

Zásada proporcionality: jednosmerná ulica alebo hermeneutický kruh?

a) Böckenfördeho paradox a judiciálny rozvoj zásady proporcionality

V demokratickej Európe v období po druhej svetovej vojne novo sa utvárajúci kultúrny a právny fenomén ústavného súdництва priniesol so sebou nutnosť hľadať metodológiu aplikácie ústavy. Najmä však priniesol nutnosť zodpovedania otázky, či z pohľadu interpretačných metód ústava je či nie je totožná so zákonom, či teda jej interpretácia a aplikácia sa uskutočňujú totožnými, alebo odlišnými postupmi.

Podľa Forsthoffa všeobecnejšia, abstraktnejšia povaha ústavy vo vzťahu k zákonom, prípadne rozdiel v stupni právnej sily, vytvára rozdiel iba kvantitatívny, nie však rozdiel principiálny.¹ Zvláštnosti ústavného zákona preto nič podstatné na povahe ústavnej interpretácie ako interpretácie zákona nemenia. Forsthoff zastáva tézu, podľa ktorej „ústava ako zákon je podriadená pravidlám výkladu platným pre zákony. Tým sa ústava vo svojom zmysle stáva preukázateľnou a vo svojej aplikácii kontrolovateľnou.“²

Forsthoffovu tézu v šesťdesiatych a sedemdesiatych rokoch neprijímajú nielen jeho oponenti, ako Konrad Hesse a Peter Häberle, ale ani umiernení konzervatívci na čele s Ernstom Wolfgangom Böckenfördem.³

Böckenförde pritom formuluje z danej tézy vyplývajúci paradox, spočívajúci v napätí medzi povahou ústavy, pre ktorú je typická jej všeobecnosť, neúplnosť, skutočnosť, že najmä v časti zakotvujúcej základné práva a slobody obsahuje iba princípy a nie normy, na jednej strane a paradigmatom priamej aplikovateľnosti ústavy, ktorá však predpokladá existenciu aplikácie schopnej normy, na strane druhej.

O „poschodie“ vyššie sa tým posunul jeden z fundamentálnych problémov moderného európskeho kontinentálneho práva, problém napätia medzi princípom zákazu denegationis iustitiae a medzi, z povahy plynúcou, neúplnosťou písaného práva. Prijmime pritom hypotézu, že v odbore ústavného práva je toto napätie dané okrem prítomnosti pravých aj nepravých medzier v ústavnom práve ďalej všeobecnosťou a neurčitosťou pojmov, obsiahnutých

¹ Forsthoff v tomto bode nadväzuje na Schmittove myšlienky; pozri C. Schmitt, *Verfassungslehre*, pozn. č. 99, s. 14: „Ústava sa teda stáva ekvivalentnou so zákonom, aj keď zákonom zvláštneho druhu, a stojí ako *lex scripta* v protiklade k obyčajovému právu.“

² E. Forsthoff, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, In: *Festschrift für C. Schmitt*, Berlin 1959, s. 36; opätovne publikované in: E. Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsgerechliche Abhandlungen 1950 - 1964*. Stuttgart 1964, s. 148; ten istý, *Zur Problematik der Verfassungsinterpretation*. Stuttgart 1961.

³ Podľa Böckenfördeho ústava obsahuje „okrem relatívne detailnej úpravy v oblasti kompetencií a v určitých organizačných otázkach - v zásade princípy, ktoré vyžadujú najprv naplnenie a konkretizáciu, aby sa stali vykonateľnými v zmysle aplikácie práva; ustanovenia o cieľoch, ktoré iba - občas nie jednoznačne - určujú cieľ, no cesty, prostriedky a intenzitu vykonania nechávajú otvorené; lapidárne formulácie, ktoré sa - často nadväzujúce na ústavnú tradíciu -zasadzujú za niečo, čo v ich doslovnom znení nenachádza bližšie sa vyjadrenie; formulačné kompromisy, ktoré sú práve výrazom nejednotnosti“. (E.-W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandaufnahme und Kritik*, pozri pozn. č. 335, s. 57-58.) Medzi ojedinelé výnimky možno zaradiť Buchwaldov názor, podľa ktorého „obzvláštna vágnosť, viacvýznamovosť a hodnotová otvorenosť“ ústavy vo vzťahu „k všeobecnej právnickej interpretácii“ má za následok iba „kvantitatívne, nie kvalitatívne rozdiely“. Je to, podľa neho, preto, lebo „interpretácia základného zákona je predovšetkým interpretáciou pozitívneho zákona“. Zvláštne interpretačné prístupy, akými sú najmä jednota ústavy, praktická konkordancia atď., považuje za súčasť „systematického alebo historického výkladu“, resp. „objektívne-teleologického výkladu“. Pozri D. Buchwald, *Die canones der Auslegung und rationale juristische Begründung*. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Vol. 79, 1993, s. 28.

v ústave, ktoré otvárajú otázku jej extenzie, a konečne je dané možnosťou kolízií ústavou chránených hodnôt a účelov (základných práv a slobôd, príp. verejných dohier). Ak sa pre metodológiu ponúkalo vyplňanie medzier v ústavnom práve a pre stanovovanie extenzie ústavných pojmov interpretačné inštrumentárium, používané v aplikácii práva jednoduchého (analógia, argumentácia povahou veci, argumenty a fortiori, teleologická redukcia atď.), pre riešenie kolízie ústavne chránených hodnôt taký pendant neexistoval (výkladové pravidlá: lex superior derogat legi inferiori, lex specialis derogat legi generali, príp. lex posterior derogat legi priori, dopadajú iba na prípady konfliktu noriem, čiže na rozhodovanie „buď, alebo“, nie však na prípady kolízie, čiže na prípady v rôznej miere sa naplňajúcich obidvoch v kolízii stojacich princípov.)

Hľadanie zvláštností interpretácie ústavného práva (najmä katalógov základných práv a slobôd), ktorých pochopenie je predpokladom aplikačnej predvídateľnosti, prebiehalo paralelne dvoma cestami: cestou judiciálnou a cestou doktrinálnou.

Cesta judiciálna, a to najmä v judikatúre Spolkového ústavného súdu SRN, postupne v päťdesiatych a šesťdesiatych rokoch priniesla „zrod“ zásady proporcionality – metódy aplikácie základných práv a slobôd, ktoré sa v prípade súdom riešeného sporu pravidelne vzhľadom na protichodné záujmy procesných strán ocitajú vo vzájomnej kolízii.

Spolkový ústavný súd Spolkovej republiky Nemecko vyvodil zásadu proporcionality z princípu právneho štátu [BVerfGE, 61, 126 (134), BVerfGE 80, 109 (120)]. Rozpracoval tiež štruktúru tejto metódy aplikácie ústavného práva. Obsahom jej prvého komponentu, zásady vhodnosti [BVerfGE 30, 292 (316), BVerfGE 67, 157 (173)], sa stalo posudzovanie zvoleného normatívneho prostriedku z pohľadu možného naplnenia sledovaného účelu. Ďalší komponent zásady proporcionality vo vzťahu k nej, čiastková zásada potrebnosti [BVerfGE 53, 135 (145 a nasl.), BVerfGE 68, 193 (219)], potom formuluje postulát analýzy plurality možných normatívnych prostriedkov vo vzťahu k zamýšľanému účelu a ich subsidiarity z hľadiska obmedzenia ústavou chránenej hodnoty – základného práva alebo verejného statku. Napokon tretím čiastkovým komponentom zásady proporcionality je k nej čiastková zásada pomeriavania [BVerfGE 67, 157 (173), BVerfGE 67, 157 (172 a nasl.)], ktorá predstavuje metodológiu zvažovania v kolízii stojacich ústavných hodnôt. Zásadu proporcionality možno potom charakterizovať tým, že „ako normu očakáva Základný zákon rozhodnutie vhodné, spôsobilé, optimálne podporujúce zúčastnené záujmy“.⁴

Metóda proporcionality sa postupne stala a stáva štandardnou metódou interpretácie ústavného práva ústavnými súdmi európskych krajín,⁵ pričom všeobecného uznania sa jej dostalo najmä explicitným zakotvením v čl. 52 ods. 2 Charty základných práv EÚ.

