

Teorie mezer a současné právní myšlení*

Lukáš Hlouch**

I. Úvod

Ve svém příspěvku se chci zaměřit na analýzu jedné z tezí současné právní metodologie, která je v zásadě teorií i praxí přijímána, a to je myšlenkový model tzv. mezer (*lacuna, Lücken, gaps*).¹ Model mezer (tzv. teorie mezer) úzce a neodmyslitelně souvisí s postulátem úplnosti práva, resp. řešení otázky otevřenosti či uzavřenosti právního řádu. S touto otázkou byly konfrontovány všechny významné právně-filosofické směry 19. a 20. století, přičemž do řešení této otázky se zcela přirozeně promlouvalo ideologické zařazení jednotlivých škol právního myšlení z hlediska jejich příklonu k přirozenoprávnímu či pozitivistickému modelu nazírání práva. Problém úplnosti právního systému je také otázkou, v níž se střetávají a prolínají dvě základní větve právní filosofie, tedy právní ontologie a právní metodologie.² Ambicí tohoto příspěvku je především poukázat na vztah mezi normativistickým vnímáním tohoto problému, který zásadním způsobem ovlivnil domácí právní myšlení minulého století, a současným – v kontinentální právní metodologii převážně akceptovaným – modelem vycházejícím z toho, že v právní regulaci existují tzv. mezery, pro něž je právo třeba cha-

* Článek je výstupem z fakultního projektu „Metodologie právního myšlení: teorie a praxe“, jehož je autor spoluřešitelem (zakázka č. 0611).

** JUDr. Lukáš Hlouch, Ph.D., Katedra právní teorie Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno.

¹ Kromě děl současných autorů věnujících se teoreticky právní metodologii a teorii interpretace (mezi jinými zejm. Zdeněk Kühn, Filip Melzer a Jan Wintr) je třeba poukázat na řadu nálezů Ústavního soudu ČR, v nichž je pojem „mezery“ užíván. Viz k tomu např. nález sp. zn. Pl. ÚS 36/01 ze dne 25.6.2002, dále stanovisko pléna Ústavního soudu ČR ve Pl.ÚS-st 27/09 ze dne 28.04.2009 k náhradě za protiústavní regulaci nájemného, dále nález ze dne 28. 7. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 9/09 nebo nález ze dne 6. 5. 2004, sp. zn. III. ÚS 258/03, všechny přístupné na <http://nalus.usoud.cz>.

² Viktor Knapp k problému úplnosti práva uvádí, že právo je „*zdánlivě úplné i neúplné zároveň*“, čímž poukazuje na pozitivněprávní východiska úpravy modů lidského jednání jako dovoleného a příkázaného (resp. zakázaného), ohledně nichž právo může být nazíráno jako úplné, a naproti tomu problém praktického rozhodování právního případu podle zákona, který nikdy nemůže být úplný. Knapp tedy připouští pouze mezery v zákoně. Viz k tomu Knapp, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 65–66.

rakterizovat jako systém otevřený.³ V závěru bude celý problém tematizován z pohledu potřeb současné právní metodologie a justiční praxe. Cílem tedy bude pokus o zodpovězení otázky, zda teorie mezer přináší právní praxi metodologický nástroj pro řešení zejména složitých případů aplikace práva.

II. Normativní teorie a struktura právního řádu

V právní teorii je notoriem, že škola tzv. normativní teorie si vymezila strukturu práva a jeho výstavbu jako svůj hlavní předmět zkoumání a v tomto ohledu přinesla právní vědě zcela ojedinělý a logicky propracovaný model nazírání na právo.⁴ Oproti tradičnímu pozitivismu sama sebe považovala za nauku moderní a pokrokovou, která překonává nedostatky a omyly tradičního anglického pozitivismu (J. Bentham, J. Austin) a kriticky navazuje i na pozitivismus německý (K. M. Bergbohm, G. Jellinek). Kelsenova konstrukce základní normy (*Grundnorm*)⁵ jako hypotetického předpokladu a důvodu platnosti existence ostatních právních norem znamenala východisko pro vytvoření logického a vnitřně konzistentního modelu systému práva, který v Merkleově rozpracování dostal podobu stupňovité hierarchické výstavby právního řádu.⁶ Podle Kelsena má

³ K problému systému práva a jeho struktury srv. např. Pulkrábek, Z. *K problému otevřenosti psaného práva a možností jeho dotváření*. Právník, 2000, č. 11, s. 1025–1048; dále Holländer, P. *Savignyho paradigma v době dekonstrukce práva*. In: Gerloch, A., Tryzna, J., Wintr, J. *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., s. 26–27.

⁴ Normativní teorie náleží do pozitivistických právních škol a někdy se označuje také jako „kritický právní pozitivismus“ či jako škola hodnotově „relativistická“. Viz k tomu Stelmach, J. *Ponowosczesna filozofia prawa*. S. 16 In Stelmach, J. *Studia z filozofii prawa 2*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2003.

⁵ Učení o základní normě jako konečném důvodu platnosti právního řádu nebylo od počátku součástí Kelsenových úvah o systému práva, ale objevilo se výslovně po několika náznamech v diskusi s A. Merkle a A. Verdrossem až ve druhém vydání Kelsenovy práce *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1923). Postupně se však stalo jednou ze základních tezí ryzí nauky právní. Viz k tomu Boháčková, R. *Základy konstrukce Kelsenovy ryzí nauky právní*. MU v Brně, 1995, s. 42–43.

