

Soudcovská tvorba práva I. + II.



JUDr. David Kosař, NSS & PrF MU
4775@mail.muni.cz
david.kosar@nssoud.cz

Struktura přednáškového bloku I.



1. Úvod do problematiky
 - Precedens: common law vs. kontinentální právo
 - Co se rozumí „soudcovskou tvorbou práva“?
 - Soudcovská tvorba práva vs. dotváření práva
 - Soudcovská tvorba práva ano či ne?
2. Soudcovská tvorba práva
3. Specifické otázky
 - Mezery v zákoně
 - Soudcovský aktivismus vs. „judicial self-restraint“
 - Judikatorní odklony

Struktura přednáškového bloku II.



- Soudcovská tvorba práva
 - Justifikace soudcovské tvorby práva
 - Soudci = „dělníci práva“ nebo občasní zákonodárci?
 - Faktory ovlivňující soudce při tvorbě práva
 - Meze soudcovské tvorby práva
 - Externí omezení soudcovské tvorby práva
 - Interní omezení soudcovské tvorby práva
 - Soudci nejsou akademici!

Úvod do problematiky



Precedens na evropském kontinentu I.



- Historický exkurz
- Expanze soudcovského práva ve 20. stol.
 - Reakce na nacistické bezpráví
 - Růst role státu => i role soudní moci
 - Vzestup právní komparistiky
- Současné pojetí
- Otázka závaznosti

Precedens na evropském kontinentu II.



- Peczenik – 4 základní kategorie právně relevantních zdrojů
 1. ty, které soudce **musí** užít
 2. ty, které **by** soudce **měl** užít
 3. ty, které soudce **smí** užít
 4. ty, které soudce **nesmí** užít

Precedens v common law I.



- Historický exkurz
- Závazné vs. přesvědčivé precedenty
 - Závazný precedent
 - Přesvědčivý precedent
 - Příkladný precedent
- Ratio decidendi vs. obiter dictum
 - NSS, 7 Afs 54/2008

Precedens v common law II.



- Které precedenty jsou závazné?
 - právní otázka musí být totožná
- Rozsudky jakých soudů jsou závazné?
 - odvolací vs. prvoinstanční soudy
- Která část odůvodnění je závazná?
 - ratio decidendi vs. obiter dictum

Precedens: common law vs. kontinentální právo



- Odlišné chápání závaznosti
- Odlišné nazírání na právo
- Právní jistota dosahována jiným způsobem
- Odlišné funkce nejvyšších soudů
 - Prospektivní vs. retrospektivní role

Co se rozumí „soudcovskou tvorbou práva“?



- výklad právních předpisů x tvorba práva
 - výchozí premisa = jazykový výklad není jediný možný
 - ne vždy si vystačíme s výkladem
 - pro STP musí hovořit pádnější argumenty než pro výklad
- STP = nalézání práva, které je v rozporu s doslovným výkladem

Co se rozumí „soudcovskou tvorbou práva“ II



- 3 oblasti významu pojmu (sématické hrací plochy):
 1. Jádru pojmu
 2. Neurčitá část pojmu
 3. Oblast mimo rozsah pojmu
- rozšiřující (extenzivní) výklad x analogie
- zužující (restriktivní) výklad x teleologická redukce

Soudcovská tvorba práva vs. dotváření práva



- Akademická debata
 - Tvorba práva => zákonodárce
 - Dotváření práva => soudy
- Důsledky
 - Nutnost veřejné publikace judikatury (NS SK)
 - Zákaz používání nepublikované judikatury (Bobek:42)
 - Závaznost

Soudcovská tvorba práva ano či ne?



- Otázka nezní ano či ne...
 - ... ale do jaké míry
 - problém = *non liquet*
- Důkazy?
 - Abstraktní principy
 - Obecné klauzule (hospodářská soutěž)
 - Neurčité právní pojmy (+ správní uvážení)
 - Odkaz na přirozenoprávní normy (dobré mravy)
 - Nejednoznačné formulace
 - A ŽIVOT... => nepředpokládané situace

Co když ano?



- Důsledky
 - Nutnost veřejné publikace judikatury
 - Zákaz používání nepublikované judikatury
 - Závaznost...
- Jaká jsou omezení?
 - Ne kdykoliv
 - Ne jakýmkoliv způsobem
 - Ne podle vlastní politické orientace



Soudcovská tvorba práva

Justifikace soudcovské tvorby práva



- Tzv. všeobecná negativní věta
- Argumenty proti
 - Princip právní jistoty
 - Princip dělby moci
 - Demokratický princip
- Argumenty pro
 - Princip (hodnotové) bezrozpornosti právního řádu
 - Princip rovnosti
 - *non-liquet*

• Melzer, str. 164-170

Meze soudcovské tvorby práva



- Kolize protichůdných principů
 - Bydlinski: „*jasný text příslušného ustanovení s jasně průkazným úmyslem historického zákonodárce*”
 - => chybí *protiplánovost* neúplnosti zákona (vědomá mezera)
 - Oblasti, kde je dotváření práva vyloučeno:
 - Trestní právo hmotné
 - Daňové právo
 - Kompetenční pravidla
- Posner + Melzer (str. 180-184)

Soudci = „dělníci práva“ nebo občasní zákonodárci?



- Posner: „soudci = občasní zákonodárci z donucení”
 - formalismus (legalismus) vše nevyřeší => diskrece
 - Posner: „fact-finding“ x „law-making“ discretion (str. 69-70)
- Proč se někdo stane soudcem? (moc, respekt, vliv, prestiž a klid...)
- 2 typy soudců: „leaders“ a „followers“
- CJ Roberts: „*calling balls and strikes*“ (+ Tamanaha)

Soudci jako občasný zákonodárci: jak moc?



- Posner (str. 86-88): jak moc musí soudce „zákonodářcovat”?
 1. Postavení v hierarchii soudů (ale srov. předběžné otázky k ESD)
 2. Zkušenost
 3. Oblast práva, ve které soudce působí (ústavní x závazkové právo)

Faktory ovlivňující soudce při tvorbě práva



1. Politické faktory (ideologie)
2. Osobnostní faktory
 - z jakého prostředí soudce pochází
 - osobní zkušenost a praxe
 - náboženství + emoce
3. Strategické faktory
4. Institucionální faktory (doktrína „politické otázky”, self-restraint, deference atd.)

Externí omezení soudcovské tvorby práva



- Zaměstnanec-zaměstnavatel (*Agency model*)
 - Plat
 - Zbavení funkce (či časově omezený mandát)
 - Povýšení
- Jak hodnotit soudce???

• Posner, str. 125-157

Externí omezení soudcovské tvorby práva II.



- Další faktory
 - Akademická kritika???
 - Výběr soudců (kariérní x laterální model)
 - Nápad soudu
 - Změna zákona (constitutional override)

• Posner, str. 125-157

Interní omezení soudcovské tvorby práva



- Tlak okolí (být ostatními soudci vnímán jako dobrý soudce)
- Faktor kolegiality (rozhodování v senátech)
- „Potvrzení na odvolačce” (reversal rate)
- Etické a profesní kodexy

• Posner, str. 174-203

Soudci nejsou akademici!



- Žádný profesor nepíše 25 (180?) článků za rok...
- Odtržení akademie od praxe...
- Posner:
 1. soudce nezajímá, co si myslí akademici
 2. akademiky nezajímají konkrétní soudci
- Rozdíly (specializace, kdo píše?, originalita?, možnost volby tématu...)

• Posner, str. 204-229

Děkuji za pozornost během I. bloku!