Vývoj zásady proporcionality v judikatúre Ústavného súdu Českej republiky možno vystihnúť skratkou: od nálezu vo veci ústavnosti inštitútu anonymného svedka v trestnom konaní (Pl. ÚS 4/94) cez nálezy vo veci ústavnosti obmedzenia dispozičného oprávnenia obce k obecným bytom slúžiacim pre potreby príslušníkov ozbrojených síl a ozbrojených zborov (Pl. ÚS 15/96), ďalej cez nálezy vo veci ústavnosti použitia porovnávacích fotografií na

⁴ K. Schleich, Das Bundesverfassungsgericht, pozri pozn. č. 110, s. 247.

⁵ Pre ilustráciu možno odkázať na konštantnú judikatúru Ústavného súdu Rakúska (pozri H. Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, pozn. č. 115, s. 472-475, a tam uvedené rozhodnutia), ďalej Spolkového súdu Švajčiarska (pozri U. Häfelin, W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, pozn. č. 111, s. 99-100, 114-115, a tam uvedené rozhodnutia), ako aj ústavného súdu Poľska (prvý raz tam bola metóda proporcionality súdom komplexne vyložená v náleze zo dňa 26. apríla 1995, K 11/94, OTK 1995, I, s. 133, na ktorý neskôr v judikatúre často nadväzoval - pozri G. Brunner, L. L. Garlicki, Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen. Baden-Baden 1999, s. 74). Komponenty metódy proporcionality sa objavujú aj v niektorých rozhodnutiach Ústavného súdu Slovenska (pozri A. Brösl, J. Kľučka, J. Mazák, Ústavný súd Slovenskej republiky (Organizácia, proces, doktrína). Košice 2001, s. 150-152, a tam uvedené rozhodnutia).

trestnom konaní nezúčastnených osôb bez ich súhlasu pri rekognícii fotografiami (III. ÚS 256/01) až po nález vo veci ústavnosti bezpečnostnej previerky ako podmienky zoznamovania sa obhajcov v trestnom konaní s utajovanými skutočnosťami (Pl. ÚS 41/02).

V náleze vo veci Pl. ÚS 4/94 Ústavný súd prvý raz komplexne vyložil obsah všetkých čiastkových komponentov zásady proporcionality, do rámca ktorej zahrnul aj zásadu minimalizácie v kolízii stojaceho základného práva, resp. slobody, čiže, inými slovami, optimalizačný príkaz. Zásadu proporcionality pritom aplikoval na kolíziu dvoch základných práv - práva na obhajobu a práva vyjadrovať sa ku všetkým v konaní vykonávaným dôkazom (t. j. v prípade dôkazu výsluchom svedka právom vyjadrovať sa nielen k pravdivosti skutkových tvrdení, ale aj k osobe svedka, k jeho nožnej zaujatosti a vierohodnosti) a základného práva na ochranu života a zdravia (svedka) a princípu rovnosti zbraní (rovnosti účastníkov konania). Dôvodom derogácie sa stala práve absencia optimalizácie, t. j. skutočnosť, že Ústavný súd konštatoval nevyužitie všetkých možných prostriedkov minimalizácie obmedzenia jedného zo základných v kolízii stojacich práv v prípade priority jedného z nich.

Vo veci Pl. ÚS 15/95 Ústavný súd prvý raz explicitne aplikoval zásadu proporcionality v prípade kolízie základného práva (práva vlastníckeho) a verejného dobra (zaisťovania bezpečnosti štátu). Svoje rozhodnutie pritom oprel o čiastkový komponent zásady proporcionality, o zásadu potrebnosti.

Ak boli predchádzajúce aplikácie zásady proporcionality späté s konaním o kontrole noriem, kauzu rekognície (III. ÚS 25/01) potom možno považovať za príklad komplexného použitia zásady proporcionality v konaní o ústavnej sťažnosti, t. j. kontrole ústavnosti súdnych rozhodnutí.

V náleze vo veci Pl. ÚS 41/02 Ústavný súd pri riešení kolízie základného práva na obhajobu (ktorého komponentom je sloboda voľby obhajcu) a verejného dobra – bezpečnosti štátu (ktorého súčasťou je aj ochrana utajovaných skutočností) postupoval pri aplikácii zásady proporcionality metódou optimalizácie.

b) Zásada proporcionality – utváranie doktrinálne

Doktrinálna cesta analýzy zásady proporcionality pramenila skôr z diskusie právne filozofickej. Nadviazala na Dworkinovu teóriu právnych princíпов, sformulovanú ako argumentačné inštrumentárium kritiky Hartovej právno-pozitivistickej koncepcie.

Pripomeňme, že podľa Dworkina rozdiel medzi právnymi princípmi a právnymi pravidlami je rozdielom logickým. Spočíva, po prvé, v aplikácii pravidiel spôsobom všetko alebo nič, čiže pokiaľ sú dané subsumpcné podmienky aplikácia pravidla, tak pravidlo buď platí, alebo neplatí, čo však podľa neho nemožno použiť pri princíпов. Z toho odvodzuje druhý rozdiel medzi pravidlami a princípmi, a to dimenziu dôležitosti, resp. významu, pričom pravidlá túto dimenziu mať nemajú. Tento rozdiel potom dokumentuje na príklade kolízie medzi princípmi a konfliktu medzi pravidlami: v prípade kolízie princíпов sa stáva tým rozhodujúcim ten z nich, ktorý má väčšiu dôležitosť, pričom druhý z princíпов s menšou dôležitosťou v dôsledku toho nestráca svoju platnosť. V prípade konfliktu medzi normami (t. j. v prípade normatívneho sporu) však platí iba jedno v konflikte stojace pravidlo.

Pripomeňme ďalej, že pre Alexyho sú princípy optimalizačnými príkazmi, ktoré sú charakterizované tým, že môžu byť splňané v rozdielnom stupni, ako aj tým, že prikázaný rozsah ich splňania nezávisí iba od skutkových, ale aj od právnych možností. Princíp je teda

definovaný schopnosťou pomeriavania v kolízii a svojou aproximatívnu a nie absolútnou povahou.

Skutočnosť, že ku kolízii dochádza nielen medzi základnými právami a slobodami navzájom, ale aj medzi základnými právami, resp. slobodami a verejnými dobrami, dokumentuje aj príklad z judikatúry Spolkového ústavného súdu: Ak je Lebach-Urteil ilustráciou kolízie dvoch princípov – práva na ochranu osobnosti a slobody tlače,⁶ rozhodnutia vo veci spôsobilosti zúčastniť sa na súdnom pojednávaní⁷ je potom príkladom kolízie práva na život a telesnú nedotknuteľnosť a princípu zaistenia funkčnosti trestnoprávnej ochrany (kolektívneho dobra).

Alexy potom vo svojej koncepcii prepojil modifikovanú Dworkinovú teóriu právnych princípov so zásadou proporcionality: „Medzi teóriou princípov a zásadou proporcionality existuje súvislosť. Táto súvislosť je taká úzka, ako je to len možné: Povaha princípov implikuje zásadu proporcionality a tá implikuje princíp. To, že povaha princípov implikuje zásadu proporcionality, znamená, že zásada proporcionality so svojimi tromi čiastkovými zásadami vhodnosti, potrebnosti (príkaz miernejšieho prostriedku) a proporcionality v úzkom slova zmysle (vlastný príkaz na pomeriavanie) logicky vyplýva z povahy princípov, možno ju teda z nej dedukovať ... Princípy sú optimalizačnými príkazmi v relácii k právnym a skutkovým možnostiam. Zásada proporcionality v úzkom zmysle slova, teda príkaz na pomeriavanie, vyplýva zo závislosti od právnych možností ... zásady potrebnosti a vhodnosti vyplývajú oproti tomu z povahy princípov ako optimalizačných príkazov v závislosti od skutkových možností.“⁸

Alexyho tézu, ktorá je do značnej miery prijímaná,⁹ možno teda formulovať takto:

- Princípy sú druhom noriem, pre ktoré je charakteristická aproximatívna, nie absolútna, platnosť.
- Predmetom princípov sú ako základné práva a slobody, tak aj verejné dobrá.
- Povaha princípu, t. j. skutočnosť, že určitá norma je princípom, je spoznatelná iba v prípade jeho kolízie s iným princípom a jeho vlastnosťou byť splňaný na rozdielnom stupni.

