

K VYMEDZENIU MEDZIER V PRÁVE A K ICH DRUHO Z HĽADISKA SUDCOVSKEJ TVORBY PRÁVA

MGR. MAREK PIPA
UNIVERZITA PAVLA JOZEFA ŠAFÁRIKA V KOŠICIACH
PRÁVNICKÁ FAKULTA
KATEDRA TEÓRIE ŠTÁTU A PRÁVA

Abstrakt

Ako názov príspevku napovedá, autor sa v ňom snaží priblížiť k pojmu právnej medzery a k ich (hlavným) druhom. Prv než k tomu dôjde, zasadzuje predmetnú problematiku do širšieho rámca teoreticko- a filozofickoprávnych problémov a na ne nadväzujúcich úvah. Poukazuje pri tom aj na kolízie názorov navzájom protichodných teórií a koncepčných prístupov. I keď je priestor limitovaný, snaží sa dospieť k podstatnému záveru (tvoriacemu ďalšie východisko), ktorým je skutočnosť, že v niektorých prípadoch sú (najčastejším) predpokladom tzv. sudcovskej tvorby práva, najmä pokiaľ ide o tzv. normatívne medzery, ktoré však zároveň samy osebe možno členiť na niekoľko druhov.

PIPA, Marek: K vymedzeniu medzier v práve a k ich druhom z hľadiska sudcovskej tvorby práva. HISTORIA ET THEORIA IURIS, roč. 2, 2010, č. 3, s. 22 - 33.

Úvod

Problematika medzier v práve (v zákonoch)¹ sa v súčasnej dobe dostáva do popredia predovšetkým v súvislosti s pertraktovaním otázok súvisiacich s dotváraním práva sudcom (súdom), či priamo s tzv. sudcovskou tvorbou práva, kde medzery v zákone vystupujú ako predpoklad pre túto tvorbu práva sudcom (súdom). Táto problematika je sama osebe otázkou nielen teoreticky, ale taktiež aj prakticky zložitou. Ba možno konštatovať, že i zložitejšou ako samotná problematika medzier v práve, nakoľko okrem tejto problematiky súvisí s množstvom ďalších, je teda komplexnejšou.

Nemožno poprieť, že medzery v práve vždy súviseli s uvedenou problematikou, nakoľko nastoľovali otázku, ako postupovať v procese aplikácie práva súdom, ak určitá oblasť spoločenských vzťahov nebola dostatočne, resp. vôbec upravená zákonodarcom v rámci legislatívneho procesu.

¹ Je vhodné rozlišovať medzery v práve a medzery v zákone, i keď z hľadiska štruktúry právneho systému je nepochybné, že medzery v zákone/zákonom sú súčasne medzerami v práve, avšak medzery v zákonoch úplne nevyčerpávajú množinu všetkých medzier tvoriacich tzv. medzery v práve.

V tzv. európsko-kontinentálnom type právnej kultúry sa uplatňuje zásada zákazu denegatio (abnegatio) iustitiae, podľa ktorej je sudca povinný rozhodnúť o veci, na rozhodovanie ktorej je príslušný. Uvedená zásada, ktorá bola prvýkrát normatívne zakotvená v čl. 4 francúzskeho Code civil z r.1804, nedovoľuje sudcovi, aby odmietol rozhodnutie z dôvodu „mlčania, nejasnosti, či nedostatočnosti zákona“, pretože v dôsledku porušenia tohto článku by mohol byť braný na zodpovednosť za „déli de justice“.²

Neúplnosť práva (napokon, ako každého iného ľudského výtvoru), vyplývajúca z „nedokonalosti“ ľudí (ako tvorcov práva), sa v praxi ako závažný problém prejavuje pri rozhodovaní konkrétneho prípadu. Sudca, ak nechce konať v rozpore so zákazom zásady denegationis iustitiae (v kontinentálnom právnom myslení dlhodobo akceptovanou a v mysliach sudcov pevne zakorenenu), musí daný prípad rozhodnúť, aj keď mu zákonodarca k tomu nevytvoril vhodné „inštrumentárium“. V podmienkach Slovenskej republiky taktiež ústavný poriadok, v čl. 46 Ústavy Slovenskej republiky zakotvuje **každému** „právo na súdnu a inú právnu ochranu“. V spojení s čl. 144 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky je táto povinnosť sudcu nespochybniteľná. V širšom kontexte sem možno zaradiť aj čl. 1 ods. 1 Ústavy.

K vymedzeniu medzier v práve z hľadiska príčin ich vzniku

Medzery v práve spomína už Aristoteles v piatej knihe Etiky Nikomachovej, kde pojednáva o tom, čo je slušné, a o vzťahu slušnosti k spravodlivosti (ktorej je v podstate celá piata kniha venovaná) a slušného k právu.