⁶ Příznačně o tom hovoří Vladimír Kubeš, který normativní teorii označuje za školu, která vyvolala pravděpodobně největší ohlas v právní filosofii 20. století – ať už příznivý či ne-

základní neboli nejvyšší norma tyto základní funkce: 1) funkce definice práva (tzv. test právnosti pravidla), 2) funkci platnosti práva a zdroje normativity, 3) funkci logického východiska a logického ukončení a uzavření hierarchické výstavby právního řádu.⁷

Z hlediska problému úplnosti práva je zásadní právě tato třetí funkce základní normy. V ní se nepochybně zrcadlilo Kelsenovo odhodlání „odstříhnout“ právní systém od jeho sociálních a přirozenoprávních východisek,⁸ a to právě v zájmu „ryzího charakteru“ poznávání práva, který Kelsen vyvozoval z analytických metod používaných zejména v přírodních vědách. Tento funkční rozměr „Grundnormy“ v kombinaci s principem logické odvozenosti všech ostatních norem v podstatě již v sobě zahrnoval myšlenku, které se normativní teorie držela, že právo je systémem uzavřeným, tedy uzavřeným ve smyslu logické uzavřenosti (*logische Geschlossenheit*). Problém normativistického pojetí právního systému ovšem spočíval mj. také v tom, že za součást právního systému považoval i individuální normy, za jejichž prameny lze považovat zejména smlouvy a právní rozhodnutí.⁹ Problém úplnosti právního řádu a tedy i existence případných mezer (*Lücken*) souvisí právě s vydáváním konkrétních individuálních norem – zejména právních rozhodnutí. Normativní teorie se ostře postavila jednak proti tradičnímu přirozenoprávnímu myšlení, ale také proti ostatním tehdejší směrům (zejména škole volného práva, sociologické či zájmové jurisprudenci), které pracovaly s pojmem mezery v souvislosti s analýzou struktury práva.

III. Původ a funkce tzv. teorie mezer

Teorie mezer nebyla a ani dnes není samostatným právně-filosofickým směrem, nýbrž jde o metodologické učení, které se prolíná napříč hlavními myšlenkovými směry kontinentální tradice 19. a 20. století. Podstatou celé teorie mezer je otázka, jak metodologicky řešit problém neúplnosti práva, případně zda jde o neúplnost celého systému (právního řádu), či pouze jednotlivého pravidla (normy). Zajímavá je samotná otázka, kde se v právním myšlení vůbec vzal onen koncept úplnosti práva (*Vollständigkeit*). Tradičně se tato představa spojuje s obdobím vzniku velkých kodexů, přede-

příznivý. Srv. k tomu Kubeš, V. Právní filosofie XX. století (Kantismus, hegelianismus, fenomenologie a teorie myšlenkového řádu). Brno: Čsl. akademický spolek Právnický, 1947, s. 45.

⁷ Tamtéž, s. 51.

⁸ Obdobně viz Holländer, P. Filosofie práva. 1. vydání, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, s. 77

⁹ Kelsen, H. Reine Rechtslehre. 2. Auflage. Unveränderter Nachdruck. Wien: Franz Deuticke, 1983, s. 239; dále také Kubeš, V. cit. dílo, s. 56.

vším Code Napoleon (1804) a ABGB (1811)¹⁰, v teoretické rovině pak s působením škol právní exegeze (Francie) a pojmové jurisprudence (Německo). Oba tyto kodexy svým způsobem aspirovaly na překlenutí neúplností své vlastní právní regulace, a to prostřednictvím analogie či přirozenoprávních východisek právního řádu.

Karl Larenz k tomu uvádí, že v těžké době zažila svůj rozkvět a vrchol též nauka o tzv. prostoru právu prostém (*rechtsfreien Raum*) jako určitém oboru lidského jednání, který ponechává právo bez jakékoliv regulace.¹¹ Tím se ovšem nemíní takové obory lidského jednání, jejichž regulace právními normami není zapotřebí, resp. by byla nesmyslná (myšlení, sympatie, antipatie, jednání v souladu s pravidly slušnosti apod.). Jinými slovy řečeno, o mezeře lze mluvit jen tam, kde by bylo možno se zřetelem ke všem okolnostem právní úpravu očekávat, nicméně pro daný typ lidského jednání chybí.¹² Jak ovšem správně uvádí Miloš Večeřa, idea mezery je součástí právního myšlení již od antiky (Aristoteles), tehdy ovšem nutně ve spojení s představou přirozenoprávních východisek existence práva.¹³

Zejména tyto důvody vedly k tomu, že se tematika mezer v právu objevila v podstatě u většiny významných evropských autorů 19. století. O mezerách v právu v souvislosti s jeho interpretací (nalézáním) mluvil již F. C. von Savigny (historicko-právní škola), který považoval za možné vyplňovat mezery prostřednictvím analogie, kterou lze aplikovat v kontextu tzv. organické jednoty práva neboli jeho vnitřní soudržnosti.¹⁴ Z dalších autorů lze zmínit např. Philippa Hecka (škola zájmové jurisprudence). Mezi nejdůležitější autory spjaté s konceptem „mezery“ patří bezesporu německý civilista Ernst Zitelman (1852–1923), který jako jeden z prv-

¹⁰ Srv. čl. 4 Code Civil a čl. 7 ABGB.

¹¹ Larenz, K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6. neuarbeitete Auflage. Berlin – Heidelberg – New York: Springer Verlag, s. 371; dále podrobně Kaufmann, A. Rechtsphilosophie. München: C. H. Beck, 1997, s. 226–234.

¹² Tamtéž.

¹³ Večeřa, M. O soudcovském dotváření práva. S. 228 In: Gerloch, A., Tryzna, J., Wintr, J. Metodologie interpretace práva a právní jistota. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012.

¹⁴ Savigny, F. C. System des heutigen römischen Rechts Band 1, Berlin 1840, s. 293. Přístupné na <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec>, navštíveno dne 7. 7. 2012. „Organische Einheit“ či „Innere Zusammenhang des Rechts“ jsou koncepty vyplývající z pramene právního řádu, kterým je Savignyho duch národa (Volksgeist). Koncept Volksgeist pramenící z idejí romantické filosofie byl ve 20. století v posunutém významu zneužit nacistickými právními filosofy ke konstrukci národně sociální teorie práva. I v tomto systému měl Volksgeist spjatý velmi těsně s vůdcem a jeho úsudky plnit úlohu pramene pro vyplňování mezer, neboť byl považován za ideu tzv. vrozeného práva. Viz k tomu blíže Knapp, V. Problém nacistické právní filosofie. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk s. r. o., 2002, s. 171–176.

ních autorů předložil typologii mezer ve svém díle *Lücken im Recht* (1903). Na Zitelmanu kriticky navázal v poválečné literatuře především již zmiňovaný Karl Larenz a jeho žák (rovněž civilista) Claus-Wilhelm Canaris (1937), který věnoval problém teorie mezer svou prací *Die Feststellung von Lücken im Gesetz* (1964). Právě Canaris patří v současné době z německých autorů – vedle Larenze a Kramera – k nejcitovanějším autorům stran otázek teorie mezer,¹⁵ a proto stojí za to zde krátce shrnout jeho názory na tuto problematiku.