⁶ V kauze Lebach (BVerfGE, 35, 202 a nasl.), ktorú sme už v predchádzajúcich úvahách spomenuli, Spolkový ústavný súd SRN posudzoval prípad rozhlasovej relácie o väzňovi, ktorý mal byť práve prepustený a ktorý namietal zásah do svojich osobnostných práv v dôsledku s tým spojených komplikácií jeho resocializácie. Alexy potom v riešení kauzy vidí príklad ilustrujúci rozdiel medzi konfliktom noriem a kolíziou princípov v Dworkinovom chápaní a v danej veci príklad kolízie medzi, na jednej strane, základným právom na ochranu osobnosti (čl. 1 Základného zákona SRN) a, na strane druhej, základným právom na slobodu slova, resp. slobodu médií šíriť informácie (čl. 5 ods. 1 Základného zákona SRN). Vo veci šlo o občianskoprávnu zadržiavaciu žalobu, kde sa navrhovateľ dožadoval súdneho výroku, ktorý by formou predbežného opatrenia odporcovi, televíznej stanici ZDF, prikázal zdržať sa určitého správania (vysielania televíznej relácie), čo by bolo možno považovať za zásah do práv na ochranu osobnosti. Súd teda posudzoval, či sú, či nie sú dané subsumpčné podmienky príslušných ustanovení na ochranu osobnosti, obsiahnutých v zákone o autorskom práve na diela z odboru výtvarného umenia a fotografie (§ 22 a 23 ods. 1), t. j. či je nutné považovať ustanovenie toho istého zákona, ktorým je upravená v ústave garantovaná sloboda prejavu (§ 23 ods. 2), za lex specialis na ochranu osobnosti. Čiže v danom prípade bolo predmetom rozhodovania posúdenie toho, či sú, alebo nie sú splnené subsumpčné podmienky aplikácie legi specialis.

⁷ Vo veci BVerfGE 51, 324 a nasl., riešil Spolkový ústavný súd otázku konania hlavného pojednávania proti obžalovanému, ktorému hrozilo nebezpečenstvo mozgovej príhody a srdcového infarktu, pričom posudzoval „vzťah napätia“ medzi povinnosťou štátu zaistiť funkčnú trestnoprávnu ochranu a právom obvineného na ochranu života a telesnej nedotknuteľnosti.

⁸ Tamtiež, s. 100-101.

⁹ Pozri napr. J.-R. Sieckmann, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, pozn. č. 327, s. 52 a nasl.; M. Borowski, Grundrechte als Prinzipien, pozn. č. 315.

- Kolíziu princípov treba rozhodnúť metódou zásady proporcionality, čiže príkazom na dosiahnutie optimalizácie miery naplnenia obidvoch v kolízii stojacich princípov. V štruktúre zásady proporcionality prítom hlavnú úlohu pri dosiahnutí optimalizácie výsledkov hrá zásada pomeriavania.
- Z uvedeného vyplýva, že princípy sú definované ako optimalizačné príkazy.

Nechajme v našich úvahách bokom hlavné námietky oponentov metódy pomeriavania, či už smerujú proti judiciálnej praxi aplikácie základných práv,¹⁰ alebo proti koncepcii optimalizácie.¹¹ Ich spoločným menovateľom je námietka svojvôle pomeriavania, strata právnej istoty a negatívny vývoj smerom k sudcovskému štátu spätý s judiciálnym obmedzovaním priestoru pre tvorbu práva mocou zákonodarnou, príp. mocou výkonnou. Tieto námietky sa dotýkajú problematiky kognitivizmu a decisionizmu v sudcovskom rozhodovaní, ako aj problematiky sudcovského štátu, ktorým som sa venoval na inom mieste.¹²

Kritické testovanie Alexyho tézy sa bude uberať iným smerom. Bude ním formulovanie otázky, či v prípade kolízie základných práv, príp. základných práv a verejných dohier, platí univerzalita optimalizačného príkazu, či teda platí téza, podľa ktorej „problémy primeriavania sú problémami optimalizácie“.¹³

c) Proporcionalita a optimalizácia: identita alebo odlišnosť?

18. augusta 2004 rozhodol Ústavný súd nálezom sp. zn. Pl. ÚS 7/03 vo veci ústavnosti vyhlášky Ministerstva financií č. 487/2001 Zb., ktorou sa mení vyhláška Ministerstva financií č. 125/1993 Zb., stanovujúca podmienky a sadzby zákonného poistenia zodpovednosti zamestnávateľa za škodu pri pracovnom úraze alebo chorobe z povolania.

Navrhovateľ, skupina senátorov, okrem porušenia ústavne predpísaného spôsobu prijatia napadnutej vyhlášky namietol aj jej rozpor s ústavnými princípmi rovnosti a proporcionality. Uviedol, že zvýšenie poistného sa uskutočnilo nerovnomerne, pretože pri niektorých ekonomických činnostiach došlo k nárastu o viac ako štvornásobok, kým pri všetkých ostatných maximálne o štvrtinu. Senátori túto nerovnomernosť považovali za rozpornú s požiadavkou, podľa ktorej prípadné rozdiely musia byť vecne podložené, napr. preukázateľne vyššou mierou rizika. Touto úpravou boli podľa ich názoru teda určité zamestnávateľa viac zatážení ako iní bez toho, že by tomu zodpovedala aj väčšia miera pravdepodobnosti úrazu či choroby z povolania.

Ak navrhovateľ namietol protiústavnú nerovnosť a porušenie princípu proporcionality predmetnou vyhláškou zavedených sadzieb poistného, účastník konania, t. j. Ministerstvo financií, vo svojom vyjadrení objasňuje túto skutočnosť tak, že výraznejšie zvýšenie sadzieb poistného (koeficient 4,2) sa ukázalo ako nevyhnutné pri tých ekonomických činnostiach, ktoré dlhodobo vykazujú najnepriaznivejší škodlivý priebeh (pri dobývaní uhlia

¹⁰ Pozri najmä B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin 1976, s. 134 a nasl.; E.-W. Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen*. In: ten istý, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a. M. 1991, s. 159, 189 a nasl.

¹¹ J. Habermas, *Faktizität und Geltung*. Frankfurt a. M. 1992, s. 310 a nasl.

¹² P. Holländer, *Ústavněprávní argumentace*, pozri pozn. č. 73, s. 62 a nasl.; ten istý, *Kolaps „soudcovského státu“: běží odpočítávání?* In: V. Hloušek, V. Šimíček (eds.), *Dělna soudní moci v České republice*. Brno 2004, s. 16 a nasl.

¹³ J. R. Sieckmann, *Zur Begründung von Abwägungsurteilen*, pozri pozn. č. 327, s. 47.

predstavovalo poistné v roku 2000 plnenie 778,9 % zaplateného poistného, pri dobývaní uránu 509,0 % a pri dobývaní rúd 118,6 %).

Ústavný súd stál teda pred otázkou metodológie rozhodovania v prípadoch posudzovania ústavnosti dane, poplatku, príp. inej obdobnej zákonom stanovenej povinnej dávky (v rámci toho aj zákonom stanoveného povinného poistného), ako aj peňažných sankcií.

K otázke možnej kvalifikácie úpravy zákonom stanoveného poistného v zmysle vyvlastnenia, príp. obmedzenia vlastníckeho práva podľa čl. 11 ods. 4 Listiny základných práv a slobôd sa Ústavný súd vyslovil v náleze sp. zn. Pl. ÚS 12/94. Konštatoval, že právna úprava platenia poistného nezakladá vyvlastnenie, pretože „čl. 11 ods. 4 Listiny má na mysli vecné práva“, pričom „medzi tieto nepatrí príjem zo zárobkovej činnosti“.

Vo veci sp. zn. Pl. ÚS 3/02 a Pl. ÚS 12/03 Ústavný súd posudzoval otázku ústavnosti inej zákonom stanovenej peňažitej platby, a to výšky pokuty v stavebnom konaní. Konštatoval, že „zákonom stanovená minimálna výška pokuty musí byť nastavená tak, aby umožňovala aspoň do určitej miery zohľadniť majetkové a osobné pomery delikventa, v danom prípade tak, aby uloženie pokuty, hoci aj v minimálnej výške, nemalo pre delikventa likvidačný účinok, prípadne aby nespôsobovalo, že podnikateľská činnosť stratí na značné (niekoľkoročné) časové obdobie akýkoľvek zmysel“. Ak sa nerešpektuje táto zásada, tak podľa Ústavného súdu ide o taký zásah do majetkových práv jednotlivca, ktorý vzhľadom na svoju intenzitu predstavuje porušenie čl. 11 ods. 1 Listiny a čl. 1 Dodatkového protokolu k Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd.