Kedykoľvek teda zákon hovorí všeobecne, ale sa prihodí čosi nie všeobecné, je vhodné opraviť a doplniť medzeru, ktorú zákonodarca zanechal, pretože hovoril všeobecne a dopustil sa chyby, ako by povedal aj sám zákonodarca, keby bol tu a ako by bol ustanovil, keby o tom vedel ... A je to podstata slušnosti, že je opravou zákona tam, kde má zákon pre svoje všeobecné znenie medzery. To je aj príčinou, že všetko nie je podľa zákona, lebo na mnohé prípady nemožno stanoviť zákon, a preto je tu potrebné osobitné uznesenie. Lebo o neurčitej veci je aj neurčité pravidlo tak, ako sa v lesbickom stavebníctve používa olovená krokavica ...³

² Pôvodne latinský výraz „denegatio iustitiae“ znamená v doslovnom preklade odmietnutie spravodlivosti. Zásadu zákazu denegatio iustitiae je však nevyhnutné vnímať v širšom kontexte. Vyjadruje taký stav, keď súd nevykonáva súdnictvo z dôvodov, keď štát nezabezpečí súdnu ochranu až po nečinnosť sudcu (súdu) v konkrétnom prípade. Bližšie pozri: SVÁK, J.: Vybrané zásady výkonu súdnictva. Bratislava : Concordia trading, 1996, s. 59 a n.

³ ARISTOTELES: Ethica Nicomachea. Cit. podľa slovenského prekladu J. Špaňára : Etika Nikomachova. Bratislava : Pravda, 1979, s. 137 - 138.

Aristoteles tu teda ako „korektora“ medzier, ktoré zákonodarca „zanechal“, uvádza slušnosť (ktorá je „určitou formou spravodlivosti a nie stavom od nej odlišným“).

Aristoteles však vystíhol podstatu zákonnej medzery (nestanovenie zákona pre všetky prípady napriek jeho všeobecnosti, resp. nemožnosť stanoviť zákon pre každý prípad), ale aj základnú príčinu vzniku týchto medzier (chyba zákonodarcu, keď neustanovil pravidlo správania).

Právne normy, ktorých dispozícia ako ich nevyhnutný štrukturálny prvok obsahuje príkaz, zákaz, či dovolenie, sú vždy formulované všeobecne, aby sa nevzťahovali len na konkrétny, jedinečný prípad, ale aby regulovali vždy neurčitý počet prípadov daného druhu, resp. (v širšom kontexte) daného druhu spoločenských vzťahov. Nemožno však vylúčiť, že pri aplikácii právnej normy na individuálnu, konkrétnu skutočnosť nastane situácia, keď nebude možné danú skutkovú podstatu subsumovať pod žiadnu právnu normu, a teda že sa vyskytnú medzery v zákone. Nie vždy však musí ísť o tzv. zložené prípady (hard cases).

Ako konšatoval V. Knapp⁴, jednou z teoreticky sporných otázok je otázka, či právo je úplný systém právnych noriem, alebo či to úplný systém (a teda „úplné právo“) nie je. Konkretizujúci uvedený problém, kladie otázku, či v spoločnosti existuje tzv. „prostor práva prostý“, prípadne či existujú medzery v práve, a ak áno, ako ich vyplniť. Zároveň uvádza, že tieto otázky môžu byť položené rôzne.

Ak sa pýtame, či každé ľudské správanie je upravené právom, t. j. právnou normou, uvádza, že je to nekorektne položená otázka a jej zodpovedanie vedie často k zbytočným problémom, nakoľko jej kladné zodpovedanie vedie často k zbytočným problémom, pretože smeruje „k celkom pesimistickému záveru o všeobšiahlosti práva“. Pokiaľ je odpoveď na ňu záporná, znamená to, že existuje spomínaný „priestor právom neregulovaný“ (v Knappovom vyjadrení „prostor práva prostý“), to znamená, že existuje ľudské správanie, ktoré je pre právo indiferentné („nezaujímavé“) a ktoré nie je teda ani dovolené, ani nedovolené, resp. že existujú medzery v práve. Existuje teda ľudské správanie, ktoré právom upravené nie je, ale malo by ním byť upravené (regulované). Najskôr je teda potrebné otázku položiť tak, či ktoréhoľvek ľudské správanie je buď len dovolené, alebo len nedovolené, a nie je tretia možnosť (tertium non datur).