Canaris se především pokusil v návaznosti na dřívější vymezení definovat, co je to mezer. Podle jeho názoru je mezer „neplánovaná neúplnost pozitivního práva (tj. zákona v rámci jeho možného jazykového významu a zvyklosti), ačkoliv právní řád regulaci takové otázky ve svém celku vyžaduje.“¹⁶ Dále Canaris velmi prakticky řeší problém existence prostoru práva prostého, k němuž uvádí, že o takovém jevu se dá mluvit jen tehdy, kde je životní vztah z pohledu konkrétního procesně samostatného právního odvětví nevýznamný či zanedbatelný.¹⁷ Účelně tak odlišuje od sebe civilní, trestní a správní právo a poukazuje na to, že určitý vztah může být regulován pouze jedním z těchto odvětví, a jinými nikoliv. Proto Canaris striktně odděluje pojem „mezery“ od pojmu „prostoru bez práva“ (v Knap-pově terminologii „mezery v právu“). Zatímco v případě právem neregulovaného společenského vztahu nemá žádná právní regulace nastoupit, v případě mezery se pravidlo předpokládá z hlediska konzistence právního řádu. Zásadní kritiku Canaris vznáší proti Zitelmanovu dělení mezer na „pravé“ a „nepravé“ mezery, které našlo mnoho následovníků. Pravou mezerou Zitelman označuje situaci, kdy zákon takřkajíc „dluží“ odpověď na právní otázku, která musí být rozhodnuta. Naproti tomu, nepravá mezer je situace, kdy pro určitou skutkovou podstatu schází konkrétní – od obecného pravidla se odchyloující – řešení. V těchto situacích je musí zasáhnout soudce, který je v takových případech oprávněn dotvářet právo.¹⁸ Toto dělení Canaris považuje za logicky i věcně neúnosné, neboť spočívá jím kritizované aplikaci všeobecné negativní věty (viz dále).¹⁹ Canaris zavádí nové dělení mezer, a to podle kritéria způsobu jejich zjišťování. Podle něho je vhodné rozlišovat nikoliv mezery pravé a nepravé, nýbrž tzv. případy odepření práva (*Rechtsverweigerungslücken*), teleologické mezery a principiální (resp. hodnotové)

mezery.²⁰ Zjišťování a vyplňování mezer jsou pro Canarise vnitřně úzce propojené přístupy.

Typologie mezer v zákoně však byla rozvíjena i dalšími autory do podivuhodné pojmové mnohosti, kromě již zmíněných lze jmenovat rakouského teoretika Franze Bydliňského²¹, švýcarského metodologa Ernsta Kramera či zmíněného Karla Larenze. Posledně jmenovaný autor mapuje velmi přehledně názory německé doktríny na problematiku mezer a vychází z Canarise představené kritiky Zitelmanova dělení na mezery pravé a nepravé. Larenz se blíže zabývá mezerami skrytými a otevřenými,²² a dále rozlišuje s ohledem na časový faktor a vědomost normotvůrce i mezery počáteční a následné.²³ Zatímco k otevřeným mezerám náleží podle Larenze způsob vyplňování (dotváření práva) prostřednictvím analogických argumentů, k mezerám skrytým a jejich vyplňování připisuje Larenz argumentaci teleologickou redukcí (v její krajní variantě argument *reductionis ad absurdum*). Sám Larenz ovšem připouští, že obě varianty argumentace sloužící k vyplnění mezer jsou v podstatě podmíněny teleologickou úvahou; analogie je zde podmíněna zohledněním hodnotících kritérií normativní regulace.²⁴

Problematika mezer v zákoně našla svůj odraz i v české právně-teoretické tvorbě posledních let, a to zejména v dílech Filipa Melzera (čerpajícího zejména z díla Canarisova, Bydliňského a Kramerova) a také Zdeňka Kühna.²⁵ Aktuálně Miloš Večeřa shrnuje ve své stati v návaznosti na citované autory dělení typů mezer v zákoně na i) normativní mezery (označované také jako „pravé“ mezery dle Zitelmanovy terminologie), ii) kognitivní mezery (důvodem pro představu neúplnosti právní úpravy je neurčitost textu pramene práva); iii) hodnotové resp. teleologické mezery (rozpor výslovné dikce právní úpravy či jejího dovoditelného smyslu s jejím účelem).²⁶ Kognitivní a hodnotové (teleologické) mezery jsou podle Zitelmanovy terminologie označovány jako mezery nepravé. Z právně-ontologického pohledu tedy různé typologie mezer vyjadřují určitou snahu právní teorie vykompenzovat její obtíže při hledání „správné“ metodologie při řešení právních případů, které zdánlivě nemají žádné právní řešení (otázka prostoru práva prostého), anebo se nabízí hned několik

²⁰ Tamtéž, s. 140–141.

²¹ Srv. k tomu Bydliński, F. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. Wien: FOWI, Nummer 95, 2003; dále Schlosser, H. a kol. *Teória práva*. Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 1. vydání, 2007.

²² Larenz, K. cit. dílo, s. 377–378.

²³ Tamtéž, s. 379.

²⁴ Tamtéž, s. 382–397.

²⁵ Melzer, F. *Metodologie nalézání práva*. Úvod do právní argumentace. Praha: C. H. Beck, 1. vydání, s. 214–232; Kühn, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*. K úloze právních principů v judikatuře. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 200 a násl.

²⁶ Viz Večeřa, M. cit. dílo, s. 230–231.

¹⁵ Srv. k tomu Melzer, F. *Metodologie nalézání práva*. Brno: Knihovnička.cz, s. 171 a násl.

¹⁶ Canaris, C.-W. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. Berlin: Duncker&Humblot, 1964, s. 39.

¹⁷ Tamtéž, s. 42.

¹⁸ Tamtéž, s. 132.