Z naznačených východísk sa potom súd pokúsil načrtnúť pre kontrolu ústavnosti zákonnej úpravy dane, poplatku, príp. inej obdobnej zákonom stanovenej povinnej dávky (v rámci toho aj zákonom stanoveného poistného), ako aj peňažných sankcií, tieto kautely:

Z ústavného princípu deľby moci (čl. 2 ods. 1 Ústavy), ako aj z ústavného vymedzenia zákonodarnej moci (čl. 15 ods. 1 Ústavy) vyplýva podľa súdu pre zákonodarcu široký priestor pre rozhodovanie o predmete, miere a rozsahu daní, poplatkov a peňažných sankcií. Zákonodarca pritom nesie za dôsledky tohto rozhodovania politickú zodpovednosť.

Akokoľvek je daň, poplatok, príp. peňažitá sankcia verejnoprávnym povinným peňažitým plnením štátu, teda zásahom do majetkového substrátu, tým aj vlastníckeho práva povinného subjektu, bez naplnenia ďalších podmienok nepredstavuje zásah do ústavným poriadkom chránenej vlastníckej pozície (čl. 11 Listiny, čl. 1 Dodatkového protokolu k Dohovoru).

Ústavná kontrola dane, poplatku a peňažitej sankcie potom podľa názoru Ústavného súdu zahŕňa posúdenie z pohľadu dodržania kautel plynúcich z ústavného princípu rovnosti, a to ako akcesorickej (čl. 1 Listiny), t. j. vyplývajúcej z požiadavky vylúčenia svojvôle pri odlišovaní subjektov a práv, tak aj akcesorickej v rozsahu vymedzenom v čl. 3 ods. 1 Listiny (hypotetickou ilustráciou porušenia kautel akcesorickej nerovnosti by bola úprava odlišujúca výšku daní s ohľadom na náboženské vyznanie, ktorá by v zmysle čl. 3 ods. 1 Listiny bola diskriminačná a zároveň by zasiahla do základného práva vyplývajúceho z čl. 15 ods. 1). Ak je predmetom posúdenia ústavnosť akcesorickej nerovnosti vzhľadom na vylúčenie majetkovej diskriminácie, prípadne iba posúdenie skutočnosti, či daň, poplatok, príp. peňažitá sankcia nepredstavuje dotknutie v práve vlastníckom (čl. 11 Listiny, čl. 1 Dodatkového protokolu k Dohovoru), tak taký prieskum je obmedzený na prípady, v ktorých hranica verejnoprávneho peňažitého plnenia jednotlivcom štátu voči majetkovému substrátu jednotlivca nadobúda škrtiace (hrdúsiace) pôsobenie; povedané inými slovami: ak má

posudzovaná daň, poplatok, príp. peňažitá sankcia vo svojich dôsledkoch konfiškačné dopady vo vzťahu k majetkovej podstate jednotlivca.

Pred mnohými rokmi sa Miroslav Horníček v programe „Hovory H“ v jednom monológovi vrátil k svojmu účinkovaniu v operete. Na rozohratie pointy opísal do detailov šaty kolegyne, ktorá hrala a spievala ústrednú rolu. Po krátkej dramatickej odmlke ukončil opis slovami: „Ja by som ju síce vykryl ináč, no ja som to nerežiroval.“ Vo veci ústavnosti sadzieb zákonného poistenia zodpovednosti zamestnávateľa by bolo možné charakterizovať rovnakým sloganom aj výsledok rozhodovania Ústavného súdu.

Z pohľadu metodologického teda Ústavný súd pri riešení kolízie základného práva (práva vlastníckeho a základného práva vyplývajúceho z rovnosti) a verejného dobra (preventívneho zaistenia prostriedkov na úhradu škody pri pracovnom úraze alebo chorobe z povolania) aplikoval jednak zásadu vylúčenia extrémnej disproportionality, jednak, v otázke posudzovania ústavnosti v odlišovaní práv a subjektov, z komplexu čiastkových komponentov zásady proporcionality iba zásadu vhodnosti, nie však zásadu potrebnosti a zásadu pomeriavania.

Implicitne teda opustil univerzalitu zásady proporcionality v prípade, v ktorom sa posudzovanie ústavnosti zákona či iného právneho predpisu, alebo ústavnosti súdneho rozhodnutia či iného zásahu orgánu verejnej moci odvíja od posúdenia kolízie medzi základným právom, resp. slobodou, a určitým typom verejného dobra.

7.4.2 Európske poobhliadnutie

Európsky súd pre ľudské práva považuje vo svojej judikatúre zdanenie podľa rozdielnych majetkových a príjmových kritérií za vecne odôvodnené a nezakladajúce dotknutie v právach plynúcich z čl. 14 Dohovoru.¹⁴ Akokoľvek oprávnenie štátu na stanovovanie daní a iných poplatkov, ako aj pokút vyplýva z čl. 1 Dodatkového protokolu k Dohovoru, predsa však z judikatúry Súdu a Komisie vyplýva, že tým nie je celkom odstránená ochrana vlastníctva v oblasti daní, poplatkov a peňažných sankcií. Zostáva totiž zachovaná možnosť preskúmavať, či dane, poplatky a peňažné sankcie nie sú zneužívané alebo či nie sú neproporcionálne. Príkladom takto posudzovaných daní sú dane s konfiškačnými dopadmi, ktoré možno uhradiť platcom dane iba z podstaty majetku.¹⁵

Spolkový ústavný súd SRN (jeho druhý senát) v náleze BVerfGE, 93, 121 a nasl., posudzoval ústavnosť zákonného ustanovenia, ktoré zakotvilo nerovnosť majetkovej dane pri pozemkovom majetku, a to v závislosti od toho, či sa viaže, príp. neviaže na tzv. jednotkovú hodnotu. S odvolaním na neopodstatnenú nerovnosť súd dané ustanovenie zrušil. Navyše, bez toho, že by tieto úvahy zahrnul do rozhodovacích dôvodov, vyslovil právny názor, podľa ktorého dane predstavujú zásah do ústavne chránenej vlastníckej pozície, majetkovú daň interpretoval v zmysle dane z výnosu z majetku (a to aj potenciálneho), pričom proporcionálnu hranicu ústavnosti takejto dane stanovil na úrovni približne polovice výnosov.

Ernst Wolfgang Böckenförde v odlišnom stanovisku k odôvodneniu (teda nie k výroku) uvedeného rozhodnutia najprv rekapituluje predchádzajúcu koncepciu Spolkového ústavného súdu pri posudzovaní ústavnosti daní. Táto koncepcia vychádza z troch téz: Podľa prvej tézy daň predstavuje zásah do majetkovej pozície daňovníka. Podľa druhej tento zásah nie je však

¹⁴ Pozri J. A. Frowein, W. Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 2. Aufl. Kehl-Straßburg-Arlington 1996, s. 476

¹⁵ Tamtiež, s. 824.

obmedzením ústavne chránenej pozície, iba ak by, podľa tézy tretej, nemal škrtiace, hrdúsiace dopady, čiže de facto dopady konfiškačné. Böckenförde väčšinovému vótu vyčíta, že úvahu o proporcionalite zásahu daní do vlastníckeho práva neaplikoval v zmysle rozhodovacieho dôvodu, ale len v zmysle obiter dictum a táto úvaha ako taká je v rozhodovacom kontexte nadbytočná. Ďalej ňou zasiahol do kompetencie zákonodarcu, neakceptoval príkaz judicial self-restraint a tým posunul ústavou vymedzené hranice del'by moci medzi zákonodarcom a ústavným súdom. Podľa jeho presvedčenia súd neuznal, že stanovovanie daňového zaťaženia je fundamentálne závislé ako od hospodárskych, tak aj od politických faktorov, ktoré sú ovplyvnené historickými podmienkami a môžu sa meniť.

Prvý senát Spolkového ústavného súdu vzápätí v rozhodnutí BVerfGE 97, 350, oproti tomu zotrval na tradičnej formulácii, že zásah do vlastníctva je daný iba pri škrtiacom pôsobení nejakej dane, a zároveň vyslovil, že medzi senátmi neexistuje nijaká divergencia.¹⁶

Domnievam sa, že právne názory Spolkového ústavného súdu by bolo možné interpretovať v tom zmysle, že oscilujú medzi proporcionalitou v zmysle optimalizačného príkazu a proporcionalitou v zmysle vylúčenia extrémnej disproportionality. Naznačujú, obdobne ako je to pri nálezoch Ústavného súdu Českej republiky sp. zn. Pl. ÚS 12/94, Pl. ÚS 3/02, Pl. ÚS 12/03, Pl. ÚS 7/03, že v prípade posudzovania kolízie medzi základným právom na jednej strane a verejným dobrom na strane druhej nie je riešenie zásadou proporcionality dané univerzálne optimalizačným príkazom, ale môže byť dané maximou vylúčenia iba extrémnej disproportionality.