Domnievam sa, že „otázka číslo jeden“ (či je právo úplným systémom noriem) nie je celkom bezpredmetná, nakoľko ak si ju kladieme spolu s ďalšími otázkami, ktoré sa týkajú legislatívneho procesu, resp. aj procesu, ktorý mu predchádza, ale najmä ak hodnotíme výsledný stav spočívajúci v existencii

⁴ KNAPP, V.: *Teorie práva*. Praha : C. H. BECK, 1995, s. 65.

medzier v zákonoch (a teda aj medzier v práve), dospievame k príčinám, ktoré spôsobujú vznik týchto medzier.

O následkoch „zákonodarného optimizmu“ prejavujúceho sa tzv. infláciou právnych predpisov, keď zákonodarca sa snaží upravovať (regulovať) čo najviac spoločenských vzťahov prostredníctvom právnej úpravy, sa dozvedáme v každodennej realite čoraz častejšie. To, že v dôsledku dynamického vývoja spoločenských vzťahov, technológií, ale aj v dôsledku globalizácie je nevyhnutné upravovať spoločenské vzťahy (či už novovznikajúce, alebo existujúce) aj prostredníctvom právnych nástrojov, resp. metódami právnej regulácie, je nepochybné. Avšak keď aj médiá neustále upozorňujú na nedostatky (nedokonalosti) týchto úprav, spočívajúce predovšetkým v opomenutí aspektov danej právnej úpravy, núti nás to stále viac uvažovať nad dimenziami a odtieňmi tejto otázky. Tieto nedostatky prejavujúce sa v medzerách totiž v konečnom dôsledku nevedú len k hodnoteniu legislatívneho procesu ako nekvalitného a neefektívneho, ale aj k narušaniu takého dôležitého právneho princípu, akým je princíp právnej istoty.

Na otázku, ktorú je podľa V. Knappa v súvislosti so skúmaním medzier v práve potrebné položiť, aby sme ju mohli bližšie skúmať, uvádza, že odpoveďou na ňu je logicky i sociologicky dokázateľné pravidlo, podľa ktorého v právnom štáte: pre každého všetko, čo nie je (právom) zakázané, je (právom) dovolené. Aplikáciou tohto pravidla je ďalšie pravidlo, že v prípade, že zákon výslovne dovoľuje len určité správanie, je týmto samým zakázané akékoľvek iné správanie. (To je dôležité predovšetkým pri vymedzení právomoci štátnych orgánov, ktorým je podľa tohto pravidla zakázané konať mimo rámca ich právomoci.) Z hľadiska týchto pravidiel je právo úplné v tom zmysle, že každé ľudské správanie môže byť z hľadiska práva kvalifikované buď ako dovolené, alebo ako nedovolené, takže neexistuje správanie právne irelevantné (ľahostajné).⁵

Konštatujúc, že problém vágnosti býva niekedy spájaný s otázkou tzv. normatívnych medzier, teda s absenciou normatívnej úpravy nejakého spôsobu správania, nachádza T. Sobek riešenie taktiež v tzv. zásade legálnej licencie. Uvádza, že úlohou čl. 2 ods. 4 Ústavy Českej republiky⁶ je interpretovať zákonom neupravené správanie ako právom dovolené. Tým sa právny poriadok Českej republiky logicky uzatvára v tom zmysle, že každé správanie je nakoniec právom nejakým spôsobom upravené.⁷

⁵ KNAPP, V.: c.d., s. 65.

⁶ „Každý občan může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.“

⁷ SOBEK, T.: Argumenty teorie práva. Praha : Ústav státu a práva AV ČR, 2008, s. 83.

Argument v podobe zásady legálnej licencie nemožno popierať v tom zmysle, že na základe jeho aplikácie dochádza k odlíšeniu správania dovoleného od správania nedovoleného (zakázaného), avšak jeho použitím nemusí dôjsť v konkrétnom prípade k celkovému riešeniu. Pri rozhodovaní nejakého prípadu nie je totiž dostatočné len konštatovanie, či dané správanie je dovolené. V prípade absencie hypotézy a/alebo dispozície danej právnej normy, či ich konkrétnejšieho (určitejšieho) vyjadrenia, sa sudca musí vyrovnáť aj s inými otázkami, a preto v tejto súvislosti nemožno považovať argument zásadou legálnej licencie za dostatočný, resp. riešiaci otázku v jej úplnosti. Konanie sudcu (smerom k „vyplňaniu medzier“) je však prípustné len v rámci odvetví súkromného práva. Na druhej strane, v rámci odvetví verejného práva je takéto počinanie sudcu zakázané. V rámci trestného práva hmotného sú martinely prípadnej takejto jeho činnosti ohraničené uplatnením zásady *nul-lum crimen sine lege* a *nulla poena sine lege*. Taktiež nie je možné o tom uvažovať v rámci prípadnej snahy o rozširovanie právomoci či kompetencie štátneho orgánu, resp. v širšom poňatí orgánu verejnej moci.

