistě v tési před ním položená.

12. Nechci nikterak tvrditi, že přípustnost metody teleologické je tím, co bylo pověděno, prokázána, a lze snad říci, že výklady výše položenými jsme se octli v politice, jakož se leckdy setkáváme s tvrzením, že soudové užívajíce jiných metod interpretačních než metody filologické a logické pěstují politiku a že tedy postupující takto neaplikují superordinovanou normu zákonnou a nedrží se zákona, jak jim je nařízeno, nerozhodují podle práva, nýbrž contra legem a za právo dosazují politiku (za to, co má býti, dosazují to, co by býti mělo). Ačkoli podle toho, co bylo pověděno, lze míti pochybnost o tom, zdali takový postup soudů jest infrakcí povinnosti držeti se zákona, nelze konečně nic namítati proti tomu, kdo se chce držeti tése o politické činnosti soudů. K tomu bych připojil jen jednu poznámku, t. j. že hranice mezi jednotlivými metodami interpretačními nejsou tak zřetelné, jak se na prvý pohled zdá. Jsme-li k sobě zcela upřímní, budeme asi leckdy na pochybách, zda-li jsme, vyslovivše se pro tu neb onu právní větu zůstali ještě v rámci „dedukce“ ze slov zákonných a ze zákonů lidského myšlení či jsme již vstoupili na pole „politiky“. Jediný příklad ze zbrojnice, jíž jsme již dříve užívali. Rozhodne-li se někdo pro to, že slovo stupeň v § 612 obč. zák. neznamená generatio jako v § 41 obč. zák., nýbrž

casus restitutionis a že má tedy stejný smysl jako mělo slovo gradus v úsloví „plures gradus heredum facere“, může býti na konec v pochybnostech, zda-li jej přesvědčily argumenty čerpané z jazykového usu či argumenty čerpané z historie zákona či z hlediska účelnosti.

13. Objevil-li se nám, když zkoumáme problém soudního rozhodování, určitou měrou aspekt politický, není jistě od místa, když se na celý problém podíváme s hlediska politického. A tu by především bylo vhodné poohlédnouti se po prostředcích schopných omeziti nebo odkliditi onu „politiku“ pěstovanou soudy. Podle toho, co bylo pověděno výše, je politickým, ale sotva účinným prostředkem postup nauky, který soudům zřejmě nebo zakrytě zakazuje užívati určitých metod interpretačních. Jsou jiné prostředky účinnější, o nichž bude promluveno níže a jež, jak zde lze konstatovati, zabrání přemíře takové politiky. Významným prostředkem bylo jistě reféré législatif nebo orgán po vzoru kasačního tribunálu francouzského z r. 1790 (srv. o nich níže v pozn.⁵) Ale tyto prostředky nezdají se býti dnes oblíbeny (srv. níže č. 15). Nikoli bezvýznamným prostředkem jsou předpisy, které usilují o to, aby se jednotně rozhodovalo a aby se nálezy ustálily: Arci tu jde jednak o prostředek v rámci moci soudcovské, jednak o prostředek dvojsečný, když nejvyšší instance si oblíbí uvolňování gramaticko-logického rámce. Nikoli bezvýznamným prostředkem by mohlo býti také vydání podrobného zákona interpretačního. Ježto tu jde o politickou myšlenku ne zcela neaktuální, promluvíme o ní na konci, až bude zjevno, zdali je takového zákona vůbec zapotřebí.