7.4.3 Problém s fungovaním teórie: vedie výnimka k modifikácii teórie?

Aplikáciu zásady vylúčenia extrémnej disproportionality v prípade posudzovania kolízie medzi základným právom a verejným dobrom si možno predstaviť aj v prípadoch iných, než sú prípady kolízie medzi verejnými dobrami, zabezpečovanými prostredníctvom daní, poplatkov, iných povinných platieb a peňažných sankcií, a právom vlastníckym.

Pravdepodobne iba nedostatku invencie advokátskeho stavu vďaka Ústavný súd za to, že dosiaľ nebol konfrontovaný s návrhom podľa § 74 zák. č. 182/1993 Zb. (t. j. s návrhom na kontrolu noriem akcesorickým k ústavnej sťažnosti), ktorým by v trestnej veci obvinený brojil proti disproportionalite trestnoprávnej sankcie, argumentujúc pri tom optimalizačným príkazom. Bolo by možné si vôbec predstaviť aplikáciu optimalizačného príkazu bez toho, že by si súd nepoložil otázku del'by moci?

Príklady z judikatúry Ústavného súdu Českej republiky, Spolkového ústavného súdu SRN či Európskeho súdu pre ľudské práva naznačujú, že kolíziu základných práv a verejných dohier treba v určitých prípadoch posúdiť inou štruktúrou proporcionality, než predstavuje optimalizačný príkaz.

Zdá sa teda, a to je hlavou tézou tejto úvahy, že pri časti verejných dohier v prípade ich kolízie so základnými právami platí iná štruktúra zásady proporcionality, než je tá, ktorú

¹⁶ K interpretácii uvedenej judikatúry Spolkového ústavného súdu pozri napr. J.-R. Sieckmann, Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung - das Problem der Begrenzung der Besteuerung. Der Staat, 41. Band, 2002, Heft 3, s. 385-405; Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Hrsg. K. H. Friauf, W. Höfling, Berlin 2003, C. Art. 14.

predstavuje optimalizačný príkaz. Zdá sa, že touto štruktúrou proporcionality je vylúčenie iba extrémnej disproportionality.

Ak prijmeme predpoklad, podľa ktorého zásada proporcionality v štruktúre danej optimalizačným príkazom je aplikovaná v úlohe paradigmy ústavného práva, tak sa vynára otázka interpretácie naznačených výnimiek. Podľa Thomasa Kuhna v oblasti vedy v prípade objavenia sa výnimiek z fungovania paradigmy sa počiatočné pokusy riešiť pretrvávajúci problém budú takmer bezvýhradne riadiť paradigmatickými pravidlami. Ak však pretrváva anomália aj naďalej, stále viac pokusov o jej riešenie bude obsahovať menšie alebo väčšie modifikácie paradigmy.¹⁷ Pokiaľ ani jedno z riešení nevedie k uspokojivým výsledkom, otvára sa podľa Kuhna priestor pre formulovanie, testovanie a prijatie novej paradigmy.¹⁸

Modifikáciu existujúcej paradigmy riešenia kolízie základného práva a verejného dobra by bolo možné dosiahnuť dvoma možnými pokusmi: buď judiciálnym aposteriornym formulovaním výnimiek z optimalizačného príkazu, alebo koncipovaním apriórneho všeobecného pravidla, umožňujúceho subsumpciu.

Pre náčrt všeobecného vymedzenia verejných dohier, pri ktorých v prípade kolízie so základnými právami treba použiť zásadu vylúčenia iba extrémnej disproportionality (a nie optimalizačný príkaz), absentuje presné kritérium.¹⁹ Nemožno zaň bez ďalšieho považovať ani deľbu moci. Existujú totiž prípady mocou zákonodarnou formulovaného verejného dobra, ocitajúceho sa v kolízii so základným právom, v ktorých sa toto základné právo intuitívne javí ako opodstatnený predmet pomeriavania optimalizačným príkazom.

Možno sa domnievať, že načrtnuté výnimky, vedúce k formulovaniu tézy o rôznych štruktúrach zásady proporcionality, ešte neumožňujú formuláciu všeobecného pravidla modifikácie paradigmy. Skôr treba očakávať postup druhou z naznačených ciest, t. j. aposteriórne formulovanie výnimiek zo štruktúry zásady proporcionality danej optimalizačným príkazom, postupné spresňovanie zásady vylúčenia extrémnej disproportionality a rozširovanie empirického materiálu, ktorý v budúcnosti môže utvoriť dostatočnú bázu pre zovšeobecnenie.

Teoretické právne myslenie v kontinentálnej Európe reagovalo na vzniknuté napätia koncepciami, usilujúcimi sa naďalej rešpektovať všeobecné kultúrne paradigmy doby, riešiť pritom negatívne dopady s nimi spätých externalít (a to už v učení F. C. von Savignyho, ktorý v 19. storočí položil základy metodológie výkladu práva v kontinentálnej Európe, výkladu v zmysle rekonštrukcie myšlienky obsiahnutej v zákone). Z rastúceho napätia medzi tézami v druhej polovici 19. storočia v strednej Európe dominantnej pojmovej jurisprudencie (Puchta, Bergbohm, Windscheid, raný Jhering) a realitou právnej praxe sa koncom 19. storočia rodí decisionistická vzbura proti kognitivistickej koncepcii aplikácie práva. Základné prúdy tohto smerovania predstavujú záujmová jurisprudencia (počínajúc neskorým Jheringom a končiac Heckom) a najmä koncepcia voľného práva (Kantorowicz, Ehrlich, Gény), snažiacia sa reagovať na načrtnuté napätie analýzou možného priestoru tvorivej sudcovskej aktivity

¹⁷ T. S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago 1970. Cit. podľa slovenského prekladu: *Štruktúra vedeckých revolúcií*. Bratislava 1982, s. 134.

¹⁸ Tamtiež, s. 136.

¹⁹ Také kritérium zatiaľ nie je ani výsledkom špeciálnych teoretických prác venovaných právnej analýze problematiky verejných dohier: pozri napr. R. Uerpmann, *Das öffentliche Interesse*. Tübingen 1999.

v oblasti medzier v práve.²⁰ Z analogických podnetov sa formuje aj decisionistická koncepcia amerického právneho realizmu (Oliver Wendell Holmes).

Za ďalšiu vlnu decisionistických prístupov k aplikácii práva, ktorá však vyplynula z odlišných podnetov než vlna predchádzajúca, možno označiť koncepcie nadväzujúce na modernú hermeneutickú filozofiu, no najmä Gadamerove²¹ myšlienky o rozhodujúcej úlohe interpreta pri posudzovaní významu jazyka. Esserom vytvorený termín predporozumenia (Vorverständnis)²² sa potom stáva východiskom koncepcií aplikácie práva, ktorým je už „šat pristrihnutý“ kognitivismom príliš úzky.

Paralelne s „vpádom“ hermeneutiky do právneho myslenia sa objavujú aj nové kognitivistické koncepcie, vracajúce sa k možnostiam akceptácie deduktívnej schémy aplikácie práva: Z obdobia šesťdesiatych rokov možno spomenúť najmä práce Engischove a Klugove, v osemdesiatych rokoch práce Kochove a Rübmannove, v rokoch deväťdesiatych Sartorove a Prakkenove.²³

Tu treba tiež pripomenúť, že generácie českých i slovenských právnikov boli vzdelávané v tejto súvislosti s poukazom na tú najjednoduchšiu podobu kognitivistického modelu aplikácie práva.²⁴ V tejto súvislosti Marijan Pavčnik opodstatnene konštatuje: „Hoci pojmová jurisprudencia už nemá nijakých priaznivcov, čo by sa plne viazali na jej východiskové body, treba ešte stále počítať s tým, že ako ideológia ‚aplikácie práva‘ je prinajmenšom latentne prítomná. Ide pritom o nekritické stotožnenie zákona s právom, sudcovského rozhodnutia s reprodukciou zákonnej normy s ohľadom na konkrétny prípad a o prenesenie zodpovednosti na imaginárneho zákonodarcu.“²⁵

Novým impulzom pre diskusiu medzi kognitívnym a decisionistickým pochopením aplikácie práva sa stáva Dworkinova téza o jedinej správnej odpovedi na právne otázky (The „One Right Answer“ Theory).²⁶ Dworkin vychádza z myšlienky, podľa ktorej „bez nejakých zvláštnych podmienok pravdivosti, ktoré nám umožňujú odolať záveru, že ak nejaká veta nie je pravdivá, je nepravdivá, však tézu, že správna odpoveď neexistuje, nemožno obhájiť ... Sporné právne vety existenciu nejakého zákonného práva alebo nejakého právneho vzťahu buď konštatujú, alebo popierajú. Spor je práve o tom, či je toto konštatovanie alebo popieranie správne. Akonáhle vyjdeme z predpokladu, že právo na náhradu hospodárskej škody neexistuje, veta, že žaloba má v takom prípade právo sa jej domôcť, nie je problematická. Je jednoducho nepravdivá.“²⁷ Uvádza, že „o právnej vete možno tvrdiť, že je

²⁰ Decisionistické prístupy reprezentuje manifest, ktoré uverejnil H. Kantorowicz pod pseudonymom Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Heidelberg 1906, pozri pozn. č. 159, s. 13 a nasl.