Spor o § 7 ABGB z pohľadu problematiky medzier v zákone

V rámci právnej teórie na európskom kontinente diskusiu o medzerách v zákone významným spôsobom ovplyvnilo ustanovenie § 7 Všeobecného občianskeho zákonníka⁸ (ABGB), podľa ktorého: *„Nelze-li právní případ rozhodnouti ani podle slov ani z přirozeného smyslu zákona, jest hleděti k podobným v zákoně zřejmě rozhodnutým případům a k důvodům jiných pří-buzných zákonů. Zůstane-li právní případ pochybný i nadále, sluší jej ze zře-tem k okolnostem pečlivě shrnutým a zrale uváženým rozhodnouti podle přirozených zásad právních.“*⁹

P. Holländer konštatuje, že prehľadávajúc reflexie právneho, resp. vše-obecného kultúrneho pôsobenia ABGB, ťažko by sme našli v priebehu 19. a 20. storočia významného civilistu alebo právneho teoretika, ktorý by vo svojich prácach opomenul dopady ustanovenia § 7 ABGB na súdnu prax, a nekládol si otázky vymedzenia pojmu medzier v práve a s tým spätého prie-storu pre sudcovskú tvorbu práva v systéme práva písaného.¹⁰

⁸ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie (v skratke ABGB), vyhlásený patentom cisára Fran-tiška I. dňa 1. júna 1811.

⁹ NOVÁK, K. – ŠVEHLA, A. et al. : Obecný zákoník občanský platný v Čechách, na Moravě a ve Slezsku se zákony doplňujícími. 3., oprav. vyd., Praha : Spolek čsl. právníků Všehrd, 1930, s. 6.

¹⁰ HOLLÄNDER, P.: Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústav-ního soudu. Praha : LINDE, 2003, s. 91.

Predstavitelia tzv. rýdzej právnej náuky (predovšetkým H. Kelsen) odmietali právny pojem medzier v práve, resp. pojem nepravých medzier v práve¹¹. Zastávali totiž tézu „všeobecnej negatívnej vety“, podľa ktorej oprávnenia (nároky) a povinnosti neexistujú, pokiaľ nie sú odôvodnené pozitívnym právom. V takýchto prípadoch je sudca teda povinný nárok, ktorý nie je pozitívnym právom založený, zamietnuť.¹²

Podľa F. Bydlinkeho za týchto okolností vyplývajú pre rýdzu právnu náuku pojmové problémy, pokiaľ je existencia medzier v práve pozitívoprávne uznaná zákonodarcom, ako je to v prípade § 7 ABGB, či v niektorých iných občianskych zákonníkoch, resp. uvádzacích zákonoch k nim.¹³ Tieto ustanovenia majú podľa Kelsena fiktívnu povahu, ktorá spočíva v tom, že nedostatok určitej právnej normy, založený na subjektívnom morálno-politickom hodnotovom úsudku, je vo vnútri právneho poriadku ponímaný ako logická nemožnosť. Predmetný paragraf teda len finguje existenciu medzier v práve, nakoľko zákonodarcu by nemohol vylúčiť, že jeho regulácia by mohla prípadne viesť k neuspokojivým dôsledkom, na strane druhej sa však musí obávať, že otvoreným uznaním svojej omylnosti by sudcov povzbudil k príliš aktívnemu nachádzaniu práva. Taktiež neexistuje vedecká metóda určujúca kritériá výberu jedinej správnej z mnohých možných interpretácií. V prípade konfliktu medzi dikciou zákona a úmyslom zákonodarcu preto obom prináleží rovnaká váha. Inými slovami, vedecky nie je riešiteľné, či je právom to, čo zákonodarcu vyslovil, alebo to, čo chcel (zamýšľal). Kelsen zároveň orgánom aplikujúcim právo neotvára neobmedzený priestor, pokiaľ prisudzuje dikcii a úmyslu rovnakú váhu. Na to reaguje Bydlinski tak, že tento záver rýdzej právnej náuky musí platiť aj pre interpretáciu § 7 ABGB, z čoho vyvodzuje dôsledok, že sudca smie rozhodnúť každý právny prípad buď podľa svojich subjektívnych, morálno-politických názorov, alebo podľa zákona, pričom voľba je na ňom samom.¹⁴

Na tzv. Bydlinkeho paradox odpovedá K. Ringhofer obranou rýdzej právnej náuky, keď uvádza, že predstavitelia tohto smeru nikdy a nikde vý-