14 Má-li na otázku právě danou býti dána správná odpověď, je nutno podívati se na skutečný stav (na to, co jest). Vůbec se, jak jsme seznali, soudové řídí zásadou vázanosti na zákon. Dokud se této zásady drží a to buď tak, že zákonu nepřikládají jiný smysl, než jaký se podává z interpretace gramaticko-logické nebo tak, že různými jinými metodami interpretačními vůbec obvyklými uvolňující gramaticko-logický rámec jsou vykonavatelé panujících ideí, které nejsou pro nehybnost zákonodárství v zákoně realizovány, je rovnováha a klid. Neochota soudů realizovati tyto ideje a vůbec vyhověti sociálním potřebám odstoupením od gramaticko-logického rámce zákona nebo zase přílišné nebo nevhodné uvolňování tohoto rámce se paralyzují změnou (precisací) zákona. Hrubé, zřetelné rozhodování contra legem se stihá leckdy jako porušení

povinností soudcovských. Kdyby se vyskytovaly sbírky disciplinárních nálezů nebo i rozhodnutí ve sporech syndikátních, našli bychom jistě toho doklady. Nemaje po ruce takových skutečných dokladů, cituji jeden příklad literární, soudce z Langerovy Periferie, jenž byl propuštěn, protože ženu, která kradla, aby nasýtla hladové děti, odsoudil k doživotnímu zaopatření v nějakém dobročinném ústavu. Hromadné jevy toho druhu, které by ani zřetelným objasněním zákonných textů nebyly odklizeny (sabatáž zákonů) se jistě dosud nevyskytly. Kdyby se vyskytly, učinily by asi princip soudcovské nezávislosti a výběr soudců předmětem politické diskuse a rozhodnutí moci zákonodárné.

15. Chápu dobře, že se zřetelem k těmto poznatkům mohlo se vyskytnouti učení vrcholící ve větě: Praksis (rozhodování soudů a právní věty jimi ražené) je právem, protože se opírá o zákon a zákon je právem, protože se praksis jím řídí.¹⁹⁾ Ross pokusil se podložiti tuto tesi theoretickým pojmem systému či totality²⁰⁾, dovozuje obšírně, že všechny dosavadní teorie positivismu selhaly. Nechci si osobovati úsudek o tom, zdali ona pozitivní tése přivádí ke kžebenému cíli, ani o tom zdali ona negativní (odmítavá) tése je prokázána. Sám bych, řekněme, více naturalisticky a snad nejuristicky (politicky) formuloval věc tak, že skloubenost právního řádu a vyrovnanost politických tendencí dá dospěti asi k těmto větám:

Praksis rozhoduje převážnou většinou secundum legem a jsouc tedy opřena o princip zákonnosti (vázanosti na zákon). Ale vyskytují se také, třeba snad nečetná rozhodnutí, která sotva kdy zjevně, ale aspoň zakrytě jsou contra legem. K zakrytu slouží interpretace textu. A protože jde o odchýlení zakryté interpretací, vězí v tom záruka, že nepůjde o odchýlení přílišné. Rozhodování podle zákona jde jistě především na vrub sankcí jak zákonných (možné reakce proti porušení soudcovských povinností), tak politických (možné změny zákona jdoucí pomyslně až k nulifikaci soudcovské funkce). Co do rozhodování proti zákonu nelze asi popírati existenci jakéhosi (mlhavého?) citu pro spravedlnost (podle toho, co bylo pověděno výše, bylo by arci možno mluvit o „školeném“ citu pro spravedlnost); srv. ostatně § 7 obč. zák. Jiní by byli spíše ochotni mluvit o (stejně mlhavých) požadavcích zdravého rozumu (srv. výše příklad

¹⁹⁾ Ross na u. m. str. 331.

²⁰⁾ na u. m. str. 270 sl.

hledící k § 1318 obč. zák. a k tomu § 16 obč. zák., jenž mluví o právech vrozených, pouhým rozumem seznatelných), leckterá rozhodnutí bude ostatně možno charakterisovati jako výraz jurisprudence zájmové. Že i tu se soud drží formálně zákona a tedy jen zakrytě pomocí interpretace rozhoduje contra legem, to jde zase na vrub výše zmíněných sankcí, ale asi také na vrub toho, že neposlušnost dobře upravena je ztravitelnější než neposlušnost zřejmá. Na konec však jest uznati, že v rozhodování mnoho jde na vrub tradice (závislosti na argumentaci naukové a na precedencích). K tomu jako příklad by bylo možno uvést, že (užívám zase termologie výše užitě) u nás „platí“ zásluhou *Randovou a Strohalovou*²¹⁾ knihovní právo odchýlené od textů knihovního zákona a zejména od jeho §§ 61 sl., a že málo kdo je si tohoto odchýlení vědom.