²¹ H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, pozri pozn. č. 177.

²² J. Esser *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, pozri pozn. č. 178.

²³ K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. Heidelberg 1953; ten istý, *Einführung in das juristische Denken*, pozri pozn. č. 259; ten istý, *Subsumption und Rechtsfortbildung*. In: *Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen*. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Red. G. Reinhart, Heidelberg 1986, s. 3-8; U. Klug, *Juristische Logik*, pozri pozn. č. 253; H.-J. Koch, H. Rübmann, *Juristische Begründungslehre*. München 1982; G. Sartor, *A Formal Modell of Legal Argumentation*, *Ratio Juris*, Vol. 7, No. 2, 1994; H. Prakken, *Logical Tools for Modelling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston-London 1997.

²⁴ Hoci existujúce recentné učebnice teórie práva poukazujú na zložitost' a nejednoznačnosť subsumpcie (pozri napr. V. Knapp, *Teorie práva*. Praha 1995, s. 187: „Koincidencia faktickej skutkovej podstaty a zákonnej skutkovej podstaty nemusí byť jednoznačná“, alebo J. Boguszak, J. Čapek, A. Gerloch, *Teorie práva*, pozri pozn. č. 284, s. 145: „V určení aj interpretácii právnej normy možno rozlišovať proces poznávací, logický a hodnotiací“), predsa však interpretačným a aplikačným metódam venujú obmedzenú pozornosť.

²⁵ M. Pavčnik, *Juristisches Verstehen und Entscheiden*, pozri pozn. č. 161, s. 132.

²⁶ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pozri pozn. č. 3, s. 348 a nasl.

²⁷ Tamtiež, s. 356-357.

pravdivá, ak s právnou teóriou, ktorá najlepšie ospravedľňuje právo, ladí viac než právna veta, ktorá je jej opakom. Ako nepravdivú ju možno odmietnuť vtedy, ak s onou teóriou práva ladí menej než opačná právna veta ... Na pravdivostnej hodnote právnych viet sa sudcovia často zhodnú, a ak sa nezhodnú, rozumejú argumentom svojich oponentov tak dobre, že sú schopní presne určiť mieru nezhody a tieto argumenty zhruba zoradiť podľa ich prijateľnosti.²⁸ Dworkin sa ďalej domnieva, že možno všeobecne formulovať hľadiská prijatia tejto „správnej odpovede“ aj v obťažných prípadoch.²⁹

Dworkinova kognitivistická téza je založená na logickom argumente, na argumente, vyplývajúcom z logického zákona vylúčenia tretieho, ďalej na kognitívnom presvedčení, že aj v oblasti normatívneho myslenia možno pracovať s kategóriou pravdivosti, a konečne na rozpracovaní metódy riešenia obťažných prípadov (hard cases). Tieto tézy však kriticky odmieta viacero teoretikov.³⁰ Spoločným menovateľom tejto kritiky je polemika s kognitivistickou predstavou spojenia normatívneho myslenia s noetickými hodnotami pravdivosti a tradičný poukaz na medze určitosti, exaktnosti právneho a s ním súvisiaceho morálneho diskurzu.

Ponad rámec uvedených dvoch skupín argumentov, namierených proti Dworkinovým tézám, možno sformulovať aj ďalšie: Domnievam sa, že účelom právneho diskurzu, ktorého inštitucionálnym vyjadrením je súdne (správne) konanie, je dosiahnuť konsenzus o štruktúrovaní normatívneho a právne argumentačného priestoru riešeného prípadu, ktorý potom v obťažných prípadoch umožňuje transparentne prijať rozhodnutie príklonom k určitým hodnotám (ich rozpätie je obsiahnuté v rozpätí ústavne chránených hodnôt). Skepsa voči možnosti kognície jediného správneho riešenia prípadu sa potom premieta v úprave procedúry prijímania rozhodnutia.

Pripomeňme na tomto mieste zmysel kognitivistickej predstavy o aplikácii práva. Podľa nej je ona formou logického vyplývania, v ktorom záver o existencii konkrétnej povinnosti či konkrétneho práva, svedčiaci konkrétnemu subjektu, plynie s logickou nutnosťou zo všeobecnej právnej normy a zo skutkových zistení, ktoré sú pod rozsah tejto normy podraditeľné (subsumovateľné). Pripomeňme tiež, že v logike sa logické vyplývanie vymedzuje ako proces, v ktorom z určitých predpokladov, z pravdivých tvrdení (pravdivých na základe korešpondencie alebo koherencie, teda pravdivých synteticky alebo analyticky) odvodzujeme záver, ktorý považujeme za pravdivý bez skúmania korešpondencie či koherencie. Logické vyplývanie teda vyjadruje myšlienkovú mohutnosť dospieť k pravdivým poznatkom na základe pravdivých východísk bez konfrontácie so skutočnosťou.

Akceptácia jednoduchého kognitivistického modelu aplikácie práva sa však z pohľadu európskej i angloamerickej judiciálnej skúsenosti, ako aj z pohľadu teoretickej reflexie javí ako sporná. Presne v tejto súvislosti pripomína F. Bydliński: „Problematika aplikácie práva však nespočíva v tomto logickom postupe (t. j. v čírom logickom sylogizme - pozn. P. H.), ale v príprave vyššej a nižšej premisy“, z ktorých „možno záver úsudku definitívne odvodiť (alebo poprieť).“³¹

Príprava vyššej (hornej) premisy je potom dielom interpretácie práva, odzrkadľujúcej vždy určitú mieru neurčitosti jej výsledku, je aj výsledkom reakcie na neúplnosť práva, premietajúcu sa v medzerách v práve, a tak je aj jeho dotváraním. Ustálenie vyššej premisy

²⁸ Tamtiež, s. 349.

²⁹ Tamtiež, s. 112 a nasl.

³⁰ Pozri N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford-New York 1978, s. 246 a nasl.; J. Levin, *How Judges Reason*. New York 1992, s. 209 a nasl.; B. Hoffmaster, *Understanding Judicial Discretion*. Law and Philosophie, Vol. 1, 1982, s. 21 a nasl.

³¹ F. Bydliński, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien-New York 1991 s., 396.

subsumpcného sylogizmu a jej „pravdivostná hodnota“ sú teda otázkou interpretácie (a sudcovského dotvárania) práva.

Príprava nižšej (dolnej) premisy je potom výsledkom dokazovania, platia teda pre ňu pravdivostné hľadiská v zmysle aproximatívnom (limitnom) a nie absolútnom.

Ak v ďalšej úvahe dospejeme k záveru, podľa ktorého výsledok interpretácie (a dotvárania) práva nevyplýva nutne z neho samého a preto s ním nemožno spájať hodnotu pravdivosti (a to jednak z dôvodu neurčitosti aplikovaného jazyka, jednak z toho dôvodu, že tento výsledok je okrem kognitívnych momentov daný aj momentmi volitívnymi - je výsledkom vôľového rozhodnutia), tak ani subsumpcný sylogizmus aplikácie práva nemožno chápať v rýdzo logickom (pravdivosť prinášajúcom) význame. Možno ho chápať vo vzťahu k logickému sylogizmu vo význame metaforickom, vo význame, ktorý odzrkadľuje niektoré analogické prvky, nie však totožnosť obidvoch myšlienkových postupov.

V aplikácii práva je navyše prítomný aj moment ďalší, ktorý túto úvahu robí ešte zložitejšou.