¹¹ Nepravá medzera spočíva v neúplnosti písaného práva (jeho absencie) v porovnaní s explicitnou úpravou obdobných prípadov, t. j. z pohľadu princípu rovnosti (podľa ktorého sa má s rovnakým zaobchádzať rovnako) alebo z pohľadu všeobecných právnych princípov. Na druhej strane pravou (technickou medzerou) sa rozumie neúplnosť písaného práva pre určitý komponent posudzovaného prípadu, t. j. situácia, v ktorej niektoré komponenty prípadu sú upravené písaným právom explicitne, niektoré nie, pričom bez ich právneho posúdenia nemožno rozhodnúť prípad ako celok.

¹² HOLLÄNDER, P.: c. d., s. 91.

¹³ § 1 švajčiarskeho občianskeho zákonníka, § 12 uvádzacieho zákona k talianskemu občianskemu zákonníku, či § 1 a 4 španielskeho občianskeho zákonníka.

¹⁴ HOLLÄNDER, P.: c. d., s. 91 - 92.

slovne alebo implicitne nehlásali to, že by k dotváraniu práva, k prijímaniu (individuálnych) právnych noriem povolaným sudcom bolo na jeho voľbe rozhodnúť nejaký alebo snád každý právny prípad buď podľa zákona, alebo podľa jeho suverénnej ľubovôle, a to ani v súvislosti s § 7, ani žiadnym iným. Je to práve naopak, sudca musí za základ svojho rozhodnutia vziať zákon, je povinný prijať rozhodnutie podľa zákona. V situácii, v ktorej pozitívne právo ponúka viac možných interpretácií, o ktorých nemožno „vedecky“ rozhodnúť, ktorá z nich je alternatívou „správnu“ a prijatím faktu, podľa ktorého individuálna, konkrétna norma nie je „poznaná“, ale „stanovená“, dospieva k záveru, že výsledné rozhodnutie o výbere z niekoľkých interpretačných možností spadá do kompetencie sudcu, a nie vedy.¹⁵

Bydlinsky však na seba nenechá čakať a vo svojej replike Ringhoferove argumenty odmieta. Pokiaľ je totiž prehliadnutie fiktívnej povahy zmocnenia k sudcovskému dotváraniu práva vedeckým poznatkom, je dosť prekvapivý noetický subjektivismus Ringhofera úplne trápny, určujúci nie je už nájdený správny vedecký náhľad, ale to, čo si sudca o tom myslí. Jeho výčitky sa týkajú toho, že nejde o to, ako sudca postupovať môže, ale o to, ako má postupovať pri nachádzaní rozhodnutia, a taktiež sa týkajú kritiky rozporu v Ringhoferovej argumentácii, ktorý vidí medzi tvrdením o podriadenosti sudcu zákonu na strane jednej, a tvrdením o otvorenej možnosti sudcu rozhodnúť sa pri aplikácii § 7 ABGB postupovať podľa „všeobecnej negatívnej vety“ alebo dotvoriť právo, resp. vyplniť medzeru v práve v zmysle tohto ustanovenia na strane druhej.¹⁶

Týmto ešte spor nekončí, avšak v posledných Kelsenových dielach, v prácach R. Waltera a F. Pardona sa už pripúšťa možnosť sudcovského dotvárania práva a akceptuje sa aj hierarchia interpretačných postupov. Z pohľadu Bydlinského kritickéj reflexie vo vzťahu k interpretácii § 7 ABGB z toho plynie zmena pôvodných stanovísk, avšak pri zachovaní základných téz, základov stavby rýdzej právnej náuky.¹⁷

Vymedzenie základného pojmu a druhy právnych medzier

V úvode považujem za dôležité upriamiť pozornosť na to, že nie všetci autori, ktorí pripúšťajú možnosť tvorby práva sudcom v prípade absencie všeobecne uznávaných pravidiel – či už právnych noriem, alebo precedensov, používajú pojem medzery explicite, resp. hľadajú formu riešenia inde, ako je vyplňanie medzier v práve.

¹⁵ Tamže, s. 93 - 94.

¹⁶ HOLLÄNDER, P.: c. d., s. 94.

¹⁷ Tamže, s. 95.

Napríklad, R. Dworkin sa v diele *Taking Rights Seriously* (Keď sa práva berú vážne) vyhýba priamo používaniu pojmu medzier v zákone (či v práve), avšak svoju teóriu právnych princípov, ktorú založil na tzv. zložitých prípadoch (hard cases), vybudoval práve na absencii existujúcich právnych pravidiel, ktoré by tvorili základ pre rozhodnutie sudcu v takýchto prípadoch.