Vládnoucí činitelé dirigující aparát zákonodárný a k e p t u j í ony mírné a zakryté odchylky od principu zákonitosti.²²⁾ Aceptují je z různých důvodů: Proto, že leckdy odchylka od filologicko-logického rámce je politicky vůbec indiferentní (oněm činitelům je na př. jistě zcela lhostejno, zda-li v § 1042 obč. zák. se ignorují slova „podle zákona“ čili nic, nebo zda-li § 567 bude prohlášen za zrušený v § 4 řádu o zbavení svéprávnosti či jen za modifikovaný co do osob zbavených svéprávnosti zčásti) nebo protože rozhodnutí (ať již ve filologicko-logickém rámci či mimo rámeč), přičící se postulátům vládnoucích kruhů, se nezdají závazná a dají se usměrniti při občasných aktech moci zákonodárné (revisích textů); nebo konečně protože úchylka od filologicko-logického rámce je ve shodě s jejich vlastními postuláty a tendencemi, zbavující je nutnosti zasahovati činností zákonodárnou, když buď se při zákonotvorném procesu vyskytl lapsus nebo zákon zastaral.²³⁾

²¹⁾ Srv. k tomu na př. moje Právo občanské II § 56.

²²⁾ Nedostatek interpretačního předpisu nebo existence jen pružného předpisu jako je na př. § 6 obč. zák. znamená podle dávné zkušenosti, že se nechápe jako porušení povinností držeti se zákona, užívá-li kdo při zjišťování smyslu zákonných textů obvyklých metod interpretačních; srv. k tomu níže v tomto čísle in fine a č. 16.

²³⁾ Tím se také dá vysvětliti tése mnou kdysi ražená (srv. Právník LIV, str. 207), že nové texty zákonné kladou vykladatelským licencím odpor o mnoho větší než předpisy staré. Mluvil jsem tehdy o psychologických důvodech tohoto zjevu. Dnes bych ony důvody spíše precisoval jako důvody politické. Staré texty jsou politickým ideám přítomnosti

V řadě nikoli poslední jest uvážiti, že princip soudcovské nezávislosti je závažný pro klid a konsolidaci státu, ježto se pocítuje jako ochrana proti libovůli politických činitelů, takže s politického hlediska není radno, ba je nebezpečno jím otřásati.²⁴⁾ Tím vším si můžeme vysvětliti, že jen doby politicky vzrušené, v nichž zákonodárce vši mocí se snaží prosaditi v sociálním životě nové ideje realizované zákonodárstvím, ukazují příklady přísného upoutání soudce na zákon nebo zase doby spatřující ve veškerém obyvatelstvu poddané jednoho člověka nebo několika lidí a tedy pouhé nástroje jeho (jejich) vůle, znají přísnou závislost na vládcí (vládcích). Srv. k tomu, co je pověděno výše v pozn. 4. Z historie našeho práva lze upozorniti po té stránce na *Codex Theresianus* Erster Theil, Caput I. § V. č. 81, 82, 84—86, 89; *Horten* I. 1, 31—33. Zajímavé jsou i materiálie k *Martini* I., §§ 7—9; srv. *Harrassowski* V. str. 8 sl. p. 4.