Subsumpcia, ako výstižne poznamenáva M. Pavčnik, „nie je jednosmernou ulicou“.³² Podľa Karla Engischa je myšlienkový postup pri aplikácii práva „neustále sa meniacim pôsobením, putovaním pohľadu sem i tam medzi hornou premisou (t. j. právnou normou - pozn. P. H.) a skutkovým stavom“.³³ Martin Kriele, nadväzujúc na Engischov postreh, už načrtáva zložitú štruktúru tohto myšlienkového postupu: „Myslenie právnika, ktorému je predložený právny prípad, je od počiatku ovládané pohybom pohľadu sem a tam medzi skutkovým stavom a právnou normou. Pretože prvou otázkou je, ktorá právna norma vôbec prichádza pri riešení prípadu do úvahy, musí vedieť, ktoré skutočnosti z bohatosti skutkového stavu sú relevantné. Relevanciu však možno určiť iba prostredníctvom právnej normy. Racionalita, ktorá ovláda tento pohľad putujúci sem a tam, je zásadná pre pochopenie metódy nachádzania práva.“³⁴

Kriele poukazuje na skutočnosť, že myšlienkový pohyb medzi skutkovým stavom a právnou normou obsahuje dva stupne. Východiskovým bodom prvého stupňa sú empirické fakty, z ktorých sa musia „vypreparovať“ právne relevantné skutočnosti. Ak právnik hodnotí tieto fakty, vytvára určitú normatívnu hypotézu. Pomocou tejto hypotézy a z nej plynúcich právnych otázok dospieva potom k novým poznatkom a odpovediam. Druhý stupeň podľa Krieleho znamená preskúmanie normatívnej hypotézy, t. j. overenie, či normatívna hypotéza je v zhode s právnou normou. Ak je to tak, tak môže postúpiť k subsumpcii skutkových zistení pod túto právnu normu a k vyvodu právného následku. Ak to tak nie je, musí zodpovedať otázku, či táto okolnosť je, alebo nie je dôsledkom medzery v práve (tú by bolo možné preklenúť napr. cestou argumentu per analogiam).³⁵

Ilustráciou uvedomenia si procesu subsumpcie kaskádou korelácií v judiciálnej praxi je požiadavka, ktorú sformuloval Ústavný súd v náleze sp. zn. IV. ÚS 182/04 pre oblasť trestného konania a v jeho rámci uskutočňovaného hmotnoprávneho posúdenia skutku: „Zmena právnej kvalifikácie vždy prináša potenciálnu nutnosť doplniť dokazovanie, a pokiaľ súd stojí na stanovisku, že ďalšie dôkazy nie sú potrebné, musí svoj záver odôvodniť. Právna kvalifikácia stíhaného skutku ovplyvňuje smer dokazovania.“

³² M. Pavčnik, *Juristisches Verstehen und Entscheiden*, pozri pozn. č. 161, s. 79.

³³ K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. 3. Aufl., Heidelberg 1963, s. 15. Nahradenie, resp. doplnenie aplikačného sylogizmu „hermeneutickým kruhom“, ako ho urobil Karl Engisch, sa prijíma napr. v poľskej analytickej jurisprudencii (pozri J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*. Kraków 1995, s. 22).

³⁴ M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*. 2. Aufl., Berlin 1976, s. 197.

³⁵ Tamtiež, s. 197 a nasl., 162-166, 203-205.

Počiatkom aplikácie práva je uvedenie si určitých empirických faktov a ich prvotné právne posúdenie (podradenie pod určitý prvotný právne normatívny rámec). Z tohto rámca potom vyplýva nutnosť zaoštrienia (zoomu), t. j. nutnosť presného určenia rozsahu skutkových zistení, nevyhnutných pre naplnenie skutkovej podstaty daného (hypotetického) normatívneho rámca. Konfrontácia takto vymedzeného rozsahu skutkových zistení so skutočne zisteným skutkovým stavom potom vracia proces aplikácie opäť k právne normatívnemu rámcu. Jeho výsledkom je buď možná korekcia (t. j. zmena právnej kvalifikácie), alebo prijatie záveru o korelácii vyžadovanej právnou normou (t. j. záver o možnej subsumpcii skutkových zistení pod skutkovú podstatu danej právnej normy). V prípade zmeny právnej kvalifikácie treba opäť vymedziť relevantný rozsah skutkových zistení, nevyhnutných pre naplnenie takto, t. j. zmeneným spôsobom, určenej skutkovej podstaty a celý postup opakovať.

Pokiaľ sme konštatovali, že výsledok aplikácie práva nevyplýva zo svojich premís nutne a že ho preto nemožno spájať s hodnotou pravdivosti (pretože okrem momentov kognitívnych je daný aj momentmi volitívnymi) a že teda nemožno ani subsumpčný sylogizmus aplikácie práva chápať v rýdzo logickom (pravdivosť prenášajúcom) význame, tak šlo tiež iba o parciálne konštatovanie. Aplikácia práva sa navyše javí ako podstatne zložitejší myšlienkový proces než len ako číry logický sylogizmus. Ide o proces vzájomnej konfrontácie svetov bytia a povinovania, ako aj o konfrontáciu jedinečného a všeobecného, o kaskádu vzájomných korelácií, pričom obidve korelujúce strany fungujú obdobne ako zoom - umožňujú zaoštrienie pri vymedzení relevantnej oblasti skutkových zistení (sveta faktov) na jednej strane a skutkovej podstaty relevantnej normy (sveta normativity) na strane druhej.

Myšlienky pochádzajúce od výrazných postáv právneho myslenia a týkajúce sa právnej interpretácie ani čo by sa zlievali do jedného významového celku. Podľa Savignyho interpretácia právnej normy závisí od spôsobu „nazerania“ na právne inštitúty, pričom ich obsah nie je jednotlivými právnymi normami vyčerpaný, teda v porovnaní so sumou noriem je bohatší a celistvejší.³⁶ Podľa Radbrucha „vôľa zákonodarcu nie je metódou výkladu, ale cieľom výkladu a výsledkom výkladu, výrazom pre apriórnu nevyhnutnosť systémovonerozporného výkladu celého právneho poriadku. Preto je možné ako vôľu zákonodarcu konštatovať to, čo ako vedomá vôľa autora zákona nebolo nikdy prítomné. Interpret môže zákonu rozumieť lepšie, než mu rozumel jeho tvorca, zákon môže byť múdrejší ako jeho autor - on práve musí byť múdrejší ako jeho autor.“³⁷

Úvahy o aktívnej úlohe interpreta v právnom myslení dostávajú filozofický základ najmä pod vplyvom Gadamerovej hermeneutickej koncepcie.

Dôvody výrazného úspechu hermeneutických ideí v právnej vede vtípne a zároveň presvedčivo objasňuje Gizbert-Studnicki: „To, že filozofická hermeneutika našla úrodnú pôdu práve v jurisprudencii, možno dedukovať z toho, že právnici boli hlboko rozčarovaní zo snáh o reformu právnej vedy v duchu sociálnych vied (sociológie a psychológie). Všetky tieto pokusy, ktoré sa podnikli z väčšej časti v prvej polovici 20. storočia, stroskotali. Jurisprudencia síce v ich dôsledku musela oblasť svojho bádania výrazne rozšíriť (vznikla napr. sociológia práva ako odvetvie právnej vedy), napriek tomu však sa jadro jurisprudencie - právna dogmatika - sotva zmenilo. Príťažlivosť filozofickej hermeneutiky pre právnikov možno vysvetliť tým, že hermeneutika nenavrhuje nijakú reformu a nenúti právnikov do nijakej zmeny ich spôsobu myslenia. Hermeneutika v každom prípade ponúka právnikom

³⁶ F. C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, pozri pozn. č. 481, s. 44, 48.