Dworkin konštatuje, že teóriu obťažných prípadov ponúka právny pozitivizmus. Následne uvádza, že pokiaľ nemožno konkrétny právny spor podriaďiť jasnému právnemu pravidlu, ktoré nejaká právna inštitúcia stanoví vo pred, má sudca diskrečné oprávnenie rozhodnúť spor tak alebo onak.¹⁸

V konečnom dôsledku tak pre Dworkina medzery v práve ani neexistujú, a teda nepotrebuje sa zaoberať riešením takýchto situácií, keďže prostredníctvom právnych princípov je možné riešiť prípady v situácii, ak nejednajú pravidlá obsiahnuté či už v zákonoch, alebo v precedensoch. Právny princíp (v jeho ponímaní ako samostatný prameň práva) je spôsobilý prispieť k vyriešeniu akéhokoľvek, i zložitého prípadu, a to vždy (jeho teória „one right answer“).

I. Kanárik, vychádzajúc z toho, že právo je polysém, konštatuje, že aj pojem právnej medzery má viacero významov, resp. že právna medzera má rôzne podoby.

Možno ju preto skúmať vo viacerých rovinách, predovšetkým ako:

- a) právne vákuum
- b) neurčitost' právnej úpravy
- c) legislatívnu nečinnosť (omisia orgánu tvorby práva)¹⁹

„Roviny skúmania“ v tomto prípade v podstate splyvajú s príčinami vzniku medzier v práve [písm. c).] alebo s následkom, ktorý je v konečnom dôsledku spôsobený [písm. a) a b)]. Stručne zhrnuté, v tomto prístupe súvisia s (nedokonalou) činnosťou či nečinnosťou zákonodarcu, resp. osôb podieľajúcich sa na tvorbe všeobecne záväzných právnych predpisov v legislatívnom procese.

Rozlišujúc medzi medzerami ako neplánovanou neúplnosťou právneho poriadku (kedy je sudca povolaný a povinný vyplniť medzery v platnom práve), a medzerami ako právno-politickým deficitom právneho poriadku a ve-

¹⁸ DWORKIN, R.: *Taking rights seriously*, Cambridge, 1977. Cit. podľa českého prekladu Z. Masopusta: *Když se práva berou vážně*. Praha : OIKOYMENH, 2001, s. 112.

¹⁹ KANÁRIK, I.: *Legislatívna nečinnosť zákonodarného orgánu v právnom štáte (v rovine vnútroštátneho práva)*. In: CEHLÁROVÁ, L. – TEKELI, J.: *Ústava Slovenskej republiky a jej uplatňovanie v legislatívnej a právno-aplikačnej praxi*. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2009, s. 6.

domou legislatívnu nečinnosťou (kde aktivita sudcu je absolútne vylúčená), uvádza H. Schlosser (uvedomujúc si pritom početné terminologické divergencie) nasledujúcu definíciu medzery v zákone:

*O medzere v zákone ide vtedy, ak zákon neobsahuje úpravu, ktorú by na základe účelu normy, v súlade s východiskovými cieľmi zákonodarcu alebo v zmysle všeobecnej súvislosti zákona mal zahŕňať.*²⁰

Okrem takejto, možno povedať „klasickú (a zároveň všeobecnú) definíciu“ medzery v zákone (v práve), vychádzajúcej z absencie zákonnej úpravy, resp. jej normatívnej úpravy, sa možno stretnúť aj s definíciou, ku ktorej možno dospieť pri komplexnejšom pohľade na skúmanú problematiku.

Konkrétne, Z. Kühn uvádza, že „*normatívna medzera síce môže mať určitý normatívny základ v zákone, avšak napriek tomuto normatívnemu základu nie je jasné, či ide alebo nejde o medzeru de lege ferenda či de lege lata*“²¹, *teda inými slovami, či individuálna kauza, rovnako ako všeobecná kauza (teda všeobecná norma, ktorou by sa riešenie individuálnej kauzy malo riadiť) má vôbec právnu relevanciu a po posúdení všetkých relevantných aspektov sa dospeje k záveru, že ide o medzeru de lege lata.*“²²

H. Schlosser poukazuje na to, že v metodológii a teórii práva existuje pojmovo snád až mätúca terminologická rozmanitosť tohto problému. Diferencujúce a typizujúce označenia podľa hlavných, vedľajších či nižších kategórií sú pre prax nepoužiteľné. Na ilustráciu uvádza príklady rozlišovania medzier: *zákonne imanentné – právno-politické – kritické – materiálne – formálne medzery; delegačné – správnostné – výnimkové – prikazujúce – hodnotiace medzery; zjavné – skryté; pravé – nepravé medzery.*²³