Po tom všem, co bylo právě pověděno, nerozpakuji se, vracím-li se k otázce položené výše pod č. 9, říci, že „platí“ právo, které je dáno ustálenou judikaturou, i když se odchyluje od smyslu zákonných textů zjištěného interpretačními metodami filologickou a logickou. Dokud judikatura o určité právní větě se neustálila, sub *judice* lis est. Právní věta vyslovená soudcem, která se setká s jednomyslným odporem nauky (zjev asi řídký, hledíc k tomu, že významnější representanti nauky bývají individuality příliš vyhocené) nebo aspoň s odporem „publicistů zvláště kvalifikovaných“ nebo zase s prudkým odporem významných činitelů politických, ještě „neplatí.“ Když soudy přes to na oné právní větě se ustálí, pak lze říci, že „p l a t í.“ Z toho je pak arci patrné, že p l a t n é právo je kategorií stále pohyblivou a že se mění nejen

daleko cizejší než texty nové, a vládnoucí činitelé jsou tedy na přesném dodržování starých textů daleko méně interesováni než na dodržování textů nových. I celé stárnutí zákonů, o němž jsem promluvil ve Sborníku věd právních a státních XVII, str. 11 sl. dá se vysvětliti takto politicky.

²⁴⁾ Proto také na otázku: „Proč soudce rozhoduje řídi se zákonem?“ lze odpověděti: „Protože neposlušnost by měla za následek reakci (právní nebo politickou)“ a rozhodování *contra legem* jako zjev chronický se vysvětluje tam, kde reakce jistě nenastane nebo sotva nastane. Právě tak na otázku: „Proč posloucháš svého otce?“ lze odpověděti: „Protože neposlušnost by měla nepřijemné následky. Ostatně neposlouchám tam, kde takové obavy před oněmi nepřijemnými následky není.“

akty zákonodárnými, nýbrž i změnou judikatury. V judikatuře ustálená právní věta již „neplatí“, když se vyskytne rozhodnutí odchylné a nová právní věta „platí“ buď ihned (je-li na př. ve shodě s postuláty nauky důrazně hlásanými) nebo až se ustálí.

Mohu arci očekávati výtku, že mísím právo a politiku. Ale rozumím-li dobře, i zastánci nejčistší metody právnické začínají politikou, ježto otázka, zdali něco jest základní normou či jen projevem soukromé píce jednoho člověka nebo několika lidí, se řeší jako otázka moci a tedy politicky. Rozdíl naproti tomu, co bylo pověděno na předcházejících stránkách, není tedy substantiální, nýbrž jedině v tom, že mně politický aspekt se objevuje i v jednotlivých stupních hierarchie norem.

16. Díváme-li se s hledisek právě vylíčených na předpisy interpretační a předpisy o vyplňování mezer obsažené v zákonech, jest rozeznávati. Podrobný zákon interpretační poutající soudce na tekst zákona na př. podle vzoru *Piskových* výkladů v *Klangově* komentáři, byl by prostředkem na větším díle účinným (princip zákonnosti by asi ovládl aspoň na nějakou dobu i co do tohoto zákona) ale nehledíc k tomu, že každé interpretační pravidlo obsahuje v sobě petitionem principii,²⁵⁾ nebyl by prospěšný rozhodování a nebyl by asi žádoucí ani pro vládnoucí činitele, jimž podle toho, co bylo pověděno výše, nebývá nevhod, když soudce, jda s duchem doby, uvolňuje gramaticko-logický rámeček. Pružné a mnohoznačné předpisy toho druhu mají jen význam minimální, mají-li vůbec nějaký. Sbírký soudních rozhodnutí dávají i po této stránce jasný obraz toho, jak takový § 6 nebo 7 obč. zák. fungují jako pouhý bezpečnostní ventil. Kdyby jich v zákoně nebylo, bylo by rozhodnutí, které se jich dovolává, dopadlo sotva jinak než jak dopadlo. Proto také, když se redigovala v Československé republice tak řečená superrevisní osnova (r. 1926—1931) a když bylo jasno, že v té zastaralé (a nikoli nebezpečné) formě, jak jsou §§ 6 a 7 redigovány, nemohou obstáti v zákonníku z 20. století, stál jsem s důrazem na straně těch, kteří navrhovali, aby nebyly nahrazeny jinými, moderněji redigovanými.

²⁵⁾ Srv. k tomu moje *Právo občanské I* § 9 II.