³⁷ G. Radbruch, Rechtsphilosophie. Studienausgabe, pozri poz. č. 179, s. 107.

prehlbenie ich ‚hermeneutického vedomia‘ a pomáha im uvedomiť si svoju ‚hermeneutickú situáciu‘.³⁸

V právnej teórii prevažuje názor odmietajúci Dworkinovu predstavu o metodologickej dosiahnuteľnosti jediného správneho riešenia právneho prípadu (predpokladajúcej aj jedinú správnu interpretáciu relevantného práva),³⁹ prevažuje v nej názor, podľa ktorého právna veda nie je schopná voľbu interpretačných metód racionálne odôvodniť.⁴⁰ Pretože táto skutočnosť má za následok pocit neistoty a prebúdza pochybnosť o objektívnosti a racionalite právnického myslenia,⁴¹ Gizbert-Studnicki v nej vidí dôvod vplyvu filozofickej hermeneutiky, ktorá „síce nemôže opodstatniť objektívitú a racionalitu právnického myslenia“, no ktorá tvrdí, že „by bolo ilúziou predstavovať si, že by existovala metóda výkladu, ktorá by mohla viesť k všeobecne platným výsledkom“.⁴²

Podľa Gadamera hermeneutika nie je ani deskriptívnu ani preskriptívnu teóriou porozumenia textu, nie je nijakou metodológiou, ale sa pokúša „objasniť podmienky, za ktorých k porozumeniu dochádza“.⁴³ Hoci teda hermeneutika neponúka metodológiu interpretácie, naznačuje jej zmysel. Je ním ambícia interpetačnej „správnosti“, ktorá je predpokladom všeobecnej zrozumiteľnosti a vzájomného, všeobecného porozumenia. V tomto zmysle podľa Gadamera predporozumenie, „v zajatí ktorého je vedomie interpreta“, nie je interpretovi „voľne k dispozícii“.⁴⁴ Gadamer ďalej striktno odmieta poznávaciu schému subjekt-objekt, zdôrazňuje tvorivý moment procesu porozumenia, pričom za ústrednú kategóriu hermeneutiky považuje pojem predporozumenia. Ním rozumie „významové očakávania interpreta“,⁴⁵ podľa jeho presvedčenia text dáva zmysel iba z perspektívy určitej, jemu položenej otázky.⁴⁶

Gizbert-Studnicki, nadväzujúc na Gadamera, presne charakterizuje situáciu interpreta: „Odlišné významové očakávania vedú k odlišným významom jedného a toho istého textu. Text nemá nijaký význam ‚osebe‘ Prináleží mu význam iba z pohľadu určitej otázky. Odpoveď, ktorú text interpretovi ponúka, môže viesť k zmene významového očakávania.“⁴⁷ Tento fenomén sa označuje pojmom hermeneutický kruh. Ako na túto skutočnosť poukazuje Röhl, právnu normu spoznáваме spravidla s ohľadom na aplikačný prípad, konkrétnu kauzu, čiže „čo všetko patrí k ‚prípadu‘, sa dozvedáme až z normy“.⁴⁸ Filozofická hermeneutika, ňou sformulovaný pojem hermeneutického kruhu, nás tak nielen vracia k analýze subsumpčného sylogizmu a utvrdzuje v závere, že myšlienkový proces aplikácie práva predstavuje kaskádu korelácií medzi predporozumením interpreta (osoby aplikujúcej právo), všeobecnou právnou normou a okolnosťami konkrétneho prípadu. Z tohto dôvodu napríklad Hassemer v opise

³⁸ T. Gizbert-Studnicki, Das hermeneutische Bewußtsein der Juristen. Rechtstheorie 18 (1987), Heft 3, s. 345.

³⁹ Pozri pozn. č. 456.

⁴⁰ Pozri napr. M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, pozn. č. 460, s. 313; K. Larenz, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem. In: Festschrift für Ernst Rudolf Huber. Göttingen 1973, s. 295 a nasl.

⁴¹ T. Gizbert-Studnicki, Das hermeneutische Bewußtsein der Juristen, pozri pozn. č. 505, s. 346.

⁴² Tamtiež, s. 346.

⁴³ H. G. Gadamer, Wahrheit und Methode, pozri pozn. č. 177, s. 300.

⁴⁴ Tamtiež, s. 301.

⁴⁵ T. Gizbert -Studnicki, Das hermeneutische Bewußtsein der Juristen, pozri pozn. č. 505, s. 356.

⁴⁶ H. G. Gadamer, Wahrheit und Methode, pozri pozn. č. 177, s. 375. Podrobnejšie k pojmu predporozumenie v právnej hermeneutike pozri T. Gizbert -Studnicki, Der Vorverständnisbegriff in der juristischen Hermeneutik. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, LXXIII (1987), Heft 4, s. 476-493; K. Pleszka, T. Gizbert -Studnicki, Empirisches Wissen als Grundlage der teleologischen Interpretation. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 53, Praktische Vernunft und Rechtsanwendung. Legal System and Practical Reason. Hrsg. H.-J. Koch, U. Neumann, Stuttgart 1994, s. 184-192.

⁴⁷ T. Gizbert -Studnicki, Das hermeneutische Bewußtsein der Juristen, pozri pozn. č. 505, s. 357.

⁴⁸ K. F. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, pozri pozn. č. 96.

právnického porozumenia opúšťa pojem hermeneutického kruhu a nahradzuje ho metaforou hermeneutickej špirály.⁴⁹

Gadamer spája interpretáciu s aplikáciou, interpretácia teda preňho predstavuje prepojenie ako medzi všeobecným a konkrétnym, tak aj medzi aktuálnym a pôvodným.⁵⁰ Tieto napätia sú právníkom dobre známe, pripomeňme napätie medzi alternatívou subjektívneho a objektívneho teleologického výkladu, či napätie medzi alternatívou aktuálneho teleologického výkladu a výkladu e occasionem legis (výkladu historického, vychádzajúceho z pôvodných intencií normotvorcu), čiže napätie medzi aktualizmom a originalizmom.⁵¹ Gadamer neponúka v tejto súvislosti nijaký metodologický návod, iba hovorí, že každý interpret, a to bez ohľadu na skutočnosť, či je, alebo či nie je si toho vedomý, text vníma, vychádzajúc zo svojej aktuálnej situácie. Gizbert-Studnicki potom túto tézu interpretuje pre oblasť právnej interpretácie v tom zmysle, že „aktuálna situácia interpreta určuje horizont jeho otázok“.⁵²

⁴⁹ W. Hassemer, *Tatbestand und Typus*. Köln-Berlin-Bonn-München 1968, s. 107.

⁵⁰ H. G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, pozri pozn. č. 177, s. 313.

⁵¹ Európskej odbornej verejnosti je dobre známy spor Friedricha Carla von Savignyho a Antona Friedricha Justa Thibauta o nutnosti, resp., naopak, nepotrebe kodifikácie občianskeho práva v Nemecku (pozri Thibaut und Savigny. *Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*. Hrsg. J. Stern, Darmstadt 1959). V myšlienkovvej konfrontácii obidvoch týchto veľikánov právneho myslenia sa zrodila aj dištinkcia medzi subjektívnou a objektívnou výkladovou metódou. Pretože sme už Savignyho historizujúcej (subjektívnej) metóde výkladu venovali zmienku, tu stačí iba odkázať na Thibautov protikladný názor (A. F. J. Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts*. (2. Aufl. 1806); opätovne publikované pod názvom: *Über die logische Auslegung nach dem Grunde des Gesetzes*, In: *Seminar: Philosophische Hermeneutik*. 2. Aufl. Hrsg. H. G. Gadamer, G. Boehmn, Frankfurt am Main 1979, s. 100-108). V českej právnej teórii možno v tejto súvislosti konštatovať opatrný príklon k objektívnemu aktuálnemu výkladu (pozri napr. E. Tilsch, *Občanské právo*. Část všeobecná. 3. vyd. Praha 1925, s. 71; V. Knapp. *Teorie práva*, pozri pozn. č. 450, s. 171; A. Gerloch, *Teorie práva*. 2. vyd., Praha 2001, s.128; J. Boguszak, J. Čapek, A. Gerloch, *Teorie práva*, pozri pozn. č. 284, s. 186-187; P. Holländer, *Dotváření ústavy judikaturou Ústavního soudu*, pozri pozn. č. 146, s. 130-135, 138-139); opačný názor zastávajú napr. J. Filip (Nález č. 403/2002 Sb. jako rukavice hozená ústavodárci Ústavním soudem, pozri pozn. č. 146, s. 12 až 15), príp. Z. Kühn a J. Kysela (Je Ústavou vždy to, co Ústavní soud řekne, že Ústava je? Pozri pozn. č. 146, s. 199 až 214). Dištinkcia medzi originalizmom a aktualizmom je predmetom diskusie nielen v európskom, ale aj v americkom právnom myslení. Spomeňme na tomto meste niektorých z najvýznamnejších reprezentantov: z prostredia „originalistov“ Roberta Borka (*The Tempting of America*. Cit. podľa českého prekladu: *Amerika v pokušení*. Praha 1993), z prostredia „aktualistov“ potom Ronalda Dworkina (*Law's Empire*. Cambridge 1986, s. 359-369); sprostredkujúcu pozíciu zastáva napr. Richard A. Posner (*Overcoming Law*. Cambridge-London 1995, s. 237-255).

⁵² T. Gizbert -Studnicki, *Das hermeneutische Bewußtsein der Juristen*, pozri pozn. č. 505, s. 365.