Za najdôležitejšie a pre právnu prax najvýznamnejšie prípady rozlišovania medzier považuje ich rozlišovanie na počiatkové a následné, a na zjavné a skryté²⁴:

a) počiatková (primárna) medzera – v prípade, ak sa zákonodarca nezamýšľal nad povolením či zákazom dotvárania práva, ide o klasický prejav medzery v zákone. Zákon mlčí, pretože (historický) zákonodarca v legislatívnom procese nerozpoznal, že v normatívnom systéme právnej úpravy vznikla

²⁰ SCHLOSSER, H. : Sudcovská tvorba práva. In: VEČEŘA, M. (et all.): Teória práva. Žilina : Poradca podnikateľa – Bratislavská vysoká škola práva, 2007, s. 110.

²¹ Takéto rozlišovanie medzier (resp. ich poňatia) vychádza z rozlišovania úvah o tom, aké by právo malo byť, čo by z hľadiska subjektu úvahy malo alebo nemalo byť právom upravené (hľadisko de lege ferenda), a o tom, aké právo je, čo ako právo platí (hľadisko de lege lata).

²² KÜHN, Z.: Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře. Praha : Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 223 - 224.

²³ SCHLOSSER, H.: c. d., s. 110.

²⁴ Tamže, s. 110 - 111.

medzera.²⁵ Ak teda medzera existovala už v okamihu nadobudnutia účinnosti zákona a zákonodarca pri vydaní zákona buď vôbec nevyriešil príslušný situ-
ačný problém, alebo takýto problém vyriešil nesprávne a prehliadol tým kon-
krétne vystávajúcu otázku, možno hovoriť o „*počiatočnej (primárnej) neve-
domej medzere*“. Ak zákonodarca síce potrebu úpravy rozpoznal, avšak
vyjasnenie istých právnych otázok zámerne prenechal súdnej moci a právnej
vede²⁶, hovorí právna metodológia o „*počiatočnej vedomej medzere*“.

b) následná (sekundárna) medzera – vzniká dodatočne, po nadobudnutí
účinnosti zákona. Dochádza k tomu vtedy, ak sa skutočné alebo právno-
politické pomery neskôr zmenili. V týchto prípadoch možno hovoriť o „*ná-
slednej nevedomej (sekundárnej) medzere*“.

c) zjavná (otvorená) medzera – o takúto situáciu ide, ak chýba zákonné
ustanovenie, ktoré svojou povahou a na základe nariadenia účelu zákona
bolo možné v zákone očakávať. Príznačné pre ňu je, že právna norma v roz-
pore s jej plánovaným cieľom nedáva očakávanú odpoveď na spornú právnu
otázku. Typickou situáciou zjavných medzier je skutočnosť, že zákon sa
zrieka vlastnej úpravy problému. To, čo má platiť v konkrétnom prípade, je
prenechané na rozhodnutie súdu.²⁷

d) skrytá medzera – o prípade takejto medzery možno hovoriť, ak zákon
neobsahuje osobitné ustanovenie alebo ustanovenie zakladajúce výnimku,
ktoré v súlade so zámerom zákonodarcu a účelom samotného zákona mali
byť v zákone obsiahnuté. Je preň príznačné, že svojou podstatou obsiahnutá
právna úprava zakrýva absenciu osobitného ustanovenia, prípadne ustanove-
nia, ktoré zakladá výnimku.

²⁵ Otázne však je, či zákonodarca môže vôbec (vždy) rozpoznať to, že v normatív-
nom systéme vznikla medzera. Zákonodarca síce sleduje danou právnou úpravou
nejaký cieľ, avšak v konečnom dôsledku, „testovanie úplnosti“ predmetného (v na-
ších podmienkach) normatívneho právneho aktu prichádza na rad až v čase jeho
aplikácie príslušným orgánom verejnej moci (najčastejšie súdom – minimálne
z pohľadu zamerania tejto práce). Práve ten totiž najčastejšie nachádza nedostatky
predmetnej právnej úpravy a snaží sa ich preklenúť určitým spôsobom tak, aby
v konečnom dôsledku rozhodol „v medziach práva“.

²⁶ Za vyjasnenie právnych otázok v rámci právnej vedy by sme mohli považovať
predovšetkým komentáre k príslušným právnym predpisom, či odborné články,
alebo state v rámci monografií reprezentujúcich jednotlivé právne odvetvia, či od-
bory právnej vedy – prostredníctvom doktrínálneho výkladu.