¹⁹ Tamtéž.

možných i akceptovatelných právních řešení takového případu. Z pohledu právní metodologie je teorie mezer pokusem o definici typových situací pro užití teleologického výkladu za účelem nikoliv jen nalezení, ale i dotvoření práva (*Rechtsfortbildung*). Úsudek o tom, že právní úprava je v tom či onom ohledu mezerovitá, pak slouží jako prostředek legitimizace soudcovského úsudku vyplňujícího tuto mezeru.²⁷

IV. Kelsenova a Weyrova normativní teorie a princip uzavřenosti právního řádu

V rané fázi vývoje ryzí nauky²⁸ právní Kelsen zastával stanovisko, že právní věda musí být exaktní vědou oproštěnou od psychologického a sociologického pozadí, a hlavní předmět právní vědy – právní řád (*Rechtsordnung*) a jeho základní jednotka (*Rechtssatz*) musejí být poznávány ryze normativní metodou. Tato normativní metoda ovšem měla svůj základ v logickém odvození jedné právní normy od druhé a v gnozeologickém „autopoiesis“, které uzavíralo právní řád před ostatním světem kauzality i „jiné než právní“ normativity. Proto Kelsen také postupně dospívá ke koncepci základní normy jako konečného důvodu platnosti práva. Logická vazba mezi jednotlivými hierarchickými stupni systému práva (*Stufen*) a také mezi obecnými a individuálními normami je základní metodou, o kterou se rané Kelsenovo učení opírá. Lze připomenout i jeho státovědecký pohled na věc, který se zakládá na charakteristice dělby moci v demokratickém státě. Kelsen upozorňoval na roli výkonné moci ve vztahu k zákonodárství (tvorbě práva) a již zde dovozuje, že obecný zákon je pouze určitou vrstvou (stupněm) tvorby práva, a to ne prvním ani posledním. Zároveň Kelsen varuje před přeceňováním role legislativy v demokratickém státě.²⁹

Ve svém pozdějším učení³⁰ se Kelsen opět vrací k problému úplnosti práva (resp. mezerám v právu), avšak tentokrát v kontextu použitelnosti sylogismu tradiční výrokové logiky na vztah mezi obecnou a indivi-

duální normou. Sám Kelsen k tomuto principu uvádí, že právní řád musí být aplikován soudem i na právní případ, k němuž nelze nalézt obecnou právní normu, podle níž by jej bylo možno řešit. Aplikace právního řádu není ani v takovémto případě logicky vyloučená, a proto je teorie mezer mylná.³¹ Kelsen dále rozlišuje mezery „pravé“ od mezer tzv. technických, které představují pouhou neurčitost, která pramení z rámcového charakteru právní normy. Ani v těchto případech se podle Kelsena o žádnou mezeru nejedná. Opakuje zde svou myšlenku, že pokud je možno aplikovat právní řád jako celek, pak se nemůže logicky jednat o mezeru v právu. Vyplývá-li z právního řádu, že určité chování je dovoleno a subjektu není stanovena pro tuto situaci konkrétní povinnost, jde o případ upravený právním řádem. Tento vztah k řešení problému dotváření práva se někdy nazývá jako tzv. všeobecná negativní věta (*allgemeiner negativer Satz*).³² Podle tohoto principu je každá povinnost ukládaná právem výjimkou ze všeobecného dovolení daného jednání.³³ Právě v důsledku platnosti této všeobecné věty pak není možné logicky koherentně dovozovat existenci mezer v právu, neboť každé lidské chování lze označit jako přikázané, zakázané nebo dovolené, a to buď explicitně, nebo implicitně.³⁴

Další důvod neexistence mezer v právu spatřuje Kelsen v tom, že začasťe pozitivní právo zmocňuje soudce k rozhodnutí podle spravedlnosti (tzn. nikoliv pouze podle zákona), je takové soudcovské rozhodnutí jako akt vůle zmocněno pozitivním právem. Kelsen dále dokazuje, že sylogismus není modelem použitelným pro znázornění vztahu mezi obecnou a individuální normou, a to zejména proto, že platnost není vlastností normy, nýbrž její existence (tzn. způsobem existence normy). Proto nemůže z platnosti jedné normy vyplývat platnost jiné normy. Platnost normy je vždy podmíněna volním aktem (*Willensakt*), jehož smyslem tato norma je. Kelsen se tedy otevřeně hlásí (podobně jako kupř. stoupenci školy volného práva nebo amerického právního realismu) k decisionistickému pojetí aplikace práva a fixuje platnost individuální normy na volní akt orgánu aplikujícího právo. Soudcovské či jiné právní

²⁷ V tomto ohledu hrají významnou roli soudcovské standardy rozhodování, které vymezují prostor, odkud soudci mohou právo dotvářet. Např. podle německého Grundgesetz jsou soudci vázáni na „zákon a právo“ (*Gesetz und Recht*).

²⁸ Toto období je vymezeno zejména pracemi *Hauptprobleme der Staatslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz* (1911) a shrnujícím dílem, podle něhož byla nazvána celá Kelsenova teorie, tedy *Reine Rechtslehre* (první vydání z roku 1934).

²⁹ Kelsen, H. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Tübingen: Mohr&Siebeck, 1920, s. 21.

³⁰ K zásadní změně názorů Kelsen dospěl již na počátku 60. let za svého působení v USA. Proto se za pozdní Kelsenovo dílo označuje již druhé vydání *Ryzí nauky právní* (1960) a dále až posmrtně vydané dílo *Allgemeine Theorie der Normen* (1979).

³¹ Kelsen, H. op. cit. v pozn. 8, tamtéž, s. 251. Podrobně také ke názorům normativní teorie k problematice mezer viz Hölländer, P. *Mezera v zákoně*, § 7 o. z. o. a ryzí nauka právní. In: Machalová, T. (ed.) *Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení*. K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 130–139.

³² Kelsen, H. *Reine Rechtslehre*. 2. Auflage. Unveränderter Nachdruck. Wien: Franz Deuticke, 1983, s. 16. Je zajímavé, že koncepci všeobecné negativní věty prosazoval jako řešení i Ernst Zitelman, jeden z nejvýznamnějších tvůrců teorie mezer.

³³ Ke kritice tohoto konceptu viz Canaris, C. W. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. Berlin: Duncker&Humblot, 1964, s. 49–50, dále v češtině také Melzer, F. *Metodologie nalézání práva*. Brno: Knihovnička.cz, s. 165–166.

³⁴ Viz k tomuto problému také Melzer, F. *Metodologie nalézání práva*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 212–215.

rozhodnutí je tedy vždy podmíněno volním aktem tohoto orgánu. Kelsen dokonce ostře vyvrací tzv. fikci racionálního zákonodárce (co by zákonodárce chtěl, kdyby věděl, že nastane skutek, který je podstatou řešeného právního případu) dospívá k závěru, že „by bylo absurdní fikcí domnívat se, že volních aktech zákonodárce, jejichž smyslem jsou generální právní normy, jsou již implikovány všechny možné volní akty, jejichž smyslem jsou – generálním právním normám odpovídající – individuální právní normy.“³⁵ Pokud mezi individuální a obecnou právní normou existuje nějaký vztah vyplývání, tak je to pouze v rovině pravdivosti – tzn. v rovině zkoumání vyplývání pravdivosti individuální normativní výpovědi z obecné normativní výpovědi. Kelsen přiznává, že soudy tvoří právo na individuální úrovni, v rámci právního řádu jako pokračování normotvorné činnosti zákonodárce, netvoří však její začátek.³⁶

Rané Kelsenovy úvahy o úplnosti, resp. neúplnosti práva vznikaly současně s právně-filosofickou koncepcí Františka Weyra jako zakladatele brněnské normativní školy. Weyr se také v jistých ohledech stal hlavním Kelsenovým inspirátorem.³⁷ K problému tzv. logické uzavřenosti právního řádu uvádí ve svém díle *Základy filosofie právní (1920)* následující úvahy.³⁸ Především Weyrovo východisko k analýze tohoto problému je zásadně jiné než Kelsenovo východisko prezentované v *Reine Rechtslehre*, a to prvním i pozdějším druhém vydání tohoto díla. Problémem je zde odvoditelnost práva z jeho pramenů (*Rechtsquellen*), za které dosavadní teoretické směry nepovažovaly pouze stát jako „normový subjekt“, nýbrž také jiné prameny (tzn. právní cit, praktické účely jednotlivých norem, či psychické představy lidí o právu). Otázka po mezerách v právu je podle Weyra otázkou po „důvodu poznání“, tedy po existenci jakýchsi právních norem „praeter legem“. Weyrův přístup ke zodpovězení této otázky vychází z důslednosti oddělení sfér bytí a mětí: z toho, co jest, nelze dovést to, co má být (tzn. obsah normy). Náhled na právní řád jako mezerovitý celek musí vycházet z toho, že jej můžeme doplňovat pravidly dovozenými z fakticity, tedy na základě tzv. rekursu ke skutečnosti.³⁹ Takový postup je ovšem podle Weyra logicky naprosto chybný a výrazem této logické nemožnosti je

právě „myšlenka o tzv. logické uzavřenosti právního řádu.“⁴⁰

V návaznosti na německého právního filosofa Rudolfa Launa⁴¹ Weyr přijímá tematizaci problému mezer v právu tak, že pojem mezery lze rozlišit na materiální a formální. Zatímco materiální mezery jsou důsledkem nutnosti interpretace mluvnického vyjádření právních norem lidským intelektem, jsou formální mezery zodpovězením otázky po důvodu poznání právního řádu, resp. problému jednotnosti pramene právního řádu, kterým je podle pozitivistického přesvědčení pouze a jediné stát.⁴² Weyr při konstrukci svého vlastního stanoviska opřeneho o naznačená východiska zásadně odmítá koncept „formální mezery“ v právu, který by znamenal existenci jiných (faktických, sociálních) pramenů práva než je stát jako normový subjekt, a který naprosto odporuje logice právní noetiky zastávané normativní teorií. Naproti tomu, Weyr nic nenamítá proti konceptu materiální mezery, která je nutně vyvolávána problémem interpretace a aplikace práva. Výslovně k tomu uvádí, že „chceme-li vlastnost každého právního řádu, která se jeví v nemožnosti bezvadného a ideálního výrazu jeho obsahu, jenž by každou interpretaci činil zbytečnou, nazvat „mezerovitostí“, nelze nic namítati proti pojmu materiálních mezer.“⁴³ Na to navazuje i Weyrův náhled na aplikaci práva a jeho dotváření. Podle něho „interpretaci nelze nikdy korigovati či doplňovati právní řád, nýbrž toliko poznávati.“ Kdo do normového systému „vloudí“ normu, která se v něm nenachází, to je podle Weyra interpret „mala fide“, a toto „vloudění“ se podle Weyra děje právě prostřednictvím uznání jiných pramenů práva, než je pozitivní právní řád.⁴⁴ Je velmi zajímavé, že Weyr při svém zaníceném boji proti psychologismu v právu, jehož cílem byla konstrukce ideální jednoty a svrchovanosti právního řádu jako zdroje poznání státu, připouští, že měřítkem správnosti poznávání práva je při zachování čistě vědeckého odstupů především to, zda je vykladač (interpret) v dobré či zlé víře, tedy zda nemá úmysl vnést do právního řádu normu, která v něm nebyla obsažena. Weyr se tím podle svého názoru dostává do určité kontradikce, neboť jeho konstrukce ideálního právního řádu, která počítá s nutností jeho interpretace (a to nejen jazykové, nýbrž i použití sofistikovanějších interpretačních postupů, např. analogie), je snad logicky bezesporná, avšak jeho řešení praktického gnozeologického problému, tedy jak dojít ke správnému poznání práva, je založeno na kombinaci racionalisticko-psychologického přístupu k pojmu správnosti v důsledku zohlednění psychologického aspektu dobré víry.

³⁵ Kelsen, H. Všeobecná teorie norem. Přeložil Milan Kubín. MU v Brně, Doplněk: 2000, s. 250.

³⁶ Kelsen, H. *Reine Rechtslehre*. 2. Auflage. Unveränderter Nachdruck. Wien: Franz Deuticke, 1983, s. 260.

³⁷ K podrobné charakteristice vztahu brněnské normativní školy a ryzí nauky právní srv. zejména Boháčková, R. *Základy konstrukce Kelsenovy ryzí nauky právní*. MU v Brně, 1995, s. 18–26.

³⁸ Weyr, F. *Základy filosofie právní. Nauka o poznávání právníckém*. Brno: A. Píša, 1920, s. 91–96.

³⁹ Tamtéž, s. 94.

⁴⁰ Tamtéž.

⁴¹ Laun, R. *Eine Theorie vom natürlichen Recht*. Archiv des öffentlichen Rechts, XXX. Citováno tamtéž, pozn. č. 9.

⁴² Tamtéž, s. 94–95.

⁴³ Tamtéž, s. 95.

⁴⁴ Tamtéž, s. 103.

Porovnáme-li Kelsenovo a Weyrovo pojetí úplnosti právního řádu, zjistíme, že se Weyrův výklad pojmu logické uzavřenosti právního řádu dosti liší od Kelsenova náhledu, který zdůrazňoval normologický vztah základní normy (Grundnorm) a ostatních norem obsažených v právním řádu a problém dovoditelnosti individuálních norem od norem obecných. Společným jmenovatelem obou těchto koncepcí je ztotožnění se s principem logické uzavřenosti právního řádu. Tento princip je však v podání obou jmenovaných právních vědců spíše apriorním předpokladem⁴⁵ platnosti závěrů normativní teorie, než deduktivně dovoditelným závěrem. Jak přílehně uvádí Ota Weinberger, jedná se u obou teorií o non-kognitivistické pojetí práva, které nevěří v praktické poznání,⁴⁶ a proto tyto teorie striktně oddělují pojmy tvoření a poznávání práva. Kelsen však své původní názory ve své pozdější tvorbě značně modifikoval, což souviselo mj. s jeho odklonem od pojmu „*Rechtssatz*“ ve smyslu právní normy k pojmu „*Rechtssatz*“ ve smyslu „výroku o právní normě“.⁴⁷ Výrokem o právní normě Kelsen ve své pozdější tvorbě rozuměl „*hypotetické soudy, které vypovídají o tom, že ve smyslu národního či mezinárodního – daného právního řádu za určitých tímto právním řádem stanovených podmínek mají nastoupit určité následky.*“⁴⁸ Kelsen se tímto odlišením v podstatě odhodlal otevřít černou skříňku vztahu mezi právní větou vyjadřující právní normu a výkladovou právní větou (soudem o normě), i když soudy o normách připisoval spíše právní vědě než právní praxi. V důsledku toho se pak dostává do myšlenkové pasti, neboť pak se celá ryzí nauka právní zkoumá právo prostřednictvím těchto „soudů“ o normách, přičemž verifikovatelnost vztahu *Rechtsnorm* – *Rechtssatz* Kelsen v podstatě vylučuje, jak bylo již ukázáno. Zároveň tím Kelsen rezignoval na jakékoliv vědecké porozumění praktického procesu aplikace práva, které je vždy zároveň aktem vůle, a proto nelze zkoumat správnost individuální normy, která je tímto aktem vůle podmíněna.⁴⁹ Myšlenka logické uzavřenosti právního řádu, na kterou Kelsen ani v pozdějších pra-

cích výslovně nerezignoval a která je logickým důsledkem předpokladu Grundnormy, se tím fakticky může uplatnit pouze pro myšlený systém obecných norem ve smyslu *Rechtsnorm*, nikoliv však již pro individuální normy, jejichž důvod platnosti nespočívá v žádné fikci základní normy, ale v aktu vůle příslušného orgánu, který individuální normu vydal.

V. Kritika normativistického pojetí problému mezer

Ačkoliv by se mohlo zdát, že normativní teorie spálila mosty mezi normativitou a fakticitou, ve skutečnosti se tak nestalo a ani stát nemohlo. Podle mého mínění je třeba vnímat problém úplnosti práva v podání normativistů – podobně jako základní (Grund)normu – jako určitou fiktivní vlastnost právního řádu. Právní řád je v jejím pojetí úplný, protože úplným musí být, aby normativní teorie neztratila svou ryzost a výlučný monopol na právní poznání, které jí její tvůrci chtěli vnuknout.⁵⁰ Ve skutečnosti však normativní teorie vycházela z podobných východisek jako teorie mezer, jen předpokládala tzv. logickou uzavřenost právního řádu základní normou. Jednalo se však spíše o axiom, než o logický dovozený a prokázaný důsledek této teorie. Zajímavý postřeh můžeme učinit v tom směru, že zatímco teorie mezer byla pěstována právními filosofi převážně civilistického zaměření, normativisté (alespoň tedy Kelsen a Weyr) byli spíše administrativisté a konstitucionalisté, tedy veřejnoprávně orientovaní právníci. I zde můžeme – v duchu Canarisových úvah – hledat odpověď na to, proč právní řád musí být v duchu normativní teorie logicky uzavřený, a nikoliv otevřený systémem.⁵¹

Logická uzavřenost právního řádu tedy ani u Kelsena ani u Weyra neznamenala jeho uzavřenost interpretační, nýbrž pouze a výlučně logické východisko k odmítnutí teze o spojení práva a morálky, resp. o proklamaci jednotnosti práva z hlediska jeho výlučného pramene – státu jako normového souboru. Tyto závěry však neměly mít žádný význam pro teorii aplikace práva, protože interpretační akt – jak zdůrazňoval Kelsen – není pouhým aktem poznání, nýbrž aktem vůle, žádnou mechanickou aplikací obecných právních no-

⁴⁵ Při přijetí modelu Grundnormy tomu ani jinak být nemohlo, neboť i ta byla odpočátku konstruována jako myšlenkový předpoklad platnosti (hypotéza, apriorní a transcendentální předpoklad) právního řádu, nakonec ji Kelsen kvalifikoval jako „fikci“.

⁴⁶ Weinberger, O. Normativní teorie práva v kontextu právního myšlení. S. 23. In. Houbová, D. (ed.) Normativní teorie práva v kontextu právního myšlení. Sborník příspěvků z mezinárodní konference.

⁴⁷ Kelsen, H. *Reine Rechtslehre*. 2. Auflage. Unveränderter Nachdruck. Wien: Franz Deuticke, 1983, s. 73–79. Toto pojetí kritizoval z pozic neoinstitucionalismu ostře zejména O. Weinberger. Srv. Weinberger, O. cit. dílo, s. 23–24.

⁴⁸ Kelsen, H. tamtéž, s. 73.

⁴⁹ Srv. k tomu obdobně Walter, R. Současný stav ryzí nauky právní – vybrané problémy. S. 12–13. In. Houbová, D. (ed.) Normativní teorie práva v kontextu právního myšlení. Sborník příspěvků z mezinárodní konference. MU v Brně, 1991.

⁵⁰ Proto také patří ryzí nauka právní (resp. normativní teorie) k autopoietickým teoriím práva. K moderním teoriím předpokládajícím tuto právní autopoiesis náleží např. systémová teorie Niklase Luhmanna.

⁵¹ Soudcovské dotváření práva především za pomoci různých typů analogických úsudků je v oblasti civilního práva považováno za samozřejmé a nezbytné, přičemž ho předpokládá i samotná právní úprava (srv. k tomu § 853 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, § 10 zákona č. 89/2012 Sb., „nového“ občanského zákoníku).

rem.⁵² Teorii mezer a normativní teorii tedy nelze vnímat z hlediska problému úplnosti či mezerovitosti práva a zákona jako kontradiktorní náhledy, nýbrž pouze jako teorie vycházející z jiných postulátů, ale docházející ve výsledku k obdobným závěrům stran možnosti aplikačních orgánů dotvářet právo a vyplňovat svou interpretací tzv. mezery.

Pro současnou právní vědu a právní teorii je ovšem podstatná jiná otázka: je koncept mezery tolik metodologicky přínosný? Právní metodologie dnes z teorie mezer více či méně vychází a tím konstruuje určitou právní realitu, že něco jako mezery skutečně existuje. Pro právní praxi lze asi přijmout východisko Knappovo citované v úvodu této stati, že mezery v právu (tedy otázka existence „prostoru bez práva“) je řešitelná cestou přiřazení každého lidského jednání v rámci určitého právního řádu jednomu z modů právní normativity, ať už na základě pozitivně-právní úpravy,⁵³ anebo konstrukcí obdobného právního principu. Arthur Kaufmann odmítá samotný pojem prostoru „práva prostého“ s tím, že jde o zásadní nedorozumění, které mýlí jak právní nauku, tak i soudní praxi. Ve skutečnosti lze podle jeho názoru hovořit pouze o prostoru „bez právního hodnocení“ (*rechtswertungsfreier Raum*), v rámci něhož lze hovořit pouze o jednání nezakázaném a nepřikázaném, nikoliv však právně neupraveném. Velmi přílehlavě v této souvislosti vyznívá i názor Larenzův, že „...užívání pojmu mezery v právu odvisí od představy systému práva – pokud přijímáme představu otevřeného systému práva, pak je představa plánované neúplnosti právního řádu nesmyslná.“⁵⁴

Teoretickým i praktickým problémem metodologickým problémem současnosti zůstávají tzv. mezery v zákoně (*Gesetzeslücken*). Bez ohledu na výše zmíněné způsoby kategorizace tohoto modelu lze konstatovat, že v praxi jde přitom vždy o řešení určitého interpretačního problému. Ten začasť spočívá v teleologickém napětí mezi účelem a smyslem zákona a jazykovým významem jeho textu, tedy mezi tím, co při předpokladu existence racionálního zákonodárce mělo být řečeno, a tím, co zákonodárcem řečeno skutečně bylo. Teorie mezer i normativní teorie podle mého soudu sdílejí jeden významný společný aspekt: jsou založeny na objektivní teorii výkladu, tedy bazírují na objektu výkladu, nikoliv na jeho subjektu. Je tedy otázkou, zda by subjektivní výkladové teorie potřebo-

valy koncept mezery jako nutný nástroj pro popis právního řádu.

VI. Kritika teorie mezer – pohled praktický

Jak již bylo řečeno, koncept mezery má spíše právně ontologický základ a jeho využitelnost pro samotný praktický výklad práva je tak poněkud limitovaná, jakoliv ovšem je tento fenomén zkoumán právní metodologií. K tomuto přesvědčení dochází řada současných právních metodologů. Současný švýcarský metodolog Edward E. Ott začíná svůj výklad o mezerách v zákoně konstatováním, že model mezery nenabízí žádné rozemnatelné východisko pro její následné vyplnění, a samotný pojem mezery považuje za zavádějící.⁵⁵ Ve své práci analyzuje pojem mezery ze pohledu tří oborů aplikace normy: a) jasného významu pravidla; b) nejasného významu pravidla; c) oboru mimo právo. Dochází k závěru, že koncept mezery je teleologickou konstrukcí, která nemá pro praktické nalézání práva stěžejní význam. Izraelský právní filosof a soudce Aharon Barak mluví o teorii mezer v souvislosti s tzv. ne-interpretativními přístupy v právu (tedy takovými přístupy, jimiž interpret zásadně překračuje sémantické hranice textu a „přidává do textu další text“). Používá přílehlavou metaforu, když říká, že „...mlčení normativního textu může znamenat různé věci, a může mluvit různými hlasy. Pouze jeden z těchto hlasů je hlasem mezery.“⁵⁶ Barak ponechává otázku prospěšnosti teorie mezer pro soudcovské rozhodování otevřenou a klade si otázku, zda tato teorie může přispět k řešení složitých případů aplikace práva, zejména ústavního. Odpovídá si na ni tak, že ty právní systémy, které nevidí problematiku složitých případů optikou mezer, ji ponechávají interpretaci. Podle Baraka však tento přístup klade na soudcovskou interpretaci vysoké nároky a rozšiřuje ji za její obvyklé hranice.⁵⁷

Oporu pro tento kritický pohled může poskytnout i gadamerovská (tzv. nová) právní hermeneutika zabývající se především interpretací a aplikací práva. Představa běžného soudce či úředníka, který tváří v tvář povinnosti rozhodnout předloženou právní věc nejprve klasifikuje svou interpretační obtíž prostřednictvím teorie mezer a určí, zda se jedná o mezeru otevřenou či skrytou, předběžnou či následnou, příp. hodnotovou či technickou je pro praktického právníka spíše úsměvná. Skutečné interpretační procesy ve složitých případech

⁵² Kelsen, H. *Reine Rechtslehre*. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, s. 350–352. I proto např. současný český teoretik Tomáš Sobek přirovnává Kelsena k příznivcům volnoprávní teorie, ačkoliv k nim samozřejmě nepatřil. Jeho názor na aplikaci práva je však s volnoprávními idejemi naprosto kompatibilní. Srv. k tomu Sobek, T. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, Plzeň, 2011, s. 304.

⁵³ Srv. čl. 2 Ústavy a čl. 2 Listiny základních práv a svobod.

⁵⁴ Larenz, K. cit. dílo, s. 377.

⁵⁵ Ott, E. E. *Juristische Methode in der Sackgasse? 46 Fragwürdige Theorien in der heutigen juristischen Methodenlehre*. Zürich: AOrell Füssli Verlag AG, 2006. Obdobný názor srv. Wank, R. *Die Auslegung von Gesetzen*. 4. Auflage, Köln – München: Carl Heymanns Verlag, 2008, s. 80.

⁵⁶ Barak, A. *Purposive Interpretation in Law*. Princeton: Princeton University Press, 2005, s. 67.

⁵⁷ Tamtéž, s. 71.

aplikace práva nejsou založeny na důsledné klasifikaci přítomnosti mezery v zákoně, nýbrž na modelu hermeneutické spirály vedoucí k nalezení právního, správného a spravedlivého řešení této věci. To dokládá i skutečnost, že teoretické práce založené na tomto hermeneutickém pojetí právní interpretace nepovažují teorii mezer za problém, který by bylo třeba zásadním způsobem analyzovat.⁵⁸ Důvod je poměrně zřejmý: nová právní hermeneutika vychází z toho, že právní texty i právo samo je produktem lidského ducha, stejně jako jakékoli jiná dějinná skutečnost.⁵⁹ Představa mezery v právním textu je tak způsobena extrémně teleologickým založením právního myšlení, které vždy implicitně směřuje k nalezení účelu právního pravidla. Stále jde o to, že aby interpret dospěl k představě mezery, musí se situovat do pozice autora textu, tedy normotvůrce. Jak výstižně podotýká Tomáš Sobek, jakési kantovské porozumění interpretovanému právnímu textu „an sich“ není možné a popíralo by samotný smysl praktického užití takového textu.⁶⁰ Právní texty, které právníci vykládají, žijí ve svých interpretacích – překladech. K tomu lze dodat, že překladatel uměleckého díla si přitom nepokládá otázku, zda svou interpretaci nevyplňuje „mezeru“ zdrojového textu. Hledá jen význam a smysl zdrojového textu ve svém horizontu porozumění, a to tak, aby to čtenářům dávalo smysl. Navíc, jak již přesvědčivě ukázali Canaris i Larenz, samotné nalezení mezery v zákoně je spíše důsledkem teleologické potřeby (pocitu či právního citu interpreta) o nutnosti „doplnění“ či dokonce zásadní reformulace interpretovaného právního textu (byť lze v tomto ohledu rozlišovat interpretační situace dle typu nalezené mezery). Problémem je ovšem pak otázka libovůle (svévole) při výkladu práva, která je při soudcovském dotváření práva vždy imanentně přítomna jako nebezpečí pro následné zpochybnění správnosti interpretačního závěru z pohledu ústavních hodnot aplikace práva.⁶¹

⁵⁸ Srv. zejm. Kaufmann, A. cit. dílo; Hassemer, W. *Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1968; Mastronardi, P. *Juristisches Denken*. Stuttgart: Haupt Verlag, 2003.

⁵⁹ Viz k tomu Larenz, K. cit. dílo, s. 403.

⁶⁰ Sobek, T. Úmysl zákonodárce a skutečné právo. In: Gerloch, A., Tryzna, J., Wintr, J. cit. dílo, s. 44- 45.

⁶¹ Viz k tomu blíže zejména práce Hanuš, L. *Právní argumentace nebo svévole? Úvahy o právu, spravedlnosti a etice*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2008.

VII. Závěr

Problém mezer dnes již dávno nemá pouze rozměr dilematu mezi pozitivismem a jusnaturalismem. V současném právně-filosofickém diskursu je na právo nahlíženo spíše jako na otevřený systém právě se zřetelem k jeho interpretaci a aplikaci, přičemž teorie založené na logické (systémové či autopoietické) uzavřenosti jsou spíše v menšině. Teorie mezer může být chápána jako určitá nadstavba systémového právního myšlení – tak typického také pro normativisty – která má řešit deskriptivní i prekriptivní rozměr nakládání s právním řádem v situacích, kdy právo neposkytuje jednoznačnou odpověď na řešení právního problému. Představuje tak určité teoretické východisko pro soudcovské dotváření práva. Jakkoliv je teorie mezer v právním myšlení dnes již tradičním modelem, je otázkou, zda její teoretická propracovanost je dostatečně zúročována v právní praxi a zda je samotná identifikace mezery a její klasifikace podmínkou pro interpretační řešení daného problému (tzn. vyplnění mezery). Pokud by právní teorie v budoucnu rezignovala na systémové paradigma (již notně nahlodené vývojem posledních několika dekád), pak by mohl být i koncept mezery jako „neplánované neúplnosti“ normativní regulace úplně překonán. Jako teoretický instrument však doposud nepochybně má model mezery (v zákoně) své opodstatnění a její pojmosloví je hojně využíváno i ústavněprávním diskursu.

Summary

This article deals with the theory of gaps in the light of the paradigm of completeness of legal order which became one of the crucial ideas of normative legal theory represented by Hans Kelsen and František Weyr. The scope of this contribution is to show the brief overview of essential concepts that have been developed by the theory of gaps and present critical opinions on that issue in contemporary legal methodology. The major part of the text is endowed to an analysis of normativist critique on the theory of gaps in order to show its logical and practical weakness. Eventually, as a conclusion, the author presents his own view of practical effect and usage of the whole theoretical fiction of gaps. In this part, the author discusses mainly ideas of new legal hermeneutics and other contemporary authors.