²⁷ Príkladom sú tzv. generálne klauzuly, prípadne neurčité právne pojmy ako „v dob-
rej viere“, „dobré mravy“, „dôležitý (napríklad výpovedný) dôvod“, „všeobecné
dobro“, „verejný poriadok“ a podobne. Pochopiteľne, sú prípady, kedy je nevy-
hnutné v rámci procesu tvorby práva použiť neurčité výrazy.

A. Peczenik, vychádzajúc z prác niekoľkých teoretikov (Alchourrón, Bulygin Wróblewski, Opalek, Ziembinski), uvádza niekoľko podôb právnych medzier²⁸:

- a) platné právo nereguluje daný prípad (an insufficiency gap – „nedostatková medzera, medzera vyplývajúca z nedostatku právnej regulácie“),
- b) platné právo reguluje daný prípad logicky nekonzistentne – rozporne (an inconsistency gap – „rozporná medzera, medzera vyplývajúca z logickej rozpornosti“),
- c) platné právo reguluje daný prípad vágnym alebo nejednoznačným (mnohoznačným) spôsobom (an indeterminacy gap – „neurčitá medzera, medzera vyplývajúca z neurčitosti“),
- d) platné právo reguluje daný prípad morálne neakceptovateľným spôsobom (an axiological gap – „axiologická medzera, medzera vyplývajúca z hodnotovej – morálnej neakceptovateľnosti“).

Ako osobitný typ prvej skupiny medzier uvádza „genuine gaps“ („rýdze, nefalšované medzery“). Ako príklad uvádza, keď právna norma stanovuje, že niekto môže požadovať nejakú kompenzáciu, avšak necháva „otvorené“, kto má platiť, alebo prípad, keď vyššia norma stanovuje, že nejaká (nižšia) norma má byť vydaná.²⁹

Záver

Existenciu medzier v práve nemožno poprieť a z hľadiska príčiny ich vzniku či spôsobeného následku možno rozlíšiť niekoľko ich druhov. Vznikajú predovšetkým v dôsledku omisie zákonodarcu a spočívajú v absencii (predovšetkým) zákonnej úpravy alebo v jej neúplnosti. Preto z pohľadu praktickej roviny majú najväčší význam tzv. normatívne medzery, pričom v rámci tejto skupiny možno detailnejším rozborom dospieť k niekoľkým ich podskupinám, ktoré zároveň predstavujú ich samostatné druhy. Nemožno ich vyčerpávajúcim spôsobom riešiť prostredníctvom uplatnenia zásady legálnej licencie. V prípade absencie hypotézy a/alebo dispozície danej právnej normy, či ich určitejšieho (jasnejšieho) vyjadrenia, sa sudca musí vyrovnáť aj s inými otázkami, a preto v tejto súvislosti nemožno považovať argument zásadou legálnej licencie za dostatočný, resp. riešiaci otázku v jej úplnosti. Možnosti smerujúce k „vyplňaniu medzier“ však nemá v odvetviach verejného práva.

Pri aplikácii práva sú medzery v zákonoch (v práve) najvýznamnejším a zároveň nevyhnutným predpokladom pre dotváranie či tvorbu práva sudcom, a to aj v tzv. kontinentálnom type právnej kultúry. Sudca sa totiž v ta-

²⁸ PECZENIK, A.: On Law and Reason. Springer, 2008, s. 18.

²⁹ PECZENIK, A.: c. d., s. 19.

komto prípade („mlčania, nejasnosti či nedostatočnosti zákona“) svojím nekonaním dopúšťa porušenia zásady zákazu odmietnutia spravodlivosti, ktorá je v kontinentálnej právnej kultúre už vyše dve storočia pevne zakorenená a vžitá v právnom vedomí (nielen sudcov).

Recenzent: Doc. JUDr. Imrich Kanárik, CSc.

Resumé

Pipa Marek. To definition of gaps in law and their kinds from the perspective of judicial law-making. HISTORIA ET THEORIA IURIS, Vol. 2, 2010, No. 3, p. 22 - 33.

In this article the author deals with the issue which is not new in a continental legal theory. The author tries to draw the concept of a gap in law and their kinds. Before that happens, he presents issues in a broader framework of theoretical and philosophical approaches to law and at follow-up considerations. In this context, he refers to the clashing views of opposing theories and conceptual approaches. The article thus also points to authors who reject the existence of gaps in law. On the other hand, there are authors who acknowledge their existence but do not convey about them explicitly. Though extent of the article is limited, he tries to reach a substantial conclusion (in the downstream starting point), which is that gaps in law exist and in some cases they are (most common) condition of a judicial law-making, especially regarding the so-called normative gaps. But also they themselves could be divided into several